

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHF D

Cilt / Volume: 73 • Sayı / Number: 1 • Yıl / Year: 2024

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Üniversitesi Basımevi
<http://basimevi.ankara.edu.tr>

80.YIL

YAYIN SAHİBİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Fakülte Dekanı Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İsmail DEMİR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

İNGİLİZCE DİL EDITÖRÜ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL, Dr. Deniz POLAT AKGÜN

ALMANCA DİL EDITÖRÜ

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

FRANSIZCA DİL EDITÖRÜ

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

EDİTÖR YARDIMCILARI

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN, Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN, Dr. Öğr. Üyesi Emriye Özlem ŞEKER, Dr. Deniz POLAT AKGÜN, Arş. Gör. Merve İrem YENER, Arş. Gör. Hira Nurhacı ÇERİ, Arş. Gör. Sümeyye Sena FIRAT, Arş. Gör. Alaz TARHAN, Arş. Gör. Kardelen ALTUN

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Halil ÇİN (Ufuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Merih ÖDEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (AHBV Üniversitesi)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevin Ünal ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. A. Lale SİRMEN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevzat TOROĞLU (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Sabih ARKAN (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Süha TANRIVER (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zariife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

YAYIN İDARE MERKEZİ ADRESİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cemal Gürsel Caddesi, No:58 06590 Cebeci, Ankara-TÜRKİYE

SÜRDÜRÜM VE İLETİŞİM

auhfd@law.ankara.edu.tr

URL: http://auhfd.ankara.edu.tr/auhfd/

YAYIN İDARE MERKEZİ TELEFONU: 0 (312) 595 50 00

FAX: 0 (312) 363 56 96

YAYININ TÜRÜ: Yerel Süreli Yayın

YAYININ ARALIĞI: Yılda dört sayı olarak yayınlanan, ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranan hakemli bir dergidir.

DİLİ: Türkçe ve yabancı diller

BASIM YERİ: Ankara Üniversitesi Basımevi, İncitaşı Sokak No:10, 06510 Beşevler/ANKARA Tel: 0 (312) 213 66 55

BASIM TARİHİ: 03/05/2024

ISSN 1301-1308

© Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Bu Derginin tamamı ya da Dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı Yasanın hükümlerine göre

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemiyle çoğaltılamaz, yayımlanamaz.

YAYIN SAHİBİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Fakülte Dekanı Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. İsmail DEMİR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR, Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

İNGİLİZCE DİL EDITÖRÜ

Doç. Dr. Tuğçe ORAL, Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT AKGÜN

ALMANCA DİL EDITÖRÜ

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

FRANSIZCA DİL EDITÖRÜ

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

EDİTÖR YARDIMCILARI

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN, Dr. Öğr. Üyesi Yaprak ÖNTAN, Dr. Öğr. Üyesi Emriye Özlem ŞEKER, Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT AKGÜN, Arş. Gör. Merve İrem YENER, Arş. Gör. Hira Nurhacı ÇERİ, Arş. Gör. Sümeyye Sena FIRAT, Arş. Gör. Alaz TARHAN, Arş. Gör. Kardelen ALTUN

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Halil ÇİN (Ufuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Merih ÖDEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (AHBV Üniversitesi)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevin Ünal ÖZKORKUT (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. A. Lale SİRMEN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hakan KARAN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nevzat TOROĞLU (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Rifat ERTEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Sabih ARKAN (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Süha TANRIVER (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Tuğrul ARAT (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zariife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)

YAYIN İDARE MERKEZİ ADRESİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cemal Gürsel Caddesi, No:58 06590 Cebeci, Ankara-TÜRKİYE

SÜRDÜRÜM VE İLETİŞİM

auhfd@law.ankara.edu.tr

URL: http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/

YAYIN İDARE MERKEZİ TELEFONU: 0 (312) 595 50 00

FAX: 0 (312) 363 56 96

YAYININ TÜRÜ: Yerel Süreli Yayın

YAYININ ARALIĞI: Yılda dört sayı olarak yayınlanan, ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranan hakemli bir dergidir.

DİLİ: Türkçe ve yabancı diller

BASIM YERİ: Ankara Üniversitesi Basımevi, İncitaşı Sokak No:10, 06510 Beşevler/ANKARA Tel: 0 (312) 213 66 55

BASIM TARİHİ: 03/05/2024

ISSN 1301-1308

© Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Bu Derginin tamamı ya da Dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı Yasanın hükümlerine göre Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemiyle çoğaltılamaz, yayımlanamaz.

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

ÖZEL HUKUK

Tolga AKKAYA

Bozma Kararından Sonra Islaha İlişkin Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Kararları ile 7251 Sayılı Kanunla HMK’da Yapılan Değişiklik Çerçevesinde İstinafta Islah ve Talep Sonucunun Artırılması Sorunu
The Problem of Amendment of the Claim and Increasing Claim Outcomes in Appellate Proceedings Within the Framework of Cassation Court and Constitutional Court Decisions Regarding Amendment Pleading After Reversal Decisions of Cassation Court, and the Amendments to the Civil Procedure Code by Law No. 72511

Setenay BAYTEMİR TARHAN

Roma Hukukunda Satış Sözleşmesinde Satış Bedeli (*Pretium*)
Purchase Price (Pretium) in Contract of Sale in Roman Law.....51

Esra CENKÇİ

Limited Şirket Yönetimine Müdahale: Mahkemenin Müdürün Yetkilerini Kaldırma ile Sınırlandırma Yetkisinin Kapsamı
Interference to the Management of Limited Liability Company: The Scope of the Court’s Power to Revoke or Restrict the Authorities of Managing Director.....89

Özgenur KARA BALCI, İzel VARAN SAMUT

1257/2013 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün ve Yürürlüğü ile Birlikte 2009 Tarihli Hong Kong Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri
The Legal Effects of the Regulation (EU) No 1257/2013 of the European Union and the Hong Kong Convention, 2009 -Upon Its Entry Into Force- on Turkish Law 119

Seda KAYNAK

Bölge Adliye Mahkemesinin İhtiyati Tedbir Kararı Vermesine İlişkin Esaslar
Principles Regarding the Regional Court of Justice's Awarding an Interim Measure Decision 157

Furkan ÖZDEMİR, Yiğit ÇELİK

Uygulamada Yazılı Tahliye Taahhüdünden Kaynaklanan Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri
Problems Resulting from the Commitment of Eviction in Practice and Solution Suggestions for These Issues 207

Gökberk ÖZSÖKER

Tüketici Sözleşmelerinde Usule İlişkin Haksız Şartlar
Unfair Terms Regarding the Procedure in Consumer Contracts 251

Seyhan SELÇUK

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâm ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet
Violation of the Enforcement of Final Decision and Interim Measure on Custody of the Child and the Establishment of Personal Contact with the Child 309

Ali ŞAHBAZ

“Türk Hukukunda Dernek Genel Kurul Gündemindeki Önerinin Ret ile Sonuçlandırılması İçin Ret Kararı Gerekli Midir?” Çekimser Oylar Ekseninde Bir Analiz.
“Is a Resolution of Rejection by an Association's General Assembly Needed in Order to Finalize a Proposal by Rejection According to Turkish Law?” An Analysis Within the Scope of the Abstention Votes 355

Musa Furkan ŞAHİN

Kat Maliklerinin Ortak Gidere Katılma Payının Değiştirilmesi
Changing the Share of Communal Charges and Costs of the Condominium Owners.....409

Münever TEMİR

İş Hukuku Boyutuyla Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracılığı
Job and Employment Intermediation in Agriculture in Terms of Labor Law437

Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ, Aylin YILDIRIM DİNDAR

Influencer Sözleşmesi
Influencer Contract.....477

KAMU HUKUKU

A. Füsün ARSAVA

Uluslararası Hukuk Sujelerine Uygulanan Yaptırımların Sınırları ve Etkileri
The Limits and Effects of the Sanctions Imposed on the Subjects of International Law535

Müberra KORKMAZ

1850 Tarihli Ticaret Kanunu'nda ve Osmanlı Hukuk Literatüründe
Anonim Şirketler ve Bu Şirketlerin Tüzel Kişiliği Meselesi
The Issue of Joint Stock Companies and the Legal Entity of These Companies in The Commercial Code of 1850 and in the Ottoman Legal Literature555

Özgenur ÖZYALÇIN

Vergi Uyuşmazlıkları İçin Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel
Başvurularda Potansiyel Sorunlar
Potential Problems in Individual Applications to the Constitutional Court for Tax Disputes593

Hande Seher DEMİR

Konut Kira Bedeli Artışında Belirlenen Yasal Üst Sınırın Anayasal Hak
ve İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi
Review of the Legal Upper Limit on Housing Rental Fee Increase Within the Scope of Constitutional Rights and Principles621

Esra DEMİR BELİN

Devreden Katma Değer Vergisi

Value Added Tax Carried Forward 671

Fulya KORKMAZ

Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacının Tanıklığı Meselesi

The Issue of the Confidential Investigator's Testimony in Criminal

Procedure 703

MAKALELER / Articles

**BOZMA KARARINDAN SONRA ISLAHA İLİŞKİN
YARGITAY VE ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARI İLE 7251 SAYILI KANUNLA HMK'DA
YAPILAN DEĞİŞİKLİK ÇERÇEVESİNDE
İSTİNAFTA ISLAH VE TALEP SONUCUNUN
ARTIRILMASI SORUNU**

The Problem of Amendment of the Claim and Increasing Claim Outcomes in Appellate Proceedings Within the Framework of Cassation Court and Constitutional Court Decisions Regarding Amendment Pleading After Reversal Decisions of Cassation Court, and the Amendments to the Civil Procedure Code by Law No. 7251

Tolga AKKAYA*

Öz

7251 sayılı Kanunla HMK m. 177'ye eklenen ikinci fıkrayla, kanun yolu incelemesinden sonra dosyanın tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde ıslaha izin veren yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, temyiz incelemesi sonucunda Yargıtayın bozma kararından veya istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, tahkikata ilişkin bir işlem yapılması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Bu düzenleme uyarınca Yargıtayın bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin içtihadı birleştirme kararının etkisi sona ermiştir. Konuya ilişkin bir başka güncel gelişme ise Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru dosyasında, ıslah talebinin tahkikata devam edilmesine rağmen bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak hak ihlali kararı vermiş

Makalenin Geliş Tarihi: 25.09.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 20.01.2024.

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: takkaya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6821-2841.

olmasıdır. Bu çalışmada, mevzuatta ve uygulamada güncel gelişmeler dikkate alınarak, bozma kararından sonra dosyanın tahkikat yapılmak üzere bölge adliye mahkemesine gönderilmesi veya ilk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine, dosyanın bölge adliye mahkemesinin elinde olması halinde ıslaha izin verilmesinin mümkün olup olmadığı konusu incelenmiştir. Ayrıca olması gereken hukuk bakımından ıslaha gerek olmaksızın talep sonucunun artırılmasına izin verilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, Islah, Talep sonucunun artırılması, Anayasa, Mahkemeye erişim hakkı

Abstract

Law No. 7251 recently introduced a significant change in Article 177 of the Civil Procedure Code, allowing for amendment pleading after a review by the Court of Cassation or annulment by an appeal court. The amendment permits claim modification until the investigation's conclusion, if necessary procedural actions arise when the case returns to the lower court after the Court of Cassation's review or an appeal court's annulment decision following an appeal examination. This revision effectively nullifies the prior precedent that barred claim amendments after a Court of Cassation reversal decision.

A related development concerns the Constitutional Court's ruling, finding a violation of the right to access to the court. It rejected claims that the amendment right was violated, arguing that amendment pleading couldn't be filed during an ongoing investigation after the Court of Cassation's reversal decision in an individual application case.

This article delves into the possibility of amending claims when a case goes to the appeal court for investigation after a Court of Cassation reversal or when the first instance court's decision faces appeal. It explores these legislative and practical changes and the potential to enhance the claim's outcome without requiring formal amendments from a legal standpoint.

Keywords: Appeal, Amendment of the claim, Increasing the claim outcome, Constitution, Right of Access to the Court

GİRİŞ

Islah, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176 ve devamı maddelerinde iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Kanuna göre, taraflardan her biri yapmış olduğu usûl

işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir ve taraflar davada ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir (HMK m. 176)

Islah ilk derece yargılamasında ve tahkikat sona erinceye kadar yapılabilir (HMK m. 177/1). İstinaf derecesinde davanın ıslahı, yasaklanan işlemler arasında sayılmıştır (HMK m. 357/1). Temyiz aşamasında ise zaten davanın esasına ilişkin olarak ilk derece ve istinaf derecesinde olduğu gibi tahkikat yapılması ve davanın esası hakkında karar verilmesi mümkün olmadığından, davanın ıslah edilmesi mümkün değildir.

7251 sayılı Kanunla 22.7.2020 tarihinde HMK’da değişiklik yapılmaya kadar, bozma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde ıslahın mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. 7251 sayılı Kanunla HMK m. 177’ye eklenen ikinci fıkrayla, kanun yolu incelemesinden sonra dosyanın tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde, ıslaha izin veren yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, temyiz incelemesi sonucunda Yargıtayın bozma kararından veya istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, tahkikata ilişkin bir işlem yapılması hâlinde, tahkikat sona erinceye kadar ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz (HMK m. 177/2). Bu düzenleme uyarınca, Yargıtayın bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin aşağıda açıklanan içtihadı birleştirme kararının etkisi sona ermiştir ve HMK’nın çizdiği sınırlar içinde kanun yolu incelemesinden sonra ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat yapılması halinde bozma lehine olan taraf için ortaya çıkan usûli kazanılmış hakkı¹ ortadan kaldırmamak şartıyla ıslah yoluna başvurulabilir.

Bozmadan sonraki tahkikatta ıslah yapılıp yapılamayacağıyla ilgili bir başka güncel gelişme ise Anayasa Mahkemesinin aşağıda açıklanan bireysel başvuru dosyasında, ıslah talebinin tahkikata devam edilmesine rağmen bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak hak ihlali kararı vermiş olmasıdır.

¹ Usûli kazanılmış hakkın varlığı ve niteliği tartışmalı olup bu konudaki detaylı tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Murat Atal, “Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı,” *Yargıtay Dergisi* 44, 3 (2018): 457 vd; Murat Atal, *Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Ankara: Yetkin, 2014).

Aşağıda ayrıntıları üzerinde durulmuş olmakla birlikte, bu güncel gelişmeler çerçevesinde incelenmesi ve değerlendirilmesi gereken konulardan biri de kanun değişikliği ve Anayasa Mahkemesinin hak ihlalini tespit eden kararı dikkate alındığında, bozma kararından sonra dosyanın tahkikat yapılmak üzere bölge adliye mahkemesine gönderilmesi veya ilk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine, dosyanın bölge adliye mahkemesinin elinde olması halinde ıslaha izin verilmesinin mümkün olup olmadığı; istinafta ıslaha izin verilmemesi durumunda Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklere aykırı bir durumun oluşup oluşmayacağıdır.

Türk hukukunda, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının kapsamı kanunda açıkça belirlenmemiş olmakla birlikte, öğreti ve uygulama, vakıalar (iddia ve savunmalar) ile talep sonucunun yasak kapsamında olduğunu kabul etmektedir². İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında olan talep sonucunun artırılabilmesi için ya karşı tarafın muvafakati alınmalı ya da ıslah yoluna başvurulmalıdır (HMK m. 141/2).

Kanımızca bozmadan sonra dosyanın ilk derece mahkemesine değil de istinaf incelemesini yapan bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde, HMK m. 177'deki temel prensiplere uygun olarak kısmi ıslaha izin veren yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Bu konu tartışmalı olup aşağıda ayrıntıları verilecek olan Anayasa Mahkemesi kararından önce öğretilerde de incelenmiştir³. Bu bağlamda istinaf derecesinde ıslahı mutlak şekilde yasaklayan hüküm, Anayasaya aykırıdır. Islah yasağının mutlak biçimde sürdürülmesi adil yargılanma hakkının, hak arama hürriyetinin ve mahkemeye erişim hakkının kullanılmasını imkânsız kılacak derecede hakkın özüne

² Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967), 10; Muhammet Özekes ve Uğur Bulut, "Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)," *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 13, 38 (2017): 696; Öğretilerde bu görüşte olan yazarlar hakkında detay için bkz. Alper Tunga Küçük, "Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18 (2021): 217, dn. 23; Aslı Aras, "Yargıtay Kararları ve Doktrin Görüşleri Işığında Islahın Zaman Sınırı," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 153-154 (2017): 10; Meltem Ercan Özler, *Medeni Usûl Hukukunda Dava Konusu* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 441 vd.

³ Ersin Erdoğan ve Cansu Korkmaz, "Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2 (2016): 278.

müdahale teşkil etmektedir. Çalışmamızda medeni usûl hukuku bakımından sorunun tespiti ile çözüm önerileri ortaya konulmuştur.

I. BOZMADAN SONRA ISLAHIN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI TARTIŞMASI VE KONUYA İLİŞKİN İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

Bu başlık altında konuya ilişkin Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarına özetle değinilmiştir. Yargıtay dairelerinin HMK'da 7251 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki dönemde verdiği farklı kararlar konusunda detaylı bilgiler ise daha önce yayınlanan akademik çalışmalarda paylaşılmış olduğundan bu çalışmada üzerinde durulmamıştır⁴.

A. Bozmadan Sonra Islahın Mümkün Olup Olmadığına Dair 4/2/1948 T., 1944/10 E., 1948/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

İçtihadı birleştirme kararının ilgili kısmına göre⁵;

"... Konunun aydınlanması ve anlaşmazlığın çözümü bakımından olaya temas eden Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesi hükmü Kanunumuzun mehazı olan Noşatel Usûl Kanununun işbu seksen dördüncü maddemize tekabül eden yetmiş sekizinci maddesi hükmü ile birlikte mütalaa edilmek icap eder. Noşatel Usûl Kanununun yetmiş sekizinci maddesinde 'ıslahın duruşmanın sonuna kadar Jusgu'a la eloture deş debats' ve teşkilatımızı hedef tutan seksen dördüncü maddede ıslah; 'tahkikata tâbi olan davalarda tahkikat bitinceye ve tâbi olmayanlarda muhakeme hitamına kadar yapılabilir' denilmekle bahis konusu yetmiş sekiz ve seksen dördüncü maddelerin açık ibarelerinden ıslahın yalnız tahkikat ve yargılama safhalarında yani tahkikat bitinceye ve hüküm verilinceye kadar mümkün olabileceği kastedildiği ve tahkikat ve yargılama devresinden sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır. Kanunumuzun temyiz faslında ve hususiyile 430'uncu maddede hüküm temyizen bozulduktan sonra da ıslahın cari olabileceğine dair sarih ve zımnî bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile takyid edildiğine göre seksen dördüncü maddenin mücerret itlakına bakılarak bu istisnai yolun hükmün Yargıtayca bozulmasından sonraki safhalara da

⁴ Yargıtay dairelerinin konuya ilişkin farklı kararları konusunda bkz. Erdoğan ve Korkmaz, "Islah," 264 vd.; Cenk Akil ve Elif Irmak Büyük, "Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islaha Gidilip Gidilemeyeceği Üzerine Düşünceler," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, 3 (2017): 9 vd.

⁵ YİBGK, E.1944/10, K.1948/3, 04.02.1948, (RG, 17.06.1948, S. 6934)

şümulünün kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hâllerinde de işin sonuçlanması güçleşir. Ve bu suretle bu müesseseden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer.

... Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usûle müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkanını veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen ıslahın; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesinin açık hükmü dairesinde tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabiliyor Yargıtayca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olamayacağına karar verilmiştir."

İçtihadı birleştirme kararında oylamaya katılan üyeler tarafından yapılan tartışmalardan anlaşıldığı üzere, karara konu olan olay bir boşanma davası olup, davacı taraf birçok kez bozma görmüş olan dosyada, bozma kararından sonra boşanma sebeplerini değiştirerek davasını tamamen ıslah etmiştir. Buna göre bozmadan sonra ıslaha izin verilmemesinin sebebi, bozma kararı ile taraflardan biri lehine oluşan usûli kazanılmış hakkın ihlal edilmemesi, yine davanın tamamen ıslah edilmesi halinde mahiyeti değişen dava nedeniyle yargılamanın uzamasını önlemektir. Islaha bir kez izin verilmesinin sebebi ise hakkın kullanılmasında suistimallere izin vermemektir. Zira birden fazla kez başvurulmuş ıslah ile davalar uzayabilir ve diğer taraf bundan zarar görebilir.

Bu açıklamalara göre, bozmadan sonraki ıslahla ilgili tartışmaların ve ıslaha izin verilmemesinin temel nedeni, ıslahla dava konusunun veya dava sebeplerinin değiştirilebilecek olması nedeniyle davanın uzamasından endişe edilmesidir. Islahla dava konusunun tamamen değiştirilmesi davanın tamamen ıslahı niteliğindedir. Başka bir deyişle dava dilekçesinden itibaren yapılan ıslah tam ıslahtır. Dava konusunun ve dava sebeplerinin değiştirilmesi tahkikatın genişlemesine ve uzamasına yol açar. Talep sonucunun artırılması için yapılan ıslah ise kısmi ıslahtır. Davacı talebini değiştirerek alacak talebini artırmakta veya talebine eklemeyi unuttuğu bir hakkı dava dilekçesine eklemekte veya bunu değiştirmektedir. Islahla dava konusunun artırıldığı hallerde dava konusunun tamamen değiştirilmediğinden tam ıslah söz konusu değildir⁶.

⁶ Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukukunda Islah* (Ankara: Yetkin, 213), 72-74; Okan Gündüz, "Islahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1 (2017): 208.

B. Bozma Kararından Sonra Yeniden Tahkikata Dönüldüğüne Dair 4/2/1959 Tarihli Ve E.1957/13, K.1959/5 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

İçtihadı birleştirme kararının ilgili kısmına göre⁷;

"...Bir mahkeme kararının her ne nedenle olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir..."

Söz konusu karar ise doğrudan ıslaha ilişkin olmamakla birlikte bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinin uyma kararı vermesi halinde, davada yeniden tahkikat safhasına dönüldüğünü tespit etmektedir. Ancak Yargıtay bir sonraki başlık altında özetlenen yeni içtihadı birleştirme kararında, 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararının görevsizlik kararının her aşamada verilebileceğine ilişkin olduğunu, 1959 tarihli karardaki gerekçeden hareket edilerek bozma kararından sonra tahkikatın devam ettiğini kabule imkân olmadığını, bu nedenle 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararındaki bu gerekçenin eldeki tartışmalara bir katkısı bulunmadığını belirtmiştir.

Kanımızca Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının gerekçe kısmındaki açıklamalar doğrudan o kararın sonucuyla ilgili olmasa dahi yol gösterici olup, bozmadan sonra tahkikata dönülmesinin mümkün olduğu yönünde bir gerekçe oluşturmaktadır.

C. 1948 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının Değiştirilmesi Talebine İlişkin 6/5/2016 Tarihli Ve E.2015/1, K.2016/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, HMK'da bozmadan sonra ilk derece mahkemesinde ıslah yapılabileceğine dair hüküm yürürlüğe girmeden önce verdiği kararında⁸; içtihadı birleştirme kararının verildiği 1948 yılından sonra 6100 sayılı HMK'da bu kararın kaldırıldığına yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiş olması, mülga 1086 sayılı HUMK'daki ıslah hükümleri ile 6100 sayılı HMK'da benzer düzenlemelerin bulunması nedeniyle, içtihadı birleştirme kararını değiştirme şartlarının oluşmadığı; 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararının sonuç olarak 1948 tarihli içtihadı

⁷ YİBGK, E. 1957/13, K. 1959/5, 04.02.1959, (RG, 28.04.1959, S. 10193).

⁸ YİBGK, E. 2015/1, K. 2016/1, (RG, 23.03.2017, S. 30016).

birleştirme kararını etkilemediği ve değiştirmedeği; tahkikatın bozma kararından sonra devam ettiğini kabulde 1959 tarihli kararın gerekçe olarak kabul edilemeyeceği, zira içtihadı birleştirme kararlarının gerekçeleri ile açıklayıcı sonucu ile bağlayıcı olduğu, söz konusu içtihadı birleştirme kararının sonucunun görevsizlik kararının her aşamada verilebileceğine dair olduğu gerekçesiyle ıslah konusundaki tartışmaya bir katkısı olmadığı; bozmadan sonra ıslah yasağının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine taşındığı -Suzan Tekin (Kavurkacı) ve Diğerleri Başvurusu'nda (Başvuru Numarası: 2013/1932) Anayasa Mahkemesinin somut olayda ek dava açma hakkının bulunduğuna işaret ederek mahkemeye erişim hakkı⁹ yönünden ihlal bulunmadığına hükmettiği, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği görüşünün dayanağının kalmadığı; HMK'nın 177/1 maddesinin açık düzenlemesine göre ıslahın yalnız tahkikatın sona ermesine yani hâkimin tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar mümkün olabileceği; hükmün temyizen bozulmasından sonra da ıslahın cari olabileceğine dair açık veya gizli bir hüküm mevcut olmaması gerekçeleriyle bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağına ve içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesinin gerekmediğine karar vermiştir. Söz konusu karar öğretide ihtiyaçları karşılamadığı, içtihat farklılıklarını ortada bıraktığı, hukuki belirsizliğin devamına neden olduğu ve benzeri gerekçelerle eleştirilmiştir¹⁰.

Söz konusu kararda, müzakereye ve oylamaya katılan, bozmadan sonra ıslaha izin verilmesi gerektiğini kabul eden üyelerce, usûle ilişkin bozma kararı verilmesi halinde yargılamanın başına dönecek olması ve tarafın daha önce hiç kullanma imkanı bulamadığı ıslah hakkını bu nedenle yasaklamanın doğru olmadığı; temyiz incelemesi üzerine kararın bozulması ile birlikte bozmanın niteliğine göre muhakemenin çeşitli aşamalarına geri döndüğü ve sözlü yargılama aşaması öncesinde herhangi bir aşamaya dönülmesi halinde tahkikatın bitmemiş olması nedeniyle ıslaha izin verilmesinin mümkün olduğu; tarafın ek dava açmaya mecbur bırakılması halinde tüm yargılamanın baştan başlayacağı, ıslah ile hakka ulaşmanın daha pratik bir yol olduğu; bozma kararı lehine olan tarafın ıslaha başvuramamasından dolayı alacağını

⁹ Mahkemeye erişim hakkı, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin iddialarını mahkeme önüne getirme hakkını ve aşılması güç bir engelle karşılaşmamasını ifade etmektedir. Mahkeme erişim hakkının unsurlarından biri dava açma hakkıdır. Medeni usûl hukukun bakımından mahkemeye erişim hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin, 2014), 74 vd.

¹⁰ Akil ve Büyük, "Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islah," 25 vd.

tahsil edemeyecek olması nedeniyle haksızlığa yol açıldığı ileri sürülmüştür. Islaha izin verilmemesi gerektiğini ileri süren üyeler ise daha ziyade davanın tamamen ıslah edilmesi suretiyle dava sebeplerinin ve davanın tamamen değiştirilmesi tehlikesinin doğacağı, davaların sürüncemede kalacağı ve sonuçlandırılmayacağı gerekçelerini ileri sürmüştür.

Müzakere edilen görüşlerden ve kararın gerekçesinden çıkan sonuç, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda çoğunluğun esasında bozmadan sonra ıslaha izin verilmemesinin mahzurları olmasına rağmen, kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmaması, 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının gerekçelerinin benimsenmesi ve tarafın ek dava açma imkanının olması nedeniyle kategorik bir yaklaşımla ıslah türleri ve ıslahın amacı bakımından bir ayırım yapmadan, bozmadan sonraki tahkikat sürecinde ıslah yolunun tamamen kapatılması olmuştur.

II. 7251 SAYILI KANUNLA HMK M. 177'YE EKLENEN İKİNCİ FIKRA İLE BOZMADAN SONRA ISLAHIN MÜMKÜN HALE GELMESİ

7251 sayılı Kanunla¹¹ HMK m. 177'ye eklenen ikinci fıkra ile kanun yolu incelemesinden sonra dosyanın tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde ıslaha izin veren yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay tarafından bozma karardan veya istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesinin kaldırma karardan sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde, tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz (HMK m. 177/2).

Kanun değişikliğinin gerekçesinde¹², öncelikle bozmadan sonra ıslahın öğretide ve uygulama çok tartışmalı bir konu olduğu, en son 2016 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla 1948 tarihli içtihadı birleştirme kararının geçerliliğini koruduğu tespit edilmiştir. Değişiklik gerekçesi olarak ise iş yükünün azaltılması ve usûl ekonomisi ilkesinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla kanun yolu incelemesi sonucunda dosyanın ilk

¹¹ RG, 28.7.2020, S. 31199.

¹² 7251 s.K., Madde Gerekçesi, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y3/T2/WebOnergeMetni/f8bd5371-6e30-4bee-b63e-fa1614aec219.pdf>>, Erişim tarihi: 20 Haziran 2023.

derece mahkemesine gönderilmesi ve ilk derece mahkemesinde tahkikata ilişkin işlem yapılması halinde ıslaha izin verildiği belirtilmiş¹³, ancak ıslah hakkının davada bir kez kullanılması kuralının değişmediği vurgulanmıştır¹⁴. Ayrıca ıslah hakkının bu aşamada kullanılabilmesinin ancak usûli kazanılmış hak ve aleyhe hüküm verme yasağı kurumlarına aykırı olamayacağına işaret edilmiştir.

7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kanun yolu incelemesinden sonra ıslaha izin verilmiş, daha önce öğretide ve içtihadı birleştirme kararlarında dile getirilen usûli kazanılmış hakkın ve aleyhe karar verme yasağının ihlal edilmemesine yönelik önlem alınmıştır. Madde gerekçesinde verilen örnek de bu görüşü destekler mahiyettedir. Buna göre, ilk derece mahkemesi tarafından verilen asıl alacak ve faizin kabulüne dair karar istinaf edilir, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir, bu karar ise temyiz edilir ve inceleme sonucunda temyiz başvurusunun ana para yönünden reddine ancak faiz yönünden kabulüne karar verilerek dosya ilk derece mahkemesine gönderilirse, artık ıslahla ana para talebi artırılamaz. Kanun yolu incelemesinden sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde, talep sonucunun artırılmasına ilişkin bir ıslah ile kesin hüküm artık ortadan kaldırılamaz.

Kanun değişikliği sonucunda, ıslah türleri ve ıslahın konusu bakımından bir ayırım yapılmaksızın bozma veya kaldırma kararından sonra ıslaha izin verilmekle birlikte, maddenin gerekçesinde verilen örnek (uygulamada en sık karşılaşılan), talep sonucunun artırılmasına yönelik ıslaha ilişkindir. Buna göre, bozma veya ilk derece kararının kaldırılması kararından sonra ıslaha izin veren yeni hükümle, talep sonucunun kanun yolu incelemesinden sonra ıslahla artırılamamasından kaynaklanan ve hak aramayı zorlaştıran önceki düzenlemenin değiştirilmek istendiği ifade edilebilir.

¹³ Yargıtayın 1948 ve 2016 tarihli İçtihadı Birleştirme kararlarına yönelik eleştirilerde de usûl ekonomisi ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekliliği vurgulanmıştır. Bkz. Nurbanu Erzurumlu Işık, *Medeni Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 373 vd.

¹⁴ ıslah hakkının daha önce kullanılmamış olması gerektiği ve bir kez kullanılabilceği yönünde bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, “7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler,” *İstanbul Barosu Dergisi* 95, 5 (2020): 29.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN BOZMADAN SONRA ISLAHA İLİŞKİN KARARLARI

A. Tekin (Kavurkacı) Ve Diğerleri (B. No: 2013/1932, 17/7/2014) Kararı

Anayasa Mahkemesi, bozma kararından sonraki ıslaha ilişkin daha eski tarihli kararında¹⁵ başvurucuların ıslah taleplerinin *bozmadan sonra ıslah* yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarını mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararında bozma kararına uyulmasından sonra ıslah yoluna başvurulamamasının nedeninin öğretide usûle ilişkin müktelep hakkın korunması olarak açıkladığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, Yargıtay uygulamasını göz önünde bulundurarak, bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılamayacağı hususuna ilişkin hukuki ve pratik bir belirsizliğin bulunmadığını; davasını vekille takip eden başvurucunun ıslah talebinin mevcut koşullarda reddedileceğini bilebilecek durumda olduğunu, yine başvurucunun ıslah yerine ek dava yoluyla talepte bulunabileceğini belirterek mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Söz konusu karar öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁶.

B. Ziyinet Benli (B. No: 2019/23977, 15/2/2023) Kararı

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine verdiği güncel kararında ise aksi yönde bir değerlendirme ile hak ihlali olduğunu tespit etmiştir¹⁷. Bu karara konu olayda bireysel başvuru 7251 sK ile HMK m. 177/2 değişikliği yapılmadan önce yapılmış ancak Anayasa Mahkemesi kanun değişikliğinden sonra kararını vermiştir. Karar Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin güncel bakış açısını göstermesi nedeniyle aşağıda daha kapsamlı özetlenmiştir.

1. Karara Konu Olay

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru; tahkikata devam edilmesine rağmen bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle ıslah talebinin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının,

¹⁵ AYM, *Tekin [Kavurkacı] ve diğerleri*, B. No: 2013/1932, 17.7.2014 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁶ Akil ve Büyük, “Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islah,” 24 vd.

¹⁷ AYM, *Ziyinet Benli [GK]*, B. No: 2019/23977, 15.02.2023, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

Bireysel başvuru yapan tarafın eşi, işyerinde çıkan yangın sonucu yanarak ölmüştür. Başvurucu, söz konusu olay üzerine fazlaya ilişkin hakları saklı tutulmak kaydıyla 100.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminat istemiyle ilk derece mahkemesinde dava açmıştır. Dava dosyasında verilen görevsizlik kararı nedeniyle dava uzun sürmüştür; nihayet davanın esası hakkında karar veren mahkeme, davacının maddi tazminat talebinin reddine, manevi tazminat talebinin ise kabulüne karar vermiştir. Davacının kararı temyiz etmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararında ilk derece mahkemesinin hükmüne esas alınan bilirkişi raporunun rücuen tazminat dosyasında alınan rapor ile çelişkili olduğu, işçi sağlığı-iş güvenliği konularında uzman bilirkişi heyeti tarafından konunun yeniden incelenmesi, kusur raporlarındaki çelişkinin giderilmesi ve çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesi bozma kararı üzerine kusur oranlarının belirlenmesi ve daha önceki kusur raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi yönünde bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi raporunda başvurusunun maddi zararının 373.446,28 TL olduğu belirtilmiştir. Bunu üzerine, davacı taraf ilk derece mahkemesinde maddi tazminat talebini ıslah ederek arttırmıştır. İlk derece mahkemesi, davanın kabulü ile davacı başvurucuya 373.446,28 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Bu kararın temyiz edilmesi üzerine, ilgili hukuk dairesi Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 4/2/1948 tarihli ve E.1944/10, K.1948/3 sayılı kararında belirtildiği üzere, bozma kararından sonra ıslah yapılmasının mümkün olmadığı ve davacının bozma kararından sonra ıslah talebinde bulunduğu gerekçesiyle tekrar bozma kararı vermiş ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.

İlk derece mahkemesi bozmaya uyararak, davacının bozmadan sonra ıslah talebinde bulunduğu ve bozmadan sonra ıslah yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle ıslah talebinin reddine, dava dilekçesinde talep edilen miktarla bağlı kalınarak başvuru lehine 100.000 TL maddi, 100.000 TL manevi tazminata karar vermiştir. Bu karar da temyiz edilmiş, nihayet ilgili dairenin 16/4/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

Davacı taraf, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, dilekçesinin ıslahla ilgili bölümde, dava tarihi itibarıyla belirsiz olacak davası bulunmaması nedeniyle davanın kısmi dava olarak açıldığını, maddi zararının bilirkişi raporuyla belirlendiği tarih itibarıyla ek dava açma süresinin sona erdiğini, bu suretle ek dava açma hakkının da elinden alındığını ve bozma kararı sonrası ıslah yoluna başvurulamayacağı gerekçesiyle ıslah edilen kısım yönünden davasının reddedilmesi nedeniyle zarara uğradığını ileri sürmüştür.

2. Anayasa Mahkemesinin İnceleme ve Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi konuyu ıslahla ilgili 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ıslahın zamanına ilişkin hükümleri ve 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğüne ve mevcut davalarda uygulanmasına ilişkin hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesi ve konuya ilişkin AHİM kararları, Anayasanın hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13'üncü maddesi yönünden incelemiştir. Kararın gerekçesindeki önemli noktaları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

Anayasa Mahkemesi kararında adil yargılanma hakkına ilişkin AHİM kararlarına atıfta bulunmuştur. İlgili AHİM kararları ise özetle, adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından birinin mahkemeye erişim hakkı olduğunu, bu kapsamda herkesin kişisel hakları ve yükümlülükleriyle ilgili her türlü iddiasını bir mahkeme veya bir yargı yeri önüne çıkarma hakkının güvence altına alındığını; bu hakkın mutlak olmadığını ve belirli ölçüde sınırlanabileceğini; ancak bu sınırlamanın mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde olamayacağını, meşru bir amaç taşımayan ve uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılık ilişkisi olmayan hallerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğini; süre sınırı getiren kuralların ilgililerin başvuru yollarına müracaatlarını engelleyecek mahiyette olmaması gerektiğini; bu ilkeler uyarınca mahkemelerin dava açılabilmesi için öngörülen yasal yükümlülükleri uygularken hem yargılama adaletinin zayıflamasına yol açacak düzeyde aşırı şekilcilikten¹⁸ hem de kanunlarda öngörülen usûle ilişkin

¹⁸ Medeni usûl hukukunda şekil ile şekilcilik farklı kavramlardır. Şekilcilik, "şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmayı veya kanun koyucunun, maddî hukukun kişilere tanıdığı hakka ulaşmayı zorlaştıracak veya engelleyecek nitelikte kurallar

gereklilikleri abes hâle getirecek seviyede aşırı esneklikten kaçınması gerektiğini, düzenlemelerin davaların esasının mahkeme tarafından karara bağlanmasını önleyecek bariyerler oluşturma fonksiyonu görmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkının zedeleneceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu*"; mahkemeye erişim hakkının, Anayasada güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsuru olduğunu; bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle ıslah talebinin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğunu tespit etmiş ve bu müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını incelemiştir.

Söz konusu müdahaleyi Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*" başlıklı 13' üncü maddesine¹⁹ göre inceleyen Mahkeme; müdahalenin belirtilen koşullara uygun olmaması halinde Anayasa'nın 36'ncı maddesini ihlal edeceğini ifade ederek, bozmadan sonra ıslaha izin verilmemesini Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığı yönünden değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi "bozma kararından sonra ıslah yapılmasının mümkün olup olmadığı hususunun" Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından ilk kez ele alınmakta olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme daha önce ıslah konusunda inceleme yaptığını kabul etmekle birlikte, bozma kararı sonrasında ıslah talebinin ne şekilde ele alınacağına yönelik Yargıtay dairelerinin farklı değerlendirmelerinin ve bahsi geçen hususa ilişkin son kanun düzenlemesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret

koyması ya da uygulayıcının o alanda geçerli olan şekil kurallarını, maddî hukukun tanıdığı hakka ulaşmayı zorlaştıracak veya engelleyecek şekilde yorumlaması ve uygulaması olarak" ifade edilmektedir. Bkz. İbrahim Ermenek, "Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, 1 (2000): 142, dn. 10.

¹⁹ "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

etmiş; ıslah talebinin bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığını incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi, kararında ıslahla ilgili olarak 1086 sayılı mülga Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanununun 87' nci maddesinin iptaline ilişkin kararının gerekçelerine işaret etmiş, özetle aşağıdaki hususları vurgulamıştır:

“1086 sayılı mülga Kanun’un 87. maddesinin “Müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez.” şeklindeki son cümlesi yapılan başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi ıslah yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kuralın bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığı, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarını kısıtladığı, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorladığı, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engellediği, hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı, davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir (AYM, E.1999/1, K1999/33, 20/7/1999).”

Mahkemeye göre, hem 1086 sayılı HUMK hem de 6100 sayılı HMK bozmadan sonra ıslahı yasaklayan açık veya örtülü bir hüküm içermemektedir. Bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına yönelik genel kural içtihatlarla belirlenmiştir. Ayrıca YİBGK'nın 4/2/1948 tarihli bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına dair kararında, tahkikat bozma kararından önceki ilk derece mahkemesindeki tahkikat aşamasıyla sınırlandırılmış, bozma kararından sonraki tahkikata ilişkin değerlendirme yapılmamıştır. YİBGK kararlarının temelinde, bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durumların ortadan kaldırılmaması gibi makul bir gerekçe bulunmaktaysa da bozma kararından sonra tahkikata devam edilen hallerde ıslah yapılamaması, “kanunilik ölçütü” bakımından öngörülemeyen bir durumdur. Kanunilik ilkesi, hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi, bu haklara keyfi müdahalenin önlenmesi anlamına gelmektedir. İslah yoluyla bedelin artırılabilmesine izin verilmesinin sebebi, davayla ilgili bilgi ve belgelerin karşı tarafta olması veya dava tarihi itibarıyla alacağın miktarının bilinmesinin mümkün olmamasıdır. İslah yolu, “adil yargılanma hakkının” ve bu kapsamda “mahkemeye erişim hakkının” kullanılabilmesi için gerekli olup, yargılamada ıslah veya başka bir yolla bedelin artırılmasına imkân tanınması gerekir. İslah hakkının tanınmaması

veya ıslaha başvurunun güçleştirilmesi, hak arayanlara aşırı külfet yüklemekte ve başka bir imkânın da bulunmaması nedeniyle, mahkemeye erişim hakkına yönelik ağır bir müdahale oluşturmaktadır. Tarafa yüklenecek aşırı bir külfet olmaması için, bozmadan sonra ıslahı tamamen yasaklamak gibi kategorik bir yaklaşım yerine, bozma kararından sonra zararın veya alacağın miktarının belirlenmesi için tahkikata devam edilen hallerde, somut olayın koşulları dikkate alınarak yorum ve değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda “Anayasa’ya uygun yorum ilkesi” ne işaret eden Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin hukuk kurallarını Anayasa hükümlerini dikkate alarak, anayasal ilke ve güvenceleri gözeterek yorumlamasının mecburi olduğunu belirtmiştir. Anayasa’ya uygun yorum ilkesi, hâkimin hukuk kurallarını yorumlama serbestisinin sınırını oluşturmaktadır. Bozmadan sonra ıslahı mutlak surette yasaklamak, temel hak ve özgürlükleri daraltıcı bir yorumdur. Bütün uyuşmazlıklar yönünden bozma kararından sonra ıslah yapılmasının mümkün olmadığına kategorik olarak kabul edilmesi, “mahkemeye erişim hakkını” önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Kategorik bir yaklaşımla, hiçbir istisna tanımadan, her durumda bozmadan sonraki tahkikatta ıslahı yasaklayıcı bir yorum yapılması, öngörülemez bir durum yaratır ve kanunilik ilkesine aykırıdır. Bozmadan sonra tekrar tahkikata dönüldüğünde, ıslaha izin verilmemesi nedeniyle “mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağı yoktur”. Sonuç olarak adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ihlal kararında belirtilen Anayasaya aykırılıkları gideren ve kararda ortaya konulan ilkelere uygun yeni bir karar verilmesi için kararın bir örneğinin ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Bu karar ilk derece mahkemesinde davanın yeniden görülmesi ve yeni bir karar verilmesi için özel bir yargılamanın iadesi sebebi olup (6216 sK m. 50/2), ilk derece mahkemesinin bu karar uyarınca yargılama yapması ve karar vermesi gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bozmadan sonra ıslaha izin veren yeni bir düzenleme yapılmışsa da, Anayasa Mahkemesinin kararı, bu değişiklik yürürlüğe girmeden önceki dönemde bozmadan sonra ıslaha izin verilmeyen dava dosyalarında -hangi aşamada olursa olsun- dikkate alınmalıdır. Zira aksi yöndeki uygulamalar nedeniyle konunun tekrar bireysel başvurulara konu olması mümkündür. Ayrıca mahkemeler hukuku resen bilmek ve uygulamakla yükümlü olup, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin kararları da diğer içtihatlar gibi hukukun yardımcı

kaynakları arasında yer aldığından, hukuk mahkemeleri tarafından baktıkları davalarda dikkate alınmalıdır. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır (TMK m. 1).

IV. ISLAHIN ZAMANIYLA İLGİLİ KANUN DÜZENLEMESİNİN VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İSTİNAFA YANSIMASI

A. Genel Olarak

Mahkemeye erişim hakkının Anayasa'nın 13'üncü maddesinde ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırılması sorunu, bozmadan sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde ıslaha izin veren düzenlemeyle çözülebilemiş değildir. Zira Yargıtay temyiz incelemesi sonunda bozma kararı verirse, dosyayı tahkikat yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderebileceği gibi bölge adliye mahkemesine de gönderebilir. Kanuna göre, bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olduğu sonucuna varır, istinaf başvurusunu kabul eder ve yapacağı yargılama sonucunda ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esası hakkında yeni bir karar verirse, bu karar hukuki yararı olan tarafça temyiz edilebilir. Bu ihtimalde, Yargıtay temyiz incelemesi sonunda yeniden tahkikat yapılmasını gerektirecek şekilde bozma kararı verirse, dosyayı ilk derece mahkemesine değil, bölge adliye mahkemesine gönderir. Zira bölge adliye mahkemesi ilk derece kararını kaldırarak davanın esası hakkında kendisi inceleme yapmış ve karar vermiştir. Bu durumda bölge adliye mahkemesi artık Yargıtayın bozma kararı uyarınca ilk derece mahkemesinin kararının doğru olduğu ve bu nedenle istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varsa dahi ilk derece mahkemesi kararını ele alarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar veremez. Yargıtayın kararlarına göre, bölge adliye mahkemesi tahkikatı tamamlayarak davanın esası hakkında bizzat karar vermelidir. Açıkladığımız üzere bu karar ilk derece mahkemesinin kararının aynısı olabilir veya bölge adliye mahkemesi farklı bir karar da verebilir²⁰.

²⁰ “35. İstinaf bir kanun yolu olmakla birlikte temyiz kanun yolundan farklı olarak ilk derece mahkemesi kararının denetlenmesi yanında aynı zamanda gerektiğinde yeni bir yargılama yapılması ve hüküm mahkemesi gibi karar verilmesi söz konusudur. 36. İlk derecedeki tahkikatın amacı, uyuşmazlıkla ilgili tarafların delillerini toplayıp değerlendirdikten sonra uyuşmazlığı çözüp karar bağlamak iken temyiz incelemesinin amacı denetimdir. İstinafta ise, hem ilk derece mahkemesinin gerçekleştirdiği tahkikat

Bozma kararından sonra dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş, bölge adliye mahkemesi bozmaya uyarak kararda işaret edilen ilke ve gerekçeleri dikkate alıp yeniden tahkikat yapmış ve bu tahkikat neticesinde tarafın ıslaha başvurarak talep sonucunun artırılmasını gerektiren yeni bir durum ortaya çıkmışsa, Kanundaki düzenlemeler nedeniyle ıslaha başvurmak mümkün değildir. Zira HMK m. 177/2’de bozmadan sonra dosyanın sadece ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde ıslaha izin vermiş, dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi haline ilişkin bu maddede bir hükme yer vermemiştir. Bununla birlikte istinaf derecesinde yapılamayacak işlemleri düzenleyen 357’nci maddede, istinaf incelemesinde ıslah yasaklandığından, iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde bozmadan sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde ıslah yolunun kapalı olduğu sonucuna varılır.

Kanımızca hem 177’nci maddenin ikinci fıkrasındaki “*dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde*” ifadesinde “*dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin*” ibaresi hem de 357’nci maddede istinafta yapılamayacak işlemleri düzenleyen hükümdeki “ıslah” ibaresi Anayasa’nın adil yargılanma hakkı ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkını düzenleyen 36’ncı maddesini, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırarak ihlal etmektedir. Bu ihlal, bozmadan sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderildiği haller yanında, ilk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine bölge adliye

denetlenir, hem de gerekirse yeniden inceleme yapılarak karar verilir. Zira istinaf yolunda sadece hukukî denetim değil, aynı zamanda maddi vakıa denetimi de yapılmaktadır. Bu açıdan istinaf incelemesi ne ilk derece yargılamasının ne de temyiz özelliğini tam olarak taşımaktadır. ... 51. Diğer yandan bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak düzelterek veya yeniden esas hakkında hüküm vermesi ve bu hükmün de Yargıtay tarafından bozulması ile ilk derece mahkemesi kararı hayatiyetini kaybetmiş olur. Hüküm mahkemesi sıfatıyla esas hakkında verdiği karara ilişkin bozma ilamına uyan bölge adliye mahkemesinin hüküm mahkemesi sıfatı devam ettiği için bozma kararına uygun olarak esas hakkında uyumsuzluğa sona erdirecek, infaza elverişli bir karar vermesi gerekir. Aksine hukuk dünyasında geçerli ve sonuç doğurabilir bir ilk derece mahkemesi kararı varmış gibi bu karara yönelik istinaf incelemesi yapılarak istinaf başvurusunun veya başvurularının esastan reddine karar verilmesine olanak bulunmamaktadır. ... ” YHGK, E. 2021/11-334, K. 2022/1021, 22.06.2022, (Legalbank).

mahkemesinde yapılan istinaf incelemesinde de ıslahın mümkün olmaması nedeniyle istinaf incelemesi bakımından ortaya çıkmaktadır.

İstinaf derecesinde ıslahın yasaklanması kural olarak, Türk hukukunda sınırlı istinaf sisteminin benimsenmesinin bir sonucudur. Sınırlı istinaf sisteminde istinafin amacı, ilk derece mahkemesinde görülen ve yürütülen yargılamada karar verildiği tarih itibariyle kararın doğru olup olmadığının denetlenmesi, eğer yargılama eksik veya hatalı ise veya karar hukuka aykırı ise tahkikat eksikliğini tamamlayarak somut olayda doğru karar verilmesini sağlamaktır. Başka bir deyişle istinafin amacı, ilk derece mahkemesinin hatalarını düzeltmek olup tarafların hatalarını düzeltmeye yönelik bir başvuru yolu değildir. Ayrıca istinaf öncelikle bir denetim yargılaması olduğundan, ancak kanun yolu denetimi sonucunda hata olduğu ortaya çıkan konularda tahkikat yapılabilir. Bu sebeple istinaf derecesinde yeni bir dava veya karşı dava açılmasına, davaya müdahale edilmesine, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların (vakıaların) ileri sürülmesine izin verilmediği gibi dava konusunun değiştirilmesine, yeni dava konusunun davaya eklenmesine, iddia ve savunmaların değiştirilmesine izin verilmemiş; buna imkân tanıyan ıslah da yasaklanmıştır. Kanun koyucu ıslah türleri bakımından ayırım yapmadığından, istinaf derecesinde dava ne tamamen ne de kısmen ıslah edilebilir.

Bazı işlemler bakımından getirilen bu yasağın amacı, istinaf derecesinde yapılan tahkikatı ve istinaf incelemesi sonucunda verilecek kararı ilk derece mahkemesi kararını denetlenmesiyle sınırlamak, bir davanın ilk kez istinafta açılmasını veya dava konusu talebe ilişkin iddia ve savunmaların ilk kez istinaf derecesinde ileri sürülmesini engellemektir. Burada asıl amaç, istinaf incelemesini ilk derece mahkemesinde kararın verildiği tarih itibariyle tespit edilmiş olan dava malzemesi ile sınırlandırmak, tarafların haklarını etkin bir yargılamayla ve makul bir süre içinde elde etmelerini sağlamaktır.

Kanun koyucunun hak arama hürriyetini, mahkemeye erişim hakkını ve bu kapsamda dava hakkını usûl kuralları ile sınırlandırması mümkündür. Zira hak ve taleplerin belirli bir usûl kesiti olmaksızın sınırsız biçimde ileri sürülmesine izin vermek, mahkemelerin yükünü katlanılmaz derece artıracığı gibi yargılamaları sürüncemede bırakacak ve yargılamanın etkinliğini azaltacaktır. Ancak bu sınırlama yapılırken, yukarıda Anayasa Mahkemesinin bozmadan sonra ıslahla ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılığını tespit eden ihlal kararındaki gerekçelerinde ortaya koyduğu üzere, Anayasa'ya uygun yorum yapılmalı, Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesi, hak arama hürriyeti,

mahkemeye erişim hakkı²¹ gibi temel hakların kullanılması engellenmemelidir. Usûl hükümlerinin yorumunda ve yeni usûl hükümlerinin düzenlenmesinde hak arama hürriyetini sınırlamayan veya en az sınırlayan yorum ve sonuç tercih edilmelidir²².

Anayasaya uygun yorumdan anlaşılması gereken, öncelikle Anayasadaki usûl hukukuna ilişkin kurallara uygun yorumdur. Bu bağlamda usûl ekonomisi ilkesi (AY m. 141/4), adil yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, hukuki dinlenilme hakkı (AY m. 36) ve bu kuralların sınırlandırılmasında etkili olan ölçülülük ilkesinin (AY m. 13) dikkate alınması medeni usûl hukuku kurallarının ve bu kuralların yorumunun Anayasaya uygunluğu açısından önemlidir. Anayasaya uygun yorum yapılması etkin hukuki korunmanın sağlanması bakımından bir gerekliliktir²³.

Ayrıca, medeni usûl hukukunun amacı dikkate alınmalı ve maddi hukukun düzenlediği hakların zarar görmemesine veya en az zarar görmesine hizmet edecek bir yorum tercih edilmelidir. Şekil kurallarına çok katı bağlı kalınması, başka bir deyişle ihtiyaçlara göre şekil kurallarının düzenlenmemesi veya yorumlanmaması durumunda, kişilerin haklarını kullanmaları engellenir²⁴. Şekil kuralları keyfiligi önleyerek, yargılamada disiplini sağlayarak hukuki güvenliği gerçekleştirmekteyse de bu amaçları gerçekleştirmek için şekil kurallarında aşırılığa gidilmesi veya taraf işlemlerinin katı biçimde kısıtlanması, tarafların kanunlarla korunan menfaatlerinin ve haklarının gerçekleştirilmesinin önünde engel olmamalıdır²⁵.

²¹ Mahkemeye erişim hakkı konusunda bkz. Cumhuriyet Rüzgaresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi* (Ankara: Yetkin, 2013), 67. Mahkemeye erişim hakkının tanınmış olmasının tek başına hakkın gerçekleştirilmesi bakımından yeterli olmadığı, fiilen bu hakkı kullanma imkanının tanınmış olması gerektiği yönünde bkz. Gökhan Çayan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 28 (2016): 238.

²² Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usûl Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 17 vd.

²³ Işık, *Medeni Usûl Hukukunda Yorum*, 75 vd.

²⁴ Budak ve Karaaslan, *Usul*, 18, Kn. 37.

²⁵ Nur Bolayır, "Usûl İşlemlerinde Sakatlıklar Ve Bunların Düzeltilmesi," *Medeni Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 12, 34 (2016): 301; Ermenek, "Şekilcilik," dn. 66 ve dn. 96. Aşırı şekilciliğin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği yönünde bkz. Çayan, "Mahkemeye Erişim Hakkı," 254.

B. İstinafta İslah Yasağının Eşitlik İlkesinin Uygulanmasında Oluşturduğu Engel

Bozmadan sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin işlem yapması halinde ıslaha izin verilmesine rağmen bozmadan sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi ve bölge adliye mahkemesi tarafından tahkikata ilişkin işlem yapılması halinde ıslaha izin verilmemesi sorunu açısından değerlendirdiğinde, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir sınırlamanın var olduğu kanaatindeyiz.

Temyiz incelemesi sonucunda dosyanın ilk derece veya bölge adliye mahkemesine gönderilmesini belirleyen etken, tarafın ihmali ile usûle ilişkin yüklerini yerine getirmemesi veya kendi hatası değil, yargılamayı yürüten alt derece mahkeme(leri) tarafından yapılan hatalar ve kanun koyucunun dosyanın gönderileceği mahkeme bakımından öngördüğü sistemdir. Temyiz incelemesi sonunda dosya Kanundaki düzenleme uyarınca, bölge adliye mahkemesine değil de ilk derece mahkemesine gönderilseydi, davacının kullanabileceği usûli bir imkân, dosya bölge adliye mahkemesine gönderildiği için davacının elinden alınmaktadır. Örneğin, istinafta ıslaha izin verilmezse, bilirkişi incelemesi yapılmaması sebebiyle temyiz incelemesi sonucunda bozma kararıyla dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir, bölge adliye mahkemesi tahkikata ilişkin işlemlerden biri olan bilirkişi incelemesini yaptırır ve mahkemeye sunulan rapor sonucunda davacı taraf alacağı miktarının daha fazla olduğunu tespit ederse, dava dilekçesinin talep sonucunu kısmen ıslah ederek alacak miktarını arttıramaz. Bilirkişi incelemesi veya keşif yapılmadan karar verilmiş olması nedeniyle temyiz incelemesi sonucunda dosya ilk derece mahkemesine gönderilirse, daha önce davasını ıslah etmeyen taraf artık ıslah yoluna başvurabilir. Örneğin, keşif sonucunda dava konusu hakkının daha fazla olduğu ortaya çıkarsa, davacı taraf bu hakka ilişkin olarak talebini artırabilir²⁶. Örneğin, ziynet eşyalarının iadesi talebiyle açılan davada, davacı belirli bir sayıda ve türde ziynet eşyasının aynen davalıdan alınmasını veya bu mümkün değilse bedelinin alınmasını talep etmiş, ancak yapılan temyiz incelemesi sonucunda bilirkişi raporunun hatalı olduğu ortaya çıkmış ve yeni alınan bilirkişi raporunda talep edilenlere ek

²⁶ Ejder Yılmaz, "İslahla Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi Olanağı," içinde *Prof. Dr. Selçuk Öztekin'e Armağan C. IV*, ed. Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale, Selman Arısoy, Ali Yaşasın, Esmâ Hande Boztosun Bozkurt (İstanbul: Filiz Kitabevi 2022), 2937.

olarak birkaç ziynet eşyasının daha olduğu ortaya çıkmışsa, bu ziynet eşyalarının bedelinin ilk derece veya istinafta ıslahla ile talep edilmesine izin verilmemesi, hak sahibinin adalete erişimini zorlaştırmaktadır²⁷, onun yeniden dava açması gerekmektedir. Bu durumda esasında somut uyuşmazlıkta verilen karar eksik kaldığından, davacının yeni açacağı davayla diğer ziynet eşyaları da talep edilecek ve yeniden yargılama yapılarak karar verilmesi gerekecektir. Bu durum gereksiz gider, emek ve zaman harcanması nedeniyle usûl ekonomisine, hakkaniyete ve usûlün amaçlarına aykırılık teşkil etmektedir²⁸. Sonuç olarak bozma sebebi aynı olmasına rağmen dosyası bölge adliye mahkemesine gönderilen taraf ıslah hakkını kullanamamaktadır.

C. İstinafta İslah Yasağının Kanunilik İlkesinin Uygulanmasında Oluşturduğu Engel

Bozmadan sonra bölge adliye mahkemesine gönderilen dosyalarda ıslaha izin verilmemesi, Anayasa Mahkemesinin kararında işaret ettiği kanunilik ilkesi açısından da sorunludur. Her ne kadar HMK’da istinaf derecesinde ıslaha izin verilmediği düzenlenmiş gözükmekteyse de bu düzenleme hukuki korunma talebiyle mahkemede dava açan tarafların öngörebileceği bir açıklıkta değildir. Zira bozma kararı sonrasında dosyanın ilk derece mahkemesine mi yoksa bölge adliye mahkemesine mi gönderileceği tarafın öngörebileceği ve önlem alabileceği, onun kontrolünde olan bir durum değildir. Bu ihtimallerden hangisinin gerçekleşeceği, ancak istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesinin vereceği karara ve temyiz incelemesinin sonucuna göre belirlenir. Tarafın sonucunu belirleyemeyeceği bir durumu dikkate alarak usûl işlemi yapması ise kendisinden beklenmemelidir.

D. İstinafta İslah Yasağının Mahkemeye Erişim Hakkının Kullanılmasına Engel Olması

Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği üzere, kategorik olarak ıslahı yasaklamak doğru değildir. İslah yolu, “*adil yargılanma hakkının*” ve bu kapsamda “*mahkemeye erişim hakkının*” kullanılabilmesi için gerekli olup,

²⁷ Usûl ekonomisi ilkesinin işlevleri ve bu bağlamda adalete erişim kolaylaştırması konusunda detaylı bilgi için bkz. Rüzgaresen, *Usûl Ekonomisi*, 62 vd.

²⁸ Yargıtayın ıslahla davaya yeni talep eklenemeyeceğine dair uygulamasına yönelik eleştirileri ve değerlendirmeleri için bkz. Yılmaz, “Davaya Yeni Talep Eklenmesi,” 2935 vd.

davanın esası hakkında karar verilebilen bir yargılamada ıslah veya başka bir yolla bedelin artırılmasına imkân tanınması gerekir. Somut olayda doğru karar verilebilmesi için gerekli tahkikat işlemlerinin ilk derece mahkemesinde veya istinaf kapsamında bölge adliye mahkemesinde yapılıyor olması farklılık yaratmamalıdır. Zira istinaf derecesinde de davanın esası hakkında tahkikat işlemi yapılabilir ve esas hakkında kesin hüküm teşkil edecek şekilde karar verilebilir. Bozma sonrasında dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderildiği hallerde ıslahın yasaklanması ve talep sonucunun artırılmasına olanak sağlayan başka bir imkânın olmaması, taraftan katlanması beklenemeyecek bir külfet olup, mahkemeye erişim hakkını kullanılmasını engelleyecek derecede hak arama hürriyetini sınırlandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 1086 sayılı HUMK döneminde, ıslah ile dava konusunun artırılmayacağına ilişkin kanun maddesinin iptali kararında da dava açıldıktan sonra davacının dava konusunu (talep sonucunu) "ıslah" yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kuralı, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırı bulmuştur. Söz konusu kuralın davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması, tarafın Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen iddia ve savunma hakkını kullanmasını güçleştirmesi nedeniyle hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, bu sınırlamanın hakkın özüne dokunduğu, makûl ve kabul edilebilir ölçüyü aştığı gerekçesiyle Anayasa'nın 13'üncü maddesini de ihlal ettiği sonucuna varılmıştır²⁹.

V. İSTİNAF DERECESİNDE ISLAH YASAĞININ KALDIRILMASINA DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Anayasa Mahkemesi, Anayasa hukukunun ilkeleri ile temel hak ve özgürlükler açısından ıslahı konu alan kararlarında, mahkemeye erişim hakkını öngörülemeyen şekilde kısıtlayan, zorlaştıran düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bu nedenle bu çalışmada ortaya koyduğumuz sorun da bu perspektif dikkate alınarak çözümlenmelidir. Kanımızca tarafın istinaf derecesinde talep sonucunu artırmasını yasaklayan HMK m. 357 ve bozmadan sonra istinaf derecesinde ıslahı dolaylı olarak yasaklayan HMK m. 177/2, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini, eşitlik ilkesini, adil yargılanma hakkını ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği için Anayasa'ya aykırıdır. Bu durum sebebiyle söz konusu hükümler Anayasa Mahkemesinde iptal davasına konu olabileceği gibi, somut olaylarda istinaf derecesinde ıslaha izin verilmemesi

²⁹ AYM, E.1999/1, K.1999/33, 20.07.1999, (RG, 4.11.2000, S. 24220); Erdoğan ve Korkmaz, "Islah," 261; Yılmaz, "Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi," 2933.

nedeniyle hak kaybı yaşanması durumunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması halinde hak ihlali kararı verilebilecek ve yargılamanın iadesi yolu açılacaktır. Bu nedenle bu hususta kanun değişikliğiyle kalıcı bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

A. İstinafta Talep Sonucunun Artırılmasıyla Sınırlı Olarak Kısmi İslaha İzin Verilmesine Yönelik Düzenleme Yapılması

Yukarıda açıkladığımız gerekçeler dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin iptal davasında ve bireysel başvuru kararlarında ortaya koyduğu ilkelere uygun bir düzenleme yapılmamıştır. İslahı kategorik olarak ve mutlak suretle yasaklamak yerine, kanun yollarının ve istinafin amacına uygun olacak bir çözüm üretilmelidir.

Bu bağlamda olması gereken hukuk bakımından istinafta sadece talep sonucunun miktar olarak artırılabilmesi amacıyla kısmi ıslaha izin veren bir düzenleme yapılabilir³⁰. Böylece alt derece mahkemelerin yargılamayı hatalı

³⁰ Muhammet Özkes, “Kanun Yolları,” içinde *Pekcanitez Usûl-Medeni Usûl Hukuku C. III*, ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taşkorkmaz (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2248; Erdoğan ve Korkmaz, “İslah,” 261; Gündüz, “Dava Değerinin Artırılması,” 211; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 227, Kn. 41; Mehmet Akif Tutumlu, “İstinaf Aşamasında ve Sonrasında (Kaldırma Kararından Sonra) İslah ve Artırım Taleplerinin Geçerli Olup Olmadığı,” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, 166 (2020): 1292-1297; Mehmet Akif Tutumlu, “Bozma ve Kaldırma Kararlarından Sonra İslahın Yapılma Şartları (7251 Sayılı Kanun Değişikliği),” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, 170 (2020): 2140-2144; Deniz Meraklı Yayla, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması* (Ankara: Yetkin, 2014), 52; Aslı Aykutaalp, *İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak Taraf Usûl İşlemleri* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 135; İstinaf incelemesi sonucunda ilk derece kararının tahkikat yapılarak kaldırılması halinde veya temyiz incelemesi sonucunda usûle ilişkin olarak bozma kararı verilmesi halinde ilk derece mahkemesinde ya da bölge adliye mahkemesinde tahkikat yapılması halinde bir kez ıslaha izin verilmesi gerektiği yönünde bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi,” *Lexpera Blog*, <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>>, Erişim tarihi: 8.7.2023, Başlık 19; Aybüke Uzunpınar Tüfek, “Kısmi Davada İslah,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, 2 (2021): 546; Davacının dava sebepleriyle birlikte talep sonucunu da değiştirmesi halinde davanın tamamen ıslahından, dava sebepleri ile talep sonucunun genişletilmesi halinde ise kısmen ıslahtan söz edilir. Kısmen ıslahta eski yargılamaya devam edilmekte sadece davaya yeni talepler veya vakıalar eklenir. Bkz. Ercan Özler, *Dava Konusu*, 450. Davanın tamamen ıslahında davacı yeni bir dava

yürütmüş olmaları nedeniyle tahkikata geri dönülmesi ve yeniden tahkikat işlemi yapılan hallerde, ilk derece veya bölge adliye mahkemesi fark etmeksizin, taraf yeniden dava açmak zorunda kalmaksızın hakkını elde etme imkanına sahip olabilir.

İstinafta ıslaha sadece talep sonucunun miktarının artırılması için izin verileceğinden, davanın temelini teşkil eden iddia ve savunmaların değiştirilmesine veya yeni iddia ve savunmaların ileri sürülmesine izin verilmemiş olacağından, yargılamaların uzaması riski ortaya çıkmayacaktır. İstinaf her ne kadar öncelikle kanun yolu denetiminin yapıldığı bir aşama ve bölge adliye mahkemesi de bir kanun yolu mahkemesi ise de aynı zamanda tâli bir vakıa ve hüküm mahkemesidir. Bölge adliye mahkemesi, somut olayda daha doğru bir karar verilebilmesi için gerektiğinde ilk derece mahkemesinin eksiklerini gidermek için tahkikat yapma ve davanın esası hakkında karar verme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda kısmi ıslah ile talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi istinafın niteliğine aykırı değildir.

Ayrıca ıslah ile talep sonucunun artırılması ek dava niteliğinde bir usûl işlemi olmadığından, istinafta dava açılmayacağına ilişkin kural da ihlal edilmiş olmaz. Kısmi ıslah ile talep sonucunun artırılmasında yeni bir dava dilekçesi verilmediği gibi, yeni bir dava konusu hakkında da hukuki korunma istenmez³¹.

Talep sonucunun artırılması, kanun yolu denetimi sonucunda tahkikata ilişkin bir eksiklik nedeniyle yeniden tahkikat yapılmasından kaynaklanmakta olup, talep sonucunu artırmasına izin verilmeyen tarafın yeni bir dava açmaya

dilekçesi vermek zorunda olmasına rağmen kısmen ıslahta yeni bir dava dilekçesi verilmez, sadece ıslah edilen işleme ilişkin dilekçe verilir. Bkz. İlhan Postacıoğlu, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Sulhi Garan, 1975), 460. İdari yargıda, tam yargı davalarında nihai karar (hüküm) verinceye kadar bir defaya mahsus talep sonucunun artırılabilmesine dair hüküm olduğu gerekçesiyle istinaf derecesinde ve istinaf incelemesi sonucunda yeniden karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde talep sonucunun artırılabilmesi; ancak bu hak bir kez kullanılabilmesinden istinaf aşamasında daha önce kullanılmamış olması halinde söz konusu olabileceği; buna karşılık temyiz incelemesi yapan Danıştay bir hüküm mahkemesi olmadığından Danıştay'da talep sonucunun artırılamayacağı, yönünde bkz. Mehmet Bardakcı, "Hukuk Muhakemesi Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Tam Yargı Davalarında Dava Dilekçesinde Talep Edilen Miktarın Artırılması," *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 12, 35 (2016): 647-649.

³¹ Orhan Eroğlu, "Medeni Usûl Hukukunda İslah" (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2017), 176; Karşı görüş için Gündüz, "Dava Değerinin Artırılması," 211.

zorlanması hak aramanın zorlaştırılmasına yol açar, aynı zamanda yargının iş yükünü de gereksiz şekilde artırır.

Bu kapsamda kısmi ıslah ile sadece mevcut talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi mümkün olabilir, yeni bir talebin dilekçeye eklenmesi ise uygun değildir. Zira ilk derece mahkemesinde talep konusu olmadığı için incelenmeyen bir talep hakkında istinaf derecesinde karar verilmesi dar istinaf sistemine uygun değildir. Nitekim ilk derece mahkemesinde talep edildiği halde hakkında karar verilmeyen hususlarda dahi bölge adliye mahkemesi talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemişse, kendisi karar vermeyip bu konuda karar vermesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir (HMK m. 353/1/b/6). Örneğin, alacaklı ilk derece mahkemesinde asıl alacağı talep etmiş ancak faiz talep etmemişse, faiz alacağını ilk kez istinaf derecesinde talep edemez. Buna karşılık alacaklı hem asıl alacağı hem faizini talep etmişse, bu taleplerini istinafta artırabilmelidir. Belirtmek gerekir ki istinaf talebini inceleyen bölge adliye mahkemesi talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemişse dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek zorunda olmasına rağmen, talebin önemsiz bir kısmı hakkında karar verilmemişse, bizzat kendisi karar verebilir (HMK m. 353/1/a/6). Talep sonucunun artırılması halinde diğer tarafa cevap hakkı verilmek suretiyle kısmi ıslaha izin verilmesi nedeniyle davanın diğer tarafının hak arama hürriyeti veya hukuki dinlenilme hakkının sınırlanması da söz konusu olamayacaktır.

Islah ile talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi ilk talebin ve dayanağı olan vakıaların dava dışına çıkarılması veya dava konusu olmaktan çıkarılması sonucunu doğurmadığından, davadan feragat veya davanın geri alınması tartışması da gündeme gelmeyecektir³².

İstinaf derecesinde kısmi ıslaha izin verilmesi halinde, ıslah bölge adliye mahkemesindeki tahkikat sona erinceye kadar mümkün olabilir. Zira istinaf yargılamasını düzenleyen hükümlerde özel bir düzenleme olmadıkça ilk derece mahkemesinde geçerli yargılama usûlü istinafta da geçerli olacağından (HMK m. 360), ıslah tahkikat sona erene kadar yapılabilir.

Islah hakkı ancak bozma kararı kapsamında kalan ve yeniden tahkikata konu olan hususlarda olabilir. Temyiz incelemesi sonucunda bozma kapsamı

³² Kudret Aslan, *Medeni Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması* (Ankara: Yetkin, 2016), 495.

dışında kalarak kesinleşen hususlarda istinafta ıslah hakkının kullanılması mümkün değildir³³.

Talep sonucunun değiştirilmesi veya artırılmasının ıslaha ihtiyaç duymadan mümkün olduğu haller de istinafta gerçekleşebilir. Örneğin, dava konusunun malın yok olması halinde davaya malın aynı üzerinden devam edilemeyeceğinden bedelin ödenmesi talep edilebilir. Yine dava konusu malın üçüncü kişiye devredilmesi halinde davacı davanın aynı davalıya karşı tazminat davası olarak devam edilmesini isteyebilir. Bu iki örnek olay, dosya istinaftayken gerçekleşirse ıslaha gerek kalmadan talep sonucunda değişikliğe izin verilmesi gerekir. Islaha gerek olan hallerde ise talep sonucunun ıslah ile değiştirilmesine izin verilmesi davanın sürüncemede kalması ve uzaması gibi bir sakınca yaratmayacaktır³⁴.

Ancak sorun kısmi ıslaha izin vermek suretiyle de tam olarak çözülebilir gözükmemektedir. Kısmi ıslaha izin verilse dahi bu kez ıslaha bir kez başvurulabilmesi mümkün olduğundan, daha önce ilk derece mahkemesinde ıslah yoluyla talebini artıran tarafın ikinci kez ıslaha başvuru imkânı olmayacaktır. Nitekim yargılamada çoğu zaman farklı bilirkişi raporları neticesinde alacağın miktarının daha fazla olduğunun anlaşılması halinde ikinci kez ıslaha izin verilmemesi nedeniyle aynı davada talep sonucunun artırılmasının mümkün olmaması ve davacının yeni bir dava açmaya zorlanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu ve usûl ekonomisine uygun olmadığı yönünde eleştirilere konu olmaktadır. Bu nedenle davanın niteliğini değiştirmeyen, tahkikatı esasında genişletmeyen, davanın sürüncemede kalmasına neden olmayan ıslah işlemlerinin yargılama devam ettiği sürece birden fazla kez yapılmasına izin verilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, daha önce ıslaha başvurulmuş olsa dahi temyiz incelemesi sonucunda bozma kararı verilerek yeniden tahkikata dönülmesi halinde ilk yapılan ıslahın sonuçlarının ortadan kalkacağı ifade edilmiştir³⁵.

İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı ve ıslaha sınırlı olarak izin verilmesinin amacı, davaya sürekli yeni vakıalar getirilmesini, davanın

³³ Bozmadan sonra ilk derece mahkemesindeki ıslah için aynı yönde Aras, “İslahın Zaman Sınırı,” 24.

³⁴ Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 494.

³⁵ Varol Karaaslan, “Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış,” *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 15, 43 (2019): 456 vd; Gündüz, “Dava Değerinin Artırılması,” 208; Aksi yönde Eroğlu, “İslah,” 174.

sürüncemede kalmasını önlemek, yargılamayı disiplin altına almaktır³⁶. İslahın tahkikat sona ermeden önce yapılması da esasen tahkikat sona erdikten sonra davaya yeni vakıa(lar) getirilmesini engellemektir³⁷. Oysa sadece talep sonucunun artırılması, yeni vakıaların davaya getirilmesine neden olmamaktaysa zaten davanın uzamasına yol açacak bir durum söz konusu değildir. İslahın zamanına ilişkin sınırlamanın kategorik ve mutlak surette yapılması, başka bir deyişle her durumda ve talep sonucunun artırılmasını da kısıtlayan şekilde yasak getirilmesi, mahkemeye erişim hakkının kullanımını hakkın özüne dokunacak derecede sınırlandırmaktadır. Sınırlamanın meşru bir amacı olmalı, amaca uygun bir araç seçilmeli ve seçilen araç amaçlanan sonuç ile orantılı olmalıdır.

İlk derece mahkemesinde tahkikat sona erdiği için, talebini artırmak zorunda kalan tarafın daha sonra tahkikata devam edilmesi nedeniyle alacak miktarının daha fazla olabileceğini öngörmesi mümkün olmayabilir. Yargıtayın bozma kararı üzerine yeniden tahkikat yapıldığından, yeni bilirkişi incelemesi yaptırılması ve rapor alınması halinde böyle bir durum söz konusudur³⁸. Hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadıkça, yargılamayı uzatmadıkça ve sürüncemede bırakmadıkça, talep sonucunun artırılmasına (ıslah yoluyla) izin vermemek hak kaybına neden olmaktadır. Bu nedenle öğretilerde HMK m. 176/2'de yer alan "aynı davada" ifadesinin "aynı tahkikatta" şeklinde yorumlanmasının Anayasanın 141'inci maddesinin amacına uygun olduğu da ileri sürülmüştür³⁹. İleri sürülen gerekçelere katılmakla birlikte, Kanunun açık düzenlemesi karşısında bu derece geniş bir yorumla uygulama yapmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

İslahın hangi zamana kadar ve hangi yargılama safhalarında yapılabileceği belirlenirken, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı gibi yargısal temel haklar da dikkate alınmalı ve orantılı bir sınırlama tercih edilmelidir⁴⁰. Medeni usûl hukukunun amaçları arasında sayılan maddi gerçeğin bulunması ve sübjektif hakların gerçekleştirilmesi ancak hak arama özgürlüğünün somut kullanım biçimlerinden biri olan dava hakkının⁴¹ ve bu hakkın kullanılmasına yarayan

³⁶ Erdoğan ve Korkmaz, "İslah," 255.

³⁷ Erdoğan ve Korkmaz, "İslah," 260.

³⁸ Erdoğan ve Korkmaz, "İslah," 263.

³⁹ Gündüz, "Dava Değerinin Artırılması," 209.

⁴⁰ Erdoğan ve Korkmaz, "İslah," 277.

⁴¹ Dava hakkı, dava hakkının kapsamı ve bu hakkın Anayasal ilkelerle ilişkisi hakkında bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin, 2008), 38 vd.

ıslah kurumunun bu ilkelere uygun yorumlanması halinde mümkün olabilir⁴². Islah yolunun istinafta mutlak bir biçimde kapatılması, mahkemeye erişim hakkının ve hukukî dinlenilme hakkının orantısız sınırlanması sebebiyle bir temel hak ihlâli sonucunu doğurur.

Türk hukukunda istinaf kanun yolu sisteminin yürürlüğe girdiği 20 Temmuz 2016 tarihinden önce ilk derece mahkemesi kararlarına karşı sadece temyiz yoluna başvurulabilmekte, temyizde ise sadece hukuka uygunluk yönünden inceleme yapılmaktaydı. Ayrıca temyiz aşamasında duruşma yapılması, tahkikatı tamamlanması ve davanın esası hakkında hüküm kurulması -bugün olduğu gibi- mümkün değildi. Yargıtay tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleriyle bağlı olmadığından, o dönem için tek olağan kanun yolu olan temyiz aşamasında ıslahın bir işlevinin olmadığı söylenebilir⁴³. Artık, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı asli kanun yolunun istinaf olarak düzenlendiği bir kanun yolu modelinde ise bölge adliye mahkemesi, hukuka uygunluk denetimi yanında ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin doğru olup olmadığını da incelemektedir. Ayrıca bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesinde duruşma yapabilmekte, tahkikat eksiklerini tamamlayabilmekte ve davanın esası hakkında bizzat karar verebilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında ifade ettiği üzere, özellikle bozma kararıyla dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde bölge adliye mahkemesi artık hüküm mahkemesi işlevini yerine getirmektedir⁴⁴. Bu sebeple temyizde ıslaha izin verilmemesi

⁴² Akil ve Büyük, “Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islah,” 29; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 227, Kn. 41; Karaaslan, “Eleştirel Bir Bakış,” 456.

⁴³ Postacıoğlu, *Usul*, 455.

⁴⁴ Söz konusu karar istinaf aşamasında vekalet ücreti hükmedilmesine ilişkin bir hukuki sorunla ilgili olmasına rağmen bölge adliye mahkemesinin işlevi ve statüsüyle ilgili önemli tespitler de içermektedir. “... 21. Burada üzerinde özellikle vurgu yapılması gereken nokta; bölge adliye mahkemelerinin, denetim mahkemesi olması özelliğinin yanında, aynen ilk derece mahkemeleri gibi bir hüküm mahkemesi de olduğu hususudur. ...”

30. HMK'nın 373. maddesinde, Yargıtayın temyiz kanun yolu incelemesi neticesinde verdiği bozma ilamı sonrasında yargılamanın alt mahkemelerden hangisi tarafından yapılması gerektiği hususundaki ayırım; bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararı verip vermediği noktasında, başka bir ifade ile alt derece mahkemeleri kararlarının birbirleri ile paralel olup olmamasına göre düzenleme altına alınmıştır. Bu noktada, temyiz kanun yolunda bir karar verildikten sonra ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi sadece birer hüküm mahkemesi hâline gelmiş olup, bölge adliye mahkemesinin denetim mahkemesi yetkisi kalmamıştır. Diğer bir ifadeyle, ilk derece

incelemenin amacından ve niteliğinden kaynaklanan doğal bir sonuç olmasına rağmen, istinafta ıslah konusunda aynı sonuca varılması kanımızca uygun değildir. Zira ıslah tahkikat bitinceye kadar yapılabilecektir⁴⁵ ve tahkikatın devam ettiği her derecede ıslaha izin verilmesi gerekir⁴⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bozmadan sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde bölge adliye mahkemesinin hüküm mahkemesi olarak yargılama yaptığı, başka bir deyişle artık istinaf incelemesi yapmadığı gerekçesinden ve HMK'nın 360'ıncı maddesi uyarınca ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün istinafta da geçerli olması kuralından hareketle ıslaha izin verilmesine olanak sağlayan bir yorum yapmak da zordur. Ayrıca konunun tartışmalı olacağı dikkate alındığında Kanunda açıkça düzenleme yapılması daha uygun olacaktır⁴⁷.

Belirsiz alacak davasında dava konusu alacağın belirsiz olması nedeniyle ıslaha gerek olmadan talep sonucunun artırılabilmesi, hatta istinaf aşamasında alacağın belirli hale gelmesi durumunda istinafta da ıslaha gerek olmadan alacak tutarının artırılabilmesi kabul edilmesine rağmen⁴⁸, belirsiz alacak davası niteliğinde olmayan, bununla beraber eksik veya yanlış tahkikat işlemleri nedeniyle alacağın miktarının daha fazla olduğunun anlaşıldığı hallerde bu kez tarafın talep sonucunu artırmasının karşı tarafın rızası dışında yegane aracı olan ıslaha izin verilmemesi çelişki teşkil edecektir.

Bu bağlamda talep sonucunun miktarının artırılmasına izin veren bir düzenlemenin de hak arama hürriyetinin kullanılmasında etkinliği artıracığı, yargılama ilişkisinin katı bir formda düzenlenmesinden kaynaklanan hak kayıplarının önüne geçeceği, usûl ekonomisine hizmet edeceği, yeni davaların

ve bölge adliye mahkemesi arasında bir fark bulunmamaktadır.” YHGK, E. 2021/2-96, K. 2021/205, 4.03.2021, (Legalbank).

⁴⁵ Postacıoğlu, *Usûl*, 455.

⁴⁶ *Meriç*, kanun yolunda ve kanun yolundan dönüldükten sonra ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat yapılan hallerde, dava değişikliğine izin verilmemesi gerektiği, bu durumda dava değişikliğine sadece gerçek yeni vakıaların gerçekleşmesi halinde başvurulabileceği kanaatindedir. Bu görüş hakkında ayrıntı için bkz. Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Ankara: Yetkin, 2011), 125 vd.

⁴⁷ Kanundaki düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını güvence altına alacak açıklıkta ve yeterlikte olması, mahkemeye erişim hakkının sağlanması bakımından da önemlidir. Bkz. Aktepe Artık, *Adil Yargılanma Hakkı*, 136.

⁴⁸ Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 289; Fatih Karamercan, “Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir mi?,” *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, 12 (2022): 99 vd.

açılmasının ve mahkemelerin iş yükünün önüne geçilmesine hizmet edeceği, medenî usûl hukukunun amaçlarından olan uyumsuzlukların çözülmesi ve sübjektif hakların gerçekleştirilmesine olumlu yönde katkı sağlayacağı kanısındayız.

Islah şekli kuralların doğurduğu sakıncaların bertaraf edilmesi için ortaya çıkan bir kurumdur. Islah, dava sonucunda verilecek kararın usûli hakkaniyet ilkesine ve maddi gerçeklik ilkesine uygunluğunu sağlamaktadır⁴⁹.

B. Talep Sonucunun Artırılmasının İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağının Kapsamı Dışına Çıkarılması

1. Genel Olarak

Bir başka çözüm önerimiz ise daha radikal bir kanun değişikliği yapılmasıdır. Talep sonucunun değiştirilmesi veya artırılması dava değiştirme olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Hatta talebin değiştirilmesi veya artırılması, dava sebeplerinde değişikliğe yol açmasa dahi iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamındadır⁵⁰. Buna göre, talep sonucunun artırılmasını tamamen iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının kapsamından çıkarmak; söz konusu yasağı sadece talep sonucunun dayanağı olan vakıalar (iddia ve savunmalar) ile sınırlamak, talep sonucunun değiştirilmesi veya artırılmasını ise başka bir hükümlerle düzenlemek; ayrıca yapılacak düzenlemeyle talep değişikliğine hangi koşullarda ve ne suretle izin verileceğini kanunla belirlemek şeklinde bir yöntem de benimsenebilir.

Türk hukukunda bugüne kadarki yargısal davranış, yaklaşım ve yasa koyucunun tercihi, haklı olarak, daima davaya ilişkin taleplerin ve bu taleplerin temelini teşkil eden olayların teksif ilkesine uygun olarak ilk derece mahkemesindeki dilekçeler aşaması sona ermeden önce mahkemeye getirilmesini sağlamak olmuştur. Bununla birlikte, teksif ilkesinin istisnasız uygulanmasının usûl hukukunun amacına ulaşılmasında yaratabileceği kayıpları ve kişilerin sübjektif hak kayıplarını önlemek amacıyla istisnai haller de öngörülmüştür. Islah bu istisnaların en önemlilerinden biridir. Ancak ıslahın türleri olan tam ve kısmi ıslahın mevzuatta tanımlanmamış olması, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile ıslah kurumu

⁴⁹ Yılmaz, "Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi," 2927.

⁵⁰ Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi*, 161 vd.

arasında tam bir uyumun olmaması, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile ıslaha ilişkin kanuni düzenlemelerdeki belirsizlikler, uygulamayla ilgili sorunların çıkmasına neden olmaktadır. Medenî usûl hukuku kurallarının temel işlevlerinden biri, yargılamanın belirli ve öngörülebilir kurallara göre yürütülmesini sağlamak olmasına rağmen, ıslah kurumu yarattığı belirsizlikler sebebiyle yargılamaya katılan tarafların hukuki güvenliğini tehlikeye atmaktadır.

Türk hukukunda talep sonucunun artırılması bakımından davanın değiştirilmesi yasağı ve ıslahın tarihsel gelişimi incelendiğinde, özellikle 1879 (1295) tarihli "Usûlü Muhakemei Hukukiye Kanunu Muvakkatı" ve bu kanunda 1911 (1327) tarihli Kanunla getirilen değişikliğin 13'üncü maddesi etkili olmuştur. Yapılan değişiklikle ıslah kurumuna benzer bir düzenleme yapılmıştır, ancak dava konusu üzerinde değişiklik yapılabilmesi olanağı oldukça sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme *Yılmaz'ın* tespitine göre, 1927 tarihi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun kabul edildiği dönemden sonraki uygulamayı da büyük ölçüde etkilemiş, mahkemeler uzun süre ıslah ile davanın değiştirilemeyeceğine karar vermiştir. Aynı düzenlemede yer alan ve dava konusunu artıramayacağına ilişkin kısım da HUMK ile kabul edilen yeni yargılama usûlü sistemini etkilemiştir. Esasında kaynak Nöşatel Usûl Kanununda talep sonucunun artırılmasını yasaklayan bir düzenleme olmamasına rağmen, dönemin bilim komisyonu müddeabihin artıramayacağına ilişkin düzenlemeyi eski 1086 sayılı HUMK m. 87'ye eklemiştir. Bu düzenlemeyi eleştiren *Yılmaz'a* göre, HUMK'la birlikte ilk kez düzenlenen ıslah kurumu esasında dava değiştirme yasağı konusunda katı tutumu ortadan kaldırmaya yönelik olup, hükmün uygulanmasında ve yapılacak değişikliklerde bunun dikkate alınması gerekir⁵¹.

Cumhuriyet döneminde hazırlanan kanun taslaklarında davanın değiştirilmesi yasağı ve ıslah ile ilgili birçok düzenleme önerisi ortaya konulmuşsa da bunların büyük bölümü kanunlaşmamıştır. Nihayet 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 2011 yılında yürürlüğe girdiğinde ise ıslahla ilgili hükümler yeniden düzenlenmiş, düzenlemelerde o güne kadarki eleştirilerin bir bölümü dikkate alınmıştır.

Islah alanında yazılan önemli monografilerden biri olan *Yılmaz'ın* "Medenî Yargılama Hukukunda Islah" başlıklı çalışmasında, davayı değiştirme yasağı ve ıslahla ilgili önerdiği çözüm, esasında iddia ve

⁵¹ *Yılmaz, Islah*, 116 vd.

savunmanın değiştirilmesi yasağının kaldırılarak bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesidir⁵². İddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının tümüyle kaldırılması tartışması, bu çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte talep sonucunun artırılması bağlamından yasağın kaldırılması konusunda fikir vericidir. Türk hukukunda talep sonucunun artırılmasının dava değiştirme kapsamında kabul edilmesi çok uzun süredir uygulanagelen ve benimsenmiş bir kural ise de yukarıda ıslahla ilgili olarak açıkladığımız sorunların çözümü bakımından Türk hukuku açısından tartışılmaya değerdir. Kanımızca, aşağıda verilen hukuk sistemlerindeki örnekler ve uygulamanın sorunları dikkate alındığında; dürüstlük kuralına uygun olması, yargılamaya yeni iddia ve savunmaların dahil edilmesine ve tahkikatın genişletilmesine yol açmaması, yargılamayı uzatmaması ve sürüncemede bırakmaması, karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkının korunmasına yönelik önlemlerin alınması şartıyla; ilk derece mahkemesinde ve hatta istinafta talep sonucunun artırılmasına ıslaha gerek olmadan da izin verilmesine yönelik düzenleme yapılabilir. Böylece hem mahkemenin verdiği karar maddi gerçeğe uygun olur hem de mahkemelerde gereksiz davalar açılmasının ve mahkemelerde dava yığılmasının önüne geçilebilir.

Anayasa Mahkemesinin ıslaha ilişkin iptal kararıyla yürürlükten kalkan “*ıslah ile talep sonucunun artırılamayacağına*” ilişkin 1086 sayılı HUMK düzenlemesinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla ortadan kalkması da bu yaklaşımın göstergesidir. 6100 sayılı HMK ve sonrasında HMK’da değişiklik yapan birçok yeni düzenleme ise hak arama hürriyetinin, mahkemeye erişim hakkının ve etkin hukuki korumanın gerçekleştirilmesine yönelik yenilikler getirmiştir. Bugün gelinen noktada, konusu alacak olan davalarda, derece mahkemelerinde (ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi) talep sonucunun artırılması iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının kapsamından çıkarılabilir. Bu bağlamda, tahkikat sona ermeden önce veya kanun yolu incelemesi sonucunda yeniden tahkikata dönülmesi halinde, talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi karşı tarafa savunma hakkı verilmek şartıyla yargılamanın uzamasına, mahkemelerin iş yükünün artmasına, yargılama giderlerinin artmasına yol açmayacak, bilakis mahkemeye erişim hakkının kullanılabilmesine fırsat sağlayacaktır. Ayrıca karşı taraf açısından da uyuşmazlık tüm talepler bakımından görülmekte olan davada sonuçlandırılmış olacak ve uyuşmazlık ortadan kalkacaktır. Böylece

⁵² Yılmaz, *İslah*, 124; Yılmaz, “Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi,” 2933; Meriç, *Tasarruf İlkesi*, 125.

ıslaha başvurma zorunluluğu ve ıslaha davada bir kez başvurulabilmesi, ıslaha sadece ilk derece mahkemesinde başvurulabilmesi gibi engellerden kaynaklanan sorunlar da ortadan kalkacaktır.

Hukuk davalarında ıslah en çok dava konusu alacakla ilgili olarak kısmi dava açılması halinde, tahkikat aşamasında delillerin toplanması ve incelenmesi neticesinde davacının talep sonucuna konu alacak miktarını artırmak amacıyla başvuru bir yoldur⁵³. Alacak miktarının artırılması amacıyla başvuru ıslah kısmi ıslah olup, bu durumda davacı davaya yeni bir vakıa getirmez, dava sebeplerini veya davanın konusunu değiştirmez. Davacının amacı, dava konusu yaptığı alacak miktarını artırmaktır. ıslah ile alacak miktarının artırılması çoğunlukla ilk derece mahkemesinde tahkikat tamamlanmadan hemen önce gerçekleştirilir. Bu işlem davanın temelini teşkil eden iddia ve savunmalarda (dava sebeplerinde, vakılarda) değişiklik yapılmamışsa, mahkemeyi ayrıca bir tahkikat işlemi yapmak zorunda bırakmadığı gibi diğer tarafa cevap hakkı verilmesi halinde diğer taraf bakımından katlanılamaz usûli bir külfet doğurmamaktadır.

Örnek alınabilecek bazı hukuk sistemlerinde de talep sonucunun artırılması dava değişikliği olarak kabul edilmemekte veya dava değişikliği sayılsa dahi belirli şartlarla talep sonucunun artırılmasına izin verilmektedir.

2. Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler

Alman medeni usûl hukukunda, davanın değiştirilmesi yasağı ve bu yasağın istisnalarına ilişkin düzenlemede, dava sebeplerinde değişiklik yapılmaması şartıyla davacının asli veya fer'i talep sonucunu artırması veya sınırlandırması dava değiştirme olarak kabul edilmemektedir (dZPO § 264 Abs. 2)⁵⁴. Dava değişikliği kabul edilen hallerde dahi karşı tarafın rızası veya

⁵³ İbrahim Çınar, “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda ıslah,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7 (2016): 483; Belirtmek gerekir ki, dava kısmi dava olarak açılmamış olsa dahi davacı ıslah yoluyla talep sonucunu artırabilir. Bkz. Özekes, “Kanun Yolları,” 1504; Küçük, “Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi,” 227; Ercan Özler, *Dava Konusu*, 454.

⁵⁴ Zivilprozessordnung <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_264.html> Erişim tarihi: 19.06.2023; Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi*, 162, 179; Konunun Alman hukukundaki tarihi gelişimi ve güncel durumu hakkında ayrıca bkz. Yılmaz, *ıslah*, 107; Ercan Özler, *Dava Konusu*, 446; Uğur Bulut, “ıslah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması,” *İzmir Barosu Dergisi* 83, 2 (2018): 23 vd. Alman hukukunda dava sebepleri değiştirilmeksizin talep sonucunun artırılmasına izin

mahkemenin uygun görmesi halinde dava değişikliği mümkündür (dZPO § 263)⁵⁵. Hatta istinaf derecesinde de yargılama sona erinceye kadar § 525 ve § 263 ve devamındaki hükümler dikkate alınarak talep sonucunun artırılması mümkündür (dZPO § 525)⁵⁶. Bu düzenlemenin usûl ekonomisine hizmet ettiği, tarafların menfaatlerini denkleştirdiği ve mahkemenin süreci yürütmesini kolaylaştırdığı kabul edilmektedir⁵⁷.

Alman hukukunda talep sonucunun hem nicelik hem de nitelik olarak değiştirilmesine izin verilmektedir: Örneğin, davacının kısmi olarak talep ettiği alacağının tamamını talep etmesi, davacının geçmişe yönelik ifaya ek olarak geleceğe yönelik olarak ifa yükümlülüğünün tespitini istemesi niceliksel değişikliği ifade eder. Davacının tespit davası yerine talebini eda davasına dönüştürmesi ise niteliksel değişikliği ifade eder⁵⁸.

Alman hukukunda dava sebeplerinde değişiklik olmaması ve davalı bakımından katlanılmaz bir yük getirmemesi koşuluyla, taraflar arasındaki uyumsuzlukla bağlantılı hususlarda olabildiğince hızlı ve kapsamlı olarak karar verilebilmesi amacıyla, talep sonucunun artırılmasına izin verilmektedir. Böylece bir yandan tarafların korunması sağlanırken diğer yandan da aynı uyumsuzlukla ilgili yargının gereksiz biçimde meşgul edilmesinin önüne geçilmektedir⁵⁹.

Avusturya hukukunda ise davanın talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi dava değiştirme olarak kabul edilir. Dava dilekçesindeki talep sonucu genişletilir veya değiştirilirse bu bir dava değişikliğidir. Örneğin 10.000 Euro yerine 20.000 Euro talep edilirse dava değiştirilmiş olur. Dava sebebini değiştirmeden istem sonucunun daraltılması veya eski dava

verilmesinin, çift unsurlu teoremin bir sonucu olduğunu kabul eden görüş için bkz. Ercan Özler, *Dava Konusu*, 446.

⁵⁵ Dava değişikliğine izin verilirken taraflarının subjektif menfaatlerinin değil, öncelikli ve objektif olarak usûl ekonomisi gibi yargılama ilkeleri dikkate alınmaktadır. Bulut, "İslah," 23 dn. 22.

⁵⁶ Heinz Wöstmann içinde *Zivilprozessordnung*, ed. Ingo Saenger (Baden-Baden: Nomos, 2021), § 263, Rn. 1; § 525 Rn. 3; Ekkehard Becker-Eberhard içinde *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1*, ed. Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (München: 6. Auflage, C.H. Beck, 2020), § 263, Rn. 5, § 264, Rn. 15.

⁵⁷ Wöstmann, *Zivilprozessordnung*, § 263, Rn. 5; § 533, Rn. 1; Becker-Eberhard, *Münchener Kommentar*, § 263, Rn. 1.

⁵⁸ Meriç, *Tasarruf İlkesi*, 132; Aslan, *Davanın Geri Alınması*, 494 vd.

⁵⁹ Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung Kommentar* (München: 20. Auflage, Franz Vahlen, 2023), § 264, Rn. 1.

konusunun yerine yeni bir dava konusunun ikame edilmesi ise dava değiştirme yasağı kapsamında değildir. Davacı taraf davalının rızası olmaksızın dava konusunu değiştirebilir⁶⁰.

Avusturya hukukuna göre davacı, dava derdest hale gelmeden önce, davaya bakacak olan mahkemenin yetkisini aşmamak şartıyla talebini her zaman genişletebilir⁶¹. Davanın derdest hale gelmesinden sonra ise davacı davasını davalının rızasıyla değiştirebilir. Hatta davalının rızası ile dava değişikliği halinde, mahkeme görevli ve yetkili olmasa dahi, davalının dava değişikliğine rıza göstermesi nedeniyle görevli ve yetkili hale gelir. Ayrıca, davanın derdest hale gelmesinden sonra mahkemenin izniyle de dava konusu değiştirilebilir. Ancak mahkemenin karşı tarafın rızası olmadan dava değişikliğine izin verilebilmesi için, dava değişikliği halinde mahkeme görevsiz ve yetkisiz hale gelmemeli ve değişiklik davanın önemli ölçüde zorlaşmasına veya uzamasına yol açmamalıdır (öZPO § 235, Abs. 1-3)⁶². Buna göre, dava değişikliği ilk derece mahkemesini yetkisiz hale getirmiyorsa ve değişiklik nedeniyle yargılamanın önemli derece zorlaşması veya gecikmesi söz konusu olmayacaksa, mahkeme dava değişikliğine izin verebilir. Dava değişikliği yeni bir dava açılmasını engelleyecekse ve uyuşmazlığın kesin olarak ortadan kalmasını sağlayacaksa, dava değişikliğine izin verilmesi gerekir. Başka bir deyişle, dava değişikliğine mahkeme tarafından izin verilmemesi, büyük olasılıkla taraflar arasında uyuşmazlığın devam etmesine ve yeni bir dava açılmasına sebebiyet verecekse ve yeni açılan dava sebebiyle yargılama süresi ve yargılama giderleri artacaksa dava değişikliğine izin verilebilir. Dava değişikliğine izin verilmesi halinde, davalı da bu konuda savunma hakkına sahiptir. Buna karşılık dava sebeplerinde değişiklik yapmaksızın, daha önce talep edilen asıl veya fer'i taleplerin sınırlandırılması veya önceki dava konusunun yerine başka bir konunun veya menfaatin talep edilmesi dava değişikliği olarak kabul edilmez (öZPO § 235, Abs. 4)⁶³.

⁶⁰ Yılmaz, *Islah*, 105; Thomas Klicka içinde *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen 3. Band*, ed. Hans W. Fasching (2. Auflage, Manzsche Verlag, 2004), 241, Rn. 14.

⁶¹ Avusturya hukukunda, dava kural olarak dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesiyle derdest hale gelir. Ancak taraflardan biri talebini ilk kez yargılama sırasında ileri sürerse, bu talep ileri sürüldüğü duruşmanın yapıldığı tarihten itibaren derdest hale gelir (§ 232 öZPO). Bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/zpo/paragraf/232>, Erişim tarihi: 25.01.2024.

⁶² Zivilprozessordnung, Jusline, <<https://www.jusline.at/gesetz/zpo/paragraf/235>> Erişim tarihi: 11.7.2023.

⁶³ Elrich Feil ve Elke Kroisenbrunner, *Zivilprozessordnung Kurzkommentar* (Wien: Linde, 2003), § 235, Rn. 700; Walter H. Rechberger ve Daphne Ariane Simotta,

Talep sonucunun artırılması dava değişikliği olarak kabul edilmekle birlikte, § 235 Abs. 3 uyarınca sadece talep sonucunun artırılması, dava sebeplerinde değişiklik yapılmaması koşuluyla, davanın önemli derecede zorlaşmasına ve uzamasına neden olmayacağından, karşı tarafın itirazına rağmen mahkemenin izin vermesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁴.

İlk derece mahkemesinin kararı istinaf mahkemesi tarafından 496 Abs.1 Z.2 hükmü uyarınca, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlık hakkında kapsamlı inceleme yapılmasını engelleyen bir eksiklik nedeniyle kaldırılır ve dosya ilk derece mahkemesine gönderilirse, bu durumda da dava değişikliğine mahkeme tarafından izin verilebilir. Zira ilk derece kararının bu sebeple kaldırılması halinde sözlü yargılamadan önceki safhaya geri dönmüş olur⁶⁵.

Avusturya hukukunda, karşı taraf kabul etmese dahi mahkeme tarafından dava değişikliğine izin verilmesinin gerekçesi, davacının bu konuda her zaman yeni bir dava açabilecek olmasıdır. Davacının yeni bir dava açabileceği bir konuda görülmekte olan davada karar verilmesi usûl ekonomisine uygun olabilir. Bununla beraber davacıya her halde davasını değiştirme imkânı verilemez. Zira diğer yandan davalının, daha önce dava konusu yapılan uyuşmazlık hakkında karar verilmesini talep etme hakkı vardır. Dava değişikliğine ilişkin düzenleme bir yandan davacı ile davalının menfaatlerini dengelemeli diğer yandan sürekli dava değişikliği ile mahkemelerin meşgul edilmesini önleyerek kamu yararını da gerçekleştirmelidir⁶⁶.

İsviçre hukukunda ise iddia ve savunmanın değiştirilmesi ile talep sonucunun değiştirilmesi veya artırılması dava değişikliği olarak değerlendirilmektedir⁶⁷. Bununla birlikte, esas duruşmaya hazırlık aşamasında (hazırlık duruşmasında), değiştirilen veya yeni ileri sürülen talep derdest davadaki talep ile aynı yargılama usûlüne tabi ise ve değiştirilen veya yeni ileri sürülen talep önceki taleple bağlantılı ise veya karşı taraf bu değişikliğe rıza gösterirse davanın değiştirilmesi caizdir (sZPO Art. 227/1). Her iki talep de aynı hukuki ilişkiye ve aynı hayat olayına dayanıyorsa talepler

Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht (8. Auflage, Manzsche Verlag, 2010), 590; Klicka, *Kommentar*, 252, Rn. 38.

⁶⁴ Klicka, *Kommentar*, 243, Rn. 17. Belirsiz alacak davasında talep sonucunun artırılması ise dava değişikliği olarak kabul edilmez (Klicka, *Kommentar*, 244, Rn. 18).

⁶⁵ Klicka, *Kommentar*, 241, Rn. 13.

⁶⁶ Klicka, *Kommentar*, 236 vd, Rn. 1-2.

⁶⁷ Thomas Sutter-Somm ve Benedikt Seiler, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Zürich: Schulthess Verlag, 2021), Art 227, Rn. 4.

arasında bağlantı olduğu kabul edilir⁶⁸. Örneğin, ödenmeyen kira alacağının tahsili talebiyle açılan davada, dava sırasında aynı sözleşmeden kaynaklanan ve dava sırasında muaccel hale gelen alacaklar da aynı davada talep edilebilmektedir⁶⁹. Dava konusunun artırılması şeklinde dava değişikliği yapılması halinde davanın görüldüğü mahkeme görevsiz hale gelirse dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verilmelidir⁷⁰.

İsviçre hukukunda talep sonucunun artırılması dava değişikliği (*Klageänderung*) kapsamında sayılmakla birlikte, bu tür bir dava değişikliğine esas duruşmaya hazırlık aşamasında izin verilmektedir. Esas duruşmaya başlandıktan sonra ise talep sonucunun artırılabilmesi için dava değişikliğinin genel şartları yanında, bunun yeni vakıalara veya delillere dayanması gereklidir (sZPO Art 230). İstinaf derecesinde ise dava değişikliğine, genel şartların yanında dava değişikliği talebinin yeni vakıalara ve delillere dayanması halinde izin verilir (sZPO Art 317 Abs. 2)⁷¹. Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, tahkikat sırasında veya istinaf derecesinde yeni vakıalar veya yeni bir delil sebebiyle, talep sonucunun artırılması mümkündür. İstinaf derecesinde yeni delil ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemesine rağmen ilk kez istinafta ortaya çıkan ve gecikmeksizin ileri sürülen delil olabileceği gibi, ilk derece mahkemesinde gerekli özen gösterilmiş olmasına rağmen ilk derece mahkemesinde sunulamayan delil de olabilir (sZPO Art. 317). İsviçre hukukunda dava değişikliğine ilişkin düzenlemeyle usûl ekonomisi, maddi gereceğe ulaşılması ve tarafın savunma haklarının kullanılabilmesi gibi çeşitli menfaatlerin dengelendiği kabul edilmektedir⁷².

Örnek olarak açıklanan hukuk sistemlerinde talep sonucunun artırılması konusunda daha esnek ve hâkime takdir yetkisi tanınan bir model benimsendiği söylenebilir. Her üç hukuk sisteminde de benimsenen modeller belirli farklılıklar içermekle birlikte usûl ekonomisini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.

⁶⁸ Alexander Brunner, Dominik Gasser ve Ivo Schwander, ed., *Schweizerische Zivilprozessordnung* (Zürich: Dike Verlag, 2016), Art. 227, Rn.9.

⁶⁹ Brunner, Gasser ve Schwander, *Zivilprozessordnung*, Art. 227, Rn.3.

⁷⁰ İsviçre Federal Usûl Kanunu ve Kanton usûl kanunlarındaki dava değiştirmeye ve ıslahın gelişimine ilişkin açıklamalar için bkz. Yılmaz, *Islah*, 96 vd.

⁷¹ Brunner, Gasser ve Schwander, *Zivilprozessordnung*, Art. 227, Rn.3.

⁷² Sutter-Somm ve Seiler, *Zivilprozessordnung*, Art 227, Rn. 3.

3. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, kanımızca Türk hukukunda talep sonucunun ıslaha gerek olmadan artırılabilmesi için bir düzenleme yapılabilir. Talep sonucunun ıslaha gerek olmadan artırılmasına izin verilmesinin yaratabileceği sakıncalar konusunda bazı eleştiriler söz konusu olabilir. Örneğin, ilk derece mahkemesinde veya kanun yolu incelemesi sonunda ilk derece veya istinafta yeniden tahkikata dönülmesi halinde talep sonucunun artırılmasına izin verilmesinin dava açılırken devlete ödenmesi gereken harçlar bakımından sorun yaratabileceği ileri sürülebilir. Zira alacak talepli davalarda alacak miktarının davanın başında belirlenmesi alınacak harç miktarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Kanımızca söz konusu harcın davanın başında alınması esas ise de önemli olan dava sonuçlandığında mahkemenin kararına göre alınacak harcın miktarının ve harçlardan sorumluluğun belirlenmesidir. Zira harçlar devletin yargı organlarının yargı hizmetleri karşılığında tarafların ödemesi gereken bir çeşit vergidir. Sonuç olarak talep sonucunun yargılama devam ederken artırılmasına izin verilmesi devlete ödenmesi gereken harçlar bakımından bir kayba yol açmayacaktır.

Diğer yandan harçların dava açan kişileri düşünmeye sevk ederek gereksiz davaların açılmasının ve mahkemelerin iş yükünün artmasının önlenmesi ileri sürülebilecek ise de kanımızca harç alınmasının amacı kişileri haklarını ararken düşünmeye sevk etmekten ziyade hakkın elde edilmesinde sunulan yargısal hizmete katkı sağlamak olup, hakkın kullanılmasını engellemek değildir. Bir davada tahkikat işlemleriyle davacının hak veya alacağı daha fazla olduğu ortaya çıkıyorsa davacıya talep sonucunu artırma imkânı verilmelidir. Bu imkânın ıslahla veya ıslaha gerek kalmadan kullandırılmasının yargının iş yükünün artmasına değil bilakis hem tarafların haklarının en etkili şekilde gerçekleştirilmesine hem de ek davalar açılmasının önüne geçerek iş yükünün azalmasına hizmet edeceği kanısındayız.

Islah yoluyla veya davayı değiştirme ve genişletme yasağının dışına çıkararak talep sonucunun artırılmasının kabul edilmesi, medeni usûl hukukuna hâkim ilkelere aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira bu durumda da tasarruf ilkesi⁷³ ve taleple bağlılık ilkesi geçerli olacak, mahkeme dava konusu yapılmayan bir husus hakkında karar vermeyeceği gibi davacının nihai talebiyle bağlı olarak karar verecektir. Ayrıca usûl ekonomisi

⁷³ Dava değişikliğinin tasarruf ilkesiyle ilişkisi konusunda bkz. Meriç, *Tasarruf İlkesi*, 124 vd.

gerçekleştirilecek, ek davalar açılmayacağından uyuşmazlığın aynı davada, en az giderle, makul sürede sonuçlandırılması mümkün olabilecektir⁷⁴.

Talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi halinde teksif ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır. Zira taraflar kural olarak davanın başında, dilekçeler safhasında iddia ve savunmalarını mahkemeye getirecektir. Talep sonucunun artırılmasına dava sebeplerini değiştirmedeği takdirde izin verileceğinden, tahkikatın genişletilmesi veya uzaması gibi bir risk de söz konusu olmayacaktır.

Davada talep sonucunun artırılması suretiyle davanın değiştirilmesinde, davanın sürüncemede kalması ve diğer tarafın durumunun ağırlaştırılması gibi olumsuzluklar ortaya çıkmayacaktır. Bu durumda tarafların menfaat ve haklarını dengeleyecek düzenlemelerin yapılması gerekir.

İsviçre hukukunda tahkikat sırasında yeni vakıaların ve delillerin dikkate alınabildiği durumlarda bu yeni vakıa ve deliller talep sonucunun artırılmasına olanak sağlamaktadır. Türk hukuku açısından ve istinaf bağlamında değerlendirdiğimizde ilk derece mahkemesinde gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesinde incelendiğinde, taraf talep sonucunun daha fazla olduğunu tespit ederse, olması gereken hukuk bakımından talep sonucunu artırabilmelidir⁷⁵. Yine temyiz incelemesi sonucunda verilen bozmadan sonra istinaf derecesinde tahkikata dönülmüş ise ve genellikle uygulamada karşılaşıldığı üzere yeni bir bilirkişi raporu alınmış (yeni delil de denilebilir) ve davacı alacağına daha fazla olduğunu tespit etmişse talep sonucunu artırabilmelidir⁷⁶. Bu artırma, yukarıda açıklandığı

⁷⁴ Usûl ekonomisi ilkesinin unsurları olan yargılamanın makul giderle yapılması, makul sürede tamamlanması ve yargılamanın düzenli biçimde yapılması konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Rüzgaresen, *Usûl Ekonomisi*, 133 vd. Talep sonucunun artırılabilmesinin usûl ekonomisine hizmet ettiği yönünde bkz. Meriç, *Tasarruf İlkesi*, 125, 131. Hanağası'na göre, davada ıslah yoluyla talebin artırılması mümkün olmasına rağmen ek dava açılması yargılama giderlerini artırdığı ve yargılama süresini uzattığı, aynı hukuki sonuca mevcut dava içinde de ıslah yoluyla ulaşılabilmesi nedeniyle davacının dava devam ederken ek dava açmakta kural olarak hukuki yararı bulunmamaktadır. Ancak davacı daha önce davada ıslah hakkını kullanmışsa, ıslaha bir kez başvurulabilmesi nedeniyle ek dava açılmasında hukuki yarar vardır. Hanağası, *Menfaat*, 267 vd.

⁷⁵ Küçük, "Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi," 233.

⁷⁶ Tolga Akkaya, *Medeni Usûl Hukukunda İstinaf* (Ankara: Yetkin, 2009), 298; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin,

üzere, ıslah yoluyla mümkün olabileceği gibi tarafa ıslaha gerek olmadan talebini artırma imkânı da tanınabilir.

Kanımızca tarafların yargılamada yapabilecekleri işlemleri mutlak suretle yasaklamak yerine, dürüstlük kuralına aykırı olmayan, hakkaniyet gereği yapılmasına izin verilmesi gereken işlemler söz konusu ise bu yolu açan usûlî düzenlemeler yapılmalı ve bu konuda hâkime karar verme yetkisi tanınmalıdır⁷⁷. Bu bağlamda örneğin 6100 sayılı HMK ile yapılan ve hak arama hürriyetinin etkin şekilde kullanılmasını kolaylaştıran iki önemli değişiklikten söz edilebilir. Daha önce ıslahla dahi taraf değişikliğine izin verilmezken (bu konu öğretilerde eleştiri konusu olmuştur⁷⁸) HMK m. 124 ile belirli şartların gerçekleşmesi halinde ıslaha da gerek kalmadan davanın taraflarında değişiklik yapılmasına izin veren düzenleme bunlardan biridir⁷⁹. Bu düzenleme uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olmadıkça, maddi bir hatadan kaynaklanması halinde veya kabul edilebilir bir yanılığa dayanması durumunda uygulamada taraf değişikliği işlemi yapılabilir. Benzer bir amaca hizmet eden diğer bir düzenleme ise daha önce kesin bir süreyi elinde olmayan sebeple kaçırılan tarafın başvurabileceği eski hale getirme yolunu bir defa başvuru yapma hakkıyla sınırlandıran düzenlemenin yürürlükten kaldırılması ve gerektiğinde, koşulları oluşmuşsa eski hale getirme imkanından birden fazla kez yararlanma imkanının tanınmış olmasıdır (HMK m. 95 vd). Sonuç olarak, bu örneklerde daha önce esasında yasaklanan bazı usûl işlemlerine kontrollü ve ölçülü şekilde izin verilerek hak arama hürriyetinin daha etkin şekilde kullanılmasına olanak sağlanmış ve usûl ekonomisi açısından önemli faydalar elde edilmiştir. Talep sonucunun belirli şartlarda ıslah ile veya ıslaha gerek kalmaksızın ilk derece mahkemesi ve istinaf derecesinde artırılmasına izin verilmesi ve hakkın bir kez kullanılmakla sınırlandırılmaması etkin hukuki korunmanın⁸⁰ sağlanmasına ve adalete erişime hizmet edebilecektir.

2022), 624; Özkes, “Kanun Yolları,” 2249; Küçük, “Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi,” 233.

⁷⁷ Meriç, *Tasarruf İlkesi*, 125.

⁷⁸ Ejder Yılmaz, “Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti ile İlgili Bir İçtihadî Birleştirme Kararının Düşündürdükleri (Tarafta Islahla Değişiklik Yapılması Olanakları)” *Yargıtay Dergisi*, Özel Sayı 1-4 (1989): 202-232; Yılmaz, *Islah*, 354-401.

⁷⁹ Ejder Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Islah Konusunda (HMK m.176-182) Getirdiği Yenilikler,” *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı (2013): 78.

⁸⁰ Mahkemeye erişim hakkının tanınması yeterli olmayıp bunun etkin şekilde kullanılmasına da olanak tanınmalıdır. Bir başvuru yolunun etkin olarak nitelendirilebilmesi için, ileri sürülen ihlalin meydana gelmesini ve devam etmesini

Dava sebeplerinde değişiklik olmaması koşuluyla talep sonucunun miktar olarak artırılmasına izin verilmesi istinafta da mümkün olabilir. Zira ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü HMK'da aksine bir düzenleme olmadıkça istinafta da geçerli olacağından (HMK m. 360)⁸¹, davanın uzamasına sebebiyet vermeyecekse, karşı tarafın savunma haklarını kullanmasını önlemeyecekse aynı koşullarda istinaf derecesinde de talep sonucunun artırılmasına izin verilmesinde sakınca olmayacaktır.

SONUÇ

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile ıslah kurumu arasında tam bir uyumun olmaması, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile ıslaha ilişkin kanuni düzenlemelerdeki belirsizlikler, uygulamayla ilgili sorunların çıkmasına neden olmaktadır. Medenî usûl hukuku kurallarının temel işlevlerinden biri, yargılamanın belirli ve öngörülebilir kurallara göre yürütülmesini sağlamak olmasına rağmen, ıslah kurumu yarattığı belirsizlikler yargılamaya katılan tarafların hukuki güvenliğini tehlikeye atmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki “*dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde*” ifadesinde “*dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin*” ibaresi hem de 357'nci maddede istinafta yapılamayacak işlemleri düzenleyen hükümdeki “ıslah” ibaresi Anayasa'nın adil yargılanma hakkı ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkını düzenleyen 36'ncı maddesini, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırarak ihlal etmektedir. Bozma kararından sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi ve bölge adliye mahkemesi tarafından tahkikata ilişkin işlem yapılması halinde ıslaha izin verilmemesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir sınırlama içermektedir. Dosya bölge adliye mahkemesine değil de ilk derece mahkemesine gönderilseydi davacının kullanabileceği usûli bir imkân, dosya bölge adliye mahkemesine gönderildiği için davacının elinden alınmaktadır. Anayasa Mahkemesinin tespit ettiği

önleyebilecek nitelikte olmalıdır. Ayrıca kişilerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin olarak hukuki koruma elde edebilmeleri için dava ve talep hakkı fiilen de gerçekleştirilmelidir. Bkz. Aktepe Artık, *Adil Yargılanma Hakkı*, 78, 81 vd.

⁸¹ Alman hukukunda benzer görüş için bkz. Musielak ve Voit, *Zivilprozessordnung*, § 264, Rn. 3.

üzere, kategorik olarak ıslahı yasaklamak doğru değildir. Bozma kararı sonrasında tahkikata dönülmesi halinde diğer şartları mevcutsa ıslaha başvurulabilmelidir. İslah yolu, “*adil yargılanma hakkının*” ve bu kapsamda “*mahkemeye erişim hakkının*” kullanılabilmesi için gerekli olup, davanın esası hakkında karar verilebilen bir yargılamada ıslah veya başka bir yolla bedelin artırılmasına imkân tanınması gerekir. Somut olayda doğru karar verilebilmesi için gerekli tahkikat işlemlerinin ilk derece veya istinaf kapsamında bölge adliye mahkemesinde yapılıyor olması farklılık yaratmamalıdır. Zira istinaf derecesinde de davanın esası hakkında tahkikat işlemi yapılabilir ve esas hakkında kesin hüküm teşkil edecek şekilde karar verilebilir.

Bozma sonrasında dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderildiği hallerde ıslahın yasaklanması ve talep sonucunun artırılmasına olanak sağlayan başka bir imkânın olmaması, taraftan katlanması beklenemeyecek bir külfet olup, mahkemeye erişim hakkını kullanılmasını engelleyecek derecede hak arama hürriyetini sınırlandırmaktadır. İslahın zamanına ilişkin sınırlamanın kategorik ve mutlak surette yapılması, başka bir deyişle her durumda ve talep sonucunun artırılmasını da kısıtlayan şekilde yasak getirilmesi, mahkemeye erişim hakkının kullanımını hakkın özüne dokunacak derecede sınırlandırmaktadır.

İslah yolunun istinafta mutlak bir biçimde kapatılması, mahkemeye erişim hakkının ve hukukî dinlenilme hakkının orantısız sınırlanması sebebiyle bir temel hak ihlâli sonucunu doğurur. Bölge adliye mahkemesi, istinaf kapsamında tahkikat eksiklerini tamamlayabilmekte ve davanın esası hakkında bizzat karar verebilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında ifade ettiği üzere, özellikle bozma kararıyla dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde, bölge adliye mahkemesi artık tâli olarak da olsa hüküm mahkemesi işlevini yerine getirmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bozmadan sonra dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde bu mahkemenin hüküm mahkemesi olarak yargılama yaptığı, başka bir deyişle artık istinaf incelemesi yapmadığı gerekçesinden ve HMK'nın 360'ıncı maddesi uyarınca ilk derece mahkemesindeki yargılama usûlünün istinafta da geçerli olması kuralından hareketle, ıslaha izin verilmesine olanak sağlayan bir yorum yapmak da zordur. Zira HMK m. 357 açıkça ıslahı yasakladığından böyle bir yorumun tartışmalı olacağı dikkate alındığında, Kanunda açıkça düzenleme yapılması daha uygun bir çözüm yoludur.

Kanımızca ıslahı kategorik olarak ve mutlak suretle yasaklamak yerine, kanun yollarının ve istinafin amacına uygun olacak bir çözüm üretilmelidir. Bu bağlamda, olması gereken hukuk bakımından, istinafta sadece talep sonucunun miktar olarak artırılabilmesi amacıyla kısmi ıslaha izin veren bir düzenleme yapılabilir. İstinafta ıslaha sadece talep sonucunun miktarının artırılması için izin verileceğinden, davanın temelini teşkil eden iddia ve savunmaların değiştirilmesi veya yeni iddia ve savunmaların ileri sürülmesine izin verilmemiş olacağından, yargılamaların uzaması riski ortaya çıkmayacaktır. Bu kapsamda kısmi ıslah ile sadece mevcut talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi mümkün olabilir, yeni bir talebin dilekçeye eklenmesi ise uygun değildir. Zira ilk derece mahkemesinde talep konusu olmadığı için incelenmeyen bir talep hakkında istinaf derecesinde karar verilmesi dar istinaf sistemine uygun değildir.

Ancak istinafta talep sonucunun artırılabilmesi için kısmi ıslaha izin vermek suretiyle de sorun tam olarak çözülebilir gözükmemektedir. Kısmi ıslaha izin verilse dahi bu kez ıslaha bir kez başvurulabilmesi mümkün olduğundan, daha önce ilk derece mahkemesinde ıslah yoluyla talebini artıran tarafın ikinci kez ıslaha başvuru imkânı olmayacaktır. Sadece talep sonucunun artırılması, yeni vakıaların davaya getirilmesine neden olmayacaksa, zaten davanın uzamasına yol açacak bir durum değildir.

Bir başka çözüm önerisi ise daha radikal bir kanun değişikliği yapılmasıdır. Mevcut düzenlemeler ve uygulamalar uyarınca, talep sonucunun değiştirilmesi veya artırılması dava değiştirme olarak kabul edilir ve yasaktır. Talebin artırılması, dava sebeplerinde değişikliğe yol açmasa dahi, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamındadır. Buna göre, talep sonucunun artırılmasını tamamen iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının kapsamından çıkarmak; söz konusu yasağı sadece talep sonucunun dayanağı olan vakıalar (iddia ve savunmalar) ile sınırlamak, talep sonucunun değiştirilmesi veya artırılmasını ise başka bir hükümlerle düzenlemek; ayrıca yapılacak düzenlemeyle talep değişikliğine hangi koşullarda ve ne suretle izin verileceğini kanunla belirlemek şeklinde bir çözüm de benimsenebilir.

Talep sonucunun artırılmasına izin verilmesi halinde teksif ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır. Zira taraflar kural olarak davanın başında, dilekçeler safhasında iddia ve savunmalarını mahkemeye getirecektir. Talep sonucunun artırılmasına dava sebeplerini değiştirmedeği takdirde izin verileceğinden, tahkikatın genişletilmesi veya uzaması gibi bir risk de söz konusu

olmayacaktır. Sonuç olarak, tarafların yargılamada yapabilecekleri işlemleri mutlak suretle yasaklamak yerine, dürüstlük kuralına aykırı olmayan, hakkaniyet gereği yapılmasına izin verilmesi gereken işlemler söz konusu ise bu yolu açan usûlî düzenlemeler yapılması ve bu konuda hâkime karar verme yetkisi tanınması daha uygun bir yoldur. Bu kapsamda dava sebeplerinde değişiklik olmaması koşuluyla talep sonucunun miktar olarak artırılmasına izin verilmesi istinafta da mümkün olabilir. Zira ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü Kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça istinafta da geçerli olacağından (HMK m. 360), davanın uzamasına sebebiyet vermeyecekse, karşı tarafın savunma haklarını kullanmasını önlemeyecekse aynı koşullarda istinaf derecesinde de talep sonucunun artırılmasına izin verilmesinde sakınca olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk ve Elif Irmak Büyük. “Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islaha Gidilip Gidilemeyeceği Üzerine Düşünceler.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, 3 (2017): 3-34.
- Akkaya, Tolga. *Medeni Usûl Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Aktepe Artık, Sezin. *Medeni Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Aras, Aslı. “Yargıtay Kararları ve Doktrin Görüşleri Işığında Islahın Zaman Sınırı.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 153-154 (2017): 9-30.
- Aslan, Kudret. *Medeni Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usûl Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Atalı, Murat. “Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı.” *Yargıtay Dergisi* 44, 3 (2018): 457-502.
- Atalı, Murat. *Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Aykutalp, Aslı. *İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak Taraf Usûl İşlemleri*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Bardakcı, Mehmet. “Hukuk Muhakemesi Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Tam Yargı Davalarında Dava Dilekçesinde Talep Edilen Miktarın Artırılması.” *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 12, 35 (2016): 637-678.
- Becker-Eberhard, Ekkehard. *İçinde Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, ed. Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger, §§ 253–271*. München: C.H. Beck, 2020.
- Bolayır, Nur. “Usûl İşlemlerinde Sakatlıklar ve Bunların Düzeltilmesi.” *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 12, 34 (2016): 289-334.
- Brunner, Alexander, Dominik Gasser ve Ivo Schwander. *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Zürich: Dike Verlag, 2016.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. “7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler.” *İstanbul Barosu Dergisi* 95, 5 (2020): 15-50.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

- Bulut, Uğur. "İslah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(Ama)Ması." *İzmir Barosu Dergisi* 83, 2 (2018): 15-43.
- Çayan, Gökhan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 28 (2016): 235-272.
- Çınar, İbrahim. "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda İslah." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7 (2016): 479-506.
- Ercan Özler, Meltem. *Medeni Usûl Hukukunda Dava Konusu*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Erdoğan, Ersin, ve Cansu Korkmaz. "Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2 (2016): 249-290.
- Ermenek, İbrahim. "Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, 1 (2000): 142-180.
- Eroğlu, Orhan. "Medeni Usûl Hukukunda İslah." Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2017.
- Erzurumlu Işık, Nurbanu. *Medeni Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Feil, Elrich, ve Elke Kroisenbrunner. *Zivilprozessordnung Kurzkomentar*. Wien: Linde, 2003.
- Gündüz, Okan. "İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 1 (2017): 193-214.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin, 2008.
- Karaaslan, Varol. "Kanun Yolları Sistemine Eleştirel Bir Bakış." *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 15, 43 (2019): 441-466.
- Karamercan, Fatih. "Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir mi?." *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, 12 (2022): 83-107.
- Klicka, Thomas. *İçinde Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band*, ed. Hans W. Fasching, §§ 234-235. Wien: Manzsche Verlag 2004.
- Küçük, Alper Tunga. "Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18 (2021): 213-252.
- Meraklı Yayla, Deniz. *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*. Ankara: Yetkin, 2014.

- Meriç, Nedim. *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*. Ankara: Yetkin, 2011.
- Musielak, Hans-Joachim, ve Wolfgang Voit. *Zivilprozessordnung Kommentar*. München: Franz Vahlen 2023.
- Özekes, Muhammet, ve Uğur Bulut. “Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme).” *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi* 13, 38 (2017): 685-717.
- Özekes, Muhammet. “Kanun Yolları.” İçinde *Pekcanitez Usûl-Medeni Usûl Hukuku C. III*, editör Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taşkorkmaz, 2150-2346. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi.” *Lexpera Blog*, <<https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/>>, Erişim tarihi: 8.7.2023.
- Postacıoğlu, İlhan. *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan, 1975.
- Rechberger Walter H., ve Daphne Ariane Simotta. *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht*. Wien: Manzsche Verlag, 2010.
- Rüzgaresen, Cumhur. *Medeni Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Simil, Cemil. *Belirsiz Alacak Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Sutter-Somm, Thomas, ve Benedikt Seiler. *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich: Schultess Verlag, 2021.
- Tutumlu, Mehmet Akif. “Bozma ve Kaldırma Kararlarından Sonra Islahın Yapılma Şartları (7251 Sayılı Kanun Değişikliği).” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, 170 (2020): 2140-2144.
- Tutumlu, Mehmet Akif. “İstinaf Aşamasında ve Sonrasında (Kaldırma Kararından Sonra) Islah ve Artırım Taleplerinin Geçerli Olup Olmadığı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, 166 (2020): 1292-1297.
- Uzunpınar Tüfek, Aybüke. “Kısmi Davada Islah.” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, 2 (2021): 523-555.
- Üstündağ, Saim. *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı*. İstanbul: Cezaevi Matbaası 1967.
- Wöstmann, Heinz. İçinde *Zivilprozessordnung*, ed. Ingo Saenger, §§ 511–541. Baden-Baden: Nomos 2021.

Yılmaz, Ejder. “Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti ile İlgili Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri (Tarafta Islahla Değişiklik Yapılması Olanağı).” *Yargıtay Dergisi*, 1-4 (1989): 202-232.

Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Islah Konusunda (HMK m.176-182) Getirdiği Yenilikler.” *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı (2013): 72-81.

Yılmaz, Ejder. “Islahla Davaya Yeni Talep Eklenebilmesi Olanağı.” İçinde *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan C. IV*, ed. Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale, Selman Arısoy, Ali Yaşasın, Esmâ Hande Boztosun Bozkurt, 2909-2948. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

Yılmaz, Ejder. *Medeni Usûl Hukukunda Islah*. Ankara: Yetkin, 2013.

ROMA HUKUKUNDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATIŞ BEDELİ (*PRETIUM*)

Purchase Price (Pretium) in Contract of Sale in Roman Law

Setenay BAYTEMİR TARHAN*

ÖZ

Satış sözleşmesi Roma hukukunda *emptio venditio* (alım satım) kavramıyla ifade edilmektedir. Sinallagmatik bir sözleşme olan satış sözleşmesinde satıcı (*venditor*), sözleşme konusu malı (*res* veya *merx*) nakletme borcu, alıcı (*emptor*) ise satış bedeli (*pretium*) olarak bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir. Roma hukukunda satış bedeline ilişkin prensipler belirlenmiştir. Roma hukuku kurallarına göre satış bedelinin para olması (*nummerata pecunia*), satış bedelinin belirli olması (*pretium certum*), satış bedelinin gerçek olması (*pretium verum*) ve satış bedelinin adil olması (*pretium iustum*) gerekmektedir. Söz konusu prensipler Roma hukukunun farklı dönemlerinde farklı şekilde yorumlanabildiği gibi Klasik Hukuk Dönemi'nde farklı hukuk okulları arasında prensipler bakımından çeşitli tartışmalar gündeme gelmiştir. Çalışmada ilk önce Roma hukukunda satış sözleşmesinin genel özellikleri üzerinde durulmuştur. Daha sonra satış bedelinin bahsi geçen dört özelliği ele alınmıştır. Bu doğrultuda Roma hukukunun birincil kaynakları olan *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* ve *Codex* bölümlerinin farklı kitapları ile *Gaius*'un *Institutiones* ve *Iustinianus*'un *Institutiones* eserlerindeki metinler incelenmiş, farklı hukuk okulları arasındaki tartışmalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Satış Sözleşmesi, Satış Bedeli, *Emptio Venditio*, *Pretium*, Roma Hukuku

Makalenin Geliş Tarihi: 14.02.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 18.03.2024.

* Arş. Gör. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: setenaybaytemir@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5324-8374.

ABSTRACT

The contract of sale in Roman law is expressed by the term “*emptio venditio*”. As a synallagmatic contract, contract of sale involves the obligation of the seller (*venditor*) to transfer the subject matter of the contract (*res* or *merx*) and the obligation of the buyer (emptor) to pay a certain amount of money as the purchase price (*pretium*). Certain principles are stipulated for the purchase price in Roman law. The purchase price must be in money (*nummerata pecunia*), fixed (*pretium certum*), real (*pretium verum*) and fair (*pretium iustum*) according to the rules of Roman law. These principles could be interpreted differently in different periods of Roman law and various debates arose among different legal schools regarding these principles during the Classical Period. The study first focuses on the general characteristics of contract of sale in Roman law. Subsequently, the four mentioned principles of the purchase price are discussed. In this context, primary sources of Roman law, including various texts from *Digesta* and *Codex* as the sections of *Corpus Iuris Civilis*, alongside texts from “*Institutiones*” by *Gaius* and “*Institutiones*” by Justinian were examined, incorporating debates among various legal schools were assessed in the light of these sources.

Key Words: Sales Contract, Purchase Price, *Emptio Venditio*, *Pretium*, Roman Law

I- ROMA HUKUKUNDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Satış sözleşmesi Roma hukukunda *emptio venditio* kavramıyla ifade edilmektedir. *Emptio* kelimesi “alım”, *venditio* kelimesi ise “satım” anlamına gelmektedir. Romalılar tam iki taraflı bir sözleşme olan satış sözleşmesini sözleşmenin iki tarafının edimleri bakımından isimlendirmeyi tercih etmişlerdir. Sözleşmenin taraflarından *emptor* alıcı, *venditor* ise satıcı kavramlarına karşılık gelmektedir. Sinallagmatik bir sözleşme olan satış sözleşmesinde satıcı, sözleşme konusu malı (*res* veya *merx*) devretme borcu, alıcı ise satış bedeli (*pretium*) olarak bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir¹.

¹ Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 89-90; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2005), 65-66; Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin, 2021),

Satış sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olduğu için sözleşmenin kurulmasıyla malın mülkiyeti alıcıya geçmemektedir. Roma hukukunun gerek arkaik evresinde gerek klasik döneminde *res mancipi*²'lerin mülkiyetinin devri için *mancipatio* ve *in iure cessio* olarak adlandırılan devir işlemlerinin yapılması gerekmektedir. *Res nec mancipi*³'lerin mülkiyetinin devri ise *traditio* (teslim) yoluyla gerçekleşmekteydi⁴. Klasik Hukuk Dönemi boyunca devam eden mülkiyetin devrine ilişkin bu ayrım, *Iustinianus* Dönemi'nde ortadan kaldırılmıştı. Bu dönemden itibaren her türden malın mülkiyetinin devri *traditio* ile sağlanmıştı. Dolayısıyla satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte satıcı ile alıcı arasında bahsi geçen şekli işlemlerin yapılması gerekmektedir⁵.

465-467; Salvatore di Marzo, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959), 431; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2014), 193-194; Şakir Berki, *Roma Hukuku* (Ankara: 1949), 283-284; Richard Honig, *Roma Hukuku Dersleri*, çev. Şemseddin Talip, (İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası, 1935), 127-128; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Beta Yayın, 1990), 356-357; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), 230; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town: Juta and Co, 1992), 230 vd. George Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law* (Cham: Springer, 2015), 135; William Warwick Buckland, *Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian* (Cambridge: Cambridge University Press, 1975), 481; Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford: Clarendon Press, 1965), 40; Max Kaser, *Roman Private Law*, çev. Rolf Dannenbring (Pretoria: Gutenberg Book Printers, 1984), 210.

² *Solum Italicus* (İtalya toprağı) veya *fundus Italicus* (İtalya arazisi); İtalya arazisi üzerinde tesis edilen *iter*, *actus* ve *via aquaeductus* gibi *servitutes praediorum rusticorum* (tarımsal irtifak hakları); *servi* (köleler) ile yük ve çeki hayvanları *res mancipi* sınıflandırmasına giren mallardır. Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 45; Belgin Erdoğan, *Roma Eşya Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2022), 6.

³ *Res mancipi* dışında kalan Roma egemenliği altındaki tüm araziler, eyalet arazileri, köleler ile yük ve çeki hayvanları dışında kalan taşınır mallar *res nec mancipi* sayılmaktadır. Karadeniz Çelebican, *Eşya*, 45; Erdoğan, *Eşya*, 7.

⁴ Her hukuk sistemi, malları çeşitli ayrımlara tabi tutmaktadır. Roma ekonomisinin tarım ve hayvancılığa dayandığı dönemde toplumsal hayat ve üretim için önemli olduğu düşünülen mallar *res mancipi* sınıfını oluşturmaktaydı. *Res mancipi*'ler sadece *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devredilebilmekteydi. Karadeniz Çelebican, *Eşya*, 45-46.

⁵ Roma hukukunun arkaik dönemlerinde peşin satış söz konusuysa. Bu dönemde peşin satış olan *mancipatio* aynı zamanda mülkiyetin naklini de sağlamaktaydı. *Ius Civile*'nin

Rızaî sözleşme olan satış sözleşmesi ne sözlü ne yazılı herhangi bir şarta bağlıdır. Nitekim tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı sözleşmenin kurulması için yeterlidir. *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bu husus açıklanmaktadır⁶.

Roma hukukunda satış sözleşmesi bir iyiniyet sözleşmesidir ve iyiniyet davaları ile korunmaktadır⁷. Roma hukukunda rızaî sözleşmelerde tarafların sorumluluğuna ilişkin esası *bona fides* (iyiniyet) oluşturmaktadır. Bu tip sözleşmelerde *fides*'in gereği olarak tarafların dürüstlük, sadakat, söze bağlılık kapsamında sorumlu tutulması söz konusudur. *Bona fides*'in hukuk alanına yansımaları *praetor*'larca tanınan ve *iudicia bona fidei* olarak

şeklî işlemleri sadece Roma vatandaşları tarafından gerçekleştirilebildiği için yabancılar bu işlemlerin tarafı olamıyordu. Ticari ilişkilerin gelişmesiyle birlikte satıcı ile alıcı arasında rızaların uyuşmasıyla satış sözleşmesinin meydana geleceği giderek kabul görmeye başlamıştı. Bu bağlamda Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren borçlandırıcı satış sözleşmesi ile mülkiyeti devir işlemi arasındaki ayrım giderek belirginleşmeye başlamıştı. Tahiroğlu, *Borçlar*, 194-195; Kaser, *Roman Private*, 210.

⁶ **Gai. Inst. 3.135-136:** “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur; sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*” Satışta, *locatio conductio*'da, şirkette ve vekâlette borçlar rızaların uyuşması ile meydana gelmektedir. Bu sözleşmelerde rızaların uyuşmasının borç doğurduğunu söyleriz; zira ne söze ne yazıya gerek vardır, işlemi yapanların anlaşması yeterlidir. Bu nedenle bu işlemler hazır olmayanlar arasında mektupla veya haberciyle de kurulabilmektedir. Bununla birlikte sözlü borç ilişkileri hazır olmayanlar arasında kurulamamaktadır. **Iust. Inst. 3.22 pr.:** “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. (...)*” Satışta, *locatio conductio*'da, şirkette ve vekâlette borçlar rızaların uyuşması ile meydana gelmektedir. (...)

⁷ Rado, *Borçlar*, 102. **Iust. Inst. 4.6.28:** “*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur; et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. ...*” “Bundan başka, bazı davalar iyiniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: alım satım, *locatio conductio*, vekâletsiz iş görme, vekâlet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke paylaşımı, müşterek mal paylaşımı, mirasa ilişkin istihkak davaları ile *aestimatum*'dan ve trampadan doğan *praescriptis verbis* davası. (...)” Iustinianus, *Institutiones*, çev. Ziya Umur (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968), 325.

adlandırılan iyiniyet davalarıyla sağlanmıştır. Bu husus usûl hukuku açısından önem arz etmektedir. Taraflardan birinin edimini uygun şekilde ifa etmemesi durumunda *bona fides*'in gereği olarak iyiniyet sözleşmelerinde somut olayın bütün özellikleri geniş bir takdir yetkisi ile değerlendirilmektedir. Böylece sözleşme kaynaklı taleplerin sadece tarafların anlaştığı hususlar kapsamında değil, bunların yerel kullanımına, ticari örf ve adete göre belirlenmesi sağlanmıştır. Bu nedenle ticaret hayatının önemli borç ilişkilerinden doğan davalar bu niteliği taşımaktadır⁸.

II- ROMA HUKUKUNDA SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATIŞ BEDELİ

A. Genel Olarak

Satış bedeli kavramının Roma hukukundaki karşılığı *pretium*, satış sözleşmesi kapsamında tarafların üzerinde anlaştıkları ve alıcı tarafından satıcıya verilmesi gereken belirli miktar parayı ifade etmektedir⁹.

Roma hukukunda satış bedelinin sahip olması gereken birtakım özellikler belirlenmiştir. Klasik Hukuk Dönemi'nde satış bedelinin para olması (*nummerata pecunia*), satış bedelinin belirli olması (*pretium certum*) ve satış bedelinin gerçek olması (*pretium verum*) prensipleri kabul edilmiştir. Satış bedelinin adil olması (*pretium iustum*) ise *Iustinianus* Dönemi'nde kabul edilmiştir.

Roma hukukunun bilgi kaynaklarından anlaşıldığı üzere satış bedeli olmadan satış sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir:

D. 18.1.2.1 (*Ulpianus libro primo ad Sabinum*)

“*Sine pretio nulla venditio est. (...)*”

Satış bedeli olmadan satış [sözleşmesi] olmaz. (...)

⁸ Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri* (Ankara: Seçkin, 2016), 70-73; Rado, *Borçlar*, 36.

⁹ Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügati* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975), 166; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953), 649.

Iust. Inst. 3. 23.1

“*Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. (...)*”

Satış bedelinin belirlenmesi gerekmektedir: zira satış bedeli olmadan satış olmaz (...)

Metinlerden de anlaşıldığı üzere satış bedeli, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır.

Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında ayrı başlıklar altında satış bedelinin sahip olması gereken özellikler üzerinde durulacaktır.

B. *Nummerata Pecunia* (Satış Bedelinin Para Olması)

Roma hukukunda satış sözleşmesinde satış bedelinin para olması hususu Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları arasında tartışmalıdır¹⁰. Söz konusu tartışmalar *Iustinianus* Dönemi’nde sona ermiştir. Bu doğrultuda tartışmaları iki farklı döneme ayırarak ele almak gerekmektedir.

1. Klasik Hukuk Dönemi

Satış bedelinin para olmasının gerekip gerekmediği üzerine yapılan tartışmalara yer verilen kaynaklardan biri *Gaius*’un *Institutiones*’idir:

Gai. Inst. 3.141

“*Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei <pretium esse possit>, valde quaeritur. Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait:*

ἔνθεν οἰνίζοντο κάρη κομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ’ αἶθωνι σιδήρῳ,

¹⁰ Watson, *Law of Obligations*, 41; Kaser, *Roman Private*, 212; Zimmermann, *Obligations*, 250; Mousourakis, *Roman Law*, 136; Buckland, *Text-Book*, 485; Rado, *Borçlar*, 92.

ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῆσι βόεσσιν,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι¹¹(...)

et reliqua. diuersae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et uenditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae uideatur res uenisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem uideri et uenisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum uideri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi uenalem habenti, ueluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.”

Benzer şekilde, satış bedelinin bir miktar para olması gerekmektedir. Başka bir şeyin, örneğin kölenin, *toga*'nın veya arazinin, satış bedeli olup olamayacağı hususunda tartışmalar vardır. Bizim üstatlarımız, satış bedelinin başka bir şeyden de oluşabileceğini düşünürler; bu nedenle, genellikle mal değişimi (trampa) yoluyla satış sözleşmesi yapıldığını ve bunun en eski satış biçimi olduğunu kabul ederler. Bu düşüncelerini desteklemek için Yunan şair *Homeros*'un söylediklerini aktarırlar:

Böylece uzun saçlı Akhalar şarap aldılar;
kimi tunç, kimi parlayan demir,
kimi deri, kimi canlı sığır,
kimi köle verdi karşılığında (...)

Diğer okula mensup otoriteler bu görüşe katılmazlar ve mal değişim sözleşmesi (*permutatio*) ile satış sözleşmesinin başka olduğunu savunurlar. Aksi takdirde mallar değiş tokuş edildiğinde, hangisinin satılan olduğu hangisinin satış bedeli olarak verildiği tespit edilemez. Öte yandan, her iki eşyanın da aynı anda hem satılan hem satış bedeli olarak kabul edilmesi absürttür. Ancak *Caelius Sabinus* şöyle demiştir: “Eğer senin satmak istediğin bir şeye, örneğin bir araziye karşılık sana bir köle verirsem,

¹¹ Bkz.: *Homeros, İlyada*, 7. 472-474.

arazi satılmış ve köle, arazi elde etmek için satış bedeli olarak verilmiş kabul edilir.”

Gaius'un *Institutiones*'inin 3. kitabının 141. faslında satış sözleşmesindeki satış bedelinin para mı olmak zorunda olduğu yoksa köle, *toga* veya taşınmaz gibi herhangi bir şeyin satış sözleşmesinde karşı edimi oluşturup oluşturamayacağı sorunu ele alınmaktadır. Bu sorun, Klasik Hukuk Dönemi'nde Roma hukukundaki iki farklı hukuk okulu arasında ünlü bir tartışmaya konu olmuştur.

Gaius'un *nostris praeceptores* (bizim üstatlarımız, öğretmenlerimiz) olarak ifade ettiği *Sabiniani* Hukuk Okulu mensuplarıdır. Nitekim *Gaius*, *Sabiniani* Hukuk Okulu'na mensuptur¹². Metinde de ifade edildiği üzere *Sabiniani* Hukuk Okulu temsilcilerine göre satış sözleşmesinde satış bedeli para olmak zorunda değildir.

Metinde *Gaius*'un *diversae scholae auctores* (diğer okul oteriteleri) olarak ifade ettiği *Proculiani* Hukuk Okulu temsilcileridir. Alıntılanan metinden de anlaşılacağı üzere bu okul temsilcilerine göre satış sözleşmesinde satış bedeli para olmak zorundadır.

Klasik Hukuk Dönemi'nde hukuk alanına yön veren *Sabiniani* Hukuk Okulu ve *Proculiani* Hukuk Okulu olmak üzere iki hukuk okulu bulunmaktadır. Söz konusu okulların temsilcileri bazı hukuki sorunlarda karşıt görüşleri savunmaktadırlar¹³. Roma hukukunun birincil kaynaklarından gerek *Gaius*'un *Institutiones*'i gerek *Iustinianus*'un *Institutiones*'i okullar arasındaki tartışmalara yer vermektedir. Romanistler, söz konusu görüş ayrılıklarının sebebi olarak iki farklı okul mensuplarının farklı felsefi, siyasi veya metodolojik geleneklere bağlı olmalarını ileri sürmüşlerdir¹⁴.

¹² Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 65.

¹³ Fikir ayrışmasına dayalı olarak farklı okulların ortaya çıkması *Principatus* Dönemi'nde gerçekleşmiştir. Bahis konusu okullar arasındaki görüş farklılığının önce siyasi alana, daha sonra hukuk alanına intikal ettiği kabul edilmektedir. Bu okulları günümüzdeki ders verilen yerler olarak düşünmemek gerekir. Okullar arasındaki fikir ayrılıklarının belirli bir zeminde ele alınabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira okulların çalışma metotları veya verdikleri eserler arasında esasen farklılık bulunmamaktadır. Görüşlerinin farklı olmasının sebebi daha ziyade münferit meseleleri ele alış tarzlarındaki farklılıklara dayanmaktadır. Erdoğan, *Roma Hukuku*, 63-64.

¹⁴ Tessa Leesen, “The Controversy About the Nature of the Price in a Contract of Sale,” *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 55 (2008): 283.

Okullar arasındaki tartışmaların temelinde yatan hukuki sorunlar teorik alandan çok, pratik alanda önem arz etmekteydi. Okullar arasındaki tartışmalar önemliydi, zira okulların bazı mensupları *ius publice respondendi ex auctoritate principis*¹⁵'e sahipti. Nitekim Romalı vatandaşlar hukuki bir sorunla karşılaştıklarında hukukçulara danışabilirlerdi. Hukukçular kendilerine danışan tarafın genellikle yararına olacak bir çözüm üretirlerdi. Bu doğrultuda hukukçuların verdiği tavsiyeler yargılama sırasında yargıçları bağlamaktaydı ve görüşler arasında çelişki olması ciddi bir sorundu¹⁶.

Alıntı yapılan metinden, *Sabiniani* Hukuk Okulu temsilcilerinin satış bedelinin paradan başka bir şey olabileceğini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Bu hukukçulara göre mal değişim sözleşmesi (*permutatio*), satış sözleşmesinin bir türüdür. Okul mensuplarına göre mal değişim sözleşmesi, satış sözleşmesinin ilk şeklidir. Hukukçular bu görüşlerini desteklemek adına Yunan şair *Homeros*'un İlyada eserine atıfta bulunmuşlardır¹⁷.

Proculiani Hukuk Okulu mensupları ise satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesinin farklı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Zira mal değişim sözleşmesi, satış sözleşmesinin türü kabul edilirse, değiş tokuş edilen mallardan hangisinin sözleşme konusu mal (*merx*), hangisinin satış bedeli (*pretium*) olduğunu ayırt etmek mümkün olmamaktadır.

Metnin son kısmında belirtildiği üzere değiş tokuş edilen eşyanın her birinin aynı anda hem satılan hem satış bedeli olarak nitelendirilmesi görüşü ise *Gaius* tarafından yersiz bulunmaktadır. Metinde *Gaius* ayrıca *Caelius Sabinus*'a ait görüşe de yer vermektedir. *Caelius Sabinus*'a göre devredilen ilk şeyin *merx*, diğerinin *pretium* olarak nitelendirilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, *Caelius Sabinus*'a göre malların değişim sırası önem arz etmektedir.

Gaius'un yaşadığı dönemdeki (M.S. 2. yüzyıl) gibi *Paulus*'un yaşadığı dönemde (M.S. 2. yüzyıl sonu, 3. yüzyıl başı) de satış bedelinin niteliği

¹⁵ İmparator adına cevap verme imtiyazı anlamına gelmektedir. Umur, *Lügat*, 102.

¹⁶ Leesen, "Contract of Sale," 284.

¹⁷ İlyada'nın bu bölümünde, Akhalar ve Truvalılar savaş meydanında ölen askerlerin cesetlerini toplamak ve yakmak için ateşkes konusunda anlaşmışlardır. Hem Akhalar hem Truvalılar savaşta kaybettikleri askerler için üzüntü içindedirler. *Lemnos*'tan gelen gemiler, *Euneas* tarafından gönderilmiş ve *Agamemnon* ile *Menelaos* için şarap getirmiştir. Zorlu bir günün ardından Akhalar tunç, demir, deri, sığır ve köle gibi eşya karşılığında şarap elde etmişlerdir. Leesen, "Contract of Sale," 287-288.

hakkındaki tartışmalar çözüme kavuşmamıştı. Bu husus *Paulus*'a ait farklı *Digesta* metinlerine yansımaktadır:

D. 18.1.1 pr. (*Paulus libro 33 ad edictum*)

“Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.”

Satış sözleşmesinin kökeninde mal değişimi vardır. Zira eskiden para bilinmiyordu; ne (satış konusu) mal denen şey ne satış bedeli vardı. Daha ziyade her insan, mevcut ihtiyacına göre, yararsız olanı yararlı olanla değiş tokuş ederdi, öyle ki pek çok durumda birinin fazlaca sahip olduğu şey, diğerinde eksik olabilmektedir. Ancak sizde benim ihtiyacım olan bir şey varken, bende de sizin ihtiyaç duyduğunuz bir şey olması her zaman kolaylıkla gerçekleşmediği için, devlet tarafından sağlanan ve sabit değeri olması dolayısıyla mal değişim sözleşmesinin zorluğunu ortadan kaldıran bir madde seçilmiştir. Devlet tarafından sağlanan bu maddenin değeri nitel olarak değil nicel olarak sağlanmaktaydı, böylece değiş tokuş edilenlerin ikisi de artık mal olarak adlandırılmıyordu, bunlardan diğerine satış bedeli deniyordu.

D. 18.1.1.1 (*Paulus libro 33 ad edictum*)

“Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc

esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus: ἔνθεν οἰνίζοντο κάρη κομόωντες Ἀχαιοί, ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἶθωνι σιδήρῳ, ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῆσι βόεσσιν, ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι [id est: ibi vero vinum sibi comparabant comantes Achaei, alii aere, alii splendido ferro, alii pellibus boum, alii ipsius bubus, alii mancipiis]. Sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem, sicuti illi: "ἔνθ' αὖτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεὺς, ὃς πρὸς Τυδεΐδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβε." [id est: iam vero Saturni filius Iupiter Glauco mentem ita perturbavit, ut cum Diomede Tydei filio arma permutaret]. Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem poeta dicit: πρίατο κτεάτεσσιν ἐοῖσιν. Sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor; sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit."

Bir toga verip *tunica* almam durumunda olduğu gibi para olmadan satıştan söz edilebileceği şüphelidir. *Sabinus* ve *Cassius* bu durumda satış sözleşmesi olduğunu düşünüyorlar: *Nerva* ve *Proculus* bunun bir satış değil mal değişim sözleşmesi olduğunu düşünüyorlar. *Sabinus*, Yunan ordusunun tunç, demir ve köle karşılığında şarap aldığından söz eden *Homerus*'u şu dizelerle tanık gösterir: "Böylece uzun saçlı Akhalar şarap aldılar; kimi tunç, kimi parlayan demir, kimi deri, kimi canlı sığır, kimi köle verdi karşılığında." Ancak bu dizeler, aşağıdaki dizeler gibi, satış sözleşmesini değil, mal değişim sözleşmesini ifade ediyor gibi görünmektedir. "Ve sonra *Kronos*'un oğlu *Zeus*, *Glaukos*'un aklını o kadar karıştırdı ki zırhını *Tydeus*'un oğlu *Diomedes* ile değişti." *Sabinus*'un görüşünü desteklemek için şairin [*Homerus*'un] başka bir yerde kullandığı "Mallarıyla satın aldılar." ifadesi daha etkili olabilirdi. Ancak *Nerva* ile *Proculus*'un görüşleri daha isabetlidir: Zira satmak başkadır, satın almak başkadır; yine taraflardan biri alıcı diğeri satıcıdır, benzer şekilde satış bedeli başkadır, satılan mal başkadır; zira mal

değişim sözleşmesinde kimin alıcı kimin satıcı olduğu ayırt edilemez.

Paulus'a ait ilk metinden anlaşıldığı üzere mal değişim sözleşmesi (*permutatio*) bir güçlüğü barındırmaktadır. Bu doğrultuda örneğin elinde ihtiyacından fazla buğdaya sahip olan ve yerine arpa almak isteyen bir kimsenin, elindeki fazla arpayı vermek isteyen birini bulması yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda elindeki fazla arpayı, buğday ile değiştirmek isteyen birini bulması gerekecektir. Taraflardan birinin başka bir mal istemesi durumunda ise ya sözleşme kurulmayacak ya da örneğin arpa sahibi kişi buğday yerine balık istiyorsa, buğday sahibi kimse önce buğday almak isteyen ve fazla balığı olan bir kişi bulmak durumunda kalacaktır. Dolayısıyla mal değişimi için işlem maliyetleri artacaktır. Öte yandan küçük bir grupta bile iki kişi arasındaki değiş tokuşun sağlanabilmesi zorken mübadele konusu malların sayısının ve çeşitliliğinin artması farklı ekonomik problemleri de beraberinde getirebilecektir¹⁸.

Paulus'tan alıntılanan metin, Roma ekonomi tarihi açısından son derece önemlidir ve Roma'nın arkaik zamanlarındaki geçim ekonomisi hakkında fikir vermektedir. Çiftlikte belirli bir üretim faaliyeti sonucunda elde edilen ürün fazlası, paranın kullanılmasından önce yalnızca mal değişim sözleşmesi yoluyla elden çıkarılabilmekteydi. Parayla birlikte mal değişim sözleşmesinde yukarıda bahsi geçen sorunlar çözülmüş oldu ve para, genel kabul gören bir mübadele aracı haline geldi. Böylece satış sözleşmesi doğmuş oldu. Bununla birlikte satış sözleşmesinin kökeninde mal değişim sözleşmesi yatıyordu¹⁹.

Mal değişim sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin bir tarafının ihtiyaç duyduğu malın karşı tarafınca sağlanabilmesi gerekmektedir. Buğday karşılığı olarak arpa verilmesi durumunda satış sözleşmesi bulunmamaktadır. Nitekim buğday ve arpa mübadele aracı değildir. Zira söz konusu mallar kullanım değerine sahiptir ve mübadele değeri taşımamaktadır. Roma ekonomisinin tarım ve hayvancılığa dayandığı dönemlerde ise herkesin değeri konusunda mutabık kaldığı ve kolaylıkla devredilebilen sürü hayvanları, mübadele aracı olarak kullanılabilmekteydi²⁰.

¹⁸ Fulya İlçin Gönenç, “Roma Akitler Sistemi ve Permutatio (Trampa),” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no.1 (Haziran 2009): 213-214.

¹⁹ Zimmermann, *Obligations*, 250.

²⁰ Selahattin Eren, “Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri” (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2018) 78-79. *Pecunia* sözcüğü para anlamına gelmektedir ve

Paulus'a ait ikinci metinden anlaşıldığı üzere *Paulus*, *Sabiniani* ve *Proculiani* Hukuk Okulları arasındaki tartışmayı tekrar ele almaktadır. Metnin başında *Paulus*, *Sabiniani* mensuplarının bir *toga* karşılığında *tunica* verilmesi durumunda mal değişim sözleşmesi kurulduğunu, *Proculiani* mensuplarının ise satış sözleşmesi kurulduğunu belirttiklerini tekrar eder. Bu bakımdan Klasik Hukuk Dönemi'nin iki okulu arasındaki bu ünlü tartışmayı hatırlatır. Ancak *Paulus*, *Sabiniani* mensuplarının görüşlerini çürütebilmek için *Homeros*'un tekrardan İlyada eserinin farklı dizelerine²¹ atıf yapar ve benzer olayda bir mal değişim sözleşmesi olduğunu göstermeye çalışır²². Esasen *Paulus*, *Sabiniani* Hukuk Okulu mensuplarının argümanlarının temelsiz olduğunu kanıtlamaya çalışmaktadır.

Bu noktada *Paulus*, *Glaukos*'un altın zırhıyla, *Diomedes*'in tunç zırhını değiştirdiğinden bahsetmektedir. Alıntılanan metne göre *Glaukos*, altın bir zırh verip yerine tunç zırh almıştır. *Paulus* burada tuncun mübadele aracı olarak kullanılmadığını, bunun yerine iki nesnenin değiş tokuş edildiğini vurgulayarak *Sabiniani* Hukuk Okulu temsilcilerinin görüşlerini yine *Homeros*'a atıf yaparak eleştirmektedir²³. Nitekim *Glaukos* ve *Diomedes* arasında açıkça mal değişim sözleşmesi bulunmaktadır.

kavramın *pecus* (küçükbaş hayvan) sözcüğünden türetildiği ileri sürülmektedir. Özcan Karadeniz, "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 25, no. 3-4 (1968): 179; Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Hukukunda Actio de Peculio," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2005): 109.

²¹ Bkz.: *Homeros*, İlyada, 6.234. Truvalı *Glaukos* ve Yunan *Diomedes* zırhlarını değiş tokuş etmişlerdir. Olayda *Glaukos*'un akli karışmıştır, zira değerli zırhını *Diomedes*'in sade zırhıyla değiştirmiş, ona altın yerine tunç vermiştir. Nitekim *Glaukos*'un zırhı yüz sığır değerindeyken, *Diomedes*'in zırhı on sığırdan daha az değerdedir. *Paulus* bu satırları aktararak, esasen olaydaki hukuki işlemin satış sözleşmesiyle değil, mal değişim sözleşmesiyle ilgili olduğunu göstermek istemiştir. Leesen, "Contract of Sale," 289.

²² Bazı yazarlara ve şairlere atıf yapmak, iddialarını kanıtlamak için hukukçuların başvurduğu bir yol olmuştur. Belirli kişilere hukuki metinlerde atıf yapılmasının ikna edici bir gücü olduğunu *Cicero* (bkz. *Topica* adlı eseri) ve *Quintilianus* (bkz. *Institutio Oratoria* adlı eseri) da belirtmektedir. David Daube, "The Three Quotations from Homer in Digest 18.1.1.1" *Cambridge Law Journal* 10, no. 2 (1949): 215; Leesen, "Contract of Sale," 294.

²³ Daube, "Homer," 214.

Paulus sonrasında *Homerus*'un *Odyseia* eserinden alıntı²⁴ yapmaktadır. Son olarak *Paulus, Proculiani* Hukuk Okulu'nun görüşünü desteklemektedir ve mal değişim sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki farka dikkat çekmektedir.

Paulus'un satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesi arasındaki farklara işaret ettiği diğer metinleri incelemek gerekirse:

D. 19.4.1 pr. (*Paulus libro 32 ad edictum*)

“Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.”

Nasıl ki satmak, almaktan ve alıcı satıcıdan farklıysa, satış bedeli (*pretium*) de satılan maldan (*merx*) farklıdır. Zira mal değişim sözleşmesinde kimin alıcı kimin satıcı olduğunu ayırt etmek imkânsızdır; tarafların edimleri

²⁴ *Odyseia* 1.430. *Laertes, Eurykleia* için o henüz genç kızken yirmi sığır ödemiştir. Burada *Homerus* her ne kadar somut olayda satış bedeli olarak para kullanılmasa da, “satın almak” anlamına gelen “πρίασθαι” sözcüğünü kullanmaktadır. Leesen, “Contract of Sale,” 290. Metinde esasen mal karşılığı olarak bir şey elde etme durumu ele alınmaktadır. Daube, “Homer,” 215. Benzer şekilde οὐνίζομαι fiili de satın almak anlamında kullanılmaktadır fakat *Homerus*'un çağında para henüz piyasada kullanılmamaktadır. Leesen, “Contract of Sale,” 290. Bu dönemde paranın kullanılmadığı düşünülecek olursa, *Homerus*'a atıf yapılan dizelerde geçen fiillerin, mal karşılığı olarak başka mal alınması, mal değiş tokuşu durumlarını ifade etmek üzere kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca doktrinde οὐνίζομαι fiilinin, para ortaya çıktıktan sonra satış için de kullanılmaya devam etmesi, Antik Yunanların satışı, mal değişiminin devamı olarak algıladıklarını göstermektedir. Eren, “Satış Sözleşmesi,” 78.

büyük ölçüde farklılık göstermektedir. Alıcı, satıcıya parayı vermezse, *actio venditi*'ye maruz kalır. Satıcı yalnızca zapt (*evictio*) durumunda garanti verme, malın zilyetliğini devretme ve *dolus malus*'tan kaçınma borcu altındadır, bu nedenle malın zaptı yoksa satıcının borcu yoktur. Ancak mal değişim sözleşmesinde her iki eşya da *pretium* kabul edilirse, eşyanın mülkiyetinin iki tarafa da devri gerekmektedir; *merx* kabul edilirse mülkiyetin devri gerekli değildir. Ancak satış sözleşmesinde *merx* ve karşılığında *pretium* olması gerektiğinden mal değişim sözleşmesi, satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira [mal değişim sözleşmesinde] hangisinin *merx* hangisinin *pretium* olduğunu bilmenin bir yolu yoktur ve mantık, bir şeyin hem *merx* hem *pretium* olmasına izin vermez.

D. 19.4.1.2 (Paulus libro 32 ad edictum)

“Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato.”

Benzer şekilde satış sözleşmesi tarafların yalnızca rızalarının uyuşmasıyla kurulmaktadır. Ancak mal değişim sözleşmesi malın mülkiyetinin devredilmesiyle kurulur. Mülkiyetin devredilmemesi durumunda sözleşmenin, tarafların rızasıyla kurulduğu yine de kabul edilmelidir ki bu durum sadece satış sözleşmesi, *locatio conductio* ve vekâlet gibi isimli sözleşmelere mahsustur.

İki metinde de *Paulus*, satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesi arasındaki farka dikkat çekmektedir. *Paulus*'un da vurguladığı şekliyle Roma hukukunda rızâ bir sözleşme olan satış sözleşmesi, tarafların rızalarının uyuşmasıyla kurulmaktadır. Benzer şekilde diğer rızâ sözleşmeler (hizmet, kira ve eser sözleşmesi gibi *locatio conductio* kapsamındaki sözleşmeler ile vekâlet sözleşmesi) de yalnızca rızaların uyuşması ile kurulmaktadır. Dolayısıyla satış sözleşmesinde sözleşmeye konu malın mülkiyetinin devri,

sözleşmenin kurulması için gerekli değildir. Bununla birlikte mal değişim sözleşmesinde malın mülkiyetinin devri gerekmektedir.

İlk metinde *Paulus* satış sözleşmesinde tarafların haklarından ve borçlarından söz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki satış sözleşmesinde her iki taraf da hem alacaklı hem borçlu konumundadır. Daha önce de ifade edildiği üzere bu durum, satış sözleşmesinin sinallagmatik karakterinden kaynaklanmaktadır. *Paulus* da ilk metinde bu duruma işaret etmektedir.

Alıcının satış bedelini ödeme borcunu yerine getirmiş olması için satış bedeli olarak paranın mülkiyetini satıcıya devretmiş olması gerekmektedir. Satıcının sözleşmeye konu malı teslim etmesi fakat alıcının parayı ödememesi durumunda satıcı, satış bedelini faiziyle birlikte *actio venditi*²⁵ ile talep edebilmektedir²⁶.

Satıcının asli edim yükümlülüğü ise sözleşme konusu malı (*merx*) alıcıya devretmektir. Aynı zamanda satıcı, satış sözleşmesiyle birlikte malın mülkiyeti alıcıya geçmediği için, malı alıcıya teslim edene kadar koruma ve gözetme borcu altına girmektedir. Satıcının bu doğrultuda malın niteliğine göre uygun devir işlemi yapması gerekmektedir²⁷. Satıcının edimini ifa etmemesi durumunda kendisine karşı açılacak dava ise *actio empti*²⁸'dir.

Paulus'a göre satış sözleşmesinde hangi tarafın alıcı veya satıcı olduğunun belirlenmesi yukarıda izah edilen sebepler nedeniyle kaçınılmazdır²⁹. Mal değişim sözleşmesinde alıcı ve satıcı taraflar arasında ayırım yapmak mümkün olmadığı için *Paulus*, mal değişim sözleşmesini satış sözleşmesinin bir türü kabul etmemektedir ve *Sabiniani* Hukuk Okulu'nun görüşlerine karşı çıkmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarının belirlenmesinin pratik bir önemi vardır. Zira *praetor*'un hangi tarafa *actio empti* veya *actio venditi* vereceğini bilmesi gerekmektedir³⁰.

²⁵ Satış sözleşmesinde satıcıya tanınan dava anlamına gelmektedir.

²⁶ Söğütlü, *Roma Hukuku*, 471.

²⁷ Söğütlü, *Roma Hukuku*, 474-475.

²⁸ Satış sözleşmesinde alıcıya tanınan dava anlamına gelmektedir.

²⁹ Leesen, "Contract of Sale," 291; Zimmermann, *Obligations*, 251.

³⁰ Zimmermann, *Obligations*, 251.

2. Iustinianus Dönemi

Iustinianus Dönemi'nde *Proculiani* Hukuk Okulu'nun görüşlerinin kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Bunu *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki ilgili metinden anlamak mümkündür:

Iust. Inst. 3.23.2

“*Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quaerebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere: unde illud est quod vulgo dicebatur, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse: argumentoque utebantur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis: ‘ένθεν άρ’ οίνιζοντο κάρηκομόωντες Άχαιοί, άλλοι μέν χαλκῶ, άλλοι δ’ αἰθωνι σιδήρω, άλλοι δὲ ρίνοϊς, άλλοι δ’ αὐτήσι βόεσσι,2άλλοι δ’ άνδραπόδεσσι’ [id est : inde vinum comparabant comantes Achivi, alii aere, alii splendido ferro, alii pellibus, alii, ipsis bobus, alii mancipiis.] Diversae scholae auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. alioquin non posse rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse: nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati. sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit, cum et ipse aliis Homericis versibus adiuvatur et validioribus rationibus argumentatur. quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris digestis latius significatur.”*

“Keza satış bedeli paradan (*numerata pecunia*) ibaret olmalıdır. Başka şeylerin, mesela bir kölenin, bir arazinin, bir *toga*'nın satış bedeli yerine geçip geçmeyeceği çok münakaşa edilmişti. *Sabinus* ve *Cassius*, satış bedelinin

başka şeylerden de oluşabileceğini kabul ediyorlardı: gerçekten genel olarak alım satım, eşyanın trampa edilmesi (*permutatio*) ile kurulur ve bu da alım satımın en eski şeklidir demektedirler: Yunan şairi *Homeros*'un da, bir yerde, Yunan ordusundakilerin, bazı şeylere karşılık şarap satın aldıklarını söylediği, delil olarak ileri sürülmekte idi: 'Uzun saçlı Yunanlar, bazıları tunç, bazıları parlak demir, şunlar öküz derileri, bunlar bizzat öküzlere veya kölelere karşılık, şarap satın aldılar.' Diğer okulun temsilcileri karşıt fikirde olup eşya trampasının başka, alım satımın başka olduğunu söylemekte idiler: yoksa, eşyanın trampasında satılan şeyin hangisi, satış bedeli olarak verilen şeyin hangisi olduğunu anlamak imkânsız olurdu: zira her ikisini de hem mal hem satış bedeli olarak kabul etmek mantıken mümkün değildir. *Proculus*'un ileri sürdüğü üzere trampanın alım satımdan ayrı bir sözleşme olduğu hükmü, haklı olarak, hâkim oldu: esasen bu fikir de *Homeros*'un başka mısraları ile temellendiği gibi diğer çok kuvvetli sebeplerle de delillendirilir. Bizden önce ilahî imparatorların da kabul ettiği bu görüş, *Digesta*'mızda daha geniş olarak izah edilmiştir."³¹

Metinden de anlaşıldığı üzere *Iustinianus* Dönemi'nde Klasik Hukuk Dönemi'ndeki tartışmalar tekrar ele alınmıştır. Nihayet *Proculiani* Hukuk Okulu'nun görüşleri desteklenmiştir³². Böylece satış sözleşmesinde satış bedelinin para olması prensibi kabul edilmiş ve görüşler arasında hukuki birlik sağlanmıştır.

Proculiani Hukuk Okulu'nun görüşünün kabul görmesinin bir sonucu daha vardır. Bu yolla mal değişim sözleşmesinin satış sözleşmesinin bir türü olmadığı ifade edilmiştir ve mal değişim sözleşmesi, rızaî sözleşmelerden sayılmamıştır. Bilakis mal değişim sözleşmesi taraflardan birinin edimini yerine getirmesiyle ortaya çıkan ve aynî sözleşmelerin genişlemesiyle meydana gelen isimli sözleşmeler grubuna dahil edilmiştir³³.

³¹ Iustinianus, *Institutiones*, 265-267.

³² Zimmermann, *Obligations*, 251; Mousourakis, *Roman Law*, 136; Rado, *Borçlar*, 92, Buckland, *Text-Book*, 485; Kaser, *Roman Private*, 212.

³³ Rado, *Borçlar*, 92.

Çağdaş hukukumuz açısından bir değerlendirme yapılacak olursa her iki sözleşmenin de rızaî nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu, satış sözleşmesi hükümlerinin mal değişim sözleşmesine de uygulanması gerektiğini kabul etmektedir³⁴.

C. *Pretium Certum* (Satış Bedelinin Belirli Olması)

Roma hukukunda satış sözleşmesinde satış bedelinin belirli olması (*pretium certum*) prensibi kabul edilmektedir³⁵.

Gaius'a göre, tarafların satış bedeli üzerinde uzlaşmalarıyla satış sözleşmesi kurulmuş olmaktadır³⁶. *Gaius*, bir satış sözleşmesinde satış bedelinin taşınması gereken iki nitelikten bahsetmektedir. Buna göre satış bedeli belirli olmalı ve daha önce de bahsedildiği üzere bedel para olmalıdır³⁷.

Esasen, taraflar aralarında bir satış bedeli belirlediğinde bu gereklilik karşılanmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde bazı durumlarda, satış bedelinin *certum* (belirli) ve *incertum* (belirsiz) arasındaki gri bölgede olduğu çeşitli durumlar ele alınmaktadır. Bunlar satış bedelinin belirli olduğu fakat taraflardan birinin veya ikisinin bunu bilemediği haller; satış bedelinin üçüncü kişi tarafından belirlendiği haller ve son olarak satış bedelinin alıcı tarafından belirlendiği haller olarak sayılmaktadır³⁸.

Bu doğrultuda öncelikle satış bedelinin belirli olduğu, ancak taraflardan biri veya her ikisi tarafından bunun bilinemediği hallerin ele alındığı *Digesta* metni değerlendirilecektir:

D. 18.1.7.1 (*Ulpianus libro 28 ad Sabinum*)

“Huiusmodi emptio ‘quanti tu eum emisti’, ‘quantum pretii in arca habeo’, valet: nec enim incertum est pretium tam

³⁴ TBK m. 283 hükmüne “Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, mal değişim sözleşmesine de uygulanır; buna göre taraflardan her biri, vermeyi üstlendiği şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi üstlenilen şey bakımından alıcı durumundadır.”

³⁵ Di Marzo, *Roma Hukuku*, 434; Zimmermann, *Obligations*, 253; Mousourakis, *Roman Law*, 136; Rado, *Borçlar*, 92; Buckland, *Text-Book*, 485.

³⁶ *Gai. Inst.* 3.139

³⁷ *Gai. Inst.* 3.140-141

³⁸ Tessa G. Leesen, *Gaius Meets Cicero Law and Rhetoric in the School Controversies* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 206-207.

evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est."

“Satın aldığın tutar kadar” ya da “sandığımdaki tutar kadar” şeklindeki bir satın alma geçerlidir: zira bu kadar açık bir satışta satış bedelinde belirsizlik bulunmamaktadır: Burada satış bedelinin varlığı mesele değildir, satış bedelinin miktarının belirsizliği meseledir.

Metin, satış bedelinin objektif olarak belirlenebilmesi fakat taraflardan birinin bunu bilmemesi durumunu ele almaktadır.

Ele alınan metindeki ilk örnekte (*quanti tu eum emisti*) alıcı, satış bedelini bilmemektedir³⁹. Nitekim taraflar satış bedeli olarak herhangi bir tutar belirtmeksizin “satıcı, sözleşme konusu malı ne kadara satın aldıysa o tutar” üzerinde anlaşmaktadır. Metinde de ifade edildiği üzere bu durumda satış bedeli objektif olarak belirlenebilir ve bu durum satış sözleşmesinin geçerliliği için yeterlidir. Nitekim tarafların satış bedelini bilmemeleri önemli değildir. Başka bir anlatımla, satış bedelinin en azından tespit edilebilir olması, sözleşmenin geçerliliği için yeterli kabul edilmektedir⁴⁰.

Benzer çıkarımın metinde bahsi geçen ikinci örnek (*quantum pretii in arca habeo*) için de geçerli olup olmadığı tartışmalıdır⁴¹. Bu örnekte satıcı satış bedelini bilmemektedir. Bununla birlikte iki örnek bakımından metinde herhangi farklı bir sonuca varılmamıştır ve iki olasılık birlikte değerlendirilmiştir. Nihayet satış bedelinin iki durumda da belirlenebilir olduğu kabul edilmiştir⁴².

İkinci durumdaki “sandığımdaki tutar kadar” ifadesi bir çeşit şans oyunu veya kumar niteliği taşımaktadır. Umut ve şans satışı (*emptio spei*)⁴³ olarak

³⁹ Zimmermann, *Obligations*, 253; David Daube “Certainty of Price,” içinde *Studies in the Roman Law of Sale Dedicated to the Memory of Francis de Zulueta*, ed. David Daube (Oxford: Clarendon Press, 1959), 44.

⁴⁰ Zimmermann, *Obligations*, 253.

⁴¹ Zimmermann, *Obligations*, 253; Daube, “Price,” 44.

⁴² İkinci durumun Klasik Hukuk Dönemi için kabul edilmesinin mümkün olmayacağı ve fakat *Iustinianus* Dönemi’nde iki durumun da kabul edildiği düşüncesi için bk. Daube, “Price,” 44.

⁴³ Umut ve şans satışı (*emptio spei*) gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir şeyin satışı (*ipsum incertum rei*) anlamına gelmektedir. Bu sözleşmelerde alıcı, riskin tamamını üstlenmektedir. Örneğin bir balıkçının bir sonraki avında yakalayacağı balıklar üzerine yapılan bir sözleşmede balıkçı, balık yakalamasa bile alıcı, satış

adlandırılan satışlar Roma hukukunda geçerli kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bahsi geçen örnekte şans satışı bulunmamaktadır, zira burada satış bedelinin şansa bağlanması söz konusudur. Bu durumda sandıkta hiç para bulunmaması olasılığı önem arz etmektedir. Nitekim böyle bir durumda sözleşmenin geçerli olduğu düşünülemez. Zira satış bedeli belirli bir miktar para olmak zorundadır. Bu nedenle, ikinci durumun kabul edilmesinin şüpheli olduğu doktrinde genellikle kabul edilmektedir⁴⁴.

Metinde ele alındığı üzere iki durumda da taraflardan en az biri satış bedelini bilmemekteydi. Bununla birlikte, satış sözleşmesi geçerli kabul edilmişti, zira ele alınan durumlarda satış bedelinin belirsiz olması söz konusu değildi; bedelin miktarının bahsi geçen örneklerde bilinebileceği kabul edilmekteydi⁴⁵.

Satış bedelinin belirli olmasıyla ilgili başka bir *Digesta* metni incelenecek olursa:

D. 18.1.7.2 (*Ulpianus libro 28 ad Sabinum*)

“Si quis ita emerit: ‘est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero’, valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.”

bedelini ödemekle yükümlüdür. Berger, *Dictionary*, 453; Di Marzo, *Roma Hukuku*, 432; Erdoğan, *Borçlar*, 68. Umut ve şans satışında sözleşme konusu maddi anlamda bir mal değildir, kazanma şansıdır. Alıcı, şansın kendi lehine dönmesi durumunda elde edeceği yarar için bir spekülasyonu göze almakta ve parasını riske atmaktadır. Bu satış türünü, umulan ve beklenen bir şeyin satışı (*emptio rei speratae*)’ndan ayırmak gerekmektedir. Gelecekte elde edilecek mal (*res futura*)’ın veya umulan ve beklenen şey (*rei speratae*)’in satış sözleşmesine konu olması, Roma hukukunun arkaik dönemlerinden itibaren kabul edilmiştir. Yazın elde edilecek ürün kış mevsiminde, bir otlağın kurutulacak otlarının tamamı veya bir hayvanın doğacak tüm yavruları satış bedeli kararlaştırılarak önceden satılabilmekteydi. Bahsi geçen örneklerde sözleşme, tarım ürününün veya otların elde edilmesi veya yavruların doğması şartına bağlanmaktadır. Bu nedenle gelecekte elde edilecek ürünler üzerine yapılan bu sözleşmeler şarta bağlı satışları oluşturmaktadır. Bu durumda ürün yoksa satış sözleşmesi de yoktur. Özlem Söğütü Erişgin, *Tarihsel ve Dogmatik Açısından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir)* (Ankara: Seçkin, 2010), 44-46; Mousourakis, *Roman Law*, 136.

⁴⁴ Zimmermann, *Obligations*, 253.

⁴⁵ Leesen, *Gaius*, 207.

Birinin “satabileceğim kadar fazlasıyla arazini yüze alacağım” şeklinde gerçekleştirdiği satış geçerlidir ve hemen sonuçlandırılır: Yüz tutarında belirli bir satış bedeli vardır, ancak alıcı daha fazlasına satarsa bu bedel arttırılacaktır.

Metinde satış bedelinin yüz (*centum*) olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla satış bedeli belirlidir. Bununla birlikte, malın yüzden daha fazlaya satılabilmesi durumunda satış bedelinin belirli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir⁴⁶. Bu durumda da satış sözleşmesinin geçerli şekilde kurulduğu metinden anlaşılmaktadır⁴⁷.

Gelecekte ortaya çıkabilecek koşullara bağlı olarak satış bedelinin belirlenmesi doktrinde bedeli belirsiz hale getirmeyen bir yan yükümlülük kabul edilmektedir. Böylesine bir işlemin pratik olmadığı sonucuna varmak mümkündür; zira alıcının kâr elde etmek için teşviki olmadığı için satıcının böyle bir durumdan herhangi bir avantaj elde etmeyi umması mümkün değildir⁴⁸.

Satış bedelinin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi durumu ise Klasik Hukuk Dönemi’nde tartışmalı bir meseleydi⁴⁹. Bu doğrultuda *Gaius*’un *Institutiones*’indeki ilgili metni ele almak gerekirse:

Gai. Inst. 3.140

“Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos conuenerit, ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit empta, Labeo negauit ullam uim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et uenditionem esse putauit; cuius opinionem Proculus secutus est.”

Satış bedelinin belirli olması gerekmektedir. Nitekim *Titius* ne kadar takdir ederse o tutara satın alınsın şeklinde aramızda bir anlaşma yapsak bile, *Labeo* böylesine bir

⁴⁶ Daube, “Price,” 27; Buckland, *Text-Book*, 485.

⁴⁷ Daube, “Price,” 27; Zimmermann, *Obligations*, 253; Buckland, *Text-Book*, 485.

⁴⁸ Zimmermann, *Obligations*, 253-254; Metin hakkındaki *interpolatio* şüpheleri için bk. Daube, “Price,” 27.

⁴⁹ Di Marzo, *Roma Hukuku*, 434; Watson, *Law of Obligations*, 43; Erdoğan, *Borçlar*, 71; Buckland, *Text-Book*, 485.

işlemin hüküm ifade etmeyeceği görüşündedir. *Cassius* da bu görüşü paylaşmaktadır. *Ofilius* bunun satış olduğu görüşündedir. *Proculus* da onun görüşlerini takip etmektedir.

Metinden anlaşıldığı üzere satış bedelinin belirlenmesinin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye, *Titius*'a, bırakılması durumunda satış bedelinin belirli kabul edilip edilmeyeceği hukukçular arasında görüş ayrılığına yol açmıştır. Bu doğrultuda metinde önce *Labeo*'nun ve *Cassius*'un, sonra *Ofilius*'un ve *Proculus*'un görüşlerine yer verilmiştir⁵⁰.

“Satış bedelinin belirli olması” prensibi ile taraflar arasında satış bedeli hususunda bir pazarlığın gerçekleşmesi amaçlamaktadır. Romalı hukukçular, taraflar arasında rızaların uyduğu ve söz konusu pazarlığın gerçekleştiğinden emin olmak istemiş olmalı, zira bir satış bedelinin olmaması ya da tutarının belirlenmemesi nedeniyle satış sözleşmesini geçerli kabul etmekten kaçınmaya çalışmışlardır. Bu nedenle sözleşmenin taraflarının “*ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptā*” şeklinde satış bedelinin belirlenmesini üçüncü kişiye bırakmasını bazı hukukçuların kabul etmekte isteksiz davrandıkları anlaşılmaktadır. Satış bedelinin *Titius*'a bırakılmasından sonra *Titius*'un bedeli belirlemek istememesi veya belirleyememesi ihtimali vardır. Bununla birlikte, sözleşmenin taraflarının

⁵⁰ Bahsi geçen metnin *Sabiniani* ve *Proculiani* Hukuk Okulları arasındaki bir tartışmaya atıfta bulunup bulunmadığı açık değildir. Metinde adı geçen hukukçular farklı hukuk okullarına mensuptur. Gerçekten, *Labeo* ve *Proculus*, *Proculiani* Hukuk Okulu mensubu olmalarına rağmen metinden anlaşıldığı üzere farklı görüştedirler. Metindeki bir diğer tuhaflık, *Sabiniani* Hukuk Okulu mensubu olan *Cassius*'un *Proculiani* Hukuk Okulu mensubu olan *Labeo*'nun konu hakkındaki görüşünü desteklemesidir. Öte yandan, *Proculus*, M.Ö. 1. yüzyılda yaşamış bir hukukçu olan ve *Sabiniani* Hukuk Okulu'nun kurucusu kabul edilen *Capito*'nun üstadı *Ofilius*'un görüşünü desteklemektedir. Ayrıca *Gaius*, çalışmamızda daha önce ele alınan *Gai. Inst. 3.141* metninden farklı olarak, hukuk okulları arasındaki görüş ayrılıklarından bu metinde bahsetmemektedir. Bu nedenle *Gai. Inst. 3.140* metninde ele alınan durumun okullar arasında bir tartışma niteliği taşımadığı, daha ziyade hukukçular arasındaki münferit bir tartışma olduğu kabul edilmektedir. Bu haliyle ilgili metin, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki okullar arası görüş ayrılıkları hususunda genel kabul gören düşüncelere farklı bir açıdan ışık tutmaktadır. Metinde bahsi geçen tartışmalar, *Sabiniani* Hukuk Okulu temsilcileri ile *Proculiani* Hukuk Okulu temsilcileri arasındaki karşıtlığın varsayıldığı kadar keskin olmadığını göstermektedir. Leesen, *Gaius*, 205-206.

satış bedelini kendilerinin belirlemek istemeyip bunu tarafsız üçüncü kişiye bırakmayı tercih etmeleri için haklı nedenleri de olabilmektedir⁵¹.

Metinden hareketle *Labeo* ve *Cassius* açısından, satış bedelinin belirlenmesinin üçüncü kişiye bırakılması durumunda satış bedeli belirli veya kesin değildir, bu nedenle böylesine bir işlem satış sözleşmesi olarak değerlendirilemez ve böyle bir anlaşmanın hiçbir etkisi bulunmamaktadır (*Labeo negavit ulla vim hoc negotium habet*). *Ofilius* ve *Proculus* ise üçüncü bir kişi tarafından belirlenecek satış bedelinin belirli ve kesin olduğu, bu nedenle işlemin satış sözleşmesi olduğu kanaatindedir (*Ofilius et eam emptionem et venditionem*)⁵².

Doktrinde belirtildiği üzere hukukçular arasındaki görüş farklılığı “*pretium certum*” prensibinin kendi içlerinde farklı şekilde yorumlanmasına ve kavramın farklı şekilde tanımlanmasına dayanmaktadır. Doktrindeki görüşe göre *Labeo* ve *Cassius*, *pretium certum*'u bir satış sözleşmesinde bir şey karşılığında verilen belirli bir miktar para olarak tanımlamaktadır. Satış bedelinin üçüncü kişi, olaydaki şekliyle *Titius*, tarafından belirlenmesi durumunda, gelecekte kesin veya belirli hale gelebileceğini kabul etmektedirler. Bununla birlikte, bu hukukçular *Titius*'un bunu yapmama ihtimalinin de bulunduğuna işaret etmektedirler. *Titius* tarafından satış bedelinin belirlenmesinin şansa bırakıldığını, bu nedenle satış bedelinin kesin olmadığını ve kendi tanımladıkları şekliyle *pretium certum* kapsamına girmediğini belirtmektedirler. Satış bedelinin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşeceği için üçüncü kişinin bunu yapmama ihtimaline binaen, böyle bir satış bedeli *pretium certum* tanımı kapsamında kabul edilmemektedir⁵³.

Ofilius ile *Proculus*'un *pretium certum*'u, satış sözleşmesi kapsamında bir şey karşılığı verilen belirli veya belirlenecek bir miktar para olarak tanımladıkları tahmin edilmektedir. *Ofilius* ve *Proculus*'a göre, üçüncü kişi tarafından satış bedelinin belirlenecek olması, kendi tanımlarını karşılamaktadır. Başka bir anlatımla, *Ofilius* ve *Proculus*, *Titius*'un satış bedelini belirlediği durumda satış bedelinin kesin veya belirli olduğunu ve

⁵¹ Zimmermann, *Obligations*, 254.

⁵² Leesen, *Gaius*, 208.

⁵³ Leesen, *Gaius*, 210-211.

taraflar arasındaki hukuki işlemin satış sözleşmesi olduğunu kabul etmektedirler⁵⁴.

Söz konusu tartışmalara *Iustinianus* Dönemi'nde son verildiği anlaşılmaktadır:

Iust. Inst. 3.23.1

“Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet. Alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptio: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio ‘quanti ille aestimaverit’, sub hac conditione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definiat, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. Quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.”

“Üzerinde anlaşılmiş bir satış bedelinin (*pretium*) mevcut olması lazımdır: zira satış bedeli olmadan alım satım olamaz. Ayrıca satış bedeli belirli (*certum*) olmalıdır. Yoksa, taraflar arasında, o şey üzerinde *Titius* ne kıymet takdir ederse o kadara satın alınsın, suretinde bir anlaşma olsa: eskiler arasında, burada satış sözleşmesi var mıdır, yok mudur, hususunda sık sık tereddüt ve şüpheler doğmakta idi. Fakat bir emirnamemizle aldığımız karara göre: “filancanın takdir ettiği kıymetle”, suretinde yapılan her satış sözleşmesi, şu şartla kurulmuş olacaktır: eğer o gösterilen kimse satış bedelini tayin ederse, onun takdirine göre satış bedelini ödemek, malı teslim etmek, böylece

⁵⁴ Leesen, *Gaius*, 209-210.

satış sözleşmesini sonuçlandırmak borcu doğacak ve alıcı *actio empti*'ye, satıcı *actio venditi*'ye sahip olacaktır. Buna karşılık, gösterilen kimse, ya istemediğinden veya yapamadığından, satış bedelini tayin etmezse, satış bedeli mevcut olmamış gibi, satış sözleşmesi yapılmamış olacaktır. Tarafımızdan, satış sözleşmesi için bu kural kabul edilmiş olduğuna göre, aynı kuralı *locatio* ve *conductio*'lara da uygulamak manasızlık teşkil etmez.”⁵⁵

Iustinianus'un *Institutiones*'inden alıntılanan metinde ilk başta Klasik Hukuk Dönemi'ndeki tartışmalar ele alınmaktadır. Daha sonra hukukçular arasındaki ihtilafın, sözleşmenin *conditio suspensiva* (geciktirici, erteleyici şart)'ya bağlanmasıyla çözüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim satış bedelini üçüncü kişi *Titius*'un belirlemesi şartıyla sözleşmenin kurulduğu belirtilmiştir. Söz konusu şart yerine getirildiğinde, satış bedeli kesinleşmekte ve satış sözleşmesi geçerli hale gelmektedir. Böylece metinde belirtildiği üzere alıcı *actio empti*'ye, satıcı ise *actio venditi*'ye sahip olabilmektedir. Bununla birlikte, üçüncü kişi bu şartı yerine getirmezse, satış sözleşmesi, satış bedeli belirlenmemiş olduğu için geçersiz hale gelmektedir. Son olarak metinde satış sözleşmesine ilişkin bu kuralın *locatio conductio* bakımından kira bedeli açısından da geçerli olduğu belirtmektedir⁵⁶.

Satış bedelinin belirli olması hakkındaki tartışmalar kapsamında son olarak satış bedelinin alıcı tarafından belirlenmesi hususu üzerinde durulacaktır.

Satış bedelinin üçüncü kişi tarafından değil de alıcı tarafından belirlenmesi Roma hukukunda kabul edilmemiştir. Bu hususta yine *Gaius*'a ait bir metin değerlendirilecek olursa:

D. 18.1.35.1 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*)

“*Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: “Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum.”*”

Satıcı alıcıya şunu dediğinde hiçbir sözleşmenin kurulmadığı kabul edilmektedir: “Ne kadar istersen, ne

⁵⁵ *Iustinianus, Institutiones*, 265.

⁵⁶ *Zimmermann, Obligations*, 254; *Leesen, Gaius*, 214; *Di Marzo, Roma Hukuku*, 434. Benzer durum *Iustinianus*'un *Codex*'inde 4.38.15.1-3 metinlerinde ele alınmaktadır.

kadar adil olduğunu düşünürsen, ne kadar takdir edersen o tutarda satın alabilirsin.”

Metinden de anlaşıldığı üzere satış bedelinin alıcı tarafından takdir edilmesi Roma hukukunda kabul edilmemektedir. Burada esasen alıcının herhangi bir fiyat belirlememe ihtimalinden ziyade alıcının bedeli belirlemesinin satıcının aleyhine olabilmesi hususu ile sadece alıcının bu durumdan menfaatinin olması problemlili kabul edilmektedir. Romalı hukukçuların bu hususta temel itirazı, satış bedeli açısından taraflar arasında müzakerenin ortadan kaldırılmış olmasına ilişkindir. Zira alıcının bedeli takdir ederken dürüstlük kuralına aykırı davranmasına ve hakkını kötüye kullanmasına engel olacak herhangi bir araç mevcut değildir⁵⁷.

D. *Pretium Verum* (Satış Bedelinin Gerçek Olması)

Roma hukuku kuralları gereğince satış bedeli hususunda diğer prensip *pretium verum*, bedelin gerçek olmasını ifade etmektedir. Satış bedelinin gerçek olması, satış sözleşmesinde *simulatio* (muvazaa)'nın bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda Roma hukukunda satış sözleşmesinde satış bedelinin az veya sembolik tutarda olması kabul edilmemektedir⁵⁸.

Satış bedelinin oldukça düşük olması, satıcı bu bedeli kabul etme niyetinde olduğu müddetçe, Roma hukuku kurallarına göre tek başına satış sözleşmesini geçersiz hale getirmemektedir. Satış bedelinin oldukça düşük olması⁵⁹ doğası gereği tarafların satış sözleşmesini gerçekte kurmayı istemediklerini düşündürmektedir⁶⁰. Bu doğrultuda bir *Digesta* metni incelenecek olursa:

D. 18.1.36 (*Ulpianus libro 43 ad edictum*)

“*Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.*”

⁵⁷ Zimmermann, *Obligations*, 254-255.

⁵⁸ Söğütü, *Roma Hukuku*, 471; Zimmermann, *Obligations*, 252.

⁵⁹ Satış sözleşmesiyle benzer şekilde bir kimsenin *nummo uno* (bir adet madeni para) tutarında bir malı kiraya vermek istemesi durumunda kira sözleşmesinin kabul edilemeyeceği, zira bu durumun *donatio* (bağışlama)'ya benzediği kabul edilmektedir. Bk. **D. 19.2.46 (*Ulpianus libro 69 ad edictum*)**: “*Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.*” Buckland, *Text-Book*, 485.

⁶⁰ Zimmermann, *Obligations*, 252.

Bir kimse satış yaparken bağışlama amacıyla bir şey için bedel belirlediğinde o malı satmış kabul edilmez.

Ele alınan metinde bir kimsenin aslında bağışlama niyeti varken satış bedeli olarak gerçek olmayan, başka deyişle sembolik bir tutar belirleyerek malı devretmek istemesi durumunda satış sözleşmesinin kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁶¹.

Başka bir metni incelemek gerekirse:

D. 18.1.55 (Paulus libro secundo ad edictum aedilis curulis)

“Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.”

İvazsız ve farazi satış yapılmamış sayılır, bu nedenle mülkiyetin devri sağlanmaz.

Metinde de belirtildiği üzere satış bedeli olmadan veya başka bir işlemi gizlemek amacıyla görünürde farazi bir satış sözleşmesi yapmak mümkün değildir.

Esasen şekil kurallarının önem arz ettiği Roma hukukunun arkaik dönemlerinde muvazaalı işlemlerin bağlayıcı olduğu düşünülmektedir. Nitekim dönemin biçimci karakteri nedeniyle hukuki işlemin şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi yeterliydi ve muvazaalı işlemler geçerli kabul edilmekteydi⁶².

Klasik Hukuk Dönemi'nde ise muvazaalı işlemler hususunda kesin ve genel kurallara rastlanmamakla birlikte, olaylara göre değişen farklı çözümlere hukukçular eserlerinde yer vermeye başlamıştı⁶³.

Özellikle rızâ sözleşmelerin Roma hukukunun sözleşmeler sistemi içinde gelişmesiyle birlikte irade, şekilciliğin karşısında önem kazanmaya

⁶¹ Buckland, *Text-Book*, 485-486; Zimmermann, *Obligations*, 252; Erdoğan, *Roma Hukuku*, 167; Ümit Vefa Özbay, “Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı,” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Ocak 2020): 64.

⁶² Söğütü, *Roma Hukuku*, 321; Erdoğan, *Roma Hukuku*, 167; Özbay, “Muvazaa,” 62; Zimmermann, *Obligations*, 647.

⁶³ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 208; Söğütü, *Roma Hukuku*, 321; Özbay, “Muvazaa,” 63.

başlamıştır. Muvazaalı bir satış sözleşmesinde taraflar, nihayetinde bu işlemle gerçekten bağlanmak istememişlerdir. Bu nedenle yapılan satış sözleşmesini geçerli kabul etmek mümkün olmamıştır⁶⁴.

Roma hukukunda genellikle şekle bağlı hukuki işlemler açısından muvazaa kabul edilmemekle birlikte; rızâî sözleşmelerden satış sözleşmesinde satış bedelinin ve kira sözleşmesinde kira bedelinin belirlenmediği durumlar ile iradenin özel bir önemi olan evlenmede dikkate alındığı genellikle kabul edilmektedir⁶⁵.

Roma'da bazı hallerde malını devretmek isteyen tarafın, bunun karşılığı olarak esasen bir bedel talep etme niyeti olmadığı anlaşılmaktadır. Söz konusu satış sözleşmelerinin, tarafların *lex Cincia*⁶⁶ hükümleri gereğince yapılması yasaklanan ve bu nedenle tarafların gerçekleştiremedikleri bağışlamaları gizlemek için yapıldığı ifade edilmektedir⁶⁷.

İlk defa imparator *Diocletianus* zamanında muvazaa hususunda temel prensibin belirlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim *Diocletianus*'un sayısız

⁶⁴ Zimmermann, *Obligations*, 647.

⁶⁵ Söğütlü, *Roma Hukuku*, 321-322; Erdoğan, *Roma Hukuku*, 167; Özbay, "Muvazaa," 62-63.

⁶⁶ *Lex Cincia De Muneribus Et Donis* M.Ö. 204 yılında çıkarılmış bir *plebiscitum*'dur. Yoksulları zenginler karşısında korumayı amaçlayan bu Kanun, bağışlamaları belirli miktar ile sınırlamıştır. Kanun *imperfecta* niteliği taşıdığı için Kanun'a aykırı bağışlamalar, *Ius Civile* açısından geçerli kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Kanun'a aykırı yapılan işlemlerde *praetor*, *exceptio* ve *replicatio* tanımıştır. Umur, *Lügat*, 114; Berger, *Dictionary*, 680.

⁶⁷ Zimmermann, *Obligations*, 647.

*rescriptum*⁶⁸’unda muvazaa nedeniyle satış sözleşmesi de dahil olmak üzere pek çok sözleşmenin geçersiz sayıldığı ifade edilmektedir⁶⁹.

Iustinianus Dönemi’nde de benzer prensibin kabul edildiği anlaşılmaktadır:

Cod. Iust. 2.4.21: Imperatores Diocletianus, Maximianus

“(…) *his quae simulate geruntur pro infectis habitis frustra ficti pretii postulatur numeratio.*”

(...) muvazaalı işlemler geçersiz sayıldığından, gerçek olmayan bedelin ödenmesine ilişkin talep boşunadır.

Cod. Iust. 4.38.3: Imperatores Diocletianus, Maximianus

“*Si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio sui deficit substantia. (…)*”

Bağışlama amacıyla muvazaalı bir satış gerçekleştirildiğinde, bu işlem hükümsüzdür. (...)

Iustinianus Dönemi’nde hukuki işlemlerde tarafların gerçek iradelerinin üstünlüğü kabul edildiği için dışarıya karşı yapılmış gösterilen işlem, başka deyişle muvazaalı işlemler, gerçekte istenmediği için geçerli sayılmamıştır. Nispi muvazaada, istenmeyen bir işlemin arkasına saklanarak gerçekleştirilen işlemler ise şekle ilişkin geçerlilik şartlarını da sağlıyorlarsa geçerli sayılmıştır⁷⁰.

⁶⁸ Kişilerin yazılı olarak sordukları sorulara imparatorların verdikleri cevaplar anlamına gelmektedir. Kanun gücü kazanmış imparator emirnamelerinden kabul edilmektedir. Umur, *Lügat*, 183; Berger, *Dictionary*, 549. İmparatorun kendisine yöneltilen soruları cevaplandırabilmesi *epistulae* ya da *subscriptions* şeklinde gerçekleşmekteydi. *Epistulae*’da genellikle resmi görevliler tarafından sorulan sorular mektup ile cevaplandırılmaktaydı. *Subscriptions*’te ise kişinin sunduğu dilekçenin altına cevaplar yazılmaktaydı. Gökçe Halide Türkoğlu, “Hukukun Kaynağı Olarak İmparatorların Yazılı Cevapları,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2008): 137.

⁶⁹ Arzu Oğuz, “Muvazaa Kuramının *Iustinianus*’tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, no. 1 (1996): 455; Özbay, “Muvazaa,” 65.

⁷⁰ Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 208; Özbay, “Muvazaa,” 65-66.

E. *Pretium Iustum* (Satış Bedelinin Adil Olması)

Satış bedeline ilişkin diğer prensiplerden farklı olarak *pretium iustum* (satış bedelinin adil olması) Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde geliştirilmiş bir prensiptir⁷¹.

Satış bedelinin adil olması, malın gerçek değeri ile satış bedelinin birbiriyle uygun olması anlamına gelmektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde satış bedelinin adil olması prensibi benimsenmemiştir. Nitekim *Digesta*'daki metinlerden de anlaşıldığı üzere, dönemin serbest ticaret anlayışına göre tarafların satış bedelini serbestçe belirleyebilmesi kuralı esastır⁷²:

D. 4.4.16.4 (*Ulpianus libro 11 ad edictum*)

“Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.”

Yine *Pomponius*, satış sözleşmesinde satış bedeliyle ilgili olarak tarafların birbirlerini aldatmasına izin verildiğini söylemektedir.

D. 19.2.22.3 (*Paulus libro 34 ad edictum*)

“Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod plures sit minoris emere, quod minoris sit plures vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.”

Satış sözleşmesinin doğası gereği, değeri yüksek olanın daha düşük bedelle alınmasına veya değeri az olanın daha yüksek bedelle satılmasına, dolayısıyla (tarafların) birbirlerini aldatmalarına⁷³ izin verilmektedir; bu durum *locatio conductio*'da da geçerlidir.

⁷¹ Buckland, *Text-Book*, 486.

⁷² Di Marzo, *Roma Hukuku*, 434; Mousourakis, *Roman Law*, 136; Zimmermann, *Obligations*, 255-256; Erdoğan, *Borçlar*, 71-72; Söğütü, *Roma Hukuku*, 472; Erkan Küçükgüngör ve Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no.1, (2004): 79.

⁷³ Doktrinde “*Invicem se circumscribere*” ifadesini tercüme etmenin zorluğuna işaret edilmiştir. Kavramın, sözleşmenin taraflarının birbirlerini aldatması ya da alt etmesi

Alıntılanan metinlerde ticaretin bir gereği olarak satış sözleşmesinde tarafların satış bedelini özgürce belirleyebildikleri vurgulanmaktadır. Nitekim satış sözleşmesinde doğal olarak satıcının malını daha yüksek bedelle satmak isteyeceği, alıcının ise bunu daha düşük bedelden almak isteyeceği ifade edilmektedir⁷⁴.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise ekonominin kötüleşmesi nedeniyle devletin çeşitli şekillerde hukuki ilişkilere müdahale ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekten Roma'da M.S. 3. yüzyıldan itibaren ekonomik yapı bozulmaya başlamıştır ve para değer kaybına uğramıştır. Bu nedenle bu dönemde imparator emirnameleriyle sözleşmelere müdahaleler başlamıştır. Satış bedelinin adil olması kuralı, bahsi geçen sorunların çözümü için gerçekleştirilen müdahalelerden biridir⁷⁵. Bu doğrultuda *Iustinianus*'un *Codex*'inden bir metin incelemek gerekirse:

Cod. Iust. 4.44.2: Imperatores Diocletianus, Maximianus

“Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.”

Eğer sen (aile evladı) veya baban (aile babası) değeri yüksek olan malı, değerinden daha azına satarsanız ve alıcıya satış bedelini iade ederseniz hâkim aracılığıyla, taşınmazı geri almanız ya da alıcının seçimine bağlı olarak eksik kısmı almanız adildir. Düşük bedel, malın gerçek değerinin yarısına ulaşmayan bedel kabul edilir.

Emirnamede *laesio enormis* (gabin) prensibi uyarınca, bir taşınmazın gerçek değerinin yarısından daha az satış bedeliyle satılması durumunda, satıcının hâkime başvurarak alıcıdan eksik kalan bedeli, başka bir anlatımla

şeklinde çevrilmesi mümkündür. Zimmermann, *Obligations*, 256. Metinde geçen aldatma kavramının hukuki bir kavram olarak anlaşılmaması gerekmektedir.

⁷⁴ Kaser, *Roman Private*, 212.

⁷⁵ Söğütü, *Roma Hukuku*, 472-473; Erdoğan, *Borçlar*, 72; Kaser, *Roman Private*, 212-213.

malın gerçek bedeli ile satıldığı bedel arasındaki farkı, talep edebileceği ifade edilmektedir. Aynı zamanda satıcı, satış bedelini alıcıya iade ederek taşınmazını geri alabilmektedir. Böylelikle kuralın yalnızca taşınmazlar ve satıcının korunması bakımından uygulandığı düşünülmektedir⁷⁶.

Ayrıca alıcının taşınmazı iade etmek istememesi durumunda malın adil ve gerçek değerini ödemesi gerekmektedir. Sözleşme serbestisini sınırladığı kabul edilen bu kuralın, özellikle, zaruret ve yoksulluk halinde malını satmak zorunda kalan kişileri korumak amacıyla uygulandığı düşünülmektedir⁷⁷.

⁷⁶ Mousourakis, *Roman Law*, 136; Kaser, *Roman Private*, 213; Küçükgüngör ve Emiroğlu, “Gabin,” 81-82; Buckland, *Text-Book*, 486; Rado, *Borçlar*, 93.

⁷⁷ Küçükgüngör ve Emiroğlu, “Gabin,” 82; Rado, *Borçlar*, 93. Bahsi geçen Emirname *Diocletianus*'a atfedilmiştir. Bununla birlikte, metinde ilk okumada bile şüphe uyandıran detaylar mevcuttur ve metnin *interpolatio* yoluyla değiştirildiği yönünde görüşler mevcuttur. Buckland, *Text-Book*, 486. Metinde sözleşmenin konusu olarak başlangıçta *res* (mal) kavramı kullanılırken, daha sonra *fundus* (arazi) kavramı kullanılmaktadır. İlk cümlede *pretium iustum*'dan bahsedilirken, ikinci cümlede *pretium verum* kavramı kullanılmıştır. Metnin ilk kısmında alıcı olarak birden fazla kişiden bahsedilirken (aile evladı ve aile babası), ikinci kısmında tek alıcıdan bahsedilmektedir. Ayrıca *Iustinianus* Dönemi'ne gelinceye kadar Emirnamedeki şekliyle konunun ele alındığı başka bir kaynak mevcut değildir. Özellikle *Codex Theodosianus*'ta *laesio enormis* hususunda bir çözümden bahsedilmemektedir. Zimmermann, *Obligations*, 260-261. Kendi döneminde ekonomide istikrarı sağlamak ve yükselen fiyatları durdurabilmek amacıyla *Diocletianus* imparatorluğun tamamında geçerli olmak üzere Roma tarihinde eşine rastlanmamış şekilde çeşitli mallara ve hizmetlere ilişkin tavan fiyat tarifelerini içeren *Edictum de Pretiis Rerum Venalium*'u yürürlüğe koymuştur. Emirnamede tavan fiyatların üstünde mal ve hizmet bedeli belirleyenler ile stok yaparak ekonomik istikrarı bozanların ölüm veya sürgün cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Emirname ile bin iki yüzden fazla mal ve hizmetin tavan fiyatı tespit edilmiştir. Fakat iş dünyasının itirazları ve uygulamadaki güçlükler nedeniyle Emirname daha sonra uygulamadan kaldırılmıştır. Erkan İznik, “İmparator Diocletianus'un Tavan (En Yüksek) Fiyatlar Fermanı: Edictum de Pretiis Rerum Venalium,” *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi* 30, no. 49 (2011): 108. *Diocletianus*'un Emirnamesi, ekonominin kendi kuralları karşısında uygulamada işlerlik kazanmamıştır. Erdoğmuş, *Borçlar*, 72.

SONUÇ

Sinallagmatik bir sözleşme olarak satış sözleşmesinde satıcı (*venditor*), sözleşme konusu malı (*merx*) nakletme borcu, alıcı (*emptor*) ise satış bedeli (*pretium*) olarak bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir.

Roma hukukunda satış bedeline ilişkin prensipler tespit edilmiştir. Roma hukuku kurallarına göre satış bedelinin para olması (*nummerata pecunia*), satış bedelinin belirli olması (*pretium certum*), satış bedelinin gerçek olması (*pretium verum*) ve satış bedelinin adil olması (*pretium iustum*) gerekmektedir.

Satış bedelinin para olması hususu Klasik Hukuk Dönemi'nde tartışmalıdır. *Sabiniani* Hukuk Okulu temsilcilerine göre satış bedelinin paradan başka bir şey olabilmesi mümkündür. Okulun temsilcilerine göre satış sözleşmesinin ilk şekli olan mal değişim sözleşmesi (*permutatio*), satış sözleşmesinin bir türüdür. *Proculiani* Hukuk Okulu mensupları ise satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesinin farklı kavramlar olduğunu ifade etmişlerdir. Zira bu hukukçulara göre mal değişim sözleşmesi, satış sözleşmesinin türü olsaydı, değiş tokuş edilen mallardan hangisinin sözleşme konusu mal (*merx*), hangisinin satış bedeli (*pretium*) olduğunu ayırt etmek mümkün olmazdı. Klasik Hukuk Dönemi'ndeki tartışmalar, Iustinianus Dönemi'nde *Proculiani* Hukuk Okulu'nun görüşlerinin kabul edilmesiyle son bulmuştur.

Roma hukukunda satış sözleşmesinde satış bedelinin belirli olması (*pretium certum*) prensibi kabul edilmektedir. *Gaius*, satış bedelinin taşınması gereken bir nitelik olarak satış bedelinin belirli olması gerektiğinden (*pretium certum esse debet*) bahsetmektedir. Bununla birlikte, doktrinde bazı durumlarda, satış bedelinin *certum* (belirli) ve *incertum* (belirsiz) arasındaki gri bölgede olduğu çeşitli durumlar ele alınmaktadır. Bunlar satış bedelinin belirli olduğu fakat taraflardan birinin veya ikisinin bunu bilmediği haller; satış bedelinin üçüncü kişi tarafından belirlendiği haller ve satış bedelinin alıcı tarafından belirlendiği haller olarak sayılmaktadır. Satış bedelinin belirli olduğu fakat taraflardan birinin veya ikisinin bunu bilmediği hallerde satış bedelinin en azından objektif olarak tespit edilebilir olması gerektiği kabul edilmiştir ve bu durum sözleşmenin geçerliliği için yeterli kabul edilmiştir. Satış bedelinin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi durumu ise Klasik Hukuk Dönemi'nde yine tartışmalı bir meseledir. *Iustinianus* Dönemi'nde tartışmalar sonlandırılmış, böyle bir halde sözleşmenin erteleyici şarta bağlandığı kabul edilerek sorun çözüme kavuşturulmuştur. Son olarak satış bedelinin alıcı

tarafından belirlendiği hallerde satış sözleşmesinde satış bedelinin belirli olmadığı ve bu tipte bir sözleşmenin geçerli olmayacağı kabul edilmiştir.

Roma hukukunda satış bedelinin sahip olması gereken bir diğer özellik *pretium verum*, bedelin gerçek olmasını ifade etmektedir. Satış bedelinin gerçek olması, satış sözleşmesinde *simulatio* (muvazaa)'nın bulunmaması anlamına gelmektedir. Roma hukukunda satış sözleşmesinde satış bedelinin az veya sembolik tutarda olması kabul edilmemektedir. Zira bu tür işlemlerin bağışlamaya benzetildiği kabul edilmiştir.

Son olarak satış bedelinin adil olması, malın gerçek değeri ile satış bedelinin birbiriyle uygun olması anlamına gelmektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde satış bedelinin adil olması ilkesi kabul edilmemektedir. Nitekim dönemin ticaret anlayışına göre tarafların satış bedelini serbestçe belirleyebilmesi kuralı esastır.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise ekonominin kötüleşmesi nedeniyle devletin çeşitli şekillerde hukuki ilişkilere müdahale ettiği anlaşılmaktadır. Böylelikle bu dönemde imparator emirnameleriyle sözleşmelere müdahaleler başlamıştır. Satış bedelinin adil olması prensibi, bahsi geçen sorunların çözümü için gerçekleştirilen müdahalelerden biri olmuştur.

KAYNAKÇA

- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.
- Berki, Şakir. *Roma Hukuku*. Ankara, 1949.
- Buckland, William Warwick. *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.
- Daube, David. "Certainty of Price." içinde *Studies in the Roman Law of Sale Dedicated to the Memory of Francis de Zulueta*, 9-45. Ed. David Daube, Oxford: Clarendon Press, 1959.
- Daube, David. "The Three Quotations from Homer in Digest 18.1.1.1." *Cambridge Law Journal* 10, no. 2 (1949): 213-215.
- Di Marzo, Salvatore. *Roma Hukuku*. Çeviren Ziya Umur. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2005.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Eşya Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2022.
- Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Eren, Selahattin. "Satış Sözleşmesinin Tarihsel Kökleri." Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2018.
- Gönenç, Fulya İlçin. "Roma Akitler Sistemi ve Permutatio (Trampa)." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no.1 (Haziran 2009): 201-218.
- Honig, Richard. *Roma Hukuku Dersleri*. Çeviren Şemseddin Talip, İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası, 1935.
- İznic, Erkan. "İmparator Diocletianus'un Tavan (En Yüksek) Fiyatlar Fermanı: Edictum de Pretiis Rerum Venalium." *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi* 30, no. 49 (2011): 97-130.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karadeniz, Özcan. "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 25, no. 3-4 (1968): 179-194.
- Kaser, Max. *Roman Private Law*. Çeviren Rolf Dannenbring, Pretoria: Gutenberg Book Printers, 1984.
- Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

- Küçükgüngör, Erkan ve Haluk Emiroğlu. “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin).” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 53, no.1, (2004): 77-87.
- Leesen, G. Tessa. *Gaius Meets Cicero Law and Rhetoric in the School Controversies*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Leesen, G. Tessa. “The Controversy About the Nature of the Price in a Contract of Sale.” *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 55 (2008): 283-301.
- Mousourakis, George. *Roman Law and the Origins of the Civil Law*. Cham: Springer, 2015
- Oğuz, Arzu. “Muvazaa Kuramının Iustinianus’tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, no. 1 (1996): 453-481.
- Özbay, Ümit Vefa. “Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Ocak 2020): 53-74.
- Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Söğütlü Erişgin, Özlem. *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Söğütlü Erişgin, Özlem. *Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir)*. Ankara: Seçkin, 2010.
- Söğütlü, Özlem. *Roma Özel Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- Türkoğlu, Gökçe Halide. “Hukukun Kaynağı Olarak İmparatorların Yazılı Cevapları.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2008): 133-152
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe. “Roma Hukukunda Actio de Peculio.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2005): 103-136.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lüğatı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Beta Yayım, 1990.
- Watson, Alan. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford: Clarendon Press, 1965.
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta and Co, 1992.

LATİNCE METİNLER İÇİN KAYNAKÇA

Iustinianus. *Institutiones*, Çeviren Ziya Umur. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.

<https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>

<https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

LİMİTED ŞİRKET YÖNETİMİNE MÜDAHALE: MAHKEMENİN MÜDÜRÜN YETKİLERİNİ KALDIRMA İLE SINIRLANDIRMA YETKİSİNİN KAPSAMI

*Interference to the Management of Limited Liability Company:
The Scope of the Court's Power to Revoke or Restrict the Authorities
of Managing Director*

Esra CENKÇİ*

Öz

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 630/2. maddesine göre, limited şirkette her ortak, haklı sebeplerin varlığında mahkemeye başvurarak müdürün yönetim ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını isteyebilir. Bu talep üzerine mahkemenin sahip olduğu şirketin yönetimine müdahale yetkisinin kapsamı belirsizdir. Bu belirsizlik, gelişigüzel kayyım atamaları ve şirketin yönetimi ve temsili esaslarına aykırı tedbirler alınmasıyla sonuçlanmaktadır. Yetkinin kapsamı, hükmün amacı ve lafzı birlikte ele alınarak belirlenmelidir. Hüküm, şirketin kötü yönetilmesine yol açan haklı sebebin ortadan kaldırılarak yönetim organının işlevselliğinin korunmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için hakimin kuracağı hüküm, haklı sebebi ortadan kaldırmalı ve organın fonksiyonunu ifa eder hale gelmesini sağlamalıdır. Müdürün yalnızca görevden alınması, bunun için çoğu zaman yeterli değildir. Şirketin menfaatinin korunmasıyla yetkili olan hakim, sahip olduğu yönetime müdahale yetkisini kanuna uygunluk, gereklilik, ölçülülük kıstaslarına uygun olarak kullanabilir. Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesiyle düzenlendiğine göre (TTK m. 623/1) hakim, haklı sebebin ortadan kaldırılabilmesi için belirtilen kıstaslar doğrultusunda şirket sözleşmesine müdahaleye de yetkilidir.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, müdür, haklı sebep, kaldırma, sınırlandırma

Makalenin Geliş Tarihi: 12.11.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.02.2024.

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: esracenkci@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5396-1591.

Abstract

According to the article 630/2 of the Turkish Commercial Code (TCC), each partner in a limited liability company may apply to the court claiming that there are just causes to revoke or restrict of the authorities of managing directors. Scope of the court's power upon this request is uncertain. This results in appointing trustees cursorily and taking measures contrary to the principles on management and representation. Court's power should be determined by considering together with the purpose and wording of the article. The law aims to protect the functionality of management body by eliminating the just cause that induces to mismanagement. However, director's removal is often not enough for that purpose. Judge who is authorized to protect the interests of company may use its power to interference to the management in accordance with the criteria of legality, necessity and proportionality. Since management and representation are regulated by articles of association (TCC art. 623/1), judge is authorized to interference to the articles of association in line with the specified criteria in order to eliminate just cause.

Keywords: Limited liability company, managing director, just cause, to revoke, to restrict.

GİRİŞ

Limited şirket müdürünün atanması gibi görevden alınması da genel kurulun devredilemez yetkisidir (TTK m. 616/1, b). Şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa görevden alma kararı, genel kurulda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınır (TTK m. 620). Şirket sözleşmesiyle atanmış olan müdürlerin görevden alınmaları için sözleşme değişikliğine de lüzum yoktur¹. Müdürün görevden alınmasına ilişkin genel kurul kararının haklı bir

¹ Çağlar Doğu Aras, "TTK Madde 630," içinde *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 4: Türk Ticaret Kanunu md. 564-644*, ed. Kemal Şenocak (Ankara: Seçkin, 2023), 4809; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (İstanbul: Beta, 2022), 370; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku Cilt III* (İstanbul: On İki Levha, 2022), N. 214; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (Bursa: Dora, 2020), 453. Şirket sözleşmesiyle belli bir görev süresi öngörülerek atanmış olan müdürün görev süresi dolmadan genel kurul kararıyla görevden alınması bir esas sözleşme değişikliği arz edeceğinden, bu durumda görevden alınmanın TTK m. 589 hükmüne tabi olacağı yönünde bk. Şükrü Yıldız, "6102 Sayılı TTK'ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin

sebebe dayanması gerekli değildir². Buna karşılık, haksız görevden alınan müdür şirketten tazminat isteyebilir (TTK m. 630/4). Müdürlerin yönetim ve temsil yetkisinin genel kurul tarafından sınırlandırılması da aynı esaslara tabidir.

Ortaklar da genel kuruldan bağımsız olarak müdürlerin görevlerine müdahale edilmesini sağlayabilirler. Bu imkanın düzenlendiği TTK'nin 630/2. maddesine göre, "her ortak, haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkmeden isteyebilir". Anonim şirket pay sahipleri benzer bir hakka sahip değildir. Hüküm, aslında bir sermaye şirketi olan limited şirkette yer alan şahıs şirketi karakterli bir düzenlemedir³. Ortaklar tarafından bu hak, ancak mahkeme aracılığıyla kullanılabilir. Buna ilişkin dava, sahip olduğu esas sermaye payının oranı ne olursa olsun herhangi bir ortak tarafından açılabilir⁴. Dolayısıyla müdürü görevden almak ya da görevlerini kısıtlamak için gerekli oya sahip olan ortağın da bu hakkını öncelikle genel kurulda kullanması şart olmayıp anılan düzenleme uyarınca doğrudan dava açmaya menfaati vardır⁵.

Görev Süresi," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 13, sayı 26 (2014): 55 vd. Yıldız'ın görüşünün eleştirisi için bk. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 370. Müdürlük sıfatının şirket sözleşmesiyle özel bir hak olarak tanınması halinde genel kurul kararıyla görevden almanın şirket sözleşme değişikliğine tabi olmanın yanı sıra ilgili müdürün onayının alınmasını da gerekli kılacağı yönünde bk. Ali Haydar Yıldırım, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu* (İzmir: Güncel, 2008), 17-18.

² Aras, *Şerh*, 4803, 4809; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 453; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2020), N. 22-49; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (İstanbul: Arıkan, 2007), 249. Kanunda haklı sebep koşulu aranmamış olsa da yetkinin kötüye kullanılmasına engel olmak için genel kurul kararının bir dayanağının bulunması gerektiği yönünde bk. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin, 2022), 487.

³ Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 453.

⁴ Adrian Andermatt, "Beschränkung der Geschäftsführung auf einen Einzelnen Gesellschafter bei der GmbH - Unter besonderer Berücksichtigung der Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters," *Der Schweizer Treuhänder*, sayı 6-7 (2009): 472.; Aras, *Şerh*, 4804.

⁵ Y. 11. HD, E.2015/3070, K.2015/9972, 6.10.2015, erişim tarihi Temmuz 17, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Ali Murat Sevi, "Limited Şirkette Müdürün ve Diğer Yöneticilerin Yönetim ve Temsil Yetkilerinin Mahkemece Kaldırılması veya Sınırlandırılması," içinde *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler*

Ortağın, bu davayı açabilmesi için öncelikle genel kurula başvurma mecburiyeti bulunmamaktadır⁶. Dava, şirkete karşı açılmalıdır⁷.

Sempozyumu (Tartışmalar-Tebliğler) 19 Haziran 2019, ed. Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin ve Sinan Sarıkaya (İstanbul: On İki Levha, 2020), 443-45. Aksi yönde bk. Y. 11. HD, E.2015/2097, K.2016/274, 14.1.2016, Fatih Aydoğan, “Limited Şirket Müdürünün Azli,” içinde *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV (Tebliğler ve Tartışmalar) 23 Ekim 2020*, ed. Arslan Kaya, Fatih Arıcı, Pelin Tokcan, Numan Sönmez, Müge Evlek, Mahmut Arif Koçak (İstanbul: On İki Levha, 2021), 177-78. TTK m. 630/2 hükmünün, görevden almanın genel kurul kararıyla mümkün olmadığı hallerde başvurulabilecek bir imkan olduğu yönünde bk. Aras, *Şerh*, 4808, 4810.

⁶ Y. 11. HD, E.2013/11156, K.2013/15964, 21.7.2013, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁷ Bernhard Stehle ve Sebastian Reichle, “Art. 815,” içinde *Präjudizienbuch OR-Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, ed. Peter Gauch, Hubert Stöckli (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2021), N. 1; Rolf Watter, “Art. 815,” içinde *Basler Kommentar - Obligationenrechts II: Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2016), N. 15; Lukas Handschin ve Christof Truniger, *Die GmbH* (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2019), N. 91; Umut Akdeniz, *Limited Şirketlerde Müdürün Görevden Alınması* (Ankara: Seçkin, 2021), 124; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, *Limited Şirketin Temsili* (Ankara: Seçkin, 2018), 113; Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2017), 781; Mustafa Yavuz, “Limited Şirketlerde Müdürlerin Mahkeme Kararıyla Azli,” *Yaklaşım* 24, sayı 282 (Haziran 2016): 246; Yıldırım, *Müdürün Hukuki Durumu*, 212. Her ikisinin de müdür sıfatını haiz olduğu iki ortaklı bir limited şirkette dahi durum böyledir (BGE 11.7.2016 v. 4A_693/2015, E. 3.2.2, BGE 6.6.2014 v. 4A_8/2014, E. 2.3). Davanın hem şirkete hem de müdüre karşı yöneltilmesi gerektiği yönünde bk. Aydoğan, “Müdürün Azli,” 181; Ali Kaya, “Limited Şirket Müdürünün Haklı Sebepçe Mahkeme Kararıyla Azli ve Azlin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar,” *Legal Hukuk Dergisi* 16, sayı 191 (2018): 5111. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ise davanın yalnız müdüre karşı açılması gerektiği yönündedir. Bk. Y. 11. HD, E.2018/3184, K.2019/7750, 3.12.2019, erişim tarihi Ağustos 18, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2016/6365, K.2018/236, 15.1.2018, erişim tarihi Ağustos 27, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2016/12601, K.2018/4153, 30.5.2018, erişim tarihi Ağustos 23, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2016/8014, K.2018/1246, 20.2.2018, erişim tarihi Eylül 2, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2015/5893, K.2016/2550, 8.3.2016, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Yine bu yönde bk. Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (İstanbul: Vedat, 2020), N. 319; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (İstanbul: Vedat, 2019), N. 1718n.

6762 sayılı TTK ile müdürün görevden alınması konusunda kolektif şirketlere ilişkin esaslar benimsenmişti (6102 sa. TTK m. 543). Buna göre, şirket sözleşmesiyle atanmış olan ortak müdürün diğer ortaklar tarafından görevden alınması mümkün değildi. Bu müdürün, ancak haklı sebeplerin varlığında, ortaklardan birinin istemi üzerine mahkeme tarafından görevden alınabileceği düzenlenmişti (6762 sa. TTK m. 543, 161). Bu esaslar 6102 sayılı TTK'de kolektif şirketler hakkında halen geçerliliği sürdürmektedir (TTK m. 219, 220). Diğer yandan, TTK ile limited şirketlerde bu konuda kolektif şirketlere ilişkin hükümlere gönderme yapılmaktan vazgeçilmiş; müdürün görevden alınması ile yönetim ve temsil yetkisinin sınırlandırılması konusunda genel kurul yetkilendirilmiştir (TTK m. 630/1). Genel kurulun bu yetkisi, şirket sözleşmesiyle atanan (TTK m. 576/1, d) ortak müdürlerin görevden alınmasında da geçerlidir⁸. Limited şirkette müdürün haklı sebeple görevden alınması imkanı ise, limited şirketlere özgü bir düzenleme olan TTK m. 630/2 hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir⁹.

Ortağın anılan olağanüstü yetkisini kullanabilmesi, müdürün görevlerine müdahale edilmesini gerektiren bir haklı sebebin varlığına bağlıdır. Hükmün 3. fıkrasında haklı sebep örneği olarak müdürün özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi, şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi sayılmıştır. Bu bakımdan haklı sebep, müdürün görevini sürdürmesinin dürüstlük kuralı gereği şirketten beklenememesine yol açan sebeptir¹⁰.

⁸ Aras, *Şerh*, 4803, 4808; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 373; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 453-454.

⁹ TTK m. 630/2 hükmünün, kolektif şirketlere ilişkin TTK m. 219 hükmüyle paralel olduğu yönünde bk. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 374.

¹⁰ Haklı sebep kavramı ve örnekleri hakkında detaylı bilgi için bk. Akdeniz, *Müdürün Görevden Alınması*, 85 vd.; Aras, *Şerh*, 4811 vd.; Raziye Aksu Özkan, "Limited Şirkette Müdürlerin Yönetim ve Temsil Yetkisinin Mahkeme Tarafından Kaldırılması ve Sınırlandırılması Hakkında Bir Değerlendirme," *Hacettepe HFD*, özel sayı (2022): 214 vd.; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 1718n; Çağla Kandiraloğlu Cuydan, "Müdürlerin Haklı Sebeplerin Varlığı Halinde Azli veya Temsil Yetkilerinin Sınırlandırılması," *İstanbul Kültür Üniversitesi HFD* 16, sayı 2 (2017): 73 vd.; Kaya, "Mahkeme Kararıyla Azil," 5098 vd.; Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 431 vd.; Kendigelen ve Kırca, *Cilt III*, N. 225-27; Yıldırım, *Müdürün Hukuki Durumu*, 212-14.

Üçüncü fıkrada yer alan örneklerden de anlaşıldığı üzere bu sebep müdürün şahsında gerçekleşmiş olmalıdır¹¹.

Hükümde, ortağın müdürün “yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını” isteyebileceği düzenlenmektedir. Buna karşılık, mahkemenin müdahale yetkisinin kapsamı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu çalışmada, müdürün yönetim ve temsil yetkisinin kaldırılması ile sınırlandırılmasının ne anlama geldiği ve bunların nasıl gerçekleştirileceğine odaklanılmıştır. Bunun için ilk olarak, hükmün amacı tespit edilmeye çalışılmıştır. Ardından, mahkemenin müdahale yetkisinin kapsamı incelenmiştir.

I. MAHKEMENİN MÜDAHALESİNİN AMACI VE ÖLÇÜSÜ

Doğru bir uygulama, hükmün amacının doğru bir şekilde belirlenmesini gerektirir. TTK'nin 630. maddesinin ilk fıkrasında müdürlerin genel kurul tarafından yani çoğunluk paya sahip ortaklarca görevden alınması düzenlenmektedir. Bu nedenle, ikinci fıkrada yer alan bu hüküm, ilk bakışta, azınlık ortağın korunması amacıyla tesis edilmiş gibi görünmektedir. Gerçekten, çoğunluk paya sahip ortakların iradesiyle seçilip de ortada görevde kalmamasını gerektiren haklı bir sebep bulunmasına rağmen, çoğunluğu oluşturan ortakların aksi yöndeki iradesi nedeniyle görevden alınamayan bir müdürün görevine müdahale edebilmek, azınlık için kuşkusuz önemli bir imkandır. Nitekim bu nedenle öğretide haklı olarak hükmün çoğunluk gücünü sınırlayıcı etkisinden söz edilmektedir¹².

Buna karşılık hükmün asıl amacı, azınlık veya münferit ortakların çıkarlarının korunması değildir. Hüküm, şirketin kötü yönetilmesine neden olan haklı sebebin ortadan kaldırılarak yönetim organının işlevselliğinin korunmasını amaçlar. Bu sayede şirketten, amacını gerçekleştirmek üzere faaliyetini sürdürmesi beklenir¹³. O halde, hükümlerle korunmak istenen şirketin

¹¹ Şener, *Limited Ortaklıklar*, 783; Yıldırım, *Müdürün Hukuki Durumu*, 213. Karş. Akdeniz, *Müdürün Görevden Alınması*, 88; Aksu Özkan, “Bir Değerlendirme,” 317. Buna karşılık, haklı sebebin müdürün kusuruyla gerçekleşmiş olması şart değildir (Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 319; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 1718n; Kendigelen ve Kırcı, *Cilt III*, N. 225).

¹² Şener, *Limited Ortaklıklar*, 777.

¹³ Rino Siffert, Marc Pascal Fischer ve Martin Petrin, *GmbH-Recht - Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)* (Bern: Stämpfli, 2008), N. 5; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 777.

menfaatidir. Haklı sebebin bulunup bulunmadığında olduğu gibi¹⁴, mahkeme tarafından alınacak tedbirlerin kapsamında da şirketin menfaati belirleyicidir.

Mehaz İsviçre hukuku öğretisinde hüküm, bir güvence hükmü (*Sicherheitsklausel*) olarak nitelendirilir¹⁵. Hüküm güvence hükmü olma etkisini, haklı sebep teşkil eden engelin ortadan kaldırılması ve ayrıca organın fonksiyonunu ifa eder hale getirilmesini sağlamasıyla gösterir. Hükmün bu özelliği İsviçre öğretisinde öyle önemsenmektedir ki, ortada haklı sebep bulunmasına rağmen ortağın yönetime müdahale etmek için mahkemeye başvurmak zorunda bırakılması, şirket açısından önemli bir zaman kaybı olarak görülmektedir¹⁶.

Hükmün anılan işlevini lafzı da teyit etmektedir. Gerçekten, birinci fıkrada yer alan “görevden alma” ifadesinden kasıt, öğretide ve uygulamada azil de denilen müdürün yönetim ve temsil yetkilerinin elinden alınmasıdır. Genel kurulun alacağı karar açısından birinci fıkrada kullanılan bu ifade, konuyla ilgili diğer hükümlerde (TTK m. 364, 408/2, b, 616/1, b) kullanılan terimle de uyumludur ve isabetlidir. Buna karşılık, ikinci fıkrada mahkemenin alacağı karar açısından “yönetim hakkının ve temsil yetkisinin kaldırılması” ifadeleri kullanılmaktadır. Bu farklılığın nedeni, ikinci fıkraya istinaden kullanılan yetkinin teknik anlamda görevden almayla sınırlı olmamasıdır. Zira ikinci fıkraya istinaden mahkeme, müdürü yalnızca “görevden almaya” değil; müdürün şirket yönetimine haklı sebep niteliğindeki olumsuz etkisinin ortadan kaldırılması için gerekli olan kararları almaya da yetkilidir¹⁷. Yönetim

¹⁴ Stehle ve Reichle, “Art. 815,” N. 1; Handschin ve Truniger, *Die GmbH*, N. 91; BGE 11.7.2016 v. 4A_693/2015, E.3.2.2; BGE 6.6.2014 v. 4A_8/2014, E. 2.3; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV* (Ankara: Adalet, 2022), § 67 N. 81a, 83; Sevi, “Yönetim ve Temsil Yetkisi,” 425-26. Şirket menfaatinin yanı sıra davacı ortak ile diğer ortakların menfaatinin ve hatta görevden alınması istenen müdürün şirkete vermiş olduğu emeğin de bu konuda dikkate alınması gerektiği yönünde bk. Kandirahoğlu Cuyan, “Müdürün Azli,” 89.

¹⁵ Botschaft Revision OR 2002, 3217; Brigitta Kratz, “Art. 815,” içinde *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz: Art. 772-1186 OR und BEG*, ed. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb (Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2016), N. 2; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 777.

¹⁶ Siffert, Fischer ve Petrin, *GmbH-Recht*, N. 5.

¹⁷ Hükmün müdürün görevden alınmasını da kapsadığı yönünde bk. Karaahmetoğlu, *Temsil*, 111; Yıldırım, *Müdürün Hukuki Durumu*, 210, dn. 751. Yönetim hakkının ve temsil yetkisinin kaldırılması ile görevden alma ve azlin aynı anlama geldiği yönünde

organının işlevselliğini koruması, şirketin faaliyetine devam edebilmesi ve dolayısıyla hükmün amacına ulaşması ancak bu surette gerçekleşebilir. Birinci fıkrada genel kurulun yetkisinin bu şekilde belirlenmemesinin nedeni, genel kurulun şirket ve yönetimiyle ilgili birçok konuda karar almaya zaten yetkili olmasıdır.

TTK'nin 630/2. maddesi bu amaç ve kapsamıyla TTK'nin 636/3 hükmüyle de uyum içerisindedir. TTK m. 630/2 hükmü sayesinde şirket, ortada müdürden kaynaklı bir haklı sebep mevcutsa ve müdürün yetkilerine müdahale suretiyle haklı sebebin ortadan kaldırılması mümkünse, hakkında fesih davası açılmasının olumsuz sonuçlarına maruz kalmadan faaliyetine devam edebilecektir. Üstelik, ileri sürülen haklı sebep, şirketin feshine yol açacak nitelikte bir sebep değilse, TTK m. 636/3 uyarınca açılan davalarda hakim, bırakın şirketin feshine karar vermeye, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer tedbirlere hükmetmeye dahi yetkili değildir. TTK m. 630/2 hükmü, bu nitelikteki haklı sebebin ortadan kaldırılarak şirketin faaliyetlerinin sürdürülebilir kılınmasında önemli bir işlevi haizdir.

Hemen belirtelim, hüküm, limited şirkette esas sermaye payının devrinin anonim şirketteki kadar kolay olmamasının bir sonucu olarak da görülebilir. Anonim şirkette, yönetimden memnun olmayan pay sahibi payını, limited şirket ortağına nazaran daha kolay bir şekilde devrederek (TTK m. 489, 490) kötü yönetimin sonuçlarından kendisini koruyabilir. TTK m. 630/2, limited şirkette esas sermaye payının devri ya da nakde çevrilmesi konusundaki güçlükler nedeniyle bir denge işlevi görmektedir¹⁸.

bk. Akdeniz, *Müdürün Görevden Alınması*, 41; Aksu Özkan, "Bir Değerlendirme," 299, dn. 6; Aras, *Şerh*, 4810; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 374; Kaya, "Mahkeme Kararıyla Azil," 5098; Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 424; Yavuz, "Mahkeme Kararıyla Azil," 246; Hakan Çebi, *Limited Şirketler Hukuku* (Ankara: Adalet, 2019), 133.

¹⁸ Limited şirket ortağının esas sermaye payının devri her halükârda genel kurulun onayına bağlıdır (TTK m. 595/2). Ayrıca, şirket sözleşmesiyle sermaye payının devri de yasaklanabilir (TTK m. 595/4). Ortağın çıkma hakkı bulunsa da, şirket sözleşmesinde tanınmadığı hallerde bu hakkın kullanılabilmesi için haklı sebebin varlığı ve mahkemenin çıkmaya karar vermesi gerekir (TTK m. 638). Çıkan ortağa ödenmesi zorunlu olan ayrılma akçesinin muaccel hale gelmesi şirketin mali durumunun iyi olmasını gerektirdiğinden (TTK m. 642), çıkma, limited ortağı açısından cazip bir tercih de olmayabilir.

Limited şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesiyle düzenlendiğinden (TTK m. 623/1), mahkemenin TTK m. 630/2 uyarınca sahip olduğu müdahale yetkisi, şirket sözleşmesine müdahale şeklinde de kullanılabilir. Bu doğrultuda, şirket sözleşmesindeki yönetimle ilgili hükümlerin kaldırılması veya sözleşmeye yeni hükümler dercedilmesi mümkündür. Öte yandan, mahkemenin yönetime müdahale yetkisi sınırsız değildir. Bu müdahale; (i) Kanunun izin verdiği hususlarda (*kanuna uygunluk*), (ii) haklı sebep teşkil eden vakıaların şirket açısından olumsuz etkisini ortadan kaldıracak nitelikte (*gereklilik*) ve (iii) bu olumsuz etkiyi ortadan kaldıracak ölçüde (*ölçülülük*) olmalıdır.

Haklı sebebin ortadan kaldırılması için yeterliyse, mahkemenin müdürün görevden alınması yerine yetkilerinin sınırlandırılmasına karar vermesi ölçülülük kistası gereğidir¹⁹. Çoğun içinde az da vardır kuralı nedeniyle, buna taleple bağlılık ilkesi [Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 26] engel oluşturmaz²⁰. Buna karşılık, yalnızca müdürün yetkilerinin sınırlandırılması talebi söz konusuysa mahkeme görevden almaya hükmedememelidir.

II. MÜDÜRÜN YETKİLERİNİN KALDIRILMASI

A. Yönetim ve Temsil Yetkilerinden Birini veya Her İkisini Kaldırma

Yönetim, şirketin iradesini oluşturmak, açıklamak ve uygulamak için yapılan faaliyetleri kapsar. Kavram, müdürün bu kapsamda karar alma ve yürütme fonksiyonunu ifade eder ve bir iç ilişki kurumudur. Yönetim yetkisi kapsamında müdür, bir yandan şirketin işlerini yürütürken diğer yandan şirketle ortaklar arasındaki ilişkilerle ilgili kanun ve sözleşme hükümlerini yerine getirir. Temsil ise, yönetsel işlem ve kararların dış ilişkide icrasıdır. Bu kapsamda şirket adına irade açıklanarak şirketi bağlayıcı işlemler yapılır²¹.

¹⁹ Aynı yönde bk. Kaya, "Mahkeme Kararıyla Azil," 5116-17; Y. 11. HD, E.2012/9915, K.2014/1889, 4.2.2014, erişim tarihi Temmuz 9, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>: "...davalının yöneticiliği döneminde başarı gösterdiğinin ortaya çıktığı, azli yerine idare ve temsil yetkisinin sınırlandırılmasının daha uygun çözüm olacağı gerekçesiyle davanın kabulüne...". Aksi yönde bk. Aksu Özkan, "Bir Değerlendirme," 326; Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 447.

²⁰ Akdeniz, *Müdürün Görevden Alınması*, 130.

²¹ Yönetim ve temsil kavramlarıyla ilgili olarak bk. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 12-27a-b; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, N. 1726; Yıldız, *Limited Şirketler*, 254.

Limited şirketin yönetim ve temsil organı müdür veya müdürler kuruludur. Müdür, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış olan yönetime ilişkin bütün konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidir (TTK m. 623/3).

TTK'nin 630/2. maddesinde, yönetim ve temsil yetkisini kaldırmanın kapsamı "yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasına" şeklinde düzenlenmiş işlemler yapamayacaktır. Yine, ileri sürülen haklı sebebi ortadan kaldıracaksa, müdürün yalnızca yönetim yetkisine de müdahale edilebilir.

B. Görevden Alınan Müdürün Yerine Yeni Müdür veya Kayyım Atama

Mahkeme görevden alma kararıyla birlikte boşalan müdürlüğe yeni müdür atayabilir mi? Uygulamada bunu mümkün gören yargı kararı mevcuttur²². Müdürün görevden alınması gibi atanması da genel kurulun devredilemez yetkisidir (TTK m. 616/1, b). TTK m. 630/2 hükmü ile genel kurulun anılan yetkisine müdürün yalnızca görevden alınması açısından bir istisna getirildiğinden, mahkemenin her ne sebeple olursa olsun şirkete müdür atama yetkisi bulunmamaktadır²³. Mahkemenin şirket sözleşmesine müdahale yetkisine sahip olması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira müdür ataması, şirketin yönetimi ve temsilinin şirket sözleşmesiyle düzenleneceğine dair TTK m. 623/1 hükmünde genel kurulun devredilemez yetkileri arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla görevden almayla birlikte mahkeme tarafından

²² Y. 11. HD, E.2016/2266, K.2017/4507, 19.9.2017, erişim tarihi Haziran 6, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

²³ Y. 11. HD, E.2013/15316, K.2014/4750, 12.3.2014, erişim tarihi Temmuz 13, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2018/3556, K.2019/5299, 11.9.2019, erişim tarihi Ağustos 13, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2020/5848, K.2021/4202, 28.4.2021, erişim tarihi Temmuz 19, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2016/12601, K.2018/4153, 30.5.2018, erişim tarihi Ağustos 23, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Akdeniz, *Müdürün Görevden Alınması*, 132; Aksu Özkan, "Bir Değerlendirme," 301; Aydoğan, "Müdürün Azli," 184; Kaya, "Mahkeme Kararıyla Azil," 5118; Kendigelen ve Kırca, *Cilt III*, N. 229; Yavuz, "Mahkeme Kararıyla Azil," 247; Şükrü Yıldız, "Sermaye Şirketlerine Yönetim Kayyımı Atanmasını Gerektiren Haller," *İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD* 16, sayı 32 (2017): 97. Sorunun genel kurulda çözülmesinin mümkün olmadığı hallerde son çare olarak mahkeme tarafından bu yetkinin kullanılabileceği yönünde bk. Cuyan Kandıralıoğlu, "Müdürün Azli," 90-91.

yeni müdür atanması kanuna uygun değildir. Esasen, mahkeme tarafından şirketin işletme konusuna ve ihtiyaçlarına uygun bir müdür atanması her zaman mümkün değildir. Ayrıca atanan bu müdürün sorumluluğuyla ilgili başka sorunlar da gündeme geleceğinden, bu konuda varılan sonuç kanunun diğer hükümleriyle de uyumludur.

Müdürün TTK m. 630/2 uyarınca görevden alınmış olmasını, tek başına kayyım atama sebebi olarak gören yargı kararına da rastlanır²⁴. Oysa anılan hükümde Türk Medeni Kanunu'nda (TMK m. 426-428) düzenlenen kayyım atanmasına ilişkin esaslardan ayrılan bir kurala yer verilmemiştir. Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmışsa ve yönetimi başka yoldan sağlanamıyorsa o tüzel kişiye yönetim kayyımı atanabilir (TMK m. 427/1 (4)). Tüzel kişi ile temsilcisi arasında bir konuda menfaat çatışması bulunuyorsa ya da temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa, ilgili tüzel kişiye bu sefer temsil kayyımı atanır (TMK m. 426/1 (2), (3)). Tüzel kişi bir ticaret şirketi ise, kayyım atanırken bu esasların yanı sıra ticaret şirketlerine has özellikler de dikkate alınmalıdır. Gerçekten, yapısına ve yönetim ilkelerine yabancı olduğundan ticaret şirketlerinde kayyımlığa istisnai olarak başvurulur²⁵. Hemen belirtelim, kollektif şirkette haklı sebeplerin varlığı halinde temsil yetkisinin bir ortağın başvurusu üzerine mahkemece kaldırılabilmesine ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahkemenin temsil yetkisini ihtiyati tedbir olarak kaldırıp bu yetkiyi bir kayyıma verebileceğine ilişkin TTK m. 235 hükmüne benzer bir düzenleme limited şirketler için öngörülmemiştir²⁶. Öngörülmüş olsaydı dahi TTK'nin 235. maddesinde öngörülen kayyım atama yetkisinin ihtiyati tedbir niteliği yani geçici mahiyeti göz ardı edilmemelidir. Bu itibarla, müdürün görevden

²⁴ Y. 11. HD, E.2013/17539, K.2014/9870, 28.5.2014, erişim tarihi Temmuz 3, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>: “Kayyım tayini sadece organ boşluğu halinde değil, yöneticilerin azil sebepleri gerçekleştiğinde ve azledildiklerinde tayin edilebilir”. Benzer şekilde, müdürün yetkisini kötüye kullanması nedeniyle görevden alınması söz konusuysa, organ boşluğu bulunması koşulu aranmaksızın şirkete kayyım atanması gerektiği yönünde bk. Elif Akıncı, *Limited Şirketlerde Müdürün Azli* (Konya: Sayram, 2019), 127.

²⁵ Yıldız, “Yönetim Kayyımı,” 103 vd.; Özge Kuru, *Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 109, 111; Ersin Çamoğlu, “Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması,” *İstanbul Barosu Dergisi* 91, sayı 5 (2017): 16, 20; Y. 11. HD, E.2021/464, K.2022/2646, 31.3.2022, erişim tarihi Eylül 2, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. TTK'nin 235. Maddesinde

²⁶ Bk. Yıldız, “Yönetim Kayyımı,” 100-101.

alınmasını takiben kayyım atanıp atanmayacağı sorunu kayyım atama esasları, ticaret (bilhassa sermaye) şirketlerinin özellikleri ve somut olayın gerekleri birlikte göz önünde bulundurularak çözümlenmelidir²⁷. İlk olarak, görevden almayı takiben şirketin organsız kalıp kalmayacağı ihtimaline göre bir değerlendirme yapılmalıdır:

a) Görevden alma, şirketin organsız kalmasına neden olmayacaksa kayyım tayin edilmez. Örneğin, 3 müdürden 1'i görevden alındığında, şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme öngörülmemişse, kalan iki müdür şirketin yönetimine ilişkin kararları alabileceğinden ve eksilen üyeliğin doldurulması için genel kurulun toplantıya çağırılması gibi ²⁸ gerekli işlemleri yapabileceğinden (TTK m. 624/3) kayyım atama koşulları mevcut değildir.

b) Görevden alma şirketin organsız kalmasına yol açabilir. Örneğin, tek müdür ya da birden fazla müdürün hepsi görevden alınırca şirket yönetim organından yoksun hale gelir. Bu ihtimalde, kayyımlığın ticaret şirketleri açısından sakınılarak başvurulması gereken bir yöntem olduğu göz ardı edilmemelidir ve şirketin görevden almayı takiben oluşacak organ boşluğunun giderilmesi için gerekli mekanizmalara sahip olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır²⁹:

²⁷ Hükümde açıkça yetkilendirilmediğinden bahisle müdürü görevden alan mahkeme tarafından hiçbir şekilde kayyım atanamayacağı yönünde bk. Yıldız, "Yönetim Kayyımı," 105.

²⁸ Yönetim kurulunda boşalan üyeliğin kalan üyelerce doldurulabileceğine dair TTK m. 363/1 hükmüne benzer bir düzenleme limited şirketlerde bulunmadığından, anılan hüküm limited şirketlere kıyasen uygulanacak düzenlemeler arasında da yer almadığından ve müdür atanması genel kurulun devredilemez yetkilerinden olduğundan, TTK'nin 363/1. maddesinin limited şirketlerde uygulanmayacağı yönünde bk. Mustafa İsmail Kaya, "Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi," *Selçuk Üniversitesi HFD* 22, sayı 1 (2014): 71-72; Akıncı, *Müdürün Azli*, 135.

²⁹ Böyle bir değerlendirme yapmadan, şirket organsız kalacaksa her halükarda kayyım atanması gerektiği yönünde bk. Aksu Özkan, "Bir Değerlendirme," 327; Kaya, "Mahkeme Kararıyla Azil," 5129; Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 447. İki ortaklı limited şirkette bu yönde bk. Y. 11. HD, E.2015/9248, K.2016/4366, 20.4.2016, erişim tarihi Mayıs 16, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Mustafa İsmail Çalış, *İki Ortaklı Limited Şirketlerde Kilitleme (Pat) Durumu* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 79-81. Uygulamada da bu değerlendirmenin yapılmayarak görevden alınmayla birlikte derhal yönetim kayyımı atandığı kararlar çoğunluktadır. Bk. Y. 11. HD, E.2013/15316, K.2014/4750, 12.3.2014, erişim tarihi Temmuz 13, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2015/6874, K.2016/676, 25.1.2016,

b1) Şirket, yönetim organını yeniden oluşturabilmek için gerekli mekanizmalara sahipse, mahkeme, yönetim kayyımı atamaya yine yetkili değildir³⁰. Yönetim organının yeniden oluşturulabilmesi genel kurul tarafından müdür seçimi kararı alınmasını gerektirir. Mahkeme, gerekliyse, genel kurulu toplantıya çağrı işlemlerini yapmakla görevli bir temsil kayyımı atayabilir (TTK m. 426/1 (3)). Örneğin, dışarıdan atanan tek müdür görevden alındıysa genel kurulun alacağı seçim kararıyla organ boşluğu giderilebilir. Bu şirkete yönetim kayyımı atanması, yönetim kayyımı atanmasının “yönetimin başka yoldan sağlanamaması” koşuluna (TMK m. 427/1 (4)) ve yönetim kayyımının ticaret şirketleri açısından istisnai niteliğine aykırıdır.

b2) Öte yandan şirket, yönetim organının oluşturulabilmesi için gerekli mekanizmalara sahip olmayabilir. Bu sorun çoğunlukla, eşit oranda esas sermaye payına sahip iki ortaklı bir limited şirkette müdür olan ortaklardan birinin görevden alındığı ihtimalde gündeme gelir. İki ortaklı limited şirketin genel kurulunda kararlar kural olarak oybirliğiyle alınır (TTK m. 620). Görevden alma başvurusuna neden olan olaylar örgüsünün ve nihayet mahkemenin görevden alma kararının etkisiyle ortakların özellikle müdür seçimi kararında hemfikir olması çoğu zaman imkansızdır. Mahkeme, kararını verirken şirketin bu özel durumunu gözetmeli ve anılan kilitlenme hali nedeniyle şirket, yönetim organını yeniden oluşturulabilmek için gerekli

erişim tarihi Mayıs 19, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2016/12858, K.2018/4217, 4.6.2018, erişim tarihi Temmuz 21, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2017/1737, K.2019/967, 7.2.2019, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Atanan kayyımın genel kurul kararıyla yeni müdür atanana dek yetkili olduğu yönünde bk. Y. 11. HD, E.2020/1552, K.2021/1980, 3.3.2021, erişim tarihi Eylül 3, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2021/7287, K.2022/8794, 8.12.2022, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2022* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 335-337.

³⁰ Y. 11. HD, E.2020/8129, K.2022/4802, 16.6.2022, erişim tarihi Eylül 14, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2020/8129, K.2022/4802, 13.6.2022, erişim tarihi Ocak 30, 2024, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>; Akdeniz, *Müdürün Görevden Alınması*, 134. Benzer şekilde, organ yokluğu kısa bir süre içinde giderilebiliyorsa kayyım tayin edilemeyeceği yönünde bk. Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım* (İstanbul: Vedat, 2006), 109-10.

mekanizmalardan yoksun olduğundan şirkete yönetim kayyımı atanmasına karar vermelidir³¹.

C. Görevden Alınan Müdürün Yeniden Seçilmesini Yasaklama

Müdürün görevden alınması kararını takiben genel kurulun alacağı müdür seçimi kararı, görevden alma kararını etkisiz kılacaksa, mahkemenin buna karşı gerekli tedbirleri almaya yetkili olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Görevden alınan müdür şirkette %50'nin üzerinde esas sermaye payına sahipse, genel kurulda görevden alınan müdürün iradesi hilafına bir karar çıkması çok düşük bir ihtimaldir. O halde, mahkemenin görevden alma kararı, müdürün yeniden göreve gelme olasılığını bertaraf etme amaçlı birtakım tedbirler içerecek şekilde oluşturulabilir mi? Sorunun çözümünün, TTK m. 630/2 uyarınca açılan davaların büyük bir çoğunluğunu ilgilendirdiğini belirtelim.

Öğretide bir görüş, bu halde bir yönetsel boşluktan söz edileceğini, mahkeme tarafından görevden alma kararıyla birlikte gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini (hatta yönetsel boşluk makul bir sürede doldurulamazsa TTK m. 636/2. veya 3. hükmü uyarınca şirketin feshine karar verilebileceğini) ileri sürse de mahkeme tarafından ne gibi tedbirler alınabileceği konusunda görüş belirtmemektedir³². Yazara göre, görevden

³¹ Böyle bir somut vakiada davacının şirkete kayyım atanması talebinin reddedilip de müdürün görevden alınması kararıyla yetinilen Yargıtay kararı için bk. Y. 11 HD, E.2021/3956, K.2022/7571, 31.10.2022, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Kararlar 2022*, s. 337-338. Bu yapıdaki bir şirkette böyle bir durumda başvurulması gereken en doğru yol haklı sebeple müdürün görevden alınması değil, haklı sebeple şirketin feshi davası (TTK m. 636/3) açılmasıdır. Zira, TTK m. 630/2 uyarınca mahkemenin sahip olduğu müdahale yetkisi, bu yapıdaki şirketler açısından problemin çözümünde yeterli değildir. Haklı sebeple fesih davasında geniş yetkilerle donatılmış olan hakim, örneğin, haklı sebebin gerçekleşmesinde daha fazla kusurlu olan ortağın şirketten çıkarılmasına karar vererek şirketin faaliyetlerine devam etmesi sağlanabilecektir (Aynı yönde bk. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, § 67 N. 831).

³² Yazarın görüşünü desteklemek üzere atıf yaptığı İsviçre kaynakları (Andermatt, "Beschränkung der Geschäftsführung," 473; Kratz, "Art. 815," N. 2) İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)'nin 731b maddesine dayanmaktadır (İBK m. 819). Türk hukukunda bulunmayan bu hüküm herhangi bir ortağa veya alacaklıya, şirketin organizasyonunda eksiklik bulunduğu mahkemeden gerekli önlemlerin alınmasını isteme yetkisi vermektedir. Hükümde organizasyon eksikliği olarak sayılan haller arasında; şirketin organlarından birine sahip olmaması ve organın hukuka uygun bir şekilde oluşturulmaması sayılmaktadır.

alınan kişi, çoğunluk ortak tarafından yeniden müdür seçilirse, bunun tescili istemi ticaret sicili müdürlüğü tarafından Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY)'nin 34/1. ve 35. maddeleri uyarınca reddedilmelidir. Seçim kararının tescil edilmesi halinde ise kararın iptali (TTK m. 622) yoluna gidilebilir³³. Ticaret sicili müdürünün inceleme yetkisi sınırlı bir yetki olup bu hususun sicil müdürünün inceleme yetkisi kapsamına girmediği açıktır. Aynı şekilde, genel kurul kararının iptali davasında bunun iptal sebeplerinden sayılması güçtür. Zira görevden alınan müdürün yeniden seçimini yasaklayan bir kanun hükmü ya da mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Böyle bir durumda azınlık ortağın müdürün görevden alınması yoluna değil de payını devretme³⁴ ya da şirketin feshine yol açacak düzeyde bir haklı sebep söz konusu ise şirketin feshi³⁵ yoluna başvurması elbette mümkündür. Bununla birlikte, bu imkanlar, azınlık ortak tarafından müdürün görevden alınması yolu tercih edildiği ihtimalde bir çözüm değildir.

TTK'nin 636/3. maddesi uyarınca, şirketin feshi istemiyle açılan davada hakim, fesih yerine davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen diğer bir çözüme karar vermeye yetkilidir. TTK'nin 630/2. maddesinde böyle açık bir hükümlerle yetkilendirilmemiş olması hakimin gerekli tedbirleri almaya yetkili olmadığı anlamına gelmez. Fesih davası bakımından açık bir düzenleme yapılmasının nedeni, taleple bağılılık ilkesini (HMK m. 26) aşmak ve hakimin istemden başka bir şeye karar verebilmesinin önünü açmaktır. TTK m. 630/2 bağlamında ele aldığımız sorun ise, hakimin talepten başka bir şeye hükmetmesiyle ilgili değildir. Burada talep, müdürün yetkilerinin kaldırılmasıdır ve hakim koşulları mevcutsa yine buna karar verecektir. Sorun, mahkemenin "müdürün yetkilerini kaldırma" yetkisinin kapsamıyla ilgilidir.

Hakim, TTK m. 630/2 uyarınca, şirketin yönetim fonksiyonunun yerine getirilmesine engel olan haklı sebebin ortadan kaldırılması için kanuna uygunluk, gereklilik ve ölçülülük kısıtlarına göre gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğuna ve ele aldığımız sorunda müdürün yalnızca görevden alınması, anılan sonucu elde etmek için yeterli olmadığına göre, görevden alma kararıyla birlikte hakim gerekli tedbirleri de almalıdır. En doğru tedbir,

³³ Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 448.

³⁴ Bu öneri için bk. Andermatt, "Beschränkung der Geschäftsführung," 473 vd.; Kandıralıoğlu Cuydan, "Müdürün Azli," 92.

³⁵ Bu öneri için bk. Aksu Özkan, "Bir Değerlendirme," 302.

haklı sebep şahsında gerçekleşen müdürün belirli süreliğine yeniden müdür seçilmesine yasak getirmektir. Bu tedbir kanuna uygundur; çünkü, 630/2 hükmü ile hakime tanınan yetki şirket sözleşmesiyle düzenlenen şirketin yönetimi ve temsiline müdahale yetkisi olup hakim bu yetkisine istinaden böyle bir yasak getirebilir. Gerekli olduğu konusunda şüphe duyulmayan bu tedbir, seçilme yasağını süreyle sınırlandırdığından aynı zamanda ölçülüdür de. TTK m. 630/2 hükmüyle, çoğunluğun aksi yöndeki iradesine rağmen hakime müdürün görevine müdahale etme yetkisi tanınmakla çoğunluk ilkesine zaten bir istisna getirildiğinden³⁶, anılan tedbirin, çoğunluk ilkesini ihlal ettiğinden de söz edilemez.

Görevden alınan müdür genel kurulda kendisini yeniden müdür seçtirebilecekse, mahkemenin görevden alma kararıyla yetinmesi, bile bile faydasız / etkisiz bir hüküm tesisi anlamına gelir. Şirketin menfaatini korumak amacıyla getirilmiş olan hüküm, bu amaca aykırı olarak uygulanamaz. Hükmün amacına uygun olarak uygulanması, haklı sebep şahsında gerçekleşen müdürün müdürlük yapmaması ve dolayısıyla şirketin yönetiminden gerçek anlamda uzaklaştırılmasıyla mümkündür. Görevden alınan müdür yeniden seçildiğinde, mahkemenin yasakladığı sonuca yasaya uygun olan başka yollarla erişilmiş olmaktadır. İşte, adeta “mahkeme hükmünün dolanılması” olarak nitelendirilebilecek bu durumu engellemeyi amaçlayan seçilme yasağı, mahkemenin yönetime müdahale yetkisi kapsamındadır.

Haklı sebeple görevden alınan müdürün yeniden seçilmesi, şirketin kötü yönetime terkedilmesi sonucunu doğurur. Kanun koyucu müdürün haklı sebep niteliğindeki davranışlarına kötü yönetimin diğer sonuçlarının uygulanmasını uygun görseydi, 630/2. maddeyi sevk etmez; sorunun çözümünü, anonim şirketlerde olduğu gibi, kanunda zaten mevcut olan diğer yöntemlere³⁷ bırakırdı³⁸.

Görevden alınan ortak müdür açısından müdür seçimi kararlarında oydan yoksunluk halı ise bu kapsamda alınabilecek bir tedbir değildir. Gerçi, görevden alınan müdürün kendisinin yanı sıra onun tarafından gösterilen kişinin müdür olarak seçilmesine bu surette engel olunabileceğinden, böyle

³⁶ Şener, *Limited Ortaklıklar*, 777.

³⁷ Sorumluluk davası açma (TTK m. 644, 553), esas sermaye payının devri (TTK m. 595), genel kurul kararlarına karşı iptal-butlan davası açma (TTK m. 622, 445 vd.), müdürlerin kararlarına karşı butlan davası açma (TTK m. 644, 391), haklı sebeple çıkma (TTK m. 638), haklı sebeple şirketin feshini isteme (TTK m. 636/3) gibi.

³⁸ Karş. Yıldız, “Yönetim Kayyımı,” 105.

bir tedbirin şirketin menfaatine olduğu düşünülebilir. Öte yandan, anılan tedbir, belirli konularla sınırlı dahi olsa ortağın asgari oy hakkının ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden kanuna aykırı olup hakimın müdahale yetkisi kapsamına girmez (TTK m. 618/1, 447/1, a). Belirtilmelidir ki, çoğunluk ortak tarafından seçilen müdürün “onun adamı” olacağı varsayımıyla böyle bir tedbire başvurulması aşırı kurguculuk olup ölçülü de değildir.

Görevden alınan müdürün yeniden seçilmesine engel olmak amacıyla görevden almayla birlikte şirkete yönetim kayyımı atamak da alınabilecek tedbirler kapsamında akla gelebilir. Kayyım atanmasına sebebiyet veren organsızlık, tüzel kişinin organının oluşumundaki ya da çalışmasındaki hukuki ya da fiili tıkanmalar halinde gündeme gelir³⁹. Eldeki meselede ise, genel kurulun toplanması ya da karar alması açısından bir eksiklik bulunmamaktadır. Sorun, görevden alınan müdürün yeniden seçilmesi halinde, mahkemenin haklı sebep olarak tespit ettiği hususların şirketin yönetimine yeniden hakim olmasıdır. Ne var ki, kötü yönetim, kayyım tayinine sebebiyet vermez⁴⁰. Bu durumda kayyım atanabileceği kabul edilse bile, şirket yönetiminin belirsiz bir süreliğine bünyesine yabancı bir organa terkedilmesi ne kayyımlığın geçici mahiyetiyle ne de TTK'nin 630/2. maddesiyle korunmak istenen amaçla izah edilebilir. Bu nedenle, kayyım tayini hukuka uygun bir çözüm değildir.

III. MÜDÜRÜN YETKİLERİNİ SINIRLANDIRMA

A. Yönetim Yetkisini Sınırlandırma

Şirketin yönetimi şirket sözleşmesi ile düzenlenir (TTK m. 623/1). Şirket sözleşmesi ile düzenlenebilme, emredici hükümler ilkesi gereği kanunun izin verdiği ölçüdedir (TTK m. 579). Bu bağlamda, haklı sebep olarak müdürün

³⁹ Genel kurulun toplanamaması ya da karar nisabının sağlanamaması nedeniyle müdür seçimi yapılamaması veya seçim kararının geçersiz olması, yönetim organının hukuki yokluk; müdürlerin kendi aralarındaki ya da genel kurulun ortaklar arasındaki anlaşmazlıklar nedeniyle toplanıp karar alamaması ise müdürler ya da genel kurulun fiili yokluk halleri olarak gösterilebilir (Çamoğlu, “Yönetim Kayyımı,” 21-22).

⁴⁰ Y. 11. HD, E.2017/2553, K.2018/8029, 18.12.2018, erişim tarihi Mayıs 22, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Çamoğlu, “Yönetim Kayyımı,” 24. Organ mevcut olup da herhangi bir engel nedeniyle gerekli yönetimi sağlayamadığında ya da organ ile tüzel kişilik arasındaki menfaat çatışması süreklilik arz ettiğinde şirkete yönetim kayyımı atanabileceğini ileri süren görüş için bk. Gümüş, *Kayyımlik*, 109, 120-21.

rekabet yasağına aykırı davranışları gösterilmişse müdahale yetkisi kapsamında mahkeme, şirket sözleşmesindeki rekabet yasağını kaldıran hükmün kaldırılmasına karar verebilir (TTK m. 626/2). Yine, haklı sebep teşkil eden hususların ortadan kaldırılmasını sağlayacaksa, müdürün belirli kararlarını veya münferit sorunları genel kurulun onayına tabi tutabilir⁴¹ (TTK m. 625/2, 616/2, a). Örneğin, haklı sebep teşkil eden olay şirket varlıklarının değerinden düşük fiyata satılması ise, bu türden satışlarda genel kurulun onayının alınması koşulu getirebilir ve yine bu koşulun etkili olması için gerekliyse genel kurulun onay kararı için bir karar nisabı öngörebilir (TTK m. 620). Bundan başka, müdürler kurulunun karar nisabı olarak oy çokluğu yerine daha ağır bir nisaba karar verebileceği gibi, eşitlik halinde söz konusu olan başkanın üstün oyunun kaldırılmasına da hükmedebilir (TTK m. 624/3). Bu kapsamda, müdürün yönetim yetkisi miktar ve / veya konu itibarıyla de sınırlandırılabilir⁴².

Müdürün yönetim yetkisine getirilen sınırlandırmalar, iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez⁴³. Mahkeme kararının ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmiş olması; hatta, üçüncü kişilerin sınırlandırmalara vakıf olması sonucu değiştirmez. Mahkemenin öngördüğü sınırlamaların, müdürler açısından frenleyici etki doğurması beklenir. Yönetim görevini ifa ederken uyulması zorunlu olan talimat niteliği taşıyan bu sınırlamalara uyulmaması nedeniyle şirket zarara uğrarsa müdürün sorumluluğu gündeme gelir.

⁴¹ Müdürlerin devredilemez ve vazgeçilemez görevleri genel kurul onayına tabi tutulamaz. Kendigelen ve Kırca, *Cilt III*, N. 248; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 22-36; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 665; Hanife Doğrusöz Koşut, "Limited Şirket Sözleşmesinde Yer Alan 'Belirli Müdürler Kurulu Kararlarının veya Münferit Sorunların Genel Kurul Onayına Sunulması Zorunluluğu Getiren' Hükümlerin Değerlendirilmesi," içinde *1. Ticaret Hukuku Kongresi 2021 Tebliğler*, ed. Mehmet Bahtiyar, Mete Tevetoğlu, Betül Aktaş, Hakan Tokbaş (İstanbul: Aristo, 2021), 472. Aksi yönde bk. Hasan Karakılçık, "Limited Ortaklıkta Müdürlerin Belirli Kararları ve Münferit Sorunları Genel Kurul Onayına Sunmaları (TTK m. 625/2 Üzerine Bir Değerlendirme)," içinde *Türkiye Adalet Akademisi Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, ed. Erol Ulusoy, Yusuf Demirci (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2018), 471 vd.

⁴² Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 447.

⁴³ Esra Hamamcıoğlu, *Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2022), 445-47; Karakılçık, "Genel Kurul Onayı," 479; Kendigelen ve Kırca, *Cilt III*, N. 249; Doğrusöz Koşut, "Genel Kurul Onayı," 473, 477; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 670.

B. Temsil Yetkisini Sınırlandırma

Limited şirketin yönetimi olduğu gibi temsili de şirket sözleşmesiyle düzenlenir (TTK m. 623/1). Hakim, TTK'nin 630/2. maddesi uyarınca temsille ilgili şirket sözleşmesi hükümlerine müdahaleye de yetkilidir. Bununla beraber, ticari hayatın gereklilikleri açısından üçüncü kişilerin temsilcinin şirket adına işlem yapmaya yetkili olduğuna dair güveninin korunması esastır. Temsil yetkisinin bu özelliği nedeniyle hakimin bu yetkiye müdahale imkanı, yönetim yetkisine müdahale imkanından dar kapsamlıdır.

1. Kişi ve Yer İtibariyle Sınırlandırma

Limited şirkette müdürlerin temsil yetkisinin sınırlandırılması konusunda anonim şirkete ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (TTK m. 629/1). Buna göre, müdürlerin temsil yetkisi ya sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülenerek (yer itibariyle) ya da birlikte kullanılmak üzere (kişi itibariyle) sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmalar tescil ve ilan edildiğinde üçüncü kişilere karşı geçerlidir (TTK m. 371/3). Dolayısıyla temsil yetkisi açısından kişi veya yer itibariyle getirilmiş geçerli bir sınırlandırma söz konusu iken, müdürün buna uymadan üçüncü kişilerle yaptığı işlemler, sınırlandırmalara aykırı olduğu ölçüde şirketi bağlamaz. Temsil yetkisinin mahkeme tarafından sınırlandırılmasına özgü bir yöntem kanunda düzenlenmemiştir. Bu açıdan, hem ticari hayatın gerekleri gözetilerek hem de iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla düzenlenen TTK m. 371/3 hükmünde öngörülen sistem hakimin müdahalesi bakımından da geçerlidir⁴⁴.

Kişi itibariyle sınırlandırma, birden fazla müdür bulunduğu söz konusu olabilir. Tek müdür mevcutsa, bu müdürün temsil yetkisinin ortaklardan biriyle ya da mahkemece atanacak kayyım ile birlikte kullanılmak üzere sınırlandırılması mümkün değildir⁴⁵. Zira müdür atama genel kurulun

⁴⁴ Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 447; Aydoğan, "Müdürün Azli," 181; Y. 11. HD, E.2018/4319, K.2019/5759, 24.9.2019, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2019/5156, K.2020/3795, 5.10.2020, erişim tarihi Mayıs 7, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>; Y. 11. HD, E.2020/1233, K.2021/3661, 14.4.2021, erişim tarihi Ağustos 17, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁴⁵ Aksi görüş için bk. Aksu Özkan, "Bir Değerlendirme," 326-327; Sevi, "Yönetim ve Temsil Yetkisi," 447. İkincinin mümkün olduğu görüşü için bk. Aydoğan, "Müdürün Azli," 181, karşı. 184.

devredilemez yetkisi olup mahkeme müdür atamaya yetkili olmadığı gibi, organsızlık halinin bulunmadığı anılan ihtimalde kayyım atamanın koşulları da mevcut değildir.

Sınırlandırma neticesinde şirket işleri sürdürülemez hale gelecekse koşullar şeklen uygun olsa bile mahkeme temsil yetkisinin kişi itibarıyla sınırlandırılmasına karar veremez. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında, şirket işlerinin aksamasına neden olacağından aralarında boşanma davası nedeniyle ihtilaf bulunan kişilerin birlikte temsille yetkilendirilemeyeceğini içtihat etmiştir⁴⁶.

2. Diğer Sınırlamalar

Diğer sınırlamalardan kasıt, kişi ve yer itibarıyla olanlar dışında kalan her türlü sınırlandırmadır. Müdürün temsil yetkisine getirilebilecek bu türden; özellikle, konu ve / veya miktar itibarıyla sınırlandırmalarla somut olayda ileri sürülen haklı sebebin ortadan kaldırılması ve şirketin kendi organları eliyle yönetilmeye devam etmesi mümkün olabilir.

Bu konuda öncelikle başvurulması gereken düzenleme TTK m. 371/3 hükmüdür (TTK m. 629/1). Buna göre, “temsil yetkisinin sınırlandırılması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez”. Diğer sınırlandırmaların hüküm ifade etmeyeceği çevre “iyiniyet sahibi üçüncü kişiler” olarak belirlenmiştir. Buradaki üçüncü kişi, şirketin dış ilişkilerinin muhatabı olan kişidir. Hükmün mefhumu muhalifinden çıkarılan ilk sonuç, diğer sınırlandırmaların iyi niyetli olmayan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğidir⁴⁷. İkinci sonuç ise, diğer sınırlandırmaların iç ilişkide geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağıdır. Bu itibarla, ticaret siciline tescil ve TTSG’de ilan edilmiş olsalar dahi iyi niyetli üçüncü kişiler açısından geçerli olmayan diğer sınırlandırmalar iç ilişkide sonuçlarını doğuracak olup, buna

⁴⁶ Y. 11. HD, E.2013/3073, K.2013/5482, 20.3.2013, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁴⁷ İyi niyetin ortadan kalkması için üçüncü kişinin sınırlandırmayı fiilen bilmesi (müspet vukuf) gerektiği yönünde bk. (Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 351); Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 12-78; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, § 67 N. 62. Üçüncü kişinin bilgisizliğinin ağır ihmalden kaynaklandığı hallerde de diğer sınırlandırmaların kendisine karşı ileri sürülebileceği yönünde bk. İsmail Kırcı, “Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen ve Tescilli Caiz Olmayan Sınırlandırmaların Üçüncü Kişilere Etkisi,” *BATİDER* 17, sayı 3 (1994): 157.

aykırı olarak yapılan işlemler nedeniyle şirketin uğrayacağı zarardan müdürün sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁸.

Hemen belirtelim, şirket sözleşmesiyle tescil ve TTSG’de ilan edilip de sicilin olumlu etkisinin uygulanacağı konular arasında yer alan “temsil yetkisinin kullanılma şekli” (TTK m. 587/1, ı) ile kastedilen, temsil yetkisinin münferit mi, birlikte mi yoksa yer itibariyle sınırlı olarak mı verildiğidir. Dolayısıyla diğer sınırlandırmalar tescil edilmiş olsalar dahi bunlar hakkında sicilin olumlu etkisi geçerli değildir.

Peki, temsile yetkili olmayan müdürlerin sınırlı yetkiye sahip ticari vekil olarak atanabilmesine izin veren⁴⁹ TTK’nin 629/3. maddesi diğer sınırlandırmalar bakımından hukuki dayanak teşkil edebilir mi? Bunun mümkün olduğu kabul edilirse mahkeme, müdürün temsil yetkisini kapsam itibariyle, temsil yetkisi sınırlandırılmış ticari vekilin yetkisine indirgeyebileceği ya da temsil yetkisinin kaldırılmasına karar verdiği müdürün ayrıca sınırlı yetkili ticari vekil olarak atanmasına karar verebilecektir. Bu soruya birçok açıdan olumsuz cevap verilmelidir. İlki, temsil yetkisinin sınırlandırılmasında kural TTK’nin 371/3. maddesi (TTK m. 629/1) olup, 6552 sayılı Kanun’la TTK’nin 629. maddesine eklenen anılan fıkra hükmü istisnai nitelik taşıdığından dar yorumlanmalıdır⁵⁰. İkinci olarak, TTK m. 629/3 uyarınca sınırlı yetkili ticari vekil atama yetkisi, şirket sözleşmesiyle kendilerine bırakılmış olması koşuluyla⁵¹ müdürlere aittir (TTK m. 623/1, 631/1). Müdürler açısından bu yetki yönetim örgütünün belirlenmesi şeklindeki devredilemez yetki kapsamında olup mahkeme tarafından

⁴⁸ Karaahmetoğlu, *Temsil*, 186, 188; Birgül Sopacı Öztuna, *Limited Şirketlerde Müdür* (Ankara: Seçkin 2022), 159; Şener, *Limited Ortaklıklar*, 707; Yıldırım, *Müdürün Hukuki Durumu*, 119.

⁴⁹ TTK’nin 629/3. maddesinde 371/7. maddeye yapılan atıf nedeniyle temsil yetkisine sahip olmayan müdürler de sınırlı yetkili temsilci olarak atanabilir (Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 351; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 22-51). TTK m. 371/7’den farklı olarak 629/3 hükmünde sınırlı yetkili temsilci olarak atanabilecek kişiler arasında temsil yetkisi bulunmayan müdürlerin sayılmadığı gerekçesiyle aksi yönde bk. Veliye Yanlı ve Gül Okutan Nilsson, “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini,” *BATİDER* 30, sayı 4 (2014): 37-8.

⁵⁰ İsmail Kırca, “TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım,” *BATİDER* 30, sayı 3 (2014): 37.

⁵¹ Yanlı ve Okutan Nilsson, “Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini,” 39-40.

kullanılamaz (TTK m. 625/1, b). Bir an için mahkemenin buna yetkili olduğu ve ayrıca atanacak temsilcinin yetkilerinin kapsamı mahkeme kararıyla görünür hale geleceğinden böyle bir temsilci atanması için gerekli olan iç yönerge hazırlanması gibi diğer koşulların aranmayacağı kabul edilse bile, bu kapsamda atanan temsilciler için öngörülen özel sorumluluk hükmü nedeniyle mahkemece bu yola başvurulması TTK m. 630/2 hükmünün amacıyla bağdaştırılamaz. Gerçekten, TTK'nin 629/3 ve 371/7. maddelerine göre, bu hükme göre atanan kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her türlü zarardan müdürler sorumludur⁵². Şirketin menfaatine aykırı olan davranışları nedeniyle temsil yetkisi TTK m. 629/3 ve 371/7'ye uygun olarak sınırlandırılan müdürün, bu sefer şirkete zarar verebilecek davranışlarından sorumsuz hale getirilerek atanması ile şirket menfaatinin korunmayacağı aşıkardır.

TTK m. 630/2 hükmüyle hakime tanınmış olan sınırlandırma yetkisi, ticari hayatın önemli ilkelerinden biri olan işlem güvenliği ilkesine dayanarak oluşturulmuş temsil sisteminden sapmayı haklı gösterecek şekilde düzenlenmemiştir. Gerçekten, anılan hüküm, müdürün temsil yetkisinin sınırlandırılması konusunda yetkiliyi ve sınırlandırma sebeplerini düzenlemeyi amaçlar⁵³. Bundan öte, sınırlandırmanın içeriği hakkında kanundan ayrılan bir hüküm öngörme amacı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun böyle bir niyeti olsaydı bunu, şirketin haklı nedenle feshinde benimsediği yöntemde olduğu gibi, temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin ilkelerden sapmaya açıkça izin veren bir düzenlemeyle yapması gerekirdi.

Yargıtay'ın diğer sınırlamalar konusunda verdiği kararlarda istikrar yoktur. Müdürün yönetim ve temsil yetkisinin pay ve paydaş çoğunluğu ile kullanılması şeklinde sınırlandırılmasına karar veren Bölge Adliye Mahkemesi kararını, hem müdür sıfatı bulunmayan ortaklara temsil yetkisi tanındığı hem de böyle bir sınırlandırmanın icrasının mümkün olmayacağı gerekçeleriyle bozan Yargıtay, kararında ayrıca şu açıklamalara yer vermiştir⁵⁴: “[Mahkemece verilen hüküm], sınırlamanın yer itibariyle mi veya birlikte temsil şeklinde mi yahut da miktar konu ve içerik bakımından mı

⁵² Bu konuda bk. Kırcı, “Geri Adım,” 35.

⁵³ Bk. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)* (İstanbul: On İki Levha, 2012), 545.

⁵⁴ Y. 11. HD, E.2018/3556, K.2019/5299, 11.9.2019, erişim tarihi Ağustos 13, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

olduğu hususunda da hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde ayrıntılı ve açık düzenleme içermemektedir”. Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararını isabetli gerekçelerle bozan Yargıtay’ın bu açıklamalarına ise az yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle katılmak mümkün değildir. Yargıtay bundan on üç gün sonra verdiği başka bir kararında TTK’nin 371/3 hükmüne gönderme yaparak sınırlandırmanın ancak yer ve kişi itibarıyla olabileceğine hükmetmiştir⁵⁵. Öte yandan daha sonraki tarihli bir kararıyla müdürün temsil yetkisine konu itibarıyla sınırlandırma getiren yerel mahkeme kararını onamıştır⁵⁶.

C. Onay veya Denetim Kayyımı Atama

Uygulamada onay veya denetim kayyımı adı altında kayyım atanarak müdürün temsil yetkisi yargılama sürecinde geçerli olmak kaydıyla tedbiren sınırlandırılmaktadır⁵⁷. Bu yöntemde, müdür görevden alınmamakta; ancak, işlemlerinden bazılarının ya da tamamının geçerli olması, kayyımın onay vermesi koşuluna bağlanmaktadır. Mahkemenin görevden alma davasında nihai kararını böyle bir içerikle tesis ederek müdürün yetkilerini sınırlandırıp sınırlandıramayacağı incelenmelidir.

⁵⁵ Y. 11. HD, E.2018/4319, K.2019/5759, 24.9.2019, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁵⁶ Y. 11. HD, E.2019/1497, K.2019/7916, 9.12.2019, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>: “davalı ...’nin Siirt Çakıcı İnşaat Taahhüt Sanayi Ltd. Şti.’nin taraf olduğu dava ve icra takiplerinden feragat etme ve bu şirkete ait taşınmazların satma konusundaki yetkisinin kaldırılması suretiyle sınırlandırılmasına [karar vermesi yerindedir]”.

⁵⁷ Görevden alma davasında verilen “onay kayy[ı]mı olarak atanan ...’in görevinin karar kesinleşinceye kadar devamına...” şeklindeki karar için bk. Y. 11. HD, E.2018/5120, K.2019/6383, 9.10.2019, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Ayrıca bk. Y. 11. HD, E.2014/8486, K.2014/11540, 16.6.2014, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Haklı sebeple fesih davasında verilen “...TTK.nun 636/5 maddesi gereğince davalı şirkete denetim kayyımı atanmasına, ...Ltd. Şti adına yapılacak 50.000-TL üzerindeki tasarruf işlemlerinin denetim kayyımının onayına tabi tutulmasına, denetim kayyımı olarak re’sen ...’in atanmasına...” şeklindeki karar için bk. İstanbul BAM 12. HD, E. 2021/1034, K. 2021/978, 24.6.2021, erişim tarihi Ağustos 21, 2023, <https://legalbank.net/arama>. İptal davasında yapılan onay kayyımı ataması için bk. İstanbul BAM 13. HD, E.2018/96, K.2018/113, 21.2.2018, erişim tarihi Ağustos 21, 2023, <https://legalbank.net/arama>.

İlk olarak, mahkemenin alacağı bu türden tedbirler, hüküm kesinleşinceye kadar olan süreç için geçerli olup geçici hukuki koruma mahiyetindedir. Dayanağı özel bir kanun hükmü (HMK m. 389) olan bu tedbir, esas hakkındaki kararın içeriğini oluşturmaya elverişli değildir⁵⁸. Şirketin kendi organları eliyle yönetilmesi kural olduğundan, anılan yöntem, limited şirketin yönetim ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Şirketin yönetimi için kayyım tayini organsızlık haline özgü istisnai bir yoldur. Hem de organın mevcut olduğu anılan ihtimalde hakim, bu istisnai yola başvuruya yetkili değildir.

Bundan başka, böyle bir sınırlandırma TTK m. 371/3 uyarınca iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Müdürün kayyımın onayını almadan iyi niyetli üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler geçerliliğini koruyacaktır. Müdürün yapacağı işlemlerin kayyım onayına bağlı olduğu hususu, ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmiş olsa dahi sonuç değişmez. Öyle ki, sicilin olumlu etkisi, kanunun ticaret siciline tescil edilmesine izin verdiği konularda doğar (TTK m. 36/1). TTK'nin 587/1. maddesinin 1 bendi ile sicilin olumlu etkisinin doğmasına izin verilen "Temsil yetkisinin kullanılma şekli", temsil yetkisi açısından kanunun izin verdiği yani TTK m. 371/3 hükmünde düzenlenen kullanım şeklidir (TTK m. 629/1).

Yargıtay'ın kimi kararlarında müdürün yetkilerinin bu şekilde sınırlandırılmasına izin verildiği görülmektedir⁵⁹. Bununla beraber, ilk derece mahkemesinin, müdürün şirketi temsilen yapacağı tüm işlemlerin şirkete atanacak bir kayyım onayından sonra geçerli olması ve temsil yetkisinin bu şekilde sınırlandırılması şeklinde verdiği kararı Yargıtay isabetli bir şekilde yer verdiği şu gerekçeyle bozmuştur⁶⁰:

⁵⁸ Geçici hukuki koruma tedbirleri hakkında bk. Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul C. III* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2461 vd.

⁵⁹ Y. 11. HD, E.2016/4670, K.2017/3015, 24.5.2017, erişim tarihi Ağustos 17, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>: "...kayyımın davalı müdürün yanında mı kayyım olarak atandığı, müdürün yetkilerinin kaldırılıp kaldırılmadığı, kayyımın hangi konuda ve ne kadar süre ile yetki verildiği..." hususlarında açıklık bulunmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Y. 11. HD, E.2012/9915, K.2014/1889, 4.2.2014, erişim tarihi Temmuz 9, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>: "...davalının şirketi idare ve temsil yetkisinin...10.000.00 TL'nin üzerinde yapacağı işlemleri kayyım heyetinin onayına sunması suretiyle sınırlandırılmasına..."

⁶⁰ Y. 11. HD, E.2018/4319, K.2019/5759, 24.9.2019, erişim tarihi Ağustos 11, 2023, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

Mahkemece, bu kararın dayanağı olarak TTK [nin] 630/2 ve 3. maddeleri gösterilmiş ise de, bu maddelerde müdürün yetkisinin sınırlandırılabilmesi belirtilmiş olup, maddedeki sınırlandırmanın amacı müdürün yetkisi dahilinde yaptığı işlerin kayyım onayına tabi tutulması değildir. Böyle bir yorum, TMK'da düzenlenen kayyım müessesesi ile bağdaşmadığı gibi TTK'nın 629/1. maddesinin atfıyla limited şirketlere de uygulanması mümkün olan TTK'nın 371/3. maddesi gereğince, ancak temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin [işlerine] özgülendirilmesine veya birlikte kullanılmasına ilişkin sınırlandırmalar [için] geçerli olup, TTK'nın 630/2 ve 3. fıkralarında belirtilen sınırlandırma da ancak kanunda belirtilen bu hallere ilişkin olarak yapılabilir. Bu durumda, mahkemece TTK 630/2 ve 3. maddelerine dayalı olarak müdürü azletmeden kayyım tayini ve müdürün yetkilerinin de kayyım denetimine tabi tutulması ve bu suretle sınırlandırıldığının kabul edilmesi doğru [değildir].

Bu itibarla, TTK m. 630/2 uyarınca açılmış davalarda mahkemenin nihai kararıyla, müdürün gerek yönetim gerekse temsil yetkisinin kayyım onayına tabi tutularak sınırlandırılması hukuki dayanaktan yoksun olduğu kadar kanunun sermaye şirketleri için öngördüğü temsil sistemine de aykırıdır. Bu türden bir tedbire geçici hukuki koruma tedbiri olarak başvurulması ise, özel kanun hükmüne dayandığından (HMK m. 389, 391/1) mümkündür⁶¹.

SONUÇ

TTK'nın 630/2. maddesinin amacı, şirketin kötü yönetilmesine neden olan haklı sebebin ortadan kaldırılarak yönetim organının işlevsel hale gelmesini sağlamaktır. Hükümle korunmak istenen şirketin menfaati olduğuna göre, hükmün amacına ulaşması için mahkemenin müdahale yetkisinin kapsamı şirketin menfaati doğrultusunda belirlenmelidir. Bu itibarla, mahkeme, yalnızca müdürü görevden almaya değil; haklı sebebin ortadan kaldırılarak organın fonksiyonunu ifa eder hale gelmesini sağlayacak tedbirlere hükmetmeye de yetkilidir. Hükümün lafzı da mahkemenin kullanacağı yetkinin teknik anlamda görevden almaya sınırlı olmadığına göstergesidir.

Limited şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesiyle düzenlendiğine göre (TTK m. 623/1), şirketin yönetimine müdahale yetkisinin kullanılması,

⁶¹ Aynı yönde bk. Aydoğan, "Müdürün Azli," 184-185.

şirket sözleşmesine müdahale etme şeklinde de gerçekleşebilir. Bununla birlikte, mahkemenin müdahale yetkisi sınırsız değildir. Yetki, kanunun izin verdiği hususlarda (*kanuna uygunluk*), haklı sebep teşkil eden vakıaların şirket açısından olumsuz etkisini ortadan kaldıracak nitelikte (*gereklilik*) ve ölçüde (*ölçülülük*) kullanılabilir.

Mahkeme tarafından, müdürün yönetim ve temsil yetkilerinin birlikte kaldırılmasına karar verilebileceği gibi, haklı sebep teşkil eden vakıaların ortadan kaldırılması için yeterliyse, müdürün yalnızca yönetim yetkisi veya yalnızca temsil yetkisi de kaldırılabilir.

Görevden alınan müdürün yerine yeni müdür atamaya mahkeme yetkili değildir. Müdürün görevden alınmasını takiben şirkete kayyım atanıp atanmayacağına ise, kayyım atama esasları, limited şirketin yönetim ilkeleri ve somut olayın özellikleri birlikte göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Buna göre, görevden alma, şirketin organsız kalmasına neden olmayacaksa kayyım atanmaz. Görevden alma sonucunda şirket organsız kalacaksa, bu sefer, görevden almayı takiben oluşacak organ boşluğunun giderilmesi için şirketin gerekli mekanizmalara sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Bu durumda kayyım ancak, şirket yönetim organını yeniden oluşturabilmek için gerekli mekanizmalara sahip değilse atanabilir.

Görevden alınan müdür şirkette %50'nin üzerinde esas sermaye payına sahipse, hakim müdahale yetkisi kapsamında ayrıca görevden alınan müdürün belirli süreliğine yeniden müdür olarak seçilmesini yasaklayabilir.

Mahkeme tarafından müdürlerin yönetim yetkisine getirilen sınırlandırmalar, iç ilişkiyi ilgilendirir. Tescile ve ilana tabi hususlar arasında yer almadığından (TTK m. 587/1) mahkeme kararının bir şekilde ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmiş olması; hatta üçüncü kişilerin bu sınırlandırmalara vakıf olması sonucu değiştirmez. Temsil yetkisine müdahale bakımından ise TTK'nin 371/3. maddesinde öngörülen sistem geçerlidir. Buna göre, müdürlerin temsil yetkisine getirilen ancak yer ve kişi itibarıyla sınırlandırmalar, tescil ve ilan edildiklerinde üçüncü kişilere karşı geçerlidir. Diğer sınırlandırmalar, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmez; sonuçlarını iç ilişkide doğurur. Dolayısıyla temsil yetkisine getirilen diğer sınırlandırmalara aykırı olarak yapılan işlemler nedeniyle şirketin uğrayacağı zarardan müdürler sorumludur.

Hem kayyım atama esaslarına hem de limited şirketin yönetim ilkelerine aykırı olduğu için bu yetki kapsamında mahkeme tarafından onay kayyımı atanması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Akdeniz, Umut. *Limited Şirketlerde Müdürün Görevden Alınması*. Ankara: Seçkin, 2021.

Akıncı, Elif. *Limited Şirketlerde Müdürün Azli*. Konya: Sayram, 2019.

Aksu Özkan, Raziye. "Limited Şirkette Müdürlerin Yönetim ve Temsil Yetkisinin Mahkeme Tarafından Kaldırılması ve Sınırlandırılması Hakkında Bir Değerlendirme." *Hacettepe HFD*, özel sayı (2022): 296-337.

Andermatt, Adrian. "Beschränkung der Geschäftsführung auf einen Einzelnen Gesellschafter bei der GmbH - Unter besonderer Berücksichtigung der Abberufung des geschäftsführenden Gesellschafters." *Der Schweizer Treuhänder*, sayı 6-7 (2009): 470-73.

Aras, Çağlar Doğu. "TTK Madde 630." İçinde *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt 4: Türk Ticaret Kanunu md. 564-644*, Editör Kemal Şenocak. Ankara: Seçkin, 2023.

Aydoğan, Fatih. "Limited Şirket Müdürünün Azli." İçinde *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV (Tebliğler ve Tartışmalar) 23 Ekim 2020*, Editörler Arslan Kaya, Fatih Arıcı, Pelin Tokcan, Numan Sönmez, Müge Evlek, Mahmut Arif Koçak, 173-89. İstanbul: On İki Levha, 2021.

Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin, 2022.

Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta, 2022.

Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Şirketler Hukuku Dersleri*. Bursa: Dora, 2020.

Çalış, Mustafa İsmail. *İki Ortaklı Limited Şirketlerde Kilitleme (Pat) Durumu*. İstanbul: On İki Levha, 2023.

Çamoğlu, Ersin. *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*. İstanbul: Vedat, 2020.

Çamoğlu, Ersin. "Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması." *İstanbul Barosu Dergisi* 91, sayı 5 (2017): 15-28.

Çebi, Hakan. *Limited Şirketler Hukuku*. Ankara: Adalet, 2019.

Doğrusöz Koşut, Hanife. "Limited Şirket Sözleşmesinde Yer Alan 'Belirli Müdürler Kurulu Kararlarının veya Münferit Sorunların Genel Kurul Onayına Sunulması Zorunluluğu Getiren' Hükümlerin Değerlendirilmesi." İçinde *1. Ticaret Hukuku Kongresi 2021 Tebliğler*, Editörler Mehmet Bahtiyar, Mete Tevetoğlu, Betül Aktaş, Hakan Tokbaş, 464-79. İstanbul: Aristo, 2021.

- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Hukukunda Kayyımılık*. İstanbul: Vedat, 2006.
- Hamamcıoğlu, Esra. *Aile Tipi Limited şirketlerde şirket Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Handschin, Lukas ve Christof Truniger. *Die GmbH*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2019.
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2022*. İstanbul: On İki Levha, 2023.
- Kandıralıoğlu Cuytan, Çağla. “Müdürlerin Haklı Sebeplerin Varlığı Halinde Azli veya Temsil Yetkilerinin Sınırlandırılması.” *İstanbul Kültür Üniversitesi HFD* 16, sayı 2 (2017): 71-95.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. *Limited şirketin Temsili*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Karakılçık, Hasan. “Limited Ortaklıkta Müdürlerin Belirli Kararları ve Münferit Sorunları Genel Kurul Onayına Sunmaları (TTK m. 625/2 Üzerine Bir Değerlendirme).” İçinde *Türkiye Adalet Akademisi Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Editörler Erol Ulusoy, Yusuf Demirci, 463-82. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2018.
- Kaya, Ali. “Limited şirket Müdürünün Haklı Sebeple Mahkeme Kararıyla Azli ve Azlin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar.” *Legal Hukuk Dergisi* 16, sayı 191 (2018): 5087-5140.
- Kaya, Mustafa İsmail. “Limited şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi.” *Selçuk Üniversitesi HFD* 22, sayı 1 (2014): 61-100.
- Kendigelen, Abuzer ve İsmail Kırca. *şirketler Hukuku Cilt III*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)*. İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Kırca, İsmail. “Ticaret şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen ve Tescili Caiz Olmayan Sınırlandırmaların Üçüncü Kişilere Etkisi.” *BATİDER* 17, sayı 3 (1994): 149-58.
- Kırca, İsmail. “TTK m. 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım.” *BATİDER* 30, sayı 3 (2014): 23-37.
- Kratz, Brigitta. “Art. 815.” İçinde *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz: Art. 772-1186 OR und BEG*, Editörler Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb, 212-14. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2016.
- Kuru, Özge. *Anonim şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri*. İstanbul: On İki Levha, 2022.

- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usul C. III*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku II*. İstanbul: Vedat, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*. Ankara: Adalet, 2022.
- Sevi, Ali Murat. “Limited Şirkette Müdürün ve Diğer Yöneticilerin Yönetim ve Temsil Yetkilerinin Mahkemece Kaldırılması veya Sınırlandırılması.” İçinde *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tartışmalar-Tebliğler) 19 Haziran 2019*, Editörler Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin ve Sinan Sarıkaya, 421-54. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Siffert, Rino, Marc Pascal Fischer ve Martin Petrin. *GmbH-Recht - Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)*. Bern: Stämpfli, 2008.
- Sopacı Öztuna, Birgül. *Limited Şirketlerde Müdür*. Ankara: Seçkin 2022.
- Stehle, Bernhard ve Sebastian Reichle. “Art. 815.” İçinde *Präjudizienbuch OR-Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, Editörler Peter Gauch, Hubert Stöckli, 1532-33. Zürich-Basel-Genf: Schulthess, 2021.
- Şener, Oruç Hami. *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Watter, Rolf. “Art. 815.” İçinde *Basler Kommentar - Obligationenrechts II: Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen*, Editörler Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 2032-36. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2016.
- Yanlı, Veliye ve Gül Okutan Nilsson. “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini.” *BATİDER* 30, sayı 4 (2014): 5-42.
- Yavuz, Mustafa. “Limited Şirketlerde Müdürlerin Mahkeme Kararıyla Azli.” *Yaklaşım* 24, sayı 282 (Haziran 2016): 244-47.
- Yıldırım, Ali Haydar. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu*. İzmir: Güncel, 2008.
- Yıldız, Şükrü. “Sermaye Şirketlerine Yönetim Kayyımı Atanmasını Gerektiren Haller.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi SBD* 16, sayı 32 (2017): 95-106.
- Yıldız, Şükrü. “6102 Sayılı TTK’ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 13, sayı 26 (2014): 47-56.
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan, 2007.

1257/2013 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ TÜZÜĞÜ'NÜN VE YÜRÜRLÜĞÜ İLE BİRLİKTE 2009 TARİHLİ HONG KONG SÖZLEŞMESİNİN TÜRK HUKUKUNA ETKİLERİ

*The Legal Effects of the Regulation (EU) No 1257/2013 of the
European Union and the Hong Kong Convention, 2009 -Upon Its
Entry Into Force- on Turkish Law*

Özgenur KARA BALCI*
İzel VARAN SAMUT**

ÖZ

Türkiye, 2009 tarihli Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesi (*Hong Kong Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships - Hong Kong Sözleşmesi*)'ni 2017 yılında onaylamıştır. Hong Kong Sözleşmesi'nin 17. maddesinde belirlenen yürürlük şartları Haziran 2023'te Bangladeş ve Liberya'nın da taraf olmasıyla tamamlanmış olup, Sözleşmenin 26 Haziran 2025 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Türkiye, dünya gemi geri dönüşümü sektörü içerisinde önemli yere sahip olduğundan, Hong Kong Sözleşmesi ile 1257/2013 sayılı Avrupa Birliği (AB) Gemi Geri Dönüşüm Tüzüğü'nün (*European Union Ship Recycling Regulation - AB Tüzüğü*) incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmanın amacı, gemilerin geri dönüşümünü ele alan ve gemi dönüşüm tesislerine standart getirerek, denetimlerini yeknesaklaştıran Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü'nün, Türk hukuku perspektifinden incelenmesi ve gemi geri dönüşümünde önemli bir rol oynayan Türkiye'nin konu ile ilgili

Makalenin Geliş Tarihi: 01.11.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.02.2024.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: okara@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3511-7802.

** Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: ivaran@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4062-0215.

hâlihazırdaki düzenlemelerinin karşılaştırılmasıdır. Gemi sökümü ve geri dönüşümünün ekonomik faydası yadsınamaz, fakat bu faaliyetlerin iş sağlığı ve güvenliği ile çevrenin korunması bakımından riskleri de bulunmaktadır. Çalışmada bilhassa Hong Kong Sözleşmesi ve AB Gemi Geri Dönüşüm Tüzüğü'nün gemi geri dönüşümü faaliyetlerinde sorun teşkil edebilecek bu konulara ilişkin getirdiği standartlar ve bunların Türkiye bakımından uygulanabilirlikleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Gemi Geri Dönüşümü, Gemi Sökümü, Çevre, İşletim Ömrü Sona Ermiş Gemi, Tehlikeli Maddeler

ABSTRACT

Türkiye ratified the Hong Kong Convention, 2009, in 2017. The entry into force conditions specified in Article 17 of the Convention were completed in June 2023, with Bangladesh and Liberia also becoming parties to the Convention. It is expected that the Convention will enter into force as of 26/06/2025. Considering Türkiye's significant role in the world ship recycling sector, it is crucial to examine the Hong Kong Convention and the Regulation No 1257/2013 of the European Union from the Turkish law perspective.

This study aims to evaluate the Hong Kong Convention and the Regulation No 1257/2013, both of which address ship recycling and aim to standardize ship recycling facilities while harmonizing inspections. The study also seeks to compare the relevant regulations of Turkish law with the Hong Kong Convention as well as the Regulation No 1257/2013. While the economic benefits of ship breaking and recycling are undeniable, there are also risks associated with health and safety at work as well as protection of the environment. The study particularly focuses on the standards governed by the Hong Kong Convention and the Regulation No 1257/2013 that may pose challenges in ship recycling activities and their applicability in the Turkish law.

Keywords: Ship Recycling, Shipbreaking, Environment, End of Life Ships, Hazardous Materials

I. GİRİŞ

İşletim ömrünü tamamlamış gemilerin parçalara ayrılıp tekrar kullanılabilme imkânı olan kısımlarının ekonomiye geri döndürülmesi

işlemine, “gemi geri dönüşümü” denilmektedir¹. Gemilerin geri dönüşümü, ekonomik ve çevresel anlamda bir gereklilik olmakla birlikte, sökülme işlemi çevre ve insan sağlığı için oldukça zararlı sonuçlar doğurmaktadır². Bu zararlı sonuçları bertaraf edebilmek ve gemi sökülme işleminin çevreye duyarlı bir şekilde gerçekleştirilebilmesini sağlamak amacıyla, Hong Kong’da gerçekleştirilen bir diplomatik konferansta 2009 tarihli Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesi (Hong Kong Sözleşmesi)³ kabul edilmiştir. Sözleşme, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) üyesi devletler, 1989 tarihli Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Taşınması Hakkında Basel Sözleşmesine (Basel Sözleşmesi)⁴ taraf devletler, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve ilgili hükümet dışı örgütlerin katkılarıyla oluşturulmuştur⁵.

“Gemi geri dönüşümü” ifadesinde gerek uluslararası belgelerde gerekse uygulamada bir terim birliği bulunmamaktadır. Bu kavram, Hong Kong

¹ Shreya Mishra, “Non-entry into force of the Hong Kong International Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships, 2009: An analysis from the perspective of India Pakistan and Bangladesh,” *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping* II, No 1 (2018): 22; Saiful Karim, *Shipbreaking in Developing Countries: A Requiem for Environmental Justice from the Perspective of Bangladesh (IMLI Studies in International Maritime Law)* (London: Routledge, 2018), 1; Yue Zhao and Chang Yen-Chiang, “Comparison of Ship-Recycling Legislation Between Chinese Law and the 2009 Hong Kong Convention,” *Ocean Development & International Law* XLV, No 1 (2014): 53.

² Parimal Garud, “Incorporation of Global Environmental Norms into Indian Legal Systems: Social and Economic Challenges, with Special Reference to Ship-Breaking,” *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 37, (2012): 150-153. Özellikle geçtiğimiz yıllarda Hindistan, Bangladeş ve Pakistan gibi devletlerce kullanılan *beaching* gemi sökülme tekniğinin çevre ve insan sağlığına büyük zararları olmuştur: Rebecca Prentiss Pskowski, “No Country for Old Ships?: Emerging Liabilities for Ship Recycling Stakeholders,” *Tulane Maritime Law Journal* 45, No 1 (2020): 61-62.

³ Türkiye, 2009 Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile Hong Kong Sözleşmesi’nin onaylanmasını uygun bulmuştur: RG, 31.03.2017, S. 30024.

⁴ Bkz. “Basel Convention,” UNTC, Erişim Tarihi: Eylül 24, 2023, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII3&chapter=27&clang=en. Ayrıca Türkiye, 3957 sayılı Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile Basel Sözleşmesi’nin onaylanmasını uygun bulmuştur: RG, 30.12.1993, S. 21804.

⁵ Bkz. “Recycling of Ships,” IMO, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023, <https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Ship-Recycling.aspx>.

Sözleşmesi'nde "gemi geri dönüşümü (*ship-recycling*)", Basel Sözleşmesi'nde "gemi sökümü (*ship dismantling*)", Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) nezdinde "gemi sökümü (*ship breaking*)", gemicilik istatistiklerinde "gemi imhası (*disposals*)" ve donatanlar tarafından "hurdaya çıkarma (*scrapping*)" olarak ifade edilmektedir⁶. Çalışmada, öğretilerde kabul edildiği üzere, "gemilerin geri dönüşümü"⁷ ile özellikle Türk hukukunda yürürlükte olan düzenlemelerde ele alınış biçimiyle "gemi sökümü" terimleri tercih olunmuştur.

Gemi sökümünün tarihçesine baktığımızda, 1800'lü yıllara kadar gemi inşasında ahşap malzeme kullanıldığından⁸, ömrünü tamamlamış gemilerin yakıldığı veya uygun yöntemlerle batırıldığı görülmektedir. 19. yüzyıldan itibaren ise gemilerin demir ve çelikten yapılmaya başlamasıyla birlikte ömrünü tamamlamış gemilerin sökümünde artık bu yöntemler kullanılamaz hale gelmiştir⁹. Günümüzde gemi sökümünde esas olarak *beaching*¹⁰, tersane ya da devletlerin belirlediği özel alanlarda söküm ve *slipway*¹¹ yöntemlerinin kullanıldığı görülmektedir¹².

Gemi sökümüne ilk olarak gemi sayısının fazla olması sebebiyle İtalya ve İspanya gibi Avrupa Devletleri ile Amerika Birleşik Devletleri'nde

⁶ Mishra, "Non-entry," 22; Terminolojiye ilişkin ayrıca bkz. Tony George Puthucherril, *From Shipbreaking to Sustainable Ship Recycling* (Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010).

⁷ David Dodds, "Breaking Up is Hard to Do: Environmental Effects of Shipwrecking and Possible Solutions Under India's Environmental Regime," *Global Business & Development Law Journal* XX, No 1 (2007): 207, 209.

⁸ Bkz. "Shipbuilding at Greenwich," Royal Museums Greenwich, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023, <https://www.rmg.co.uk/stories/topics/shipbuilding-1800-present>.

⁹ Tanvi Singh, "Designing Adequate PPE for Ship Breaking in Developing Countries, A Project Proposal Presented to the School of Industrial Design Graduate Committee," (Master Project Proposal, Georgia Institute of Technology, 2017), 2.

¹⁰ *Beaching* yöntemi, denizde gelgit olayından yararlanmak suretiyle kullanılan bir yöntem olup, bu yöntem gelgitin arttığı zamanlarda gemilerin kıyıya oturtularak, yerleşik bir tesis kullanılmadan, gemi sökümünün gerçekleştirilmesini ifade etmektedir: Karim, *Shipbreaking*, 83.

¹¹ *Slipway* ya da diğer adıyla *landing* yöntemi, gelgitin az veya hiç olmadığı kıyılarda tercih edilen bir yöntem olup, geminin beton bir rampa ya da kaydırak üzerine çekilerek, sökümünün gerçekleştirilmesini ifade etmektedir: Ahmed Ishtiaque, "Towards a Safe and Sustainable Industry of Ship Breaking: International Initiatives and South Asian Response," *Journal of Maritime Law & Commerce* 51, No 3 (2020): 194.

¹² Buna ilişkin bkz. Karim, *Shipbreaking*, 83.

başlanmıştır¹³. Deniz çevresinin korunması ve deniz kirliliğinin önlemesi hususlarında uluslararası toplumun farkındalığının artmasıyla, çevre bilincini, işçi güvenliğini ve insan sağlığını ilgilendiren düzenlemeler daha katı bir hal almış, ayrıca tehlikeli atıkların bertarafı gelişmiş ülkelerde yüksek maliyetlere ulaşmıştır. Bu sebeplerden ötürü, gemi söküm endüstrisi 1980'lerde gelişmiş ülkelere taşınmıştır¹⁴. 1950'lilerde, gemi söküm pazarına giren ilk devletler Japonya, Kore, Tayvan, Çin, İspanya, Pakistan iken sonraları Bangladeş, Hindistan ve Türkiye gemi söküm endüstrisinde önemli devletler haline gelmişlerdir¹⁵.

İşletim ömrü sona ermiş bir geminin, salt atık olarak doğaya bırakılması çevre kirliliğine sebebiyet verirken, geri dönüştürülmesi doğal kaynakların korunması ile enerji tasarrufunu desteklemek anlamına gelmektedir¹⁶. İstatistiki olarak, 20 yaşını doldurmuş¹⁷ ve çevre için tehlike arz eden "hurda" gemilerin, %95'inin çelikten yapıldığı ve yeniden kullanılabilir olduğu göz önünde bulundurulduğunda, gemi geri dönüşümünün önemi ortaya çıkmaktadır¹⁸. Öyle ki, geri dönüştürülmüş maddelerin yeni çelik üretiminde kullanılması, ham maddelerden yeni çelik üretmek için gereken enerjinin

¹³ Katrine Berge Enger, "Ship Recycling - An Analysis of the Inconsistencies within the Legislation Regarding Ship Recycling" (YL Tezi, University of Oslo, 2007), 9.

¹⁴ Yasemin Kaya, "Basel ve Hong Kong Sözleşmeleri Bağlamında Gemi Söküm Endüstrisi: Çevre, Sağlık ve Güvenlik Odaklı Bir Analiz," *İş, Güç: Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi* 14, No 4 (2012): 71-75; Zhao ve Chang, "Comparison," 53-54.

¹⁵ Zhao ve Chang, "Comparison," 54; Singh, "Designing," 4; Ahmed, "Towards," 187. Öyle ki, ILO önderliğinde 2003 tarihinde, Asya ülkeleri (Bangladeş, Çin, Hindistan, Pakistan) ve Türkiye için gemi söküm endüstrisinde çalışanların faydalanacağı kapsamlı bir kılavuz yayınlanması bu devletlerin gemi sökümü endüstrisindeki önemini göstermektedir: "Safety and Health in Shipbreaking: Guidelines for Asian Countries and Turkey," ILO, Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107689.pdf.

¹⁶ IMO nezdinde "Yeşil Endüstri" olarak anılan gemilerin geri dönüşümü ile ekolojik dengenin korunması amaçlanmaktadır: IMO, "Recycling of Ships."

¹⁷ "Is there a Decent Way To Scrap Ships?," ILO, Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_076903/lang--en/index.htm.

¹⁸ Dodds, "Breaking," 209; John F. Sawyer, "Shipbreaking and the North-South Debate: Economic Development or Environmental and Labor Catastrophe," *Penn State International Law Review* 20, No 3 (2002): 535-536.

sadece üçte birini gerektirmektedir¹⁹. Ayrıca, geri dönüştürülen bir geminin tekne, makine, donanım parçaları ve mobilyalarının yeniden kullanılması ile ekonomik kalkınma ve istihdam sağlanmaktadır²⁰. Günümüzde gemi geri dönüşüm tesislerinin güvenlik ve çevre konuları bakımından belirli standartlara sokulma çabasıyla birlikte, ömrünü tamamlamış geminin atık olarak çevreye bırakıldığında verebileceği zararlara kıyasen, sistemli ve kontrol altında geri dönüştürülmesiyle oluşabilecek çevre zararlarının asgari düzeye indirilmesi hedeflenmektedir.

Gemi sökülmesi ve geri dönüşümünün ekonomik faydası yadsınmaz, fakat bu faaliyetlerin iş sağlığı ve güvenliği ile çevrenin korunması bakımından riskleri bulunmaktadır. Çalışmanın amacı, gemilerin geri dönüşümünü ele alan ve gemi dönüşüm tesislerine standart getirerek, denetimlerini yeknesaklaştıran Hong Kong Sözleşmesi ile 1257/2013 sayılı Avrupa Birliği Gemi Geri Dönüşüm Tüzüğü'nün (AB Tüzüğü)²¹ Türk hukuku açısından incelenmesi ve gemi geri dönüşümünde önemli bir rol oynayan Türkiye'nin konu ile ilgili yürürlükteki düzenlemelerinin karşılaştırılmasıdır. Türkiye'nin taraf olduğu ancak henüz yürürlükte bulunmayan Hong Kong Sözleşmesi yanı sıra AB Tüzüğü'nün çalışmada incelenmesinin sebebi, söz konusu Tüzük'ün Hong Kong Sözleşmesi'nin kabulünü kolaylaştırmak amacıyla oluşturulması ve bu sebeple Hong Kong Sözleşmesi ile büyük ölçüde benzerlik göstermesidir. Ayrıca AB bayraklı gemilerin sökülmesinin çok büyük bir kısmının Türkiye'de gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, AB Tüzüğü'nün, AB üyesi olmayan üçüncü devlet kategorisinde en fazla gemi geri dönüşüm tesisine sahip devlet olan Türkiye bakımından önemi olduğu açıktır. Bunun yanı sıra konu, güncel olan AB Yeşil Mutabakatı (*Green Deal*) ile de ilişkili

¹⁹ MARISEC, *Industry Code of Practice on Ship Recycling* (London: International Chamber of Shipping, 2001), 9.

²⁰ Sökülen metal "hurda" parçalar yeniden değerlendirildiğinden demir cevheri gibi bir metalin doğadan çıkartılması, eritilmesi, işlenmesi ile karşılaştırıldığında, gemi geri dönüşümünün, enerji ve maliyet olarak tasarruf sağladığı açıktır: 2009 Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı (1/474) ile Çevre Komisyonu ve Dışişleri Komisyonu Raporları, TBMM, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 197.

²¹ Bkz. "Regulation (EU) No 1257/2013," Official Journal of the European Union, Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023, <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:330:0001:0020:EN:PDF#:~:text=The%20purpose%20of%20this%20Regulation%20is%20to%20enhance%20safety%2C%20the,subject%20to%20environmentally%20sound%20management.>

olduğundan, AB'nin çevresel hedeflerine ve sürdürülebilirlik ilkelerine uygun bir şekilde, karbon nötr hedefi, temiz denizler, atık azaltımı ve sosyal adalet kavramlarıyla da olan ilgisi sebebiyle ele alınmıştır.

Çalışmada bilhassa Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü'nün gemi geri dönüşümü faaliyetlerinde sorun teşkil edebilecek konulara ilişkin getirdiği standartlar ve bunların Türkiye bakımından uygulanabilirlikleri üzerinde durulmuştur. Hong Kong Sözleşmesi'nin hükümlerinin Türk hukukundaki ihtiyaçları ne ölçüde karşıladığının değerlendirilmesi, Hong Kong Sözleşmesi ile ulusal mevzuatın karşılaştırılması, benzerliklerin ve farklılıkların ortaya konulması ile Sözleşme'nin mevcut duruma katkıları ve ihtiyaçları nasıl giderilebileceği ortaya konmaya çalışılmaktadır.

II. GEMİ GERİ DÖNÜŞÜMÜNÜN ULUSLARARASI BOYUTU

A. Basel Sözleşmesi

Gemilerin geri dönüşümüne uygulanacak hükümleri dolaylı olsa da ihtiva eden uluslararası sözleşmelerden biri Basel Sözleşmesi'dir. Sözleşme esas olarak tehlikeli atıkların sınır ötesi taşınmasını düzenlemekte ve atıkları konu edinen ayrıntılı hükümler içermektedir²². Bu anlamda Basel Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre ömrünü tamamlamış gemi, artık "atık" sayılmaktadır. Atık sayılarak ömrünü tamamlamış bir gemi, çevre ve insan sağlığı için tehlikeli maddelerden (asbest²³, PCB ve atık yağlar gibi) oluştuğundan gemi söküm faaliyeti Basel Sözleşmesi uyarınca ele alınmaktadır²⁴. Aynı zamanda sökülmesi planlanan gemilerin dönüştürülecekleri yere taşınması faaliyeti de tehlikeli atıkların sınır ötesi hareketini gerektirebileceğinden, söz konusu faaliyet de Basel Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmektedir. Bununla birlikte, denizcilik endüstrisinin küresel niteliği ve ömrünü tamamlamış gemilerin geri dönüşüm için

²² Gabriela Argüella, *Marine Pollution, Shipping Waste and International Law* (London New York: Routledge 2020), 6; Garud, "Incorporation," 152; Kaya, "Basel," 79.

²³ SOLAS'a göre, özellikle 1 Temmuz 2022 tarihinden önce inşa edilen gemilerde asbest bulunabilir, konuyla ilgili MSC/Circ.1045 numaralı Asbest İçeren Gemideki Malzemelerin Bakım ve İzlenmesi İçin Kılavuz oluşturulmuş olup, asbestin doğru yönetilmesi için bakılmalıdır: <https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/Asbestos.aspx> Erişim Tarihi: Ekim 11, 2023.

²⁴ Colin De la Rue ve Charles Anderson, *Shipping and the Environment Law and Practice* (London New York: Routledge 2009), 1018; Michael Tsimplis, "Shipping and the Marine Environment in the 21st Century," içinde *Maritime Law Evolving: Thirty Years at Southampton*, editör. Malcolm Clarke (Oxford: Hart Publishing, 2013), 121.

gönderilmesi ile ilgili uygulamalar göz önüne alındığında, Basel Sözleşmesinin hükümlerinin gemi geri dönüşümü için yetersiz kaldığı tespit edilmiştir²⁵. Zira gemi geri dönüşümü kapsam itibariyle geniş olmasının yanında, gemi sökümü de salt atıkların taşınmasıyla ilgili bir mesele değildir²⁶.

IMO öncülüğünde, Basel Sözleşmesi'ndeki boşlukları doldurarak, gemi sökümünün ve geri dönüşümünün çevreye duyarlı bir şekilde gerçekleştirilmesini amaçlayan çalışmaların temeli, Deniz Çevresinin Korunması Komitesi (*Marine Environment Protection Committee - MEPC*) tarafından 2003 yılında atılarak, gemilerin geri dönüşümüne ilişkin bir kılavuz kabul edilmiştir²⁷. IMO tarafından, gemilerin geri dönüşümüne dair bağlayıcılığı olan uluslararası bir düzenleme yapılması gayesiyle, 2005 yılında MEPC'e gemilerin emniyetli ve çevreye duyarlı geri dönüşümünü sağlamak üzere böyle bir düzenlemenin geliştirilmesi çağrısında bulunulmuştur²⁸. Nihayetinde 11 Mayıs 2009 ile 15 Mayıs 2009 tarihleri arasında 63 devletin katılımıyla Hong Kong'da gerçekleşen diplomatik konferansta, Hong Kong Sözleşmesi kabul edilmiştir²⁹. Sözleşme ile bayrak devletleri, donatanlar, geri dönüşümün gerçekleştirileceği devletlerin yükümlülükleri ve geri dönüşüm tesislerinin sahip olması gereken standartlar belirlenmektedir. Gemiye, ömrünü tamamlamasından sonra atık olarak ele alan Basel Sözleşmesi'nin aksine Hong Kong Sözleşmesi, geminin tasarımından, işletilmesinden, bakımından, çevreye duyarlı geri dönüşümüne kadar olan tüm süreci düzenlemektedir³⁰. Belirtmek gerekir ki, Basel Sözleşmesinden farklı olarak, Hong Kong Sözleşmesi, işletim ömrü sona ermiş gemilerin taraf devletler ile taraf olmayan devletler arasındaki ihracatına uygulanmamaktadır.

²⁵ Bkz. 25.01.2005 tarihli UNEP/CHW.7/33.

²⁶ Karim, *Shipbreaking*, 23.

²⁷ Bkz. <<https://www.imo.org/en/ourwork/environment/pages/ship-recycling.aspx>> Erişim Tarihi: Şubat 05, 2004. IMO Genel Kurulu tarafından 05.12.2003 tarihinde kabul edilen "IMO Guidelines on Ship Recycling" için bkz. 04.03.2004 tarihli A 23/Res.962. Ayrıca bkz. 25.07.2005 tarihli MEPC/Circ.466; 03.02.2006 tarihli A 24/Res. 980.

²⁸ Bkz. <<https://www.imo.org/en/ourwork/environment/pages/ship-recycling.aspx>> Erişim Tarihi: Şubat 05, 2004. Bu karar, "IMO New Legally Binding Instrument on Ship Recycling" ismiyle kabul edilmiştir. Bkz. 06/02/2006 tarihli A 24/Res.981.

²⁹ Hong Kong Sözleşmesi'nin 17. maddesinde belirlenen yürürlük şartları 2023 yılı itibariyle tamamlanmış olup, Sözleşmenin 26 Haziran 2025 tarihi itibariyle yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

³⁰ Bkz. 14.05.2010 tarihli UNEP/CHW/OEWG/7/21.

B. Hong Kong Sözleşmesi

Hong Kong Sözleşmesi 21 madde ve 25 Kural içeren bir Ek (*annex*) ve lahikalardan (*appendixes*) oluşmaktadır. Ekteki kurallar, gemilerin yapımı, işletimi, geri dönüşümü aşamaları ile sonrasında yapılması gerekenleri ihtiva etmekte olup, Sözleşme'nin yürürlüğünden sonra oluşturulacak rehber kurallar ve sirkülerler bakımından kılavuz niteliğindedir.

Gemi geri dönüşüm faaliyetleri bir yandan sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunurken, diğer yandan özellikle çevre ve insan sağlığı açısından büyük riskler taşımaktadır. Hong Kong Sözleşmesi bu hassasiyetler doğrultusunda oluşturulan, gemi geri dönüşümünü ve taraf devletlere Sözleşmenin hükümlerini tam ve eksiksiz uygulama yükümlülüğü getiren uluslararası bir düzenlemedir.

Hong Kong Sözleşmesinin, gemi geri dönüşümüne ilişkin kuralları uluslararası olarak düzenleyen bir belge olması sebebiyle önemi yadsınamaz. Sözleşme'nin "beşikten mezara ilkesi" ile gemi geri dönüşümüne bütünsel yaklaşımı³¹, geri dönüşümü konusunda yeknesak teknik standartlar getiren bir belge niteliğinde olması ve tüm taraf devletler bakımından IMO'ya rapor verilmesine ilişkin hükümleri, geri dönüşüm faaliyetlerinin uluslararası sistemli bir hal almasında önem taşımaktadır.

Hong Kong Sözleşmesi, gemi geri dönüşümünü, bir geminin tamamen veya kısmen parçalama işlemine tabi tutulduğu bir faaliyet olarak ifade etmektedir. Bu süreç, gemiden çeşitli bileşenleri ve malzemeleri geri kazanma, bunları yeniden işleme ve tekrar kullanma aşamalarından oluşmaktadır. Söz konusu işlemler gemi geri dönüşüm tesisinde yapılırken, ortaya çıkan tehlikeli ve diğer zararlı maddelerin yönetimi hususlarına dikkat edilmektedir. Sözleşme uyarınca tesiste ortaya çıkan maddelerin saklanması ve ayrıştırılması gibi ek işlemler yapılabilir, ancak bu süreç, tehlikeli ve zararların bileşenlerin/malzemelerin daha fazla işlenmesini veya ayrı tesislerde imha edilmesini içermemektedir³².

Hong Kong Sözleşmesinin uygulama alanına giren gemi tanımı oldukça geniş tutulmuş olsa da Sözleşme iç su taşımalarında kullanılan gemiler ile savaş gemileri, donanma yardımcı gemileri ve ticari olmayan hizmetlerde kullanılan devletin malik olduğu veya işlettiği gemilere uygulanmamaktadır³³.

³¹ Kaya, "Basel," 81.

³² Bkz. Hong Kong Sözleşmesi m. 2(10).

³³ Bkz. Hong Kong Sözleşmesi m. 3(3).

Sözleşmenin amacının gemi geri dönüşümünün olumsuz çevresel sonuçlarını önlemesi olduğu değerlendirildiğinde, uygulama alanına giren gemilere ilişkin istisnalarla, oluşturulması amaçlanan yeknesak yapının olumsuz etkilenebileceği söylenebilir³⁴.

Hong Kong Sözleşmesi gerek gemi gerekse gemi söküm tesisleri bakımından Sözleşmede belirlenen şartların ihlali halinde uygulanacak yaptırımların belirlenmesini ulusal mevzuatlara bırakmıştır³⁵. Sözleşme, bu anlamda çerçeve niteliği taşıyıp, ihlallerin ağırlığına ilişkin herhangi bir ayrıma gitmeden konuyu genel hatlarıyla düzenlemektedir. Sözleşmede, yaptırımlara ilişkin olarak yalnızca “caydırıcı” nitelikte olması öngörülmekte, tehlikeli atıkların yasadışı ticaretine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakta ve Basel Sözleşmesi’nin aksine yaptırımların cezai nitelikte olacağı düzenlenmemektedir³⁶. Ancak bu durumun Hong Kong Sözleşmesi’nin odak noktasının tehlikeli atıklardan ziyade geminin geri dönüşümü olmasından kaynaklandığı söylenebilir.

Hong Kong Sözleşmesi’nde işletme ömrünü tamamlamış gemilerin geri dönüşüm amacıyla ihracatına izin verilmesi, Türkiye dahil bu sektörün geliştiği diğer ülkelerin sosyal ve ekonomik olarak kalkınmalarına hizmet etmektedir. Gemi geri dönüşümü ile, ülkelerin kalkınmasının yanında çevresel anlamda sürdürülebilirlik de amaçlanmaktadır. Sözleşme’deki çevresel sürdürülebilirlik anlayışı, işletme ömrünü tamamlamış gemilerin sökümü ile ortaya çıkan malzemelerin yeniden değerlendirilebilmesi ve bu konudaki çevreye daha az zararlı bir alternatifinin bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda Hong Kong Sözleşmesi’nde kalkınma ve çevrenin korunması arasında bir denge sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

C. AB Tüzüğü

AB Hukukuna bakıldığında, AB’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (*Treaty on the Functioning of the European Union - ABİHA*)’nın 192(1). maddesi uyarınca AB’nin çevre politikası hedeflerine katkı sağlamak üzere, Avrupa

³⁴ Özellikle savaş gemilerinin boyutlarının büyük olması sebebiyle asbest, PCB gibi çok miktarda tehlikeli madde içerdiği, söz konusu gemilerin daha katı düzenlemelere tabi olmaları gerektiği hususunda bkz. Saurabh Bhattacharjee, “From Basel to Hong Kong: International Environmental Regulation of Ship-Recycling Takes One Step Forward and Two Steps Back,” *Trade, Law and Development*, I, no. 2 (2009): 223.

³⁵ Bkz. Hong Kong Sözleşmesi m. 10.

³⁶ Bhattacharjee, “From Basel,” 224.

Parlamentosu ve Konseyi'nin gemi geri dönüşümü konusunda 1013/2006 sayılı Tüzüğünü ve 2009/16/EC sayılı Direktifini değiştirerek düzenleme getiren 20 Kasım 2013 tarihli ve 1257/2013 sayılı AB Tüzüğü'nün incelenmesi gerekmektedir. AB Tüzüğü 30 Mayıs 2013 tarihi itibarıyla yürürlüktedir.

Çevre, ABİHA 4(2/e). maddesince paylaşılan yetki konularından olduğundan, AB üyesi devletler bu alanda yasama faaliyetinde bulunabilir ve hukuken bağlayıcı tasarruflar kabul edebilirler. Paylaşılan yetki, AB'nin dış ilişkileri yönünden münhasır yetkinin olmadığı alanlar bakımından geçerli olup, çevrenin de içinde olduğu pek çok alanı ihtiva etmektedir³⁷. Nitekim, bu alandaki uluslararası düzenleme olan Hong Kong Sözleşmesi'ne üye devletlerden Belçika, Hırvatistan, Danimarka, Estonya, Fransa, Almanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda ve Portekiz taraf olmuştur³⁸.

AB Hukukunda, çevre ve insan sağlığının korunması ile tüm insanlığı ilgilendiren çevre sorunlarına yönelik uluslararası düzeydeki tedbirlerin alınması teşvik edildiğinden, AB Tüzüğü'nün Dibacesinde, Hong Kong Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesine kadarki süreçte geçiş mahiyetinde olduğu açıkça vurgulanmaktadır. Bu sebeple, AB Dönüşüm Tüzüğü'nün Hong Kong Sözleşmesi ile büyük ölçüde benzerlik gösterdiği söylenebilir. Tüzük, 32 madde ve 2 ekten oluşmaktadır. Birinci ek, tehlikeli maddelerin tanımı ve kontrol önlemlerini içerirken, ikinci ek tehlike madde envanterinin içermesi gereken öğeleri belirlemektedir. AB Tüzüğü çerçevesi Hong Kong Sözleşmesi ile çizilen gemi geri dönüşümüne daha katı kurallar getirerek³⁹, Hong Kong Sözleşmesi'nin yürürlüğüne kadarki süreçte Sözleşme ile benimsenen yaklaşıma bir ön hazırlık oluşturmaktadır.

Gemi sökümlerinin tesislerinin niteliklerini yükseltmeyi amaçlayan AB Tüzüğü, çevre ve insan sağlığını koruma, yeşil geri dönüşüm, gemi sökümlerinin tesislerinin uygunluğunu izleme ve denetleme ile gemi sökümlerinin

³⁷ Senem Baykal ve İlke Göçmen, *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2016), 697.

³⁸ Bkz. "Status of Conventions," IMO, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023, <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>.

³⁹ Banu Bozkurt, "Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşme Hükümleri ile Avrupa Birliği Mevzuatındaki Gelişmelerin Gemi Söküm Şirketlerine Getirmekte Olduğu Yükümlülükler," içinde *Kırıkkale Üniversitesi, Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri Kitabı*, editörler. Hamdi Gökçe Zabunoğlu ve Nurdan Orbay Ortaç (Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, 2021), 262.

sağlık ve güvenlik haklarına yönelik düzenlemeler içermektedir. Tüzük, gemi söküm işlemlerinin insan sağlığına ve çevreye uygun bir şekilde yapılmasını, tehlikeli atıkların ve zararlı maddelerin güvenli bir şekilde yönetilmesini teşvik etmektedir. Gemi geri dönüşümünün daha sürdürülebilir hale getirilmesi yanında geri dönüşüm süreçlerinin çevresel olumsuz etkilerini azaltmak, gemi söküm tesislerinin belirli standartlara uymalarını ve bu standartların belirli aralıklarla denetlenmesini hedeflemektedir. Tüzük ile gemi söküm tesisleri uygunluklarını belgelendirme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca Tüzük, gemi söküm işçilerinin sağlık ve güvenlik hakları çerçevesinde işçilerin eğitimi, koruyucu ekipman kullanımı ve çalışma koşulları gibi konularda belirli düzenlemeler içermektedir.

AB Tüzüğü'nün 3(6). maddesinde, gemi geri dönüşüm tanımının büyük ölçüde Hong Kong Sözleşmesi ile benzer olduğu görülmekle birlikte⁴⁰, tanıma “yeniden kullanıma hazırlık (*preparation of re-use*)” ifadesinin de eklendiği görülmektedir. Bu ifadenin eklenmesiyle Tüzüğü'nün, geminin önceden temizlenmek üzere belirlenen standartlara uygun olmayan bir gemi geri dönüşüm tesisine getirilme ihtimalini ortadan kaldırdığı düşünülmektedir⁴¹. Hong Kong Sözleşmesi ise geri dönüştürülecek geminin önceden temizlenmesine yönelik bir hüküm bulundurmadığından, uzun vadede olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına neden olabileceği sebebiyle eleştirilmektedir⁴².

AB Tüzüğü, AB bayrağı altında seyreden gemilere uygulanmaktadır. Tüzüğü'nün 2(2). maddesine göre Tüzük, bir devletin iç sularında seyrüsefer eden gemilere; savaş gemilerine, yardımcı gemiler veya bir devlete ait olan ve devletin ticari olmayan hizmetlerinde kullanılan diğer gemilere uygulanmaz. İlgili Tüzüğü'nün uygulama alanına giren gemiler, 2008/98/EC sayılı AB Atık Çerçeve Direktifi ve 14 Haziran 2006 tarihli AB Atık Sevkiyatı Hakkında Yönetmeliğinin uygulama alanı dışında bırakılmıştır⁴³.

AB Tüzüğü ile, Hong Kong Sözleşmesinin 3(4). maddesindeki taraf olmayan devletlerin ayrıcalıklı muamele görmeme ilkesi (*no more favourable*

⁴⁰ Bkz. Yukarıda Başlık II(B).

⁴¹ Michael Tsimplis, “Recycling of EU Ships: From Prohibition to Regulation,” *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* (2014): 433.

⁴² Puthucherril, *Sustainable*, 318.

⁴³ Bkz. AB Geri Dönüşüm Tüzüğü.

treatment)⁴⁴ ile alakalı eleştirilen hükmüne, dolaylı olarak bir çözüm getirilmiştir. Hong Kong Sözleşmesinde, bu ilke muğlak bir ifadeyle, “*gerekli görüldüğünde Sözleşme hükümlerinin uygulanabileceği*” şeklinde kanımızca hatalı olarak ele alındığından, Sözleşme ile amaçlanan korumanın sekteye uğrayabileceğini söylemek mümkündür⁴⁵. AB Dönüşüm Tüzüğü uyarınca 31 Aralık 2020 tarihi itibarıyla, AB limanlarına girişte AB bayrağı taşımayan gemilerin, Uygunluk Belgesi (SoC) ve Tehlikeli Madde Envanteri (IHM) sunması zorunlu tutulmuştur. Bu da getirilen standartların taraf olmayan üçüncü devletlere doğrudan uygulandığını, bu manada ayrıcalıklı muamele görülmesinin önüne geçildiğini göstermektedir⁴⁶.

AB bayraklı gemilerin sökümünün çok büyük bir kısmının Türkiye’de gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, AB Tüzüğü’nün, AB üyesi olmayan üçüncü devlet kategorisinde en fazla gemi geri dönüşüm tesisine sahip devlet olan Türkiye bakımından önemi olduğu açıktır. İlgili Tüzük’ün 14, 15 ve 16. maddeleri uyarınca, AB bayraklı gemilerin AB üyesi olmayan geri dönüşüm tesislerinde sökümlerinin gerçekleşmesi halinde, bu tesislerin AB Listesi’nde (*The European List*) yer alması zorunluluğu öngörülmektedir. Dolayısıyla bölgesel nitelikteki AB Tüzüğü’nün, uluslararası sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür. Avrupa Komisyonu, 31 Aralık 2018 tarihinden itibaren ilgili AB Listesi’nde yer almayan tesislerde, AB bayrağı taşıyan gemilerin sökümünü yasaklamaktadır. AB üyesi olmayan devletlerde bulunan tesisler bakımından onay mercii Avrupa Komisyonu’dur. 27 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla Avrupa Listesi’nde Türkiye’den dokuz tesis yer almaktadır⁴⁷.

⁴⁴ Örneğin, ayrıcalık muamele görmeme ilkesini ele alan 2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi’nin (MLC 2006) 5(7). madde ifadesi, “Bu Sözleşmeye Taraf olmayan devlet bayrağını çekme hakkına sahip gemilerle ilgili olarak, Taraflar, bu tür gemilere ayrıcalıklı muamele yapılmamasını sağlamak üzere Sözleşmenin gereklerini uygulayacaklardır.” şeklindedir. Madde hükmünden, Sözleşme’ye taraf olmayan devlet bayrağını taşıyan gemilerin dahi taraf bir devletin limanlarında liman devleti denetimine tabi olacağı ve MLC 2006’nın gerekliliklerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespit edileceği anlaşılmaktadır.

⁴⁵ Bhattacharjee, “From Basel,” 225.

⁴⁶ Bkz. AB Geri Dönüşüm Tüzüğü m. 5 ve m. 12.

⁴⁷ Bkz. Official Journal of the European Union. “Commission Implementing Decision (EU) 2023/1562,” Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2023.190.01.0013.01.ENG.

III. GEMİ GERİ DÖNÜŞÜMÜNÜN ULUSAL BOYUTU

Türkiye’de yerli ve yabancı gemilerin sökülmesine ilişkin faaliyetler, Cumhuriyet öncesi dönemlere kadar uzanmaktadır. 1970 yılına kadar İstanbul, Haliç’te gerçekleştirilen gemi söküm faaliyetleri, 1970 yılının ortalarında konum olarak daha uygun olan İzmir ve çevresindeki gemi söküm tesislerinde gerçekleştirilmeye başlanmıştır⁴⁸. Nitekim 7 Ekim 1974 tarihli ve 7/8951 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmesi üzerine, İzmir’in Aliağa ilçesi Taşlı Burun ile Ilıca Burnu arasındaki sahil şeridinde “Gemi Geri Dönüşüm Sanayi” kurulmuştur⁴⁹. Ayrıca 2004 yılı itibariyle, Zonguldak, Kilimli, Alacaağazı bölgeleri de gemi geri dönüşüm tesisi bölgesi olarak ilan edilmiştir⁵⁰. Türkiye’de, gemi sökümünün yoğun olarak yapıldığı Güney Asya ülkelerinden farklı olarak⁵¹, “baştankara (*landing/slipway*) yönteminin” benimsendiği görülmektedir⁵². Bu yöntemde, kızağa oturtulan gemi denize indirilip, pruvadan bölümlere ayrıştırılır ve sonrasında gemi parçalama alanına alınır⁵³.

⁴⁸ “Tarihçe,” GEMİSANDER, Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023, <https://www.gemisander.com/tarihce>. Ayrıca bkz Gökdeniz Neşer vd., “The Shipbreaking Industry in Turkey: Environmental, Safety and Health Issues,” *Journal of Cleaner Production* 16, No 3 (2006): 350-353; Puthucherril, *Sustainable*, 42.

⁴⁹ Bkz. TBMM, “Soru Yönergesi Cevabı,” Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023. https://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/71970sgc.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000e334e1b425c094d64f73ec654aaa6f59aa087d5bc10a055419b4abe482b7b75408fda899bb143000676457c861c24a1e42648afa80f2c749ec35723e2dd200740be235d93b0c10fe61d870920016a898c216dd6bc7deef66.

⁵⁰ Bkz. 2004/7220 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 05.06.2004, S. 25483.

⁵¹ Gemi sökümünün yoğun olarak yapıldığı Bangladeş, Pakistan ve Hindistan gibi Güney Asya ülkelerinde ciddi çevresel kirliliğe ve tehlikeli çalışma ortamına sebep olan *beaching* yöntemi kullanılmaktadır: Karim, *Shipbreaking*, 83.

⁵² “Sökülecek gemi çalışır vaziyette ise kendi imkanları ile, çalışır vaziyette değilse römorkörlerle çekilerek karaya oturtulmaktadır. Karaya oturtulan gemi, sahildeki tesislerde bulunan çekiciler ile karaya doğru çekilmektedir. Gemide kesim işleri sürdürülürken gemide çeşitli amaçlarla kullanılan, tesisat, donanım, motor, makine gibi malzemeler de sökülmektedir”: “Gemi Sökümü Yapılan İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Proje Denetimi Değerlendirme Raporu Ekim 2005,” Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ekim 11, 2023, https://www.csgb.gov.tr/medias/5970/2005_09.pdf. Landing metoduna yönelik açıklama için ayrıca bkz: “Glossary,” NGO Shipbreaking Platform, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023, <https://shipbreakingplatform.org/our-work/glossary/>.

⁵³ Sunaryo Sunaryo vd., “Gap Analysis of Ship-Recycling Practices in Indonesia,” *Recycling* 6, No 3(2021): 48-51; Neşer vd., “Turkey,” 352; Ahmed, “Towards,” 194.

Türkiye, dünya gemi geri dönüşüm pazarındaki payı itibariyle IMO MEPC'nin 2019 tarihli raporunda da belirtildiği üzere ilk beş ülke arasında sayılmaktadır⁵⁴. İstatistiklere göre 2022 yılında Türkiye'de, 1 milyon grostonluk 86 gemi geri dönüştürülmüştür. Türkiye'de faal gemi geri dönüşüm tesislerinin hepsi İzmir'de bulunmakta olup, toplamda 23 adet tesis faaliyet göstermektedir⁵⁵. Türkiye, Akdeniz'e kıyısı olan ülkeler arasında gemi geri dönüşüm faaliyetlerinin sektörleşmiş olduğu tek ülke olup, AB bayraklı gemilerin %85'inin geri dönüşümün yapıldığı bir merkez niteliğini taşımaktadır⁵⁶.

Türkiye'de gemi söküm faaliyetlerinin riskleri dikkate alındığında⁵⁷, bu alanda bir hukuki düzenleme yapılmasında oldukça geç kalındığı görülmektedir. Gemi sökümü alanında yapılan ilk ve yürürlükte olan hukuki

⁵⁴ Bkz. 08.03.2019 tarihli MEPC 74/INF.16: 2.

⁵⁵ "Tersaneler ve Kıyı Yapıları İstatistikleri," Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023, <https://tkygmistatistikleri.uab.gov.tr/veri-seti>.

⁵⁶ Bkz. "Gemi Geri Dönüşüm Sektörü," Deniz Ticaret Odası, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023, <https://www.denizticaretodasi.org.tr/tr/sayfalar/gemi-geri-donusum-sektoru>.

⁵⁷ 2002'de Greenpeace Aliğa'da sökülme istenen, tehlikeli atık madde ihtiva ettiği değerlendirilen "Sea Beirut" gemisine yönelik çalışma başlatmıştır: Bkz. Greenpeace, "Action against Toxic Cargo Ship in Turkey," Erişim Tarihi: Eylül 9, 2023. https://media.greenpeace.org/asset-management/27MZIFLA83W0?FR_=1&W=1470&H=835. Konunun yargıya taşınmasının ardından gemi sökümü için Fransa'dan ithal edilerek Aliğa'ya getirilen "Sea Beirut", alınan numuneler sonucunda yüksek asbest içerdiği için, ithalatın durdurulmasına ilişkin verilen ara kararın ardından, mahkeme tehlikeli atığa ilişkin ispatın sağlanamamasından, ithalatın devam ettirilmesine karar vermiştir: İzmir 2. İdare Mahkemesi'nin 2002/496 Esas, 2003/1184 Karar sayılı kararına ilişkin bkz. Puthucherril, *Sustainable*, 42. Konu ayrıca BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi İnsan Hakları Komisyonuna da gitmiştir. Komisyon raporunda, İzmir 2. İdare Mahkemesinin kararındaki tehlikeli madde ve asbest içeren gemilerin sökümüne ilişkin ithalatın hukuka aykırı olduğu ve mülga Çevre ve Orman Bakanlığı'nın izniyle istisna getirilebileceğini vurgulamıştır: Bkz. "E/CN.4/2005/44 (15 Feb 2005)," United Nations Digital Library, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023, <https://digitallibrary.un.org/record/542039>. Daha güncel bir başka olayda ise, Türkiye'ye söküm faaliyeti için getirilmekte olan Brezilya donanmasına ait "Nae Sao Paulo" gemisinin yüksek düzeyde asbest içermesi sebebiyle Türkiye'ye getirilmemesi amacıyla kampanya başlatılmış, tepkiler üzerine gemi Türkiye'ye gelmemiş ve Atlas Okyanusunda batırılmıştır: <https://tr.euronews.com/2023/02/02/turkiyeye-girmesi-engellenen-asbestli-ucak-gemisinin-batirilmesi-plani-durduruldu#:~:text=Gemi%20Brezilya%27n%20münhasır%20ekonomik,gemisi%20Atlas%20Okyanusu%27nda%20batırıldı>. Erişim Tarihi: Ekin 11, 2023.

düzenleme 2004 tarihli “Gemi Söküm Yönetmeliği⁵⁸”dir. İlgili Yönetmelik Hong Kong Sözleşmesi doğrultusunda değişikliği uğramıştır ancak bu yeterli gelmemiştir⁵⁹. Ayrıca Hong Kong Sözleşmesi doğrultusunda Hurda Gemi Geri Dönüşümüne İlişkin Tebliğ Taslağı⁶⁰ ile Gemi Geri Dönüşümü Hakkında Yönetmelik Taslağı⁶¹ hazırlanmış olup;⁶² bu düzenlemeler henüz yürürlüğe girmemiştir.

Yakın bir tarihte gemi geri dönüşümünü teşvik eden, Hurdaya Ayrılan Türk Bayraklı Gemilerin Yerlerine Yeni Gemi İnşa Edilmesinin Teşvikine Dair Yönetmelik⁶³ yürürlüğe girmiştir. İlgili Yönetmelik kapsamında, deniz ticaret filosunun yenilenmesi, kabotajda ve uluslararası sularda deniz çevresine zarar vermeyen bir taşımacılık oluşturulabilmesi için etkin, güvenli, sürdürülebilir teşvikler sağlanması hedeflenmektedir. Bu kapsamda Yönetmelik, ticari yük taşımacılığında kullanılan gemilerden hurdaya ayrılanların yerine inşa edilecek yeni gemilere verilecek teşvikin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Yönetmelik uyarınca Türk bayraklı gemilerin Devlet teşvikiyle yenilenmesi ve hurdaya ayrılan gemiler üzerinde bir kontrol mekanizmasının sağlanması, sektör bakımından bir ilerleme olarak görülebilir.

Bilindiği üzere, Anayasa⁶⁴’nın 90. maddesi gereğince, Türkiye Cumhuriyeti’nin usulüne uygun bir şekilde taraf olduğu uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu düzenlenmektedir. Türkiye gemi söküm faaliyetlerine ilişkin doğrudan bir düzenleme niteliğinde olmasa dahi bu konuda hükümler içeren Basel Sözleşmesi’ni 22.05.1989 tarihinde

⁵⁸ RG, 08.03.2004, S. 25396.

⁵⁹ Bozkurt, “Yükümlülükler,” 263.

⁶⁰ “Hurda Gemi Geri Dönüşümüne İlişkin Tebliğ Taslağı,” Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023, <http://otasad.org.tr/icerik/mevzuat/mevzuat-45.pdf>.

⁶¹ “Gemi Geri Dönüşümü Hakkında Yönetmelik Taslağı,” Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023, <https://tkygm.uab.gov.tr/uploads/pages/gemi-geri-donusumu-hakkinda-yonetmelik-taslagi/5-1-gemi-geri-donusumu-hakkinda-yonetmelik-taslagi.pdf>. Bu taslak yönetmeliğin pandemi ve diğer güncel olaylar sebebiyle akıbetinin belirsiz bir hale geldiğine ilişkin bkz. Bozkurt, “Yükümlülükler,” 263.

⁶² Taslak yönetmelik ilgili kurumlara görüşlerini almak amacıyla iletmiştir: Deniz Ticaret Odası, O“Gemi Geri Dönüşüm Sektörü.”

⁶³ RG, 28.04.2021, S. 31468.

⁶⁴ 1982 tarihli Anayasa için bkz. RG, 09.11.1982, S. 17863.

imzalamış ve 22.06.1994 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. Aynı şekilde Türkiye, gemi sökümü ve geri dönüşümüne ilişkin doğrudan düzenleme getiren Hong Kong Sözleşmesi'ni 26 Ağustos 2010 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin çekince ile⁶⁵ onaylanmasının uygun bulunduğu dair 6931 sayılı Kanun ise 7 Mart 2017 tarihinde kabul edilmiştir⁶⁶. Anayasa anlamında Türkiye bakımından hem Basel Sözleşmesi hem de Hong Kong Sözleşmesi kanun hükmünde kabul edilmekte ve Türk hukukunun bir parçası haline gelmektedir. Hong Sözleşmesi yürürlüğe girmesi ardından, Türk hukuku bakımından da doğrudan uygulanabilecektir.

IV. HONG KONG SÖZLEŞMESİ VE AB GEMİ GERİ DÖNÜŞÜM TÜZÜĞÜ İLE TÜRK MEVZUATININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. Gemilere Yönelik Kurallar

Hong Kong Sözleşmesi'nin uygulama alanını düzenleyen 3. maddesine göre Sözleşme taraf devletin bayrağını taşıyan gemilere ve taraf devlette yer alan gemi geri dönüşüm tesislerine uygulanmaktadır. Hong Kong Sözleşmesi ile salt gemi geri dönüşümü değil, gemilerin tasarım, yapım, denetim, belgelendirme ve işletim faaliyetleri düzenlenmektedir. Sözleşmenin 2. Kuralına göre, bahsi geçen tüm faaliyetler Sözleşme'nin Eki'nde yer aldığı şekilde gerçekleştirilir. Hong Kong Sözleşmesi'nin geminin yapımından, geri dönüşümünü ve sonrasındaki işlemleri kapsayacak şekilde tüm aşamalara ilişkin düzenleme getirmesi Sözleşme'nin "beşikten mezara (*cradle-to-grave*)" yaklaşımını" kabul ettiğini göstermektedir⁶⁷. Nitekim AB Geri Dönüşüm Tüzüğünde de benzer bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Gemi Söküm Yönetmeliği ise temel olarak hurda gemilerin söküm amacıyla demirlenmeleri, söküm faaliyetleri ve sonrasındaki sürece ilişkin düzenlemeler içermektedir. Geri dönüşümden ziyade söküm faaliyetlerine

⁶⁵ Türkiye'nin çekincesi, Hong Sözleşmesinin 15. maddesinde Türkiye'nin taraf olmadığı UNCLOS dahil, uluslararası belgelere yapılan atıfların Türkiye'yi bağlamadığına ve Hong Kong Sözleşmesi'nin kabulünün bu belgelere ilişkin hukuki tutumunda bir değişiklik olarak yorumlanamayacağına ilişkindir: Bkz. RG, 13.07.2017, S. 30123.

⁶⁶ Bkz. RG, 31.03.2017, S. 30024. Ayrıca Türkiye'nin 25.10.2018 tarihli Hong Kong Sözleşmesi m. 16(6) uyarınca bir geminin yetkilendirildiği gemi geri dönüşüm tesis(ler)inde geri dönüştürülmesinden önce "Gemi Geri Dönüşüm Planı'nın açık olarak onaylanmasını şart koştuğuna ilişkin beyanı için bkz. RG, 26.10.2018, S. 30577.

⁶⁷ Bhattacharjee, "From Basel," 216.

odaklanmasının bir sonucu olarak Gemi Söküm Yönetmeliğinde daha dar bir yaklaşım benimsenmiştir⁶⁸.

Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğünde oldukça geniş bir gemi tanımı yapılmaktadır. Buna göre; gemi, denizde kendiliğinden hareket eden veya ettirilen, her türlü su altı aracı, yüzen araç, yüzen platform, kendiliğinden yükselen platform, yüzen depolama birimi, yüzen üretim depolama ve boşaltma birimi gibi her türlü aracı ifade etmektedir. İlgili düzenlemelerin uygulama alanı, mevcut gemilerin yanında yeni inşa edilecek gemiler ve işletim ömrü sona ermiş gemilerdir. Gemi Söküm Yönetmeliği ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 931. maddesinde düzenlendiği şekliyle, tahsis edildiği amaca uygun olarak kullanılması denizde hareket etmesine bağlı olan ve pek küçük olmayan her türlü tekne ve deniz aracını “gemi”, ekonomik ve teknik olarak işlevini kaybeden gemiyi ise “hurda gemi” olarak kabul etmektedir. Yönetmelik, gemilere ilişkin başkaca bir ayrıma gitmeksizin, tüm hurda gemileri söküm faaliyetinin kapsamına dahil etmektedir⁶⁹.

Hong Kong Sözleşmesi Kural 4 uyarınca, taraf bayrak ve liman devletleri, bayraklarını taşıyan gemilerde ve bu gemiler sırasıyla “limanlarında, tersanelerinde, gemi tamir sahalarında veya kıyı ötesi tesislerdeyken, Sözleşme’nin Lahika-1’inde listelenen tehlikeli maddelerin kurulumunu ve kullanımını yasaklamalıdır. Sözleşme’nin 5. Kuralı’nda öngörülen kontrol ve yaptırımın bir diğer önemli unsuru, her geminin bir “Tehlikeli Madde Envanteri” oluşturma ve bunu sürdürme yükümlülüğüdür. AB Tüzüğü ise bu yükümlülüğü bir adım ileriye taşıyarak, tehlikeli madde listesini oldukça detaylandırmaktadır⁷⁰. Tehlikeli madde envanterini oluşturma yükümlülüğü geminin işletme ömrü boyunca söz konusu olup, Envanter, bayrak devleti tarafından tasdik edilmeye tabiidir. Söz konusu tasdik, Sözleşmede yer alan tüm yönergeler dikkate alınarak yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından gerçekleştirilir. Her gemi, Bayrak Devleti tarafından

⁶⁸ Türkiye’nin, Hong Sözleşmesine taraf olmasının ardından gemi geri dönüşüme ilişkin hazırlanan taslak yönetmelik ise Hong Sözleşmesi ile paralel bir yaklaşım benimsenmektedir: Bkz. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, “Gemi Geri Dönüşümü Hakkında Yönetmelik Taslağı.” m. 5.

⁶⁹ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, “Gemi Geri Dönüşümü Hakkında Yönetmelik Taslağı.” m. 2.’deki gemi tanımının Hong Sözleşmesi’ne göre daraltıldığı görülmektedir.

⁷⁰ Carola Glinski, “Sustainable Shipping: The New Governance Approach to Ship Recycling,” içinde *Maritime Organisation, Management and Liability*, editörler. Stephen Girvin ve Vibe Ulfbeck (Oxford: Hart Publishing, 2021): 119.

belirlenen sörvey ve sertifikasyon gerekliliklerine uymak zorundadır⁷¹. Ayrıca, Avrupa Deniz Emniyeti Ajansı (*European Maritime Safety Agency - EMSA*), ilgili IMO kılavuzlarına dayanarak ve AB Tüzüğüne dikkate alarak tehlikeli madde envanterine ilişkin “*EMSA's Best Practice Guidance on the Inventory of Hazardous Materials*” isimli bir kılavuz yayımlamıştır⁷². Bu kılavuz ile tehlikeli maddelere ilişkin denetimin Tüzüğe uygun olarak yapılmasının sağlanması hedeflenmektedir.

Gemi Söküm Yönetmeliği'nde ise tehlikeli fiziksel, kimyasal veya biyolojik özellikleri nedeni ile canlılarda ve alıcı ortamda olumsuz etkilere yol açan asbest, kullanılmış akü ve benzeri maddeler tehlikeli atık olarak kabul edilmektedir. Yönetmelik hükümlerine göre gemi söküm faaliyetinin gerçekleştirilmesi için gemi sökümçüsü tarafından söküm izni alınması gerekir. Söküm faaliyeti sonucunda hurda gemiden çıkan ve Türk hukuku anlamında tehlikeli atık olarak nitelendirilen maddelerin sökümü, depolanması, taşınması ve benzeri işlemlere ilişkin olarak Yönetmelik, diğer yürürlükteki mevzuat hükümlerinin uygulanacağını belirtmekle yetinmiştir⁷³. Bu da gemi söküm işleminin mevzuattaki dağılık hükümlerle şekillenmesi sonucunu doğurmaktadır. Sonuç olarak, gemi sökümü ve çevreye duyarlı geri dönüşümünü doğrudan ele alan tek bir düzenlemenin yapılması daha yerinde olurdu.

Hong Kong Sözleşmesinin 9. Kuralı ve AB Tüzüğü'nün 6. maddesi uyarınca donatan Gemi Geri Dönüşüm Planı'nın oluşturulması için gemiyle ilgili tüm mevcut bilgileri gemi geri dönüşüm tesisine sağlamalıdır. Gemi sökümünden önce, yetkili makamdan⁷⁴ veya yetkili makam tarafından

⁷¹ Bhattacharjee, “From Basel,” 217.

⁷² Bkz. “EMSA Guidance on the Inventory of Hazardous Materials,” EMSA, Erişim Tarihi, Eylül 29, 2023, <https://emsa.europa.eu/about/financial-regulations/items.html?cid=280&id=3003>.

⁷³ Tehlikeli Maddelerin Su ve Çevresinde Neden Olduğu Kirliliğin Kontrolü Yönetmeliğinde” tehlikeli maddelerin envanterinin oluşturulmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Ayrıca gemi söküm faaliyetleri sonucunda ortaya çıkabilecek bir tehlikeli madde olarak asbeste ilişkin “Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik” hükümlerince ilgili bölgenin düzenli olarak denetlenmesi söz konusu olmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin gemi sökümü ile doğrudan ilgili bir Yönetmelik'te yer alması daha yerinde olurdu: Bkz. RG, 13.07.2013, S. 28706 ve RG, 25.01.2013, S. 28539.

⁷⁴ Yetkili makam, “geminin bayrağını taşımaya yetkili olduğu veya yetkisi altında çalıştığı devletin hükümetini” ifade etmektedir: Bkz. Hong Kong Sözleşmesi m. 2.

belirlenen bir kuruluş tarafından geminin geri dönüşüme hazır olduğunun onaylanması gereklidir. Gemi Söküm Yönetmeliğine göre de gemi sökümü yetki belgesine sahip olan tesisin, sökümü yapılacak olan her bir gemi için ayrı söküm iznine sahip olması gerekir. Bu izin, Hong Sözleşmesi 9. Kural'da düzenlenen geminin geri dönüşüme hazır olduğuna ilişkin izinle benzerlik göstermekte olup, Hong Kong Sözleşmesi'nden farklı olarak söküm faaliyeti ile sınırlı ve bu amaca yöneliktir.

Hong Kong Sözleşmesi'nin beşikten mezara yaklaşımı sebebiyle geminin omurgasının kızağa oturduğu andan geminin geri dönüşümü ve sonrasına kadar yetkili makamlarca denetim ve belgelendirme süreci devam etmektedir. Hong Kong Sözleşmesi Kural 10'da ve AB Geri Dönüşüm Tüzüğü 8. maddesinde gemilere ilişkin başlangıç, yenileme, ek denetim ve nihai denetim olmak üzere dört farklı denetim öngörülmüştür. Gemi Söküm Yönetmeliğinde ise sadece gemi söküm yetki belgesi verilen, gemi söküm işleminin yapıldığı taşınmaz üzerindeki bütün yapı ve tesislerin denetlenmesi düzenlenmiştir.

Hong Kong Sözleşmesi, gemilere yönelik sertifikalara ilişkin kapsamlı düzenlemeler getirmektedir. Sertifikalar özellikle bayrak ve liman devleti denetimlerinin gerçekleştirilebilmesi açısından önemlidir.⁷⁵ Hong Kong Sözleşmesi Kural 11 ve AB Geri Dönüşüm Tüzüğü 9. madde uyarınca belgelendirme ve denetimlerini eksiksiz bir şekilde tamamlamış olan gemiler için "Tehlikeli Madde Envanteri Uluslararası Sertifikası" düzenlenmektedir. Sertifika başlangıç ve yenileme denetimleri başarı ile gerçekleştirildikten sonra, yetkili makam veya yetkili makam tarafından belirlenen kişi ya da kuruluşlar tarafından verilecektir. Bu sertifikanın yanında gemilerin geri dönüşümü işlemine başlanmadan önce "Uluslararası Geri Dönüşüme Hazır Sertifikası" düzenlenmesi de söz konusudur. Bu belge de yine yetkili makam veya yetkili makam tarafından belirlenen kişi ya da kuruluşlar tarafından Sözleşmeye uygun yapılmış olan denetimin başarılı ile sonuçlanmasından sonra verilmektedir. Sözleşme'de, hazırlanan sertifikaların diğer taraf devletlerce kabul edilip, geçerlilik kazanacağı ve sertifikalara ilişkin tüm sorumluluğun her şartta düzenleyici yetkili makamda bulunduğu açıkça düzenlenmektedir.

Denetimin ve sertifikaların düzenlenmesinin yetkili makamın talebi üzerine başka bir taraf devletçe yapılması mümkün olmakla birlikte, taraf

⁷⁵ Glinski, "Sustainable," 120; Tsimplis, "EU Ships," 422.

olmayan bir devletin bayrağını taşıyan bir gemi için sertifika düzenlenmesi ihtimali söz konusu değildir. Gemi Söküm Yönetmeliği'nde ise bayrak devleti ve liman devleti kontrolleri bakımından önem arz edecek nitelikte uluslararası geçerliliği olan bir belgeden söz edilmemektedir. Bu anlamda Yönetmelik hükümlerinin Hong Kong Sözleşmesi doğrultusunda revize edilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Nitekim Taslak Yönetmelik'te sertifikasyon ve denetimlere ilişkin Hong Kong Sözleşmesi'nden daha detaylı düzenlemeler yapılması planlanmaktadır⁷⁶.

B. Tesislere Yönelik Kurallar

Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü'nün 3. Bölümleri, gemi geri dönüşüm tesisleri için gereklilikleri belirlemektedir. Bu bölümün Gemi Söküm Yönetmeliğindeki hükümler ile benzerlik göstermekle beraber özellikle AB Geri Dönüşüm Tüzüğü'nün daha ayrıntılı olduğunu söylemek mümkündür. Hong Kong Sözleşmesi'nin 4(2). maddesine göre taraf devletler, gemi geri dönüşümü yapacak tesisleri Sözleşme'ye uygun olarak yetkilendirmeli ve gerekli tedbirleri almalıdırlar.

Hong Kong Sözleşmesinden farklı olarak, AB Tüzüğü AB Listesi'ne ilişkin özel düzenleme getirdiği gibi AB üyesi bir devlette ve AB'ye taraf olmayan üçüncü bir devlette yer alan gemi geri dönüşüm tesislerinin gerekliliklerini ayrı maddelerde düzenlemektedir. Belirtmek gerekir ki, AB üyesi bir devlette yer alan gemi geri dönüşüm tesisi, doğrudan AB Listesi'nde yer almamaktadır. AB üyesi bir devlette yer alan gemi geri dönüşüm tesisinin de tıpkı AB üyesi olmayan bir devlette yer alan tesis gibi, Hong Kong Sözleşmesi hükümlerine, IMO ve ILO'nun ilgili kılavuzlarına, Basel ve Stockholm Sözleşmeleri ile diğer uluslararası düzenlemelere uygun olarak teşkil edilmesi üzerine ancak AB Listesi'nde yer alması mümkündür. Tüzüğü'nün 13(1). maddesine göre AB Listesi'ne girebilmek için bir tesisin taşınması gerekli şartlar şunlardır:

- 1) Söz konusu tesisin faaliyet izni, bulunduğu devletteki yetkili makamlarca verilmiş olmalı,
- 2) Tesis tasarımından, yapımı ve işletimine kadar çevreye duyarlı ve emniyetli inşa edilmiş olmalı,

⁷⁶ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, "Gemi Geri Dönüşümü Hakkında Yönetmelik Taslağı." m. 7 ila 12.

- 3) Gemi geri dönüşüm faaliyetleri, bu amaç için inşa edilmiş yapılar içerisinde gerçekleştirilmeli,
- 4) Tesiste gemi söküm işçilerinin ve yakın çevrede bulunan insanların sağlığına ve çevreye yönelik ortaya çıkabilecek olumsuz etkileri önlemek, azaltmak, en aza indirmek ve mümkünse ortadan kaldırmak amacıyla oluşturulmuş yönetim ve izleme sistemleri, usuller ve teknikler yer almalı,
- 5) Tesiste gemi geri dönüşüm planı bulunmalı,
- 6) Tesis gemi geri dönüşüm faaliyetinin insan sağlığı ve çevreye olumsuz etkilerini, özellikle gelgit bölgelerindeki sızıntı kontrolü de yapabilecek şekilde, engellemeli,
- 7) Tesislerde, tehlikeli madde ve atıkların güvenli ve çevreye zarar vermeden yönetimi ve depolanması sağlanmalı (öyle ki gemi geri dönüşüm süreci boyunca gemideki tehlikeli maddelerin çevreye bulaşını önlemek amacıyla tüm tehlikeli malzemelerin sızdırmaz zeminler üzerinde ve etkili drenaj sistemleri ile işlenmesi; gemi geri dönüşüm faaliyeti sonucunda ortaya çıkan atıkların ve miktarlarının belgelenmesi ve bu atıkların insan sağlığını tehlikeye atmadan ve çevresel olarak uygun bir şekilde işlem yapabilen atık yönetimi/dönüşümü tesislerine transferleri sağlanmalı),
- 8) Tesiste acil durum eylem planı olmalı, gemide ve gemi geri dönüşüm tesisinin tüm bölgelerinde yangın söndürme ekipmanları bulunmalı, ambulans ve vinçler gibi acil durum ekipmanlarına hızlı erişim sağlanabilmeli,
- 9) Tesislerde işçi sağlığı ve güvenliği gözetilerek işçilerin yaptıkları işe uygun koruyucu ekipman giymeleri sağlanmalı,
- 10) Tesiste meydana gelen olay, kaza, meslek hastalıkları ve kronik etkiler kayıt altına alınmalı ayrıca yetkili makamlarca talep edilmesi halinde söz konusu durumların iş güvenliği, insan sağlığı ve çevre açısından risk oluşturması veya oluşturma potansiyeli de raporlanabilmelidir.

Tüzüğün 13(2). maddesine göre ise AB Listesi'ne girebilmek için gemi geri dönüşüm tesisi işletenin de bazı yükümlülükleri söz konusudur:

- 1) Sözleşmenin 7(3). maddesine göre onaylanmış gemi geri dönüşüm planını donatana ve yetkili makama göndermeli,
- 2) Gemi geri dönüşümüne hazır olduğunu yetkili makama bildirmeli,
- 3) Bir geminin tamamen veya kısmen geri dönüşümü tamamlandığında, gemi geri dönüşüm planına uygun olarak tam veya kısmi geri dönüşüm tarihinden itibaren 14 gün içinde, gemi için "geri dönüşüm için hazır" sertifikasını düzenleyen idareye tamamlama beyanını göndermelidir (eğer söz konusuysa bu tamamlama beyanı, insan sağlığı ve çevreye zarar veren olay ve kazalar hakkında bir rapor da içermelidir).

Görüldüğü üzere AB Tüzüğü'nde, bir gemi geri dönüşüm tesisinin AB Listesi'ne girebilmesi için taşıması gereken şartlar bir hayli ayrıntılı düzenlenmektedir. AB Listesi, Avrupa Komisyonu tarafından oluşturulmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere bu liste, AB üyesi bir devlet tarafından yetkilendirilen ve faaliyet gösteren gemi geri dönüşüm tesisleri ile AB'ye üye olmayan üçüncü bir devlette yer alan gemi geri dönüşüm tesisleri olmak üzere iki kategoriden oluşmaktadır. AB dışındaki gemi geri dönüşüm tesisleri, AB üyesi bir devlette yer alan gemi geri dönüşüm tesisleri için geçerli olan standartları karşılıyorsa, bu listeye dahil edilmektedir. AB dışındaki gemi geri dönüşüm tesislerinin uygunluğu, Avrupa Komisyonu tarafından değerlendirilmektedir. AB Listesi'ne dahil olmak isteyen yabancı bir gemi geri dönüşüm tesisi, kendi ulusal mevzuatı gereği verilen izinlerin yanı sıra, gemi geri dönüşüm faaliyetine doğrudan dahil olan tüm yüklenici ve taşeronların izinlerini de sunmak zorundadır. Başvuru ayrıca gemi geri dönüşüm planının yetkili makam tarafından açıkça veya zımni olarak onaylandığına dair bilgileri içermelidir⁷⁷.

Hong Kong Sözleşmesinde ise taraf devletin yetki alanında faaliyet gösteren gemi geri dönüşüm tesislerinin, Sözleşme'de belirlenen hüküm ve şartlarla, emniyetli ve çevreye duyarlı tasarımı, inşa edilmesi, işletilmesi ile teftiş, kontrol ve uygulama hükümleri yer almaktadır. Hong Kong Sözleşmesi uyarınca yetkilendirilen gemi geri dönüşüm tesislerinin taşıması gereken şartlar, Sözleşmenin Kural 15 ve devamı hükümlerinde ele alınmaktadır. Esas olarak Sözleşme'nin kontrol ve yetkilendirme konularına ilişkin bir çerçeve oluşturduğu ve bu konuları taraf devletlerin ulusal mevzuatlarına bıraktığı

⁷⁷ Tsimplis, "EU Ships," 435.

görülmektedir. Nitekim, AB Tüzüğü gerek bölgesel gerekse üçüncü devletlerde yer alan gemi geri dönüşüm tesislerine yönelik ayrıntılı hükümler getirerek bu boşluğu doldurmakta ve Hong Kong Sözleşmesinin düzenlemediği ayrıntıları ihtiva etmektedir.

Gemi geri dönüşümüne ilişkin genel hususlar Hong Kong Sözleşmesi'nin 8. Kuralı'nda düzenlenmektedir. Sözleşmeye göre gemi geri dönüşümü ancak Sözleşme'ye uygun olarak teşkil edilmiş ve gemi geri dönüşüm planında belirtilen tüm aşamaları gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiş bulunan gemi geri dönüşüm tesislerinde yapılır. Gemi geri dönüşüm tesisi de gemilerin geri dönüşümü için kullanılan site, alan veya tesis olarak tanımlanan alandır. Gemi Söküm Yönetmeliği'nde ise, söküm faaliyetleri "gemi söküm bölgesi" içerisinde gerçekleştirilmektedir. Gemi söküm bölgesi, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından söküm faaliyetinde bulunulmasına izin verilen tesis veya tesislerden oluşmaktadır. Her iki düzenlemede de gemi geri dönüşümünün, bu işe özgülenmiş belirli alanlar içerisinde gerçekleştirilmek üzere planlandığı görülmektedir.

Hong Kong Sözleşmesi gemi geri dönüşüm tesislerinin yetkilendirilmesinin düzenlendiği Kural 16'ya göre, yetkilendirme Lahika-5'te yer alan formla yapılmaktadır. AB Tüzüğü'nün ise AB Üyesi devletler için 14. madde ve AB Üyesi olmayan devletler için 15. maddedeki belirlenen esaslar dairesinde AB Komisyonu tarafından tesislerin beş yıl süre ile yetkilendirilmesi yapılmaktadır. Gemi Söküm Yönetmeliği'nde ise, gemi söküm yetki belgesi ve söküm iznini düzenleyen ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Yönetmeliğin 4. maddesine göre, gemi söküm faaliyetinde bulunmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan gemi söküm yetki belgesi alması zorunludur. Gemi söküm iznini alan gerçek veya tüzel kişiler, Yönetmeliğin bölgeye ve gemi söküm işlemine yönelik genel esaslar ve tedbirleri düzenleyen 3. Bölümü'ne uygun olarak gerekli tedbirleri almaları kaydıyla, gemi söküm işlemine başlarlar⁷⁸. Gemi sökümcüsünün gemi söküm bölgesinde oluşturacağı tesisler, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından uygun görülen yerleşme düzenine uygun olarak, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı da dikkate alınarak, fonksiyonel, hijyenik, estetik olacak ve çevresel anlamda engel teşkil etmeyecek şekilde inşa edilecektir⁷⁹. Gemi söküm yetki belgesine sahip tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı ve proje komisyonları aracılığıyla inşaat aşamasında ve işletme süresince denetim ve kontrolü yapılırken, tesisin yürüttüğü faaliyetlere

⁷⁸ Bkz. Gemi Söküm Yönetmeliği m. 5.

⁷⁹ Bkz. Gemi Söküm Yönetmeliği m. 7.

ilişkin olarak ise yine Bakanlık, Liman Başkanlığı ve ilgili olabilecek diğer kurumlar tarafından kendi mevzuatlarına göre denetim yapılmaktadır. Ancak Yönetmelik ile getirilen bu genel düzenleme denetimlerin etkili şekilde gerçekleştirilmesinde sorun yaratabilecek niteliktedir. Yönetmelikte gemiye ilişkin olarak yalnızca söküm izni verilmesi aşamasında belgeler istenmekte olup, daha sonrasında gemi bakımından fiili bir denetim yapılması öngörülmemiş ve bu iş ilgili olabilecek diğer kurumların uhdesine bırakılmıştır.

Hong Kong Sözleşmesi'ne göre üye devlet tarafından tesise verilen yetkinin geçerlilik süresi taraf devlet tarafından belirlenmeli ancak bu süre her şartta 5 yıldan fazla olmamalıdır. Sözleşmenin 18. Kuralına göre yetkilendirilen gemi geri dönüşüm tesislerinin bir gemi geri dönüşüm tesis planı hazırlamaları gerekmektedir. Plan, gemi geri dönüşüm tesisinin insan sağlığı ve çevre bakımından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesine yönelik oluşturulacaktır. Gemi Söküm Yönetmeliğinde gemi söküm yetki belgesinin geçerlilik tarihi düzenlenmemişse de uygulamada bu iznin 1 yıllık verildiği görülmektedir. Türkiye'de faaliyet gösteren tesislerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü'nden Gemi Söküm Yetki Belgesi almalarının yanında ayrıca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'ndan Basel Sekreteryası tarafından oluşturulan "Gemilerin Çevreye Duyarlı Şekilde Kısmen veya Tamamen Parçalanmasına İlişkin Teknik Kılavuz"⁸⁰ çerçevesinde, Çevre ve Gemi Söküm İzni belgesi aldıkları görülmektedir. Ayrıca AB Listesi'nde yer alan Türkiye'deki tesislerin, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin gemilerin geri dönüşümüne ilişkin düzenlemeleri uyarınca tasdikli gemi geri dönüşüm planı, çevre ve iş sağlığı ile Hong Kong Sözleşmesi'ne uyulduğunu gösteren sertifikaları da bulunmaktadır⁸¹.

C. Çevrenin Korunması

Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü'nün gemi geri dönüşüm faaliyetlerinde öncelikle çevre ve insan sağlığının korunması hususlarına vurgu yaptıkları görülmektedir. Bu anlamda temel uluslararası çevre hukuku

⁸⁰ Bkz. "Technical Guidelines for Environmentally Sound Management of the Full and Partial Dismantling of Ships," ILO, Erişim Tarihi: Ekim 2, 2023, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_117942.pdf.

⁸¹ Örneğin, bkz. "Sertifikalarımız," Öge Gemi Söküm, Erişim Tarihi: Ekim 2, 2023, <https://www.ogegemi.com/kurumsal/sertifika/>.

ilkelerine Hong Sözleşmesi ile AB Tüzüğünde kısmen de olsa yer verildiği söylenebilir. Türk mevzuatına bakıldığında ise, Gemi Söküm Yönetmeliği ile gemi söküm işlemlerinin “insan ve çevre sağlığı”nın korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılması amaçlanmaktadır⁸².

Hong Kong Sözleşmesinin 19. Kuralı uyarınca gemi geri dönüşüm tesislerinin insan sağlığına ve çevreye menfi etkilerinin önlenmesinde, IMO tarafından hazırlanan rehberlerin dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre gemi geri dönüşüm tesislerinin geri dönüşümü süresince çalışma ortamının emniyetli olması ve çevreye zarar vermeyecek şekilde faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amaçları doğrultusunda prosedür oluşturması öngörülmüştür. Sözleşme'nin 20. Kuralı gereği tesislerin, gemide bulunan tehlikeli maddeyi emniyetli ve çevreye duyarlı bir şekilde bertaraf etmesi gerekmektedir. AB Tüzüğünde, çevrenin korunmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, gemilere ve gemi geri dönüşüm tesislerine yönelik hükümler çerçevesinde çevrenin korunması vurgulanmaktadır. Ayrıca Tüzüğün 23. maddesi uyarınca başta 1367/2006 tarihli çevrenin korunmasıyla ilgili AB Tüzüğü olmak üzere⁸³, AB Hukukunun ilgili diğer düzenlemelerine atıf yapılarak bu hükümlerin de AB üyesi devletlere uygulanacağı düzenlenmektedir.

Türk hukukunda ise Gemi Söküm Yönetmeliği'nde çevre kirliliği tek bir madde altında düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 8(b)(1). maddesi uyarınca, hurda gemilerin sıvı atıkları, sıvı atık toplama tankına gerekli çevre, sağlık ve güvenlik önlemleri alınarak boşaltılır. Toplanan sıvı atıklar, lisanslı ara depolama tesislerinde depolandıktan sonra, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca lisans verilmiş kuruluşlar aracılığıyla veya rafineri yoluyla arıtılmaları sağlanır. Yönetmeliği'nin 8(b)(2). maddesine göre, hurda

⁸² Nitekim, Türk Hukukunda çevre ve sağlık hakkı anayasal bir hak olarak Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler hakkındaki üçüncü bölümünde yer alan 56. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili maddede herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve çevrenin korunmasının gerek devletin gerekse vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Bu amaçla Türk hukuku bakımından 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda çevre kirliliği hakkında idari ve hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler yer almakta olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 181 ve 182. maddeleri anlamında çevreyi kirlenme bir suç olarak düzenlenmektedir: RG, 11.08.1983, S. 18132 ve RG, 12.10.2004, S. 25611.

⁸³ Bkz. Official Journal of the European Union, “Regulation (EU) No 1367/2006,” Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006R1367>

gemilerden söküme sonucu çıkan maddelerin, çevre, sağlık ve güvenlik koşullarına uygun olarak gemi sökücüsü tarafından bertarafı sağlanır. Gemi sökücüsü, söküme sırasında çevre, sağlık ve güvenlik risklerini önlemek amacıyla gerekli bütün önleyici tedbirleri almak ve atık yönetim planlarını hazırlamak zorundadır. Kaza sonucu denize dökülebilecek maddelerin dalgalarla taşınımını önlemek amacı ile gemi sökücüsü, yüzer engel bulundurmamak ve söküme başlamadan önce bunları yerlerine yerleştirmek, gerekli tedbirleri almak ve ortaya çıkan kirliliği temizlemek zorundadır. Aksi takdirde Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca söküme faaliyetlerinin durdurulması veya yetki belgesinin iptali söz konusu olabilecektir.

Çevrenin korunması hususunda uluslararası çevre hukukunda akla gelen ilk ilkelerden biri “kirleten öder (*polluter pays*)” ilkesidir. Nitekim, Türk hukukunda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3(g) maddesinde vurgulanan kirleten öder ilkesi⁸⁴, Gemi Söküm Yönetmeliği'nin 8. maddesinde yalnızca gemi sökücüsü bakımından ifade edilmektedir. Buna göre “.. *gemi sökücüsü, .. olası kirlilik durumunda temizlemek zorundadır ..*”. AB Tüzüğü'nün Dibace'sinde bu ilkeye doğrudan atıfta bulunulduğu görülmektedir. Ancak, Hong Kong Sözleşmesi'nde söz konusu ilkenin tam olarak karşılığını bulduğunu söylemek zordur⁸⁵. Zira, gemi geri dönüşüm faaliyeti gerçekleştirilirken “kirleten” olarak sorumlu tutulabilecek bayrak devleti veya donatan bakımından Sözleşme'de herhangi bir sorumluluk hükmü bulunmamaktadır. Gemi geri dönüşüm tesisinin bu faaliyeti gerçekleştirirken, tehlikeli atıkların da dahil olduğu tüm gemi söküm sürecini yürütmekle yükümlü olduğu göz önüne alındığında⁸⁶, ortaya çıkabilecek kirlilikten tesisin sorumluluğundan dolayı olarak bahsedilebilir. Esasen Hong Kong Sözleşmesi'ne ilişkin yapılan toplantılarda donatanların ve devletlerin katkı sağlayacağı bir Gemi Geri Dönüşüm Fonu (*Ship Recycling Fund*) kurulması gündeme gelmiş⁸⁷ ancak Sözleşme'de fona ilişkin herhangi bir düzenleme

⁸⁴ Çevre Kanunu'nda “kirleten öder ilkesi”, hem yükümlülük hem sorumluluk boyutuyla düzenlenmektedir: Nükhet Turgut, “Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, S. 1 (1995): 623. Kirleten öder ilkesinin bir diğer görünümü olarak benzer şekilde Çevre Kanunu m. 8 ile kirletme yasağı ilkesi düzenlenmiştir.

⁸⁵ Ahmed, “Towards,” 208.

⁸⁶ Bhattacharjee, “From Basel,” 227.

⁸⁷ Bkz. 06.08.2004 tarihli MEPC 52/3/6; 22.04.2005 tarihli TC 55/2/3; 22.04.2005 tarihli TC 55/2/Add.3.

yapılmamıştır. AB Tüzüğü⁸⁸ ile kirleten öder ilkesinin bir gereği olarak tüm gemilere, hangi bayrak altında olduklarına bakılmaksızın, uygulanabilir bir finansal mekanizma kurulmasının Avrupa Komisyonunca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁹.

Kirleten öder ilkesi ile oldukça ilişkili olan “kaynağında önleme ilkesi (*the rectification at source principle*)” ise çevresel zararın sonuçlarından ziyade ortaya çıktığı alan itibariyle önlenmesini amaçlar⁹⁰. Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü bu ilke bakımından eleştirilebilir. Söz konusu ilke doğrultusunda tehlikeli atıkların bertaraf edilmesi borcunun sökülmesi tesislerini işleten devletlere değil, donatan ya da bayrak devletine yüklenmesinin daha yerinde olduğu düşünülmektedir⁹¹. Esasen Basel Sözleşmesi bu ilkelere daha uygun düzenlemeler getirmekte olduğundan, tehlikeli atıkların bertarafında öncelikle uygulanması yerinde olacaktır.

Hurda gemilerin parçalara ayrılması ve bu parçaların bertaraf edilmesine yönelik çevreye olumsuz etkisi olabilecek işlemler genellikle gelişmekte olan ülkelerde yapılmaktadır. Bu durum gemi sökülme ve geri dönüşüm faaliyetleri bağlamında Hong Kong Sözleşmesinin ve “çevresel adalet” kavramının sıklıkla tartışılmasına yol açmaktadır⁹². Ne kadar Hong Kong Sözleşmesi gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında şekli eşitliği sağlamak konusunda çerçeve hükümler ortaya koymuş olsa da⁹³, çevrenin korunmasına ilişkin ilkelerin gelişmekte olan ülkelerin ulusal düzenlemelerinde tam anlamıyla karşılık bulduğunu söylemek güçtür. AB Tüzüğüne ise gerek AB üyesinde gerekse AB üyesi olmayan devletlerde bulunan gemi geri dönüşüm tesislerine aynı standartları getirmesi, bir ölçüde çevresel adalet kavramının dikkate alındığını göstermektedir.

⁸⁸ AB Gemi Geri Dönüşüm Tüzüğü Giriş - 19. paragraf.

⁸⁹ Komisyon buna ilişkin bir rapor hazırlamıştır: bkz. “Financial Instrument to Facilitate Safe and Sound Ship Recycling: Final Report (2016),” European Commission, Erişim Tarihi: Ekim 5, 2023, https://ec.europa.eu/environment/pdf/waste/ships/financial_instrument_ship_recycling.pdf.

⁹⁰ James Cameron ve Juli Abouchar, “The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment,” *Boston College International & Comparative Law Review* XIV, No 1 (1991), 5.

⁹¹ Bhattacharjee, “From Basel,” 228.

⁹² Puthucherril, *Sustainable*, 318.

⁹³ Bhattacharjee, “From Basel,” 229.

D. İş Sağlığı ve Güvenliği

Gemi sökülmesi ve geri dönüşümü faaliyetleri, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel riskler barındırmaktadır. Her ne kadar günümüzde bir gemi inşa etmek için kullanılan asbest, poliklorlu bifeniller, tribütildin gibi toksik boyalar ve ağır metallerin kullanımı kısıtlanıp yasaklanmaya başlanmış olsa da, 20-30 yıl önce inşa edilmiş bir geminin sökülmesi sırasında bu türden insan sağlığı için tehlikeli ve zararlı maddelerin ortaya çıkması mümkündür⁹⁴. Öyle ki, gemilerde bulunan asbestin tespiti, sökülmesi, geçici olarak depolanması ile atık ve artıkları arıtma, yakma ve değerlendirme konusunda yetkili kuruluşa nakli özel bir önem taşıdığından, bu işlerin uzman ekipler tarafından yapılması gerekmektedir⁹⁵. Ayrıca, gemideki kablolar, elektrik ve diğer kontrol sistemleri tehlikeli madde içerdiğinden, bunların yanması tehlikeli gazların çevreye yayılmasına sebep olur. Geminin boya kaplaması, yakıldığında veya sıyrıldığında havayı, toprağı ve suyu kirletebilir, insan sağlığı için tehlikeli sonuçlar doğurabilir⁹⁶. Bu anlamda gemi geri dönüşüm sektöründe çalışan ve tehlikeli atıkları işleyen işçilerin eğitimi, korunması, güvenliği ve sağlığı çok önemlidir.

Hong Kong Sözleşmesinde ve benzer şekilde AB Tüzüğünde, işçilerin yaşam ve çalışma koşullarını iyileştirmeye yönelik hükümler yer almaktadır. Hong Kong Sözleşmesinde gemi geri dönüşümünde çalışan işçilerin çalıştıkları işin niteliğine uygun şekilde bilgilendirilmesi, eğitilmesi ve belgelendirilmesi hususları ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Tüzük uyarınca ise Üye Devletler, gemi sökülmesi işçilerinin ve yakın çevrede bulunan insanların sağlığına ve çevreye yönelik ortaya çıkabilecek olumsuz etkileri önlemek, azaltmak, en aza indirmek ve mümkünse ortadan kaldırmak amacıyla yönetim ve izleme sistemleri, usul ve teknikler oluşturmalıdır. Ayrıca, tesislerde iş sağlığı ve güvenliği gözetilerek işçilerin yaptıkları işe uygun koruyucu ekipman giymeleri sağlanmalı, tesiste meydana gelen olay, kaza, meslek hastalıkları ve kronik etkiler kayıt altına alınmalı, yetkili makamlarca talep

⁹⁴ Zhao ve Chang, "Comparison," 54.

⁹⁵ "Gemi Sökümü İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Teftiş Projesi-2, Genel Değerlendirme Raporu", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ekim 11, 2023, https://www.csgb.gov.tr/medias/5981/2007_22.pdf.

⁹⁶ Aage Bjørn Andersen, "Worker Safety in the Ship-Breaking Industries, Sectoral Activities Program," *ILO* 8, (2001): 8. Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_110357.pdf.

edilmesi halinde söz konusu durumların iş güvenliği, insan sağlığı ve çevre açısından risk oluşturması veya oluşturma potansiyeli de raporlanmalıdır.

Hong Kong Sözleşmesi'nin 19. Kuralı'nda ve AB Geri Dönüşüm Tüzüğü'nün 7(2-c). maddesinde, taraf devletler, gemi geri dönüşüm tesislerinin, “sıcak çalışma (*safe for hot work*)” ve “emniyetli giriş (*safe for entry*)” koşullarının oluşturulması için gerekli prosedürleri oluşturmak, sürdürmek ve izlemekle yükümlü kılınmışlardır. Buna göre, yangın, patlama gibi işin niteliğinden kaynaklanan zararların ortaya çıkmasını, hava kirliliğini, kazaları ve meslek hastalıkları ile yaralanmaları engellemek, bunların insan sağlığı ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerini önlemek amaçlanmaktadır. Bu amaçların yerine getirilmesi amacıyla Sözleşme, IMO'nun kılavuzlarının dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Türk Hukukunda Gemi Söküm Yönetmeliği'nde iş sağlığı ve güvenliği konusunda sadece ilgili mevzuata atıf yapmakla yetinilmektedir. İş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması hakkında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁹⁷'na başvurulması söz konusudur. Nitekim bu Kanun uyarınca çıkarılan, Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik hükümleri de gemi sökümü bakımından da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, gemi sökümü işi, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği⁹⁸” kapsamında çok tehlikeli iş sınıfında yer almaktadır. Bu da söz konusu faaliyeti gerçekleştiren işçilerin sağlık gözetimlerinin, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin ve iş ekipmanlarının özel olarak denetlenmesi zorunluluğunu doğurmaktadır.

Görüldüğü üzere, Hong Kong Sözleşmesi'nde ve AB Tüzüğünde işçilerin emniyeti ve eğitimi konusu çerçevesinde işçilerin yaşam ve çalışma koşullarını iyileştirmeye yönelik ilkeler düzenlenmektedir. Gemi Söküm Yönetmeliği'nde ise yalnızca gemi sökümünün sağlık ve güvenlik risklerini önlemeye ilişkin tedbir alma yükümlülüğü öngörülmüştür. Elbette bu konuda başta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu olmak üzere ilgili alt düzenlemelerin ve ILO tarafından öngörülen standartların uygulanması da söz konusu olacaktır.

Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğünde gemi geri dönüşüm sektöründe çalışan işçilerin sigortalanmasına ilişkin özel bir düzenleme yer

⁹⁷ RG, 30.06.2012, S. 28339.

⁹⁸ RG, 26.12.2012, S. 28509.

almamaktadır⁹⁹. Gemi Söküm Yönetmeliği de bu konuda bir hüküm sevk etmediğinden, konuya ilişkin genel hükümlere gidilmesi söz konusu olur. Türk hukukunda, işçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁰⁰'nun hükümlerine uygun olarak iş kazası veya meslek hastalığına ilişkin sigortalanması gerekmektedir¹⁰¹. Ancak uygulamada her bir gemi için söküm faaliyetini yürütmek üzere bir taşeron şirket kurularak, işçilerin kanun gereği sahip oldukları haklardan mahrum bırakılmaya çalışıldığı da görülmektedir. Ayrıca gemi geri dönüşüm faaliyetinin taşıdığı risk düşünüldüğünde, bu sektörde çalışan işçilerin uygun şekilde sigortalanması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde tesislere verilebilecek caydırıcı nitelikteki cezaların özel olarak belirlenmesi yerinde olabilir¹⁰².

Anayasa'nın 90(5). maddesi uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde sayılacağından, pek tabiidir ki yürürlüğü ile birlikte Hong Kong Sözleşmesi iç hukuk kuralı haline gelerek, Türkiye bakımından doğrudan uygulanabilecektir. Bir diğer ifadeyle Hong Kong Sözleşmesi, Türkiye bakımından kanun mertebesinde kabul edilen bir uluslararası sözleşme mahiyetinde olacaktır. Ancak uluslararası toplumun menfaatine göre şekillendirilmiş bir uluslararası sözleşmeden, gemi geri dönüşümüne ilişkin her konuyu detaylı olarak düzenlemesi beklenemez. Bu sebeple, Hong Kong Sözleşmesi'nde ayrıntılı olarak düzenlenmeyen ve uygulaması taraf devletlere bırakılan konularda, özellikle denetim ve yaptırımlara ilişkin olarak, iç hukuk düzenlemesine ihtiyaç olduğu düşünülmektedir. Bu konudaki boşlukları doldurmak üzere, yürürlükteki 2004 tarihli Gemi Söküm Yönetmeliğinin, Hong Kong Sözleşmesiyle benimsenen amaç doğrultusunda ve Hong Kong Sözleşmesinin uygulamasını gösterecek nitelikteki yeni bir düzenleme ile değiştirilmesi yerinde olur.

⁹⁹ Zhao ve Chang, "Comparison," 60.

¹⁰⁰ RG, 16.06.2006, S. 26200.

¹⁰¹ Ayrıca Türkiye tarafından onaylanan ILO Sözleşmelerinden 42 No'lu İşçinin Tazmini (Meslek Hastalıkları) Sözleşmesi ile de ILO üyesi devletlere, işçilerin meslek hastalıklarına maruz kalmaları halinde ulusal mevzuatta iş kazası halinde ödenecek tazminattan az olmamak üzere bir tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir: Bkz. "42 No'lu İşçinin Tazmini (Meslek Hastalıkları) Sözleşmesi (Revize)," ILO-Ankara, Erişim Tarihi: Ekim 2, 2023, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377247/lang--tr/index.htm.

¹⁰² Benzer şekilde Çin Hukuku hakkında bkz. Zhao ve Chang, "Comparison," 60.

SONUÇ

Gelişen dünya deniz ticareti filosu, gemi sökümü ve geri dönüşümüne verilen önemi giderek arttırmaktadır. Gemi geri dönüşümü, gerek Türkiye gerekse bu sektörde faaliyet gösteren ülkeler bakımından bir yandan ekonomik fayda sağlarken, diğer yandan riskleri de beraberinde getirmektedir:

- Gemi geri dönüşüm endüstrisi, istihdam olanağı sağlar ancak aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliğini tehdit eden faaliyetler içerir.
- Hurda gemilerin geri dönüştürülmesi ve yeniden kazanılmasının ekolojik dengenin korunmasındaki rolü sebebiyle gemi geri dönüşüm endüstrisi, “yeşil endüstri” olarak adlandırılırsa da yapılan faaliyetlerin çevreye zarar vermesi oldukça olasıdır.

İş sağlığı ve güvenliği ile çevresel etkiler bakımından taşıdığı risklerden dolayı gemi geri dönüşüm faaliyetinin belirli standartlarda gerçekleştirilmesi gerekir. Bu anlamda, Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü insan sağlığının ve çevrenin korunması konularında gemi geri dönüşüm sektöründe bir farkındalık yararmıştır. Hong Kong Sözleşmesinin gemi geri dönüşümün risklerine karşı getirdiği çerçeve ilkeler ve usuli düzenlemeler önemli bir adım olarak görülmektedir. Ancak özellikle denetim mekanizmasını taraf devletlerin hukukuna bırakması sebebiyle Sözleşme sorunu tam olarak çözmüş değildir.

Dünyada gemi sökümü ve gemi geri dönüşümü faaliyetlerinin çoğunlukla gelişmekte olan devletler tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Uyulması gereken standartlar ise gelişmekte olan ülkeler bakımından oldukça maliyetlidir. Gelişmiş ülkelerin ise yüksek maliyetler ve taşıdığı riskler sebebiyle gemi geri dönüşümü faaliyetinden kaçındığı ve hurda haline gelmiş gemileri gelişmekte olan ülkelere ihraç ettiği görülmektedir. Gelişmekte olan ülkeler bu anlamda gemi geri dönüşüm sektöründe ilk sıralarda yer almaktadır. Ancak gemi geri dönüşümünden daha çok ekonomik fayda elde etmek amacıyla, gelişmekte olan ülkelerin sağlık ve çevre standartlarına tam olarak uyumayacakları açıktır. Uluslararası düzenlemelerin bu anlamda ciddi yaptırımlar içermesi ve denetimi ülkelere bırakmaması yerinde olacaktır.

Türk hukukunda halihazırda gemi geri dönüşümüne ilişkin yasal bir düzenleme yürürlüğe girmiş değildir. Yürürlüğü ile birlikte Hong Kong Sözleşmesi ise Anayasa'nın 90(5). maddesi uyarınca Türk hukukunun bir

parçası haline gelecektir. Ancak gemilerin emniyetli ve çevreye duyarlı geri dönüşümüne ilişkin uygulaması taraf devletlere bırakılan hususlarda, gemi sökülmesine yönelik hükümler ihtiva eden 2004 tarihli Gemi Söküm Yönetmeliğinin yetersiz kalacağı düşünülmektedir. Yönetmelikte gemi sökülmesinde çevrenin korunmasına ve insan sağlığına ilişkin önlemlerin alınmasının amaçlandığı belirtilmiş olsa da, konunun oldukça teknik bir şekilde ele alındığı görülmüştür. Bu anlamda Yönetmelik özellikle gemi sökülme bölgelerine ilişkin izin, yetki belgesi gibi usule ilişkin hükümler ihtiva etmekte fakat bu bunların Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü ile uyumlu olmadığı görülmektedir. Özellikle işçilerin eğitilmesi, bilgilendirilmesi ve sertifikalandırılması hususlarında ayrıntılı hükümler içeren Hong Kong Sözleşmesi ve AB Tüzüğü ile karşılaştırıldığında, Gemi Söküm Yönetmeliği'nin bu konularda eksik olduğu görülmektedir. Zira Yönetmelikte, sadece gemi sökülmesinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri önleme yükümlülüğünden söz edilmiştir. Bununla birlikte ne Hong Kong Sözleşmesi ne AB Tüzüğü ne de Gemi Söküm Yönetmeliği, gemi sökülme sektöründe çalışan işçilerin sigortalanması konusunda özel bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Taşımakta oldukları risk düşünüldüğünde, gemi geri dönüşüm sektöründe çalışan işçilerin uygun şekilde sigortalanması, bu yapılmadığında ise tesislere yönelik ne gibi yaptırımlar gündeme geleceğinin belirlenmesi konularının da özel olarak bu konudaki ulusal bir düzenlemede belirlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Türk hukukunda hala yürürlükte olan Gemi Söküm Yönetmeliği'nin, gemilerin çevreye duyarlı şekilde geri dönüşümüne ilişkin ihtiyaçları tam olarak karşılamadığı görülmektedir. Bu anlamda taraf olunan Hong Kong Sözleşmesi doğrultusunda bir ulusal düzenlemenin acil olarak hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda taslak aşamasındaki yönetmeliklerin de bir an evvel yürürlüğe sokulması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ahmed, Ishtiaque. "Towards a Safe and Sustainable Industry of Ship Breaking: International Initiatives and South Asian Response." *Journal of Maritime Law & Commerce* 51, No 3 (2020): 187-234.
- Andersen, Aage Bjørn. "Worker Safety in the Ship-Breaking Industries, Sectoral Activities Program", *ILO* 8, (2001), Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_110357.pdf.
- Argüella, Gabriela. *Marine Pollution, Shipping Waste and International Law*. London New York: Routledge, 2020.
- Baykal, Senem ve İlke Göçmen. *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Bhattacharjee, Saurabh. "From Basel to Hong Kong: International Environmental Regulation of Ship-Recycling Takes One Step Forward and Two Steps Back." *Trade, Law and Development*, I, no. 2 (2009): 193-230.
- Bozkurt, Banu. "Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşme Hükümleri ile Avrupa Birliği Mevzuatındaki Gelişmelerin Gemi Söküm Şirketlerine Getirmekte Olduğu Yükümlülükler." İçinde *Kırıkkale Üniversitesi, Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri Kitabı*, Editörler. Hamdi Gökçe Zabunoğlu ve Nurdan Orbay Ortaç, 261-263. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, 2021.
- Cameron, James ve Juli Abouchar. "The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment." *Boston College International & Comparative Law Review*, XIV, no. 1 (1991): 1-27.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı. "Gemi Sökümü Yapılan İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Proje Denetimi Değerlendirme Raporu, Ekim 2005". Erişim Tarihi: Ekim 11, 2023 <https://www.csgb.gov.tr/medias/5970/2005_09.pdf>.
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı. "Hurda Gemi Geri Dönüşümüne İlişkin Tebliğ Taslağı." Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023. <http://otasad.org.tr/icerik/mevzuat/mevzuat-45.pdf>.
- De la Rue, Colin ve Charles Anderson. *Shipping and the Environment Law and Practice*. London New York: Routledge, 2009.
- Deniz Ticaret Odası. "Gemi Geri Dönüşüm Sektörü." Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023. <https://www.denizticaretodasi.org.tr/tr/sayfalar/gemi-geri-donusum-sektoru>.

- Dodds, David. "Breaking Up is Hard to Do: Environmental Effects of Shipwrecking and Possible Solutions Under India's Environmental Regime." *Global Business & Development Law Journal* XX, no. 1 (2007): 207-236.
- EMSA. "EMSA Guidance on the Inventory of Hazardous Materials." Erişim Tarihi, Eylül 29, 2023. <https://emsa.europa.eu/about/financial-regulations/items.html?cid=280&id=3003>.
- Enger, Katrine Berge. "Ship Recycling - An Analysis of the Inconsistencies within the Legislation Regarding Ship Recycling." YL Tezi, University of Oslo, 2007.
- European Commission. "Financial Instrument to Facilitate Safe and Sound Ship Recycling: Final Report (2016)." Erişim Tarihi: Ekim 5, 2023. https://ec.europa.eu/environment/pdf/waste/ships/financial_instrument_ship_recycling.pdf.
- Garud, Parimal. "Incorporation of Global Environmental Norms into Indian Legal Systems: Social and Economic Challenges, with Special Reference to Ship-Breaking." *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 37, (2012): 150-156.
- GEMİSANDER. "Tarihçe." Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. <https://www.gemisander.covrm/tarihce>.
- Glinski, Carola. "Sustainable Shipping: The New Governance Approach to Ship Recycling." İçinde *Maritime Organisation, Management and Liability*, Editörler. Stephen Girvin ve Vibe Ulfbeck, 109-132. Oxford: Hart Publishing, 2021.
- ILO-Ankara. "42 No'lu İşçinin Tazmini (Meslek Hastalıkları) Sözleşmesi (Revize)." Erişim Tarihi: Ekim 2, 2023. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377247/lang--tr/index.htm.
- ILO. "Is there a Decent Way To Scrap Ships?." Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/features/WCMS_076903/lang--en/index.htm.
- ILO. "Safety and Health in Shipbreaking: Guidelines for Asian Countries and Turkey." Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_107689.pdf.
- ILO. "Technical Guidelines for Environmentally Sound Management of the Full and Partial Dismantling of Ships." Erişim Tarihi: Ekim 2, 2023. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_117942.pdf.
- IMO. "Recycling of Ships." Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023. <https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Ship-Recycling.aspx>.

- IMO, "Status of Conventions." Erişim Tarihi: Ekim 10, 2023. <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>.
- Karim, Saiful. *Shipbreaking in Developing Countries: A Requiem for Environmental Justice from the Perspective of Bangladesh (IMLI Studies in International Maritime Law)*. London: Routledge, 2018.
- Kaya, Yasemin. "Basel ve Hong Kong Sözleşmeleri Bağlamında Gemi Söküm Endüstrisi: Çevre, Sağlık ve Güvenlik Odaklı Bir Analiz." *İş, Güç: Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi* 14, No 4 (2012): 71-88.
- MARISEC. *Industry Code of Practice on Ship Recycling*. London: International Chamber of Shipping, 2001.
- Mishra, Shreya. "Non-entry into force of the Hong Kong International Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships, 2009: An analysis from the perspective of India Pakistan and Bangladesh." *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping* II, no. 1 (2018): 22-30.
- Neşer, Gökdeniz, Deniz Ünsalan, Nermin Tekoğul and Frank Stuer-Lauridsen. "The Shipbreaking Industry in Turkey: Environmental, Safety and Health Issues." *Journal of Cleaner Production* 16, no. 3 (2006): 350-358.
- NGO Shipbreaking Platform. "Glossary." Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023. <https://shipbreakingplatform.org/our-work/glossary/>.
- Official Journal of the European Union. "Regulation (EU) No 1257/2013." Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:330:0001:0020:EN:PDF#:~:text=The%20purpose%20of%20this%20Regulation%20is%20to%20enhance%20safety%2C%20the,subject%20to%20environmentally%20sound%20management>.
- Öge Gemi Söküm. "Sertifikalarımız." Erişim Tarihi: Ekim 2, 2023. <https://www.ogegemi.com/kurumsal/sertifika/>.
- Pskowski, Rebecca Prentiss. "No Country for Old Ships?: Emerging Liabilities for Ship Recycling Stakeholders." *Tulane Maritime Law Journal* 45, no. 1 (2020): 61-100.
- Puthucherril, Tony George. *From Shipbreaking to Sustainable Ship Recycling*. Leiden Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Royal Museums Greenwich. "Shipbuilding at Greenwich." Erişim Tarihi: Eylül 10, 2023. <https://www.rmg.co.uk/stories/topics/shipbuilding-1800-present>.
- Sawyer, John F. "Shipbreaking and the North-South Debate: Economic Development or Environmental and Labor Catastrophe." *Penn State International Law Review* 20, No 3 (2002): 535-562.

- Singh, Tanvi. "Designing Adequate PPE for Ship Breaking in Developing Countries, A Project Proposal Presented to the School of Industrial Design Graduate Committee." Master Project Proposal, Georgia Institute of Technology, 2017.
- Sunaryo, Sunaryo, Eko Djatmiko, Siti Fariya, Rafet Kurt, Sefer Gunbeyaz. "Gap Analysis of Ship-Recycling Practices in Indonesia." *Recycling* 6, no. 3 (2021): 48-66.
- TBMM. "Soru Yönergesi Cevabı." Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023. https://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/71970sgc.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000e334e1b425c094d64f73ec654aaa6f59aa087d5bc10a055419b4abe482b7b75408fda899bb143000676457c861c24a1e42648afa80f2c749ec35723e2dd200740be235d93b0c10fe61d870920016a898c216dd6bc7deef66.
- Tsimplis, Michael. "Recycling of EU Ships: From Prohibition to Regulation." *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* (2014): 415-440.
- Tsimplis, Michael. "Shipping and the Marine Environment in the 21st Century." İçinde *Maritime Law Evolving: Thirty Years at Southampton*,. Editör Malcolm Clarke, 95-130. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Turgut, Nühket. "Kirlenen Öder İlkesi ve Çevre Hukuku." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, S. 1 (1995): 607-654.
- Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı. "Gemi Geri Dönüşümü Hakkında Yönetmelik Taslağı." Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023. <https://tkygm.uab.gov.tr/uploads/pages/gemi-geri-donusumu-hakkinda-yonetmelik-taslagi/5-1-gemi-geri-donusumu-hakkidayonetmelik-taslagi.pdf>.
- Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı. "Tersaneler ve Kıyı Yapıları İstatistikleri." Erişim Tarihi: Eylül 25, 2023. <https://tkygmistatistikleri.uab.gov.tr/veri-seti>.
- United Nations Digital Library. "E/CN.4/2005/44 (15 Feb 2005)." Erişim Tarihi: Ekim 7, 2023. <https://digitallibrary.un.org/record/542039>.
- UNTC. "Basel Convention." Erişim Tarihi: Eylül 24, 2023. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-3&chapter=27&clang=_en.
- Zhao, Yue ve Yen-Chiang Chang. "Comparison of Ship-Recycling Legislation Between Chinese Law and the 2009 Hong Kong Convention." *Ocean Development & International Law* XLV, no. 1 (2014): 53-66.

Raporlar:

04.03.2004 tarihli A 23/Res.962.

06.08.2004 tarihli MEPC 52/3/6.

25.01.2005 tarihli UNEP/CHW.7/33.

22.04.2005 tarihli TC 55/2/3

22.04.2005 tarihli TC 55/2/Add.3.

25.07.2005 tarihli MEPC/Circ.466.

03.02.2006 tarihli A 24/Res.980.

06/02/2006 tarihli A 24/Res.981.

14.05.2010 tarihli UNEP/CHW/OEWG/7/21.

08.03.2019 tarihli MEPC 74/INF.16

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İHTİYATI TEDBİR KARARI VERMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

*Principles Regarding the Regional Court of Justice's Awarding an
Interim Measure Decision*

Seda KAYNAK*

ÖZ

Bölge adliye mahkemelerinin ilk akla gelen işlevi, ilk derece mahkemesi kararlarının maddi ve hukuki denetimini yapmasıdır. Bölge adliye mahkemesinin maddi denetim yapması, yani aynı zamanda bir vakıa mahkemesi olması ihtiyati tedbir talebinin bölge adliye mahkemesine yöneltilip yöneltilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir. İşte bu çalışmada istinaf yargılaması ile ihtiyati tedbir arasındaki ilişki incelenecektir. Bu kapsamda, ilk olarak, ihtiyati tedbir ve istinaf yargılamasının gösterdiği özellikler dikkate alınarak bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilip edilemeyeceği sorusuna yanıt aranacaktır. Ancak kuşkusuz bu soruya yanıt vermek yeterli değildir. Zira bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebi hakkında karar verebileceği kabul edildiği takdirde, istinaf yargılamasının nasıl yürütüleceği, verilen karara karşı konulup konulamayacağı gibi pek çok yeni soru da ortaya çıkmaktadır. Keza bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında verdiği karara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı ve haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasının açılacağı merci de incelenmesi gereken başkaca konulardır. Çalışmada doktrin ve yargı kararları dikkate alınarak bu konular değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanun yolları, istinaf, bölge adliye mahkemesi, ihtiyati tedbir, geçici hukuki korumalar

Makalenin Geliş Tarihi: 19.09.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.09.2023.

* Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: sedakaynak@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2439-7722.

ABSTRACT

The primary function of regional courts of justice is to conduct substantive and legal review of decision of courts of first instance. The fact that regional courts of justice conduct substantive reviews, meaning that they also function as courts of facts, raises the question of whether a request for an interim measure can be directed to a regional court of justice. This study aims to examine the relationship between appeal proceedings and interim measure. This study will firstly seek an answer to the question of whether an interim measure can be requested from regional courts of justice, taking into account the characteristics of interim measures and appeal proceedings. In addition to this question, if it is accepted that regional courts of justice can decide interim measure; many new questions arise, such as how the appeal proceedings will be conducted, whether the decisions can be opposed. Likewise, it is necessary to examine other issues, such as whether there is any appellate remedy against the interim measure decisions of regional courts of justice, and the competent court to file a claim for compensation arising from an unjust interim measure. This study will evaluate these issues, taking into account doctrine and practice.

Keywords: Appellate remedy, appeal, regional court of justice, interim measure, interim legal protection

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİP VEREMEYECEĞİ SORUNU

A. Genel Olarak

İhtiyati tedbir, esas itibariyle ilk derece mahkemesinden talep edilir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmesinin ihmal edilmesi veya tedbir ihtiyacının ilk derece mahkemesinin nihai karar verilmesinden sonra ortaya çıkması ya da ilk derece mahkemesi tedbir talebini reddettiği ve şartlar değiştiği için yeniden tedbir talep edilmek istenmesi¹ gibi gerekçelerle bölge adliye mahkemesinden tedbir talep

¹ *Özekes ve Simil'e göre, geçici hukuki koruma tedbiri talebi ilk derece mahkemesince reddedilse bile istinaf aşamasında yeniden talep edilebilir [Muhammet Özekes, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz (Ankara: Yetkin, 2016), 107; Cemil Simil, "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi," SDÜHFD 10, S. 2 (2020): 185]. Bizim de*

edilmesi söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, ilk derece yargılamasında ihtiyati tedbir talep edilmediği veya edildiği halde reddedildiği hallerde istinaf aşamasında ihtiyati tedbir talep edilmek istenebilir. Bu durumda, ihtiyati tedbir talebinin inceleneceği merci tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler, kanun yolu aşamasında dosyanın üst derece mahkemesine intikal etmesi ve etmemesi durumunda farklılık arz etmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda bu ayırım dikkate alınarak açıklama yapılacaktır.

B. Dosya Bölge Adliye Mahkemesine İntikal Etmeden Önce İhtiyati Tedbir Talep Edilmesi

1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

İlk derece yargılamasında nihai karar verilmesinden sonra ve fakat henüz istinafa başvurulmadan önce talep edilen ihtiyati tedbirin ilk derece mahkemesinde mi yoksa bölge adliye mahkemesinde mi inceleneceği sorusuna verilen yanıtlar farklıdır.

Bir görüşe göre, dosya bölge adliye intikal etmeden önce, ihtiyati tedbir talebi nihai kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine yöneltilmelidir. Bu görüşü savunan Özekes'e göre, istinaf yoluna başvurulmadıkça ve dosya bölge adliye mahkemesine ulaşmadıkça bölge adliye mahkemesi ihtiyati tedbir talepleri bakımından görevli kabul edilemez². Bu nedenle, ilk derece mahkemesi dosyadan el çekse de ihtiyati tedbir talebi ilk derece mahkemesinde ileri sürülmelidir.

katıldığımız görüşe göre ise, önemli bir değişiklik olmadıkça, bu halde bölge adliye mahkemesinden geçici hukuki koruma talep etmek mümkün değildir [Selçuk Özek, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 371 Şerhi)* (Ankara: Yetkin, 2021), 146, dn. 81]. Nitekim Özekes de başka eserlerinde, ihtiyati tedbir talebinin mahkemece reddinden sonra aynı veya yetkili başka bir mahkemeden aynı taraflar arasında, aynı vakıalara dayanarak ve aynı delillerle ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira her ne kadar ihtiyati tedbirin reddi kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmese de mahkeme kararlarına güven duyulması ve tarafların yargılamada dürüstlük kuralına uygun davranmasının sonucu budur [Muhammet Özekes, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir," *DEÜHFD* 4, S. 2 (2002): 123; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt 3* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2485-2486]. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz* (Ankara: Seçkin 1999), 271.

² Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2470.

Yılmaz ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde konuyu temyiz kanun yolu bakımından incelemiştir. *Yılmaz*'a göre, ilk derece mahkemesi nihai karar vermiş ve dosyadan el çekmiş olsa dahi ihtiyati tedbir talebini inceleyebilmelidir. Bu görüşün iki gerekçesi bulunmaktadır³. İlk olarak, hak sahiplerinin ihtiyati tedbire başvurabilecekleri bir merci olmalıdır. Devlet yargı hakkından yararlanmak isteyen herkese hukuki olanakları sunmalıdır. Bu halde, usul kurallarından kaynaklanan bir boşluk (TMK m. 1) vardır ve bu boşluğun hakkın özüne ve adalete uygun şekilde doldurulması gerekir. İlk derece mahkemesinin dosyadan el çekmesi gerekçesiyle ihtiyati tedbir kararı verememesi sonucuna varmak telafisi imkânsız hak kayıplarına neden olabilir. Bu nedenle, dosya Yargıtay'a intikal etmediği sürece nihai kararı vermiş olan ilk derece mahkemesi ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir. İkinci olarak, ilk derece mahkemesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı en iyi bilen mahkemedir. Bu açıdan da nihai kararı veren ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermesi isabetli olacaktır. Belirtmek gerekir ki, *Yılmaz*, bu görüşünü 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde de yinelemiştir; konuyu yalnızca temyiz kanun yolu bakımından incelemiştir⁴.

Doktrinde baskın olan aksi görüşe göre ise, ilk derece mahkemesi nihai karar verdikten ve kararı tebliğ ettikten sonra henüz istinaf dilekçesi verilmemiş olsa dahi ihtiyati tedbir talebini bölge adliye mahkemesi incelemelidir⁵. Zira ilk derece mahkemesi nihai karar verdikten sonra dosyadan elini çektiğinden davanın esasına bakan mahkeme olarak nitelendirilemez. Bu aşamadan sonra bölge adliye mahkemesi davaya

³ Ejder Yılmaz, "Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Verme Yetkisi," *MİHDER* 5, S. 2 (2009): 219-220.

⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4* (Ankara: Yetkin, 2021), 5280-5281.

⁵ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin, 2014), 1138; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 152; Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf* (Ankara: Yetkin, 2009), 344; Cengiz Serhat Konuralp, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler," *İÜHFMD* 71, S. 2 (2013): 238; Simil, "İhtiyati Tedbir," 185-186; Yasemin Mıstaçoğlu, "Bölge Adliye Mahkemeleri ve İhtiyati Tedbir Kararları," *İBD* 90, S. 6 (2016): 41; Burak Ayer, "İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvuru Yolları" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2020), 95. Delil tespiti bakımından aynı yönde bkz. Fatih Tahiroğlu, "Medeni Usul Hukukunda Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme," *SDÜHFMD* 12, S. 2 (2022): 1251.

bakmaya devam edeceğine göre, geçici hukuki koruma talebi de söz konusu üst mahkemeye yöneltilmelidir.

2. Değerlendirme

Hukukumuzda asıl hukuki korumanın yanı sıra geçici hukuki korumalar da öngörülmüştür. Geçici hukuki korumalar, gecikme sebebiyle meydana gelebilecek sakınca veya ciddi bir zararın engellenmesi ya da durdurulması yahut güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla öngörülmüş geçici nitelikte hukuki yollardır⁶. Bu çerçevede, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra doğabilecek risklere karşı tarafların korunması amacıyla yargı organları tarafından geçici hukuki koruma kararı verilebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun onuncu kısmı “geçici hukuki korumalar” başlığını taşımaktadır. Bu kısımda, ihtiyati tedbir (HMK m. 389-399) ve delil tespiti (HMK m. 400-405) düzenlenmiştir. Ayrıca, diğer kanunlarda yer alan geçici hukuki korumalara ilişkin hükümler saklı tutulmuştur (HMK m. 406/2). Bunlardan en önemlisi ve en yaygın

⁶ İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975), 487; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4* (Ankara: Demir, 2001), 4289-4290; Yavuz Alangoya, “Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Kararları Hakkında,” *Malî ÜHFD*, S. 2 (2007): 338; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku I-II* (İstanbul: Nesil Matbaacılık 2000), 581; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta, 2011), 405; Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. 1* (Ankara: Yetkin, 2001), 178; Nevhis Deren Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler* (İstanbul: Alkım, 2002): 4; İbrahim Ercan, “Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir” (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 1992), 72; Hülya Taş Korkmaz, “Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler” (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 1995), 77; Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (İstanbul: On İki Levha, 2013), 7; Ramazan Arslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler,” *Bankacılar Dergisi* 24, Özel Sayı (2013): 10; Özkes, *İhtiyati Haciz*, 61; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 632; Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2461-2462; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 661; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt 2 (Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hüküm ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukuki Çareler, Geçici Hukuki Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümler ve İç Tahkim)* (Ankara: Yetkin, 2022), 215; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2022), 371; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 698; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 228.

kullanılanı, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen ihtiyati hacizdir (İİK m. 257-268). Bundan başka, aile hukukuna özgü geçici hukuki korumalar (TMK m. 169; m. 195 vd.), menfi tespit davasında takibin engellenmesi ve durdurulmasına ilişkin tedbir (İİK m. 72) ve çekişmesiz yargıdaki geçici hukuki tedbirler (TMK m. 420; m. 346; m. 347; TTK m. 765) geçici hukuki koruma tedbirlerine örnek olarak gösterilebilir⁷.

Anayasal temeli bulunan geçici hukuki koruma tedbirleri, hukuk devleti ilkesinin (AY m. 2), hak arama özgürlüğünün (AY m. 36)⁸ ve etkin hukuki korumanın gereğidir⁹. Asıl hukuki korumanın sağlanması bir davanın açılmasını ve yargılamanın cereyanını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, dava yoluyla nihai hukuki korumaya ulaşmanın yanı sıra tehlikede olan hakkın

⁷ Diğer geçici hukuki korumalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erişir, *İhtiyati Tedbir Türleri*, 198-261.

⁸ AY m. 36'da "davacı veya davalı" denilmiş olsa da geçici hukuki korumalar hak arama özgürlüğü kapsamındadır. Zira davadan önce veya dava esnasında hakkın geçici olarak koruma altına alınmasının anayasa tarafından güvence altına alındığı kabul edilmelidir. Bu konuda bkz. Mine Akkan, "Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma," *MİHDER* 3, S. 1 (2007): 60.

⁹ Saim Üstündağ, *İhtiyati Tedbir* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), 1; Deren Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 2; Tanrıver, *Usul C. 2*, 211-213; Özekes, "İhtiyati Tedbir," 93; Meral Sungurtekin Özkan, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Esnasında Verdiği Tedbir Kararının Adalet Erişim Bakımından Değerlendirilmesi," *İzmBD*, S. 1 (2023): 124-125, 126; Muhammet Özekes ve Evrim Erişir, "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi," *MİHDER* 3, S. 5 (2006): 1235-1326; Akkan, "Etkin Hukuki Koruma," 59-60. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 31-32. Ayrıca bkz. "Bu bağlamda gerek davadan önce gerekse dava sırasındaki geçici hukukî korumalar, kişilerin haklarının korunması bakımından ve özellikle hak arama hürriyetinin etkin olarak gerçekleşmesi bakımından hayati bir misyona sahiptir. Diğer bir ifadeyle, hukukî korunma talebini günümüzde, hak arama hürriyetinin en etkin bir "unsuru", "enstrümanı" ya da "ayrılmaz bir parçası" olarak tanımlanabilir. Bir hukuk devletinde herhangi bir hakkın anayasalarla salt tanınmış olması yeterli olmayıp, bunun yanında devlete bu hakların etkin kullanılması ve kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılması bakımından bir takım pozitif ödevler yüklenmiştir. Bu pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları yürürlükte tutması yeterli değildir. Çağdaş devletler; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak amacıyla verilecek kararların uygulanabilir olması için gerekli önlemleri almak, hukukî korunma ihtiyacını etkin karşılayabilmek için gerekli kuralları koymak, gerekli kurumları oluşturmak ve tüm bunları uygulamak, uygulamak ve uygulamayı izleyerek gerekli önlemleri almak gibi yükümlülükleri de yerine getirmelidir" YİBGK, E. 2013/1, K. 2013/1, 21.02.2014, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

güvence altına alınması da gereklidir. Bu kapsamda, hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğü gereğince, kişilerin haklarının korunması için haklarını aramalarının önünde engel olmaması ile yetinilmemeli; etkin hukuki korumanın gerekleri de yerine getirilmelidir. Hukuki korumanın esaslı bir şekilde sağlanabilmesi için hukuki koruma zamanında elde edilmelidir. Hukuki koruma geç sağlanırsa etkin hukuki korumadan bahsedilemez. Zira nihai hukuki koruma ancak yargılama sonuna kadar dava konusu üzerinde herhangi bir tasarruf işlemi yapılmaması veya zamansal olarak gecikmenin hak kaybına sebep olmaması halinde etkisini gösterebilir¹⁰. Bu nedenle, yargılama esnasında dava konusu üzerinde yapılabilecek tasarruflara karşı geçici hukuki koruma talep eden korunmalıdır. Bu çerçevede, etkin hukuki korumanın gerçekleşebilmesi için yargılamanın makul olmayacak şekilde uzaması¹¹ sebebiyle ortaya çıkabilecek hak kayıplarına engel olunmalıdır. Asıl hukuki koruma beklenmeden ve dava konusu üzerindeki tasarruflar nedeniyle asıl hukuki korumanın etkisini yitirmesine yol açmadan tarafın geçici bir himayeye kavuşması sağlanmalıdır. Aksi takdirde, yargılamanın uzaması sebebiyle asıl hukuki korumaya erişilemeyeceğinden etkin hukuki korumadan bahsedilemez.

Etkin hukuki koruma, hukuki korumanın etkili kılınması ve güçlendirilmesi anlamına gelmektedir¹². Medeni usul hukukunda, etkin hukuki koruma yalnızca yargı organlarına başvuru imkânının bulunması ile sağlanamaz. Bunun yanı sıra, başvuru yol ve usullerinin de düzenlenmesi gerekir. Bu durum, hâkime hukuki koruma talebiyle ilgili en etkili hükümleri tespit edip uygulama görevi yüklemektedir¹³. Geçici hukuki korumalar ve bu kapsamda ihtiyati tedbirler Kanun'da açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 389 vd). Hâkim, görevi gereği, hukuki koruma talep eden kişiye etkin hukuki koruma sağlamakla yükümlüdür. Bu çerçevede, ilk derece mahkemelerinin telafisi imkânsız sonuçların doğmasının önüne geçmek amacıyla geçici hukuki koruma kararı verebilmesi ve bu kararların denetlenebilmesi yeterli değildir. Bunun yanı sıra, bölge adliye mahkemelerinin müstakil olarak

¹⁰ Akkan, "Etkin Hukuki Koruma," 61; Konuralp, "İhtiyati Tedbirler," 228.

¹¹ Yargılamanın makul süre içinde sonuçlandırılması, yargılamanın hızlı şekilde sonuçlandırılması demek değildir. Davanın makul süre içinde sonuçlandırılması somut uyumsuzluğa göre değerlendirilmelidir. Nitekim AY m. 141/4 de davaların mümkün olduğunca çabuk şekilde sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu düzenlemiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Akkan, "Etkin Hukuki Koruma," 40.

¹² Akkan, "Etkin Hukuki Koruma," 37.

¹³ Akkan, "Etkin Hukuki Koruma," 58.

geçici hukuki koruma kararı verebilmesi de gerekmektedir. Kanun yollarının amaçlarından¹⁴ biri de doğru ve adil bir karar verilmesine, sübjektif hakkın gerçekleşmesine ve uyuşmazlıkların sona ermesine hizmet etmektir¹⁵. Bu yönüyle istinaf kanun yolunun da etkin hukuki korumayı gerçekleştirdiği söylenebilir. Etkin hukuki koruma, temelde, hak ihlallerine karşı hukuki yollara başvuru imkânlarının düzenlenmesi ve sübjektif hukuki koruma talebi hakkında bir karar verilmesini içermektedir. Başka bir deyişle, etkin hukuki koruma, hak arama özgürlüğü ve sübjektif hakkın korunması temeli üzerine kuruludur. Dolayısıyla mahkemeye başvuru yollarının etkin şekilde düzenlenmesinin yanı sıra mahkemenin hukuki koruma talebi hakkında karar vermesini de kapsar. İşte mahkemeden elde edilen hukuki korumanın gerçekleştirilebilmesi için bazı hallerde geçici hukuki korumalara ihtiyaç vardır.

Yargılamaya ilişkin işlemlerin ne şekilde ve hangi sürede yapılacağı usul hukuku kuralları ile belirlenmiş olması mahkeme ve taraflar için güvence sağlamaktadır¹⁶. Fakat yargılamanın makul sürede sonuçlanmaması, asıl hukuki korumayla ulaşılmak istenen sonucun elde edilmesini güçleştirebilir veya dava konusu şeyin devredilmesi, saklanması, kaçırılması, yok edilmesi ya da ona zarar verilmesi gibi sebeplerle asıl hukuki korumaya ulaşmayı imkânsız kılabilir. Bu nedenle, yargılama neticesinde lehine hüküm tesis edilmiş olsa dahi beklenen fayda sağlanamayabilir. Bu tehlikenin önlenmesi ve asıl hukuki koruma talebinin gerçekleşebilmesi için koşulların varlığı halinde bölge adliye mahkemesi ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir.

İhtiyati tedbir dava konusu mal veya hakkı, ona yönelen tehlike ve zarar tehditlerinden korumayı amaçlamaktadır. Özellikle ilk derece mahkemesinin kararının ardından taraflardan birinin dava konusuyla ilgili özel bir çabaya girmesi, ihtiyati tedbir talep edilmesinde özel bir zorunluluk ve somut bir hukuki yarar ortaya çıkarabilir. Bunun dışında, ilk derece yargılamasında ihtiyati tedbir talep edilmesi ihmal edilmiş veya talep edilmesine rağmen

¹⁴ Kanun yollarının amaçları hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Kâmil Yıldırım, *Hukuk Devletin Gereği: İstinaf* (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), 5 vd.

¹⁵ Martin H. Sterchi, "Art. 308," içinde *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1-149 ZPO*, ed. Hans Hausheer ve Hans Peter Walter (Bern: Stämpfli, 2012), Rn. 1; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 447; Yıldırım, *İstinaf*, 13; Cenk Akil, *İstinaf Kavramı* (Ankara: Yetkin, 2010), 39; Akkaya, *İstinaf*, 68.

¹⁶ Arslan, "Yenilikler," 7.

reddedilmiş, fakat sonradan şartlar değişmiş olabilir. Bu gibi hallerde, ilk derece yargılamasında ortaya çıkabilecek tehlike ve tehditlerin istinaf aşamasında da ortaya çıkabileceği ve asıl davanın sonunda verilen kararın icra edilememesine sebep olabileceği ifade edilebilir. Geçici hukuki korumaların, kesin hukuki korumayı tamamlama işlevi¹⁷ bölge adliye mahkemesinde de geçerlidir. Bu nedenle, ihtiyati tedbir, ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından bir dilekçe ile veya istinaf başvurusu ile birlikte bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir.

Yılmaz'ın ihtiyati tedbir talebini ilk derece mahkemesinin incelemesine ilişkin görüşünün temelinde söz konusu talebin inceleneceği bir merci bulma arayışı yatmaktadır. Bu çerçevede, *Yılmaz*, nihai kararlar dosyadan el çeken ilk derece mahkemesinin dosya hakkında yeniden inceleme yapabilmesinin Yargıtay'ın kararına bağlı olduğunu, yalnızca Yargıtay'ın bozma kararı vermesi halinde, ilk derece mahkemesinin dosyaya yeniden bakmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Yargıtay'ın onama kararı vermesi halinde ise, karar kesinleşmiş olduğundan ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkündür. Karar düzeltme yolunun açık olması da sonucu değiştirmemektedir. Zira karar düzeltme yolunda yapılabilecek olanlar bellidir¹⁸.

HMK'da üç dereceli bir yargılama sistemi öngörülmüştür. İstinaf kanun yolunda hem maddi hem hukuki denetim yapılabilmektedir¹⁹; temyiz kanun yolunda ise yalnızca hukuki denetim yapılmaya devam edilmektedir²⁰. Bu kapsamda, konu HUMK dönemi ile aynı şekilde ele alınamaz. Şöyle ki, HUMK döneminde, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında verdiği

¹⁷ Arslan, "Yenilikler," 7; Sungurtekin Özkan, "Adalet Erişim," 125.

¹⁸ Yılmaz, "İhtiyati Tedbir," 214; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5281.

¹⁹ Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 639; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 68; Yıldırım, *İstinaf*, 3; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4901; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2203; Tanrıver, *Usul C. 2*, 55; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 423-424; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 598; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 626; Akkaya, *İstinaf*, 262; Akil, *İstinaf*, 205; Deniz Meraklı Yayla, *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanununun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması* (Ankara: Yetkin, 2014), 74; Melis Taşpolat Tuğsavul, "İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar," *TBB*, S. 1 (2018): 315, 316.

²⁰ Bilge ve Önen, *Yargılama*, 640; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 68; Yılmaz, *İstinaf*, 56; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 116; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 678; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2203; Tanrıver, *Usul C. 2*, 93; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 423; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 628; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 626; Akil, *İstinaf*, 205; Tuğsavul, "İstinaf İncelemesi," 315-316, 318.

kararlara karşı sadece temyiz kanun yoluna başvurulabilmekteydi. Yargıtay yalnızca hukuka uygunluk denetimi yaptığından, temyiz kanun yolunda ihtiyati tedbir talep etmek mümkün değildi²¹. Fakat HMK ile ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulması öngörülmüştür. Bölge adliye mahkemesi, hem maddi hem de hukuki denetim yapabilmekte, dosyanın esasına girerek inceleme yapabilmektedir. Bu açıdan, iki dereceli yargılama sisteminde varılan sonuçtan farklı bir sonuca varmak gerekmektedir. İstinaf aşamasında, dosyanın esasına ilişkin bir inceleme yapmak mümkün olduğundan ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından ihtiyati tedbir talebi bölge adliye mahkemesine karşı ileri sürülebilir.

Bunun yanı sıra, ilk derece mahkemesi nihai kararla birlikte dosyadan el çekmektedir. Bundan sonra, tarafların ilk derece mahkemesine karşı talepte bulunma imkânı bulunmamaktadır. Fakat kanun koyucunun “kararı veren mahkeme” olarak ilk derece mahkemesini görevli kıldığı hallerde, mahkeme dosyadan el çekmesine rağmen inceleme yapabilir. Örneğin, hükmün tavihi (HMK m. 305) ve tamamlanması (HMK m. 305/A) ile maddi anlamda kesin hükümlere karşı istenebilen yargılamanın iadesi (HMK m. 378) talepleri kararı veren ilk derece mahkeme tarafından incelenebilir. Kanaatimizce bu şekilde açık düzenleme bulunmayan hallerde, nihai kararın ardından ilk derece mahkemesi ihtiyati tedbir talebini inceleyememelidir. Bu aşamada, kanun yoluna başvurma imkânı bulunduğundan ihtiyati tedbir talebi bölge adliye mahkemesine karşı ileri sürülmelidir. Belirtilen gerekçelerle, istinaf yoluna başvurulmuş olunması ile olunmaması arasında ayırım yapılmamalıdır. Dolayısıyla istinaf yoluna başvurulmuş olsun veya olmasın ihtiyati tedbir ilk derece mahkemesinden talep edilemez. Zira istinaf yoluna başvurulmamış olsa dahi artık ilk derece mahkemesi davayı göremez.

Son olarak, ihtiyati tedbirin, davanın esasını görmeye yetkili mahkemeden talep edileceğinin de göz önünde bulundurulması gerekir (HMK m. 390/1). İlk derece mahkemesinin nihai karar vermesinden sonra davanın esasını görmeye yetkili mahkeme olduğunu belirtmek güçtür. İlk derece mahkemesi nihai kararlar birlikte dosyadan el çektiği için artık davanın esasını görmeye yetkili mahkeme değildir. Bu nedenle, davanın esasını görmeye yetkili mahkemenin tespiti için nihai karara karşı başvurulabilecek kanun yoluna bakılmalıdır. Yargıtay’ın aksine, bölge adliye

²¹ Yılmaz, *Hukuki Himaye Tedbirleri*, 876; Akkaya, *İstinaf*, 343.

mahkemesi, davanın esasını görmeye yetkilidir. Bu kapsamda, ihtiyati tedbir talebi, bölge adliye mahkemesi tarafından incelenmelidir. İhtiyati tedbir talebin mutlaka istinaf başvurusu ile birlikte yapılması da zorunlu değildir. Henüz istinaf dilekçesi verilmeden de bir dilekçe ile bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebilmesine imkân tanınmalıdır.

C. Dosya Bölge Adliye Mahkemesine İntikal Ettikten Sonra İhtiyati Tedbir Talep Edilmesi

1. Doktrin ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler

İlk derece mahkemesinin nihai karar vermesinin ardından istinaf yoluna başvurulmuşsa, ihtiyati tedbir talebinin ilk derece mahkemesinde mi yoksa bölge adliye mahkemesinde mi ileri sürüleceği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Konuyu yalnızca temyiz kanun yolu bakımından ele alan ilk görüşe göre, dosya Yargıtay'a intikal ettikten sonra da ilk derece mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı talep edilebilir. Bu görüşü savunan *Yılmaz*, dosyanın Yargıtay'a intikal etmesinden önce ihtiyati tedbiri ilk derece mahkemesinin incelemesi gerekliliğinin gerekçelerini bu hal için de belirtmiştir. *Yılmaz*'a göre, aynı gerekçelerle, ilk derece mahkemesi, dosya Yargıtay'a gönderilmemişse elinde bulunan dosya üzerinden, gönderilmişse oluşturulacak "dublör dosya" üzerinde inceleme yaparak ihtiyati tedbir talebini inceleyebilmelidir²². *Gözütok* ise, HMK m. 341/1,b, m. 391/3 ve m. 394/5'te ihtiyati tedbire ilişkin bazı kararların istinaf denetimine tabi olacağı açıkça öngörülmesine rağmen doğrudan bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmediğini ifade etmiştir. Bu nedenle, yazara göre, kanun koyucunun bu yönde bir iradesinin olduğu söylenemez. Kanun koyucu, istinaf aşamasında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini öngörseydi, kararların kesin olup olmadığını, bu kararlara karşı itiraz veya temyiz yoluna başvurma imkânının olup olmadığını da açıkça düzenlerdi. Ayrıca, bu görüşe göre, HMK m. 360, bölge adliye mahkemelerine görev verilmeyen hallerde uygulanamaz²³.

²² *Yılmaz*, konuyu HUMK döneminde incelemiş olsa da HMK döneminde de görüşünü değiştirmemiştir. Bu konuda bkz. *Yılmaz*, "İhtiyati Tedbir," 220; *Yılmaz*, *Şerh C. 4*, 5281. Ayrıca bkz. yuk. I, B, 1.

²³ Zeki Gözütok, *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi* (Ankara: Adalet, 2017), 223 vd.

Buna karşın, doktrinde baskın olan görüşe göre, istinaf aşamasında ihtiyati tedbir talebi bölge adliye mahkemesine karşı ileri sürülmelidir²⁴. İstinaf başvurusu ile ihtiyati tedbir talep etmek mümkün olduğu gibi istinaf incelemesi devam ederken de tedbir talep etmek mümkündür²⁵. Her iki halde de ihtiyati tedbir talebi bölge adliye mahkemesine karşı ileri sürülebilir. Zira ihtiyati tedbir, dava açıldıktan sonra asıl davanın görüleceği mahkemeden talep edilir (HMK m. 390/1). İstinaf aşamasında asıl davanın görüleceği mahkeme bölge adliye mahkemesidir²⁶. İlk derece mahkemesinin nihai kararından sonra davanın esasını inceleyecek mahkeme bölge adliye mahkemesi olduğuna göre, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermesi, çelişkili karar verilmesine, mahkemeler arasında yetki sorununun ortaya çıkmasına ve yargıya olan güvenin azalmasına sebep olabilir²⁷.

²⁴ Umar, *Şerh*, 1048, 1137-1138; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 145, 152; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2261-2262, 2470; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 666; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 70; Tanrıver, *Usul C. 2*, 219; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 377, 427; Akkaya, *İstinaf*, 343; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 237-238; İdil Tuncer Kazancı, “Yargı Kararları ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar,” *MİHDER* 8, S. 3 (2012): 94-95; İsmet Mazlum, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda İhtiyati Tedbir,” içinde *Erzurumluoğlu Armağanı*, ed. Emel Badur (Ankara: Ankara Barosu, 2012), 568; Tuğsavul, “İstinaf İncelemesi,” 351; Simil, “İhtiyati Tedbir,” 184; Yasemin Mıstaçoğlu, *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 77; Ayer, “İhtiyati Tedbir,” 95, 160; Sümeyye Sena Fırat, “Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021), 94. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. M. Ertan Yardım, *İcra ve İflas Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarına Karşı Kanun Yolları* (Ankara: Yetkin, 2023), 238. Delil tespiti bakımından aynı yönde bkz. Tahiroğlu, “Delil Tespiti,” 1249. *Tuncer Kazancı* da kanun yolu incelemesini yapacak olan mahkemenin, yani bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verebileceğini, bu halde, icranın durdurulması (İİK m. 36) ile ihtiyati tedbirin aynı amaca hizmet ettiğini belirtmiştir (Tuncer Kazancı, “Bazı Sorunlar,” 94-95). Buna karşın, *Simil*, İİK m. 36’da icranın durdurulmasına yönelik geçici hukuki korumanın düzenlendiğini, bu düzenlemenin sınırlı etkiye sahip olduğunu, oysa ihtiyati tedbirlerin çeşitli olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, İİK m. 36’nın her durumda ihtiyaçlara karşılık veremeyeceğini ifade etmiştir (Simil, “İhtiyati Tedbir,” 186, dn. 27). *Simil*’in görüşüne katılmaktayız. İhtiyati tedbirin konusu, dava konusu mal, hak veya diğer taleplerdir. İcra durdurulmasının konusu ise, icra takibinin durdurulmasıdır.

²⁵ Özekes, *İstinaf ve Temyiz*, 107; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2261-2262, 2470.

²⁶ Umar, *Şerh*, 1048, 1138; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 152; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2470; Akkaya, *İstinaf*, 343; Simil, “İhtiyati Tedbir,” 186; Fırat, “Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri,” 97.

²⁷ Akkaya, *İstinaf*, 344.

Ayrıca, HMK m. 360 gereğince, aksine düzenleme olmayan hallerde, bölge adliye mahkemesinde, ilk derece yargılamasında uygulanan usul uygulanır. Bu düzenleme, ihtiyati tedbiri de kapsamaktadır²⁸. Bu nedenle, HMK m. 360 gereğince, ilk derece mahkemesinde uygulanacak kurallar bölge adliye mahkemesinde de tatbik edilir²⁹. Öte yandan, geçici hukuki koruma hakkında talepte bulunmak istinafta yapılamayacak işlemler arasında sayılmadığı gibi (HMK m. 357)³⁰ istinafa ilişkin düzenlemeler geçici hukuki koruma kararı verilmesini engelleyecek nitelikte de değildir³¹. Nihayet bölge adliye mahkemesi, denetim mahkemesi olmasının yanı sıra bir vakta ve hüküm mahkemesi de olduğundan ihtiyati tedbir kararı vermesinin önünde engel yoktur³².

Uygulamada ise durum farklıdır. Pek çok bölge adliye mahkemesi kararında ilk defa istinaf aşamasında ileri sürülen ihtiyati tedbir talepleri hakkında bölge adliye mahkemesinin karar veremeyeceği belirtilmektedir³³. Bölge adliye mahkemesinin aynı yöndeki kararlarının gerekçeleri de ortaktır. Bu görüşün ilk gerekçesi, HMK m. 341'de istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararların sayılması, bunların içinde ihtiyati tedbir ve

²⁸ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 145, 152; Özkes, *İstinaf ve Temyiz*, 107; Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2261, 2470; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 427; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 708; Akkaya, *İstinaf*, 343; Taşpolat Tuğsavul, "İstinaf İncelemesi," 351, dn. 106; Mıstaçoğlu, "İhtiyati Tedbir Kararları," 41; Mıstaçoğlu, *İhtiyati Tedbir Yargılaması*, 76; Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 95. Delil tespiti bakımından aynı yönde bkz. Tahiroğlu, "Delil Tespiti," 1249-1250.

²⁹ Umar, *Şerh*, 1048, 1137-1138; Konuralp, "İhtiyati Tedbirler," 237-238.

³⁰ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 145, 152; Özkes, *İstinaf ve Temyiz*, 107; Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2261-2262; Akkaya, *İstinaf*, 344; Taşpolat Tuğsavul, "İstinaf İncelemesi," 351, dn. 106; Mıstaçoğlu, "İhtiyati Tedbir Kararları," 40-41; Mıstaçoğlu, *İhtiyati Tedbir Yargılaması*, 76; Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 94-95. Delil tespiti bakımından aynı yönde bkz. Tahiroğlu, "Delil Tespiti," 1250.

³¹ Akkaya, *İstinaf*, 343; Mıstaçoğlu, "İhtiyati Tedbir Kararları," 40.

³² Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 152; Özkes, *İstinaf ve Temyiz*, 107; Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2261-2262; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 708; Mıstaçoğlu, "İhtiyati Tedbir Kararları," 41; Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 95. Delil tespiti bakımından aynı yönde bkz. Tahiroğlu, "Delil Tespiti," 1249-1250.

³³ Antalya BAM 11. HD, E. 2016/94, K. 2017/15, 12.01.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Samsun BAM 1. HD, E. 2017/415, K. 2017/427, 12.05.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 34. HD, E. 2018/2956, K. 2019/2056, 07.11.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 17. HD, E. 2021/1154, K. 2023/686, 15.06.2023, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. İstanbul BAM 15. HD, E. 2017/98, K. 2017/89, 28.02.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları ile kabulü halinde bu kararlara karşı itiraz üzerine verilen kararların bulunması, fakat ilk derece mahkemesince verilmeyen ve ilk defa/doğrudan bölge adliye mahkemesinden talep edilecek ihtiyati tedbirlerin yer almamasıdır. İkinci gerekçesi, ilk defa bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebileceğine ilişkin düzenleme olmaması ve HMK m. 360'ın bölge adliye mahkemesinde yapılacak işlemlerle ilgili uygulanacak usul kurallarını içermesi nedeniyle HMK m. 360'tan yola çıkarak istinaf aşamasında ihtiyati tedbir talep edilebileceği sonucuna varılamamasıdır. Üçüncü gerekçesi, bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde başvurulabilecek kanun yollarının düzenlenmemiş olmasıdır. Böyle bir düzenlemenin olmaması nedeniyle bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilemez. Son gerekçesi ise, bölge adliye mahkemesinin, davanın asıl görüldüğü mahkeme (HMK m. 390/1) olarak kabul edilemeyecek olmasıdır. Belirtilen sebeplerle, söz konusu kararlarda, ihtiyati tedbir talepleri hakkında ilk derece mahkemesinin değerlendirme yapması gerektiği ifade edilmektedir³⁴.

Yargı kararlarında genel eğilim ifade edildiği şekilde olmakla birlikte, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi'nin 13. HD'nin 20.03.2020 tarih ve E. 2019/3652, K. 2020/549 sayılı kararında bölge adliye mahkemesinden talep edilen ihtiyati tedbirin incelendiği ve reddedildiği anlaşılmaktadır³⁵. Bu kararda, herhangi bir gerekçe gösterilmemekle birlikte, bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebini incelediği görülmektedir.

2. Değerlendirme

İhtiyati tedbir dava konusu mal veya hakkın muhtemel tehlike ve zararlardan korunmasını ve hakkın güvence altına alınmasını amaçlamaktadır. Bu açıdan, ihtiyati tedbir, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğünün gereği olarak tanınan imkânların (HMK m. 389 vd.) etkin şekilde korunmasına hizmet eden bir geçici hukuki koruma tedbiridir. Ancak zamanında ve dava konusu üzerinde tasarrufta bulunulmadan sağlanan korumanın etkin hukuki koruma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Aksi takdirde, dava konusu şeyin devredilmesi, saklanması, kaçırılması, yok edilmesi veya ona zarar verilmesi gibi sebeplerle asıl hukuki korumanın

³⁴ İstanbul BAM 34. HD, E.2018/2956, K.2019/2056, 07.11.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 15. HD, E.2021/1508, K.2021/1200, 16.06.2021, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁵ Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

etkisini yitirmesi söz konusu olabilir. Etkin hukuki koruma, mahkemenin hukuki koruma talebi hakkında karar vermesini de içermektedir. Bu nedenle, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü çerçevesinde başvuru yol ve usulleri düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir talebinin incelenmesi ve talep hakkında bir karar verilmesini gerektirir. Öte yandan, istinaf kanun yolu da etkin korumaya hizmet etmektedir. Zira kanun yollarının amaçları arasında doğru ve adil bir karar verilmesine, sübjektif hakkın gerçekleşmesine ve uyuşmazlıkların sona ermesine hizmet etmek de bulunmaktadır³⁶. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebini incelemesi ve karar vermesi etkin hukuki korumanın gereğidir. Bu konuda dosyanın bölge adliye mahkemesine intikal etmeden önceki süreçle ilgili yapılan açıklamalar intikal ettikten sonraki süreçte de aynı şekilde geçerlidir³⁷.

İlk derece mahkemesinde ortaya çıkabilecek tehlike ve tehditler, mahkemenin nihai kararından sonra veya istinaf yargılaması esnasında da ortaya çıkabilir. Bölge adliye mahkemesinin tedbir talebi hakkında inceleme yapamaması asıl hukuki korumanın icra edilememesine sebep olabilir. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından telafisi imkânsız sonuçların doğmasının önüne geçmek ve asıl hukuki koruma talebinin gerçekleşebilmesini sağlamak amacıyla bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebi hakkında inceleme yapabilmesi ve karar verebilmesi gerekir. Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmesi ihmal edilmiş veya talep edilmesine rağmen mahkeme talebi reddetmiş ve koşullar değişmişse ya da ihtiyati tedbir ihtiyacı mahkeme kararından sonra ortaya çıkmışsa, dosya bölge adliye mahkemesine intikal ettikten sonra ihtiyati tedbir talep edilebilir. Geçici hukuki korumaların, kesin hukuki korumayı tamamlama işlevi³⁸ bölge adliye mahkemesinde de geçerliliğini korumaktadır. Bu nedenle, ihtiyati tedbir, ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından istinaf başvurusu ile birlikte veya istinaf yargılaması esnasında bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir.

Ayrıca, istinaf kanun yolu, geçici hukuki koruma kararı verilmesine elverişli bir yapıdadır. Bölge adliye mahkemesi, maddi ve hukuki sorunları bir arada inceleyip uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisine sahip olduğuna göre geçici hukuki koruma talepleri hakkında da karar

³⁶ Sterchi, “Art. 308,” Rn. 1; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 447; Yıldırım, *İstinaf*, 13; Akil, *İstinaf*, 39; Akkaya, *İstinaf*, 68.

³⁷ Bu konuda bkz. yuk. I, B, 2.

³⁸ Arslan, “Yenilikler,” 7; Sungurtekin Özkan, “Adalet Erişim,” 125.

verebilmelidir. *Yılmaz*'ın görüşünün temeli, Yargıtay'ın yalnızca hukuki denetim yapmasına ve bu nedenle, teyiz kanun yolunda ihtiyati tedbirin Yargıtay'dan talep edilememesine dayanmaktadır. *Yılmaz*, bu çerçevede, hak kayıplarına engel olmak amacıyla ihtiyati tedbirin ilk derece mahkemesinden talep edilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁹. Oysa HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, üç dereceli yargılama sistemine geçilmiş; istinaf kanun yolunda maddi denetim de yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Bölge adliye mahkemesinin dosyanın esasına girme yetkisinin bulunması nedeniyle istinaf aşamasında ihtiyati tedbir talep edilebilmesinin önünde bu anlamda bir engel kalmamıştır.

İhtiyati tedbirin bölge adliye mahkemesinden talep edilemeyeceğini belirten bir diğer görüş, HMK m. 341/1,b, m. 391/3 ve m. 394/5'te istinaf denetimine tabi olan kararlar belirtilmiş olmasına rağmen doğrudan bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebileceğinin belirtilmemiş olmasını gerekçe göstermektedir. Bu görüşü savunan, *Gözütok*, açık bir düzenleme olmadığı sürece, istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁰. Bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilemeyeceğini belirten yargı kararlarında da bu durum gerekçe olarak gösterilmektedir⁴¹. Kanaatimizce Kanun'da açık düzenleme bulunmayan her durumdan o imkânın yasaklandığı anlamı çıkarılamaz. Aksine kanun koyucunun bunu yasaklamamasından, bunun önünde bir hukuki engel olmadığı, dolayısıyla bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir istenebileceği sonucu çıkarılabilir. Kaldı ki, HMK m. 357'de yer alan istinaf incelemesi esnasında yapılamayacak işlemler arasında geçici hukuki koruma sayılmamaktadır. Söz konusu düzenleme de kanun koyucunun bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmesi konusunda bir yasaklama getirme iradesinin olmadığı şeklinde değerlendirilebilir.

³⁹ Yılmaz, "İhtiyati Tedbir," 220; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5281.

⁴⁰ Gözütok, *İstinaf ve Temyiz*, 223 vd.

⁴¹ Antalya BAM 11. HD, E. 2016/94, K. 2017/15, 12.01.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Samsun BAM 1. HD, E. 2017/415, K. 2017/427, 12.05.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 34. HD, E. 2018/2956, K. 2019/2056, 07.11.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 17. HD, E. 2021/1154, K. 2023/686, 15.06.2023, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. İstanbul BAM 15. HD, E. 2017/98, K. 2017/89, 28.02.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Aynı doğrultuda olmak üzere, yargı kararlarında, istinaf aşamasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde, bu karara karşı başvurulabilecek kanun yollarının düzenlenmemiş olması da ihtiyati tedbirin bölge adliye mahkemesinde ileri sürülememesinin sebepleri arasında gösterilmektedir⁴². Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanun koyucunun açıkça düzenleme getirmediği her hususun yasaklandığı sonucuna varılamaz. Böyle bir değerlendirme yapılsa dahi, HMK m. 360 gereğince, bölge adliye mahkemesinde, aksi düzenlenmediği sürece, ilk derece yargılamasında uygulanan yargılama usulü uygulanacağından ve HMK m. 391/3 ve m. 394/5'te kanun yoluna başvuru imkânı tanınmış olduğundan bu konuda düzenleme olmadığı söylenemez⁴³. Bu nedenle, bahsi geçen gerekçe, bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebini inceleyememesine temel oluşturamaz.

Öte yandan, yargı kararlarında, asıl davanın görüleceği mahkeme olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği ifade edilmektedir⁴⁴. Bilindiği üzere, ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, davanın esası hakkında yetkili olan mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir (HMK m. 390/1). İhtiyati tedbirin davanın esası hakkında yetkili olan mahkemece incelenmesi hem davanın esasına bakan mahkemenin talep edilen ihtiyati tedbir hakkında en doğru kararı verebilecek durumda olan mahkemeden istenmesini hem de çelişkili kararlar verilmesine engel olmasını sağlamaktadır. İlk derece mahkemesi nihai karar verdikten sonra dosyadan el çektiği için davanın esasını görmeye yetkili mahkeme artık bölge adliye mahkemesidir. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi nihai karar verdikten sonra bölge adliye mahkemesi davayı görmeye, davanın esasını incelemeye devam edecektir. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin dosyayı inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Aksi kabul, nihai kararlar dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemesinin hali hazırda davaya bakmaya yetkili olması gibi kabul edilemez bir sonucu doğurur. Ayrıca, istinaf başvurusuyla dosya bölge adliye mahkemesine intikal

⁴² Antalya BAM 11. HD, E. 2016/94, K. 2017/15, 12.01.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Samsun BAM 1. HD, E. 2017/415, K. 2017/427, 12.05.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 34. HD, E. 2018/2956, K. 2019/2056, 07.11.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴³ Bu konuda ayrıca bkz. aşa. III.

⁴⁴ Antalya BAM 11. HD, E. 2016/94, K. 2017/15, 12.01.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Samsun BAM 1. HD, E. 2017/415, K. 2017/427, 12.05.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 34. HD, E. 2018/2956, K. 2019/2056, 07.11.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

etmesine rağmen ilk derece mahkemesinin hâlâ dosyayı incelemesine ve çelişkili kararlar çıkmasına sebebiyet verir.

Son olarak, yargı kararlarında her ne kadar HMK m. 360'dan hareketle bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği belirtilmişse de⁴⁵ kanaatimizce HMK m. 360 istinaf aşamasında ihtiyati tedbir talep edebilmenin en önemli dayanaklarından biridir. HMK m. 360 gereğince, bölge adliye mahkemesinde, ilk derece yargılamasında uygulanan usul uygulanacağına göre, bu aşamada dosyanın esasına giren bölge adliye mahkemesi, ihtiyati tedbir talebine ilişkin inceleme yapılabilmelidir. Bu konuda, istinaf kanun yolunu düzenleyen hükümler arasında bir yasak olmamasından da öte söz konusu hükümler ihtiyati tedbir talebinin incelenmesine elverişlidir. Bu çerçevede, istinaf yargılaması bakımından özellik arz eden hususlar hariç olmak üzere⁴⁶, ilk derece yargılamasında uygulanan usul uygulanır. Nitekim HMK m. 390'ın gerekçesinde de HMK m. 360 atfı nedeniyle istinaf aşamasında da ihtiyati tedbir talep edilebileceği açıkça belirtilmiştir⁴⁷.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERME USULÜ

A. Genel Olarak

HMK m. 360 gereğince, istinaf yoluna ilişkin düzenleme bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü bölge adliye mahkemesinde de uygulanır. Bu kapsamda, bölge adliye mahkemesi, niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK m. 143 vd. hükümlerini uygulayarak inceleme yapabilir. İlgili düzenlemenin sebebi, bölge adliye mahkemesinin, aynı zamanda vakıa mahkemesi olmasıdır⁴⁸. Bu nedenle, istinaf yoluna ilişkin düzenlemeler daha ziyade istinaf aşamasında yapılamayacak işlemlerin sayılmasına (HMK m. 357) yönelmiştir.

⁴⁵ Antalya BAM 11. HD, E. 2016/94, K. 2017/15, 12.01.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Samsun BAM 1. HD, E. 2017/415, K. 2017/427, 12.05.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 34. HD, E. 2018/2956, K. 2019/2056, 07.11.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁶ Bu konuda bkz. aşa. II.

⁴⁷ “İstinaf aşamasında da ilk derece mahkemesindeki yargılama usulüne atıf yapıldığından istinaf yargılaması sırasında şartlar oluşmuşsa ilgili bölge adliye mahkemesinden tedbir talebinde bulunulabilir” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 112.

⁴⁸ Akkaya, *İstinaf*, 259.

Öte yandan, istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesinde olduğu kadar geniş kapsamlı inceleme yapılamaz. Bu aşamada, ileri sürülen sebeple bağlı inceleme yapılmaktadır (HMK m. 355/1). Fakat kamu düzenine aykırılık teşkil eden halleri bölge adliye mahkemesi resen gözetebilir. Bu anlamda, bölge adliye mahkemesinin vakıa denetimi yapabilmesi ve tahkikatı tamamlama görevi, tarafların kamu düzenine ilişkin olmayan istinaf sebeplerini ileri sürmesine bağlı kılınmıştır. Dolayısıyla istinaf sürecinde yargılama tüm boyutlarıyla yeniden ele alınmaz⁴⁹.

Bu kapsamda, bölge adliye mahkemesinde, öncelikle dosya üzerinden ön inceleme yapılır; temel bazı eksikliklerin olmadığı kanaatine varılırsa asıl inceleme aşamasına geçilir (HMK m. 352). Bu aşama, ilk derece yargılamasındaki tahkikat aşamasına karşılık gelmektedir⁵⁰. Bölge adliye mahkemesi, asıl inceleme aşamasında, maddi hukuk kuralları ve usul hukuku kurallarının doğru uygulanıp uygulanmamasının yanı sıra maddi vakıalara ilişkin hata ve eksikliklerin bulunup bulunmadığını da inceler. Bu nedenle, istinaf yolu aynı zamanda vakıa derecesi olarak karşımıza çıkar⁵¹.

⁴⁹ Yılmaz, *İstinaf*, 56; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 658; Tanrıver, *Usul C. 2*, 54; Akkaya, *İstinaf*, 262.

⁵⁰ Yılmaz, *İstinaf*, 72; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4967; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 669; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 620; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 625; Meraklı Yayla, *Yeniden Tahkikat*, 61; Akkaya, *İstinaf*, 255; Tuğsavul, "İstinaf İncelemesi," 330-331; Fakat ilk derece yargılamasından farklı olarak, istinaf yargılamasında, hukuki denetim de yapılır (Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4967; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2235; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 620; Meraklı Yayla, *Yeniden Tahkikat*, 61). Ayrıca bkz. "Maddede, 'inceleme' sözcüğü ile kastedilen esasen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu anlamında tahkikattır. Ancak, burada ilk derecedeki tahkikattan farklı olarak, bölge adliye mahkemesi, hem denetim çerçevesinde hem de gerekirse yeniden dava konusu hakkında inceleme yapılacaktır. Maddeyle, bu anlamda incelenen konunun önemine ve kapsamına göre, incelemenin bizzat bölge adliye mahkemesi heyeti tarafından yapılmasına veya heyetçe görevlendirilecek bir üye tarafından yürütülmesine olanak sağlanmaktadır" Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 104. İstinaf yargılamasında, tahkikat ve sözlü yargılama aşamasının önemli ölçüde sınırlandırılmış olması nedeniyle tüm yargılama aşamalarını kapsayacak şekilde "inceleme" teriminin kullanılmış olduğuna ilişkin bkz. Budak ve Karaaslan, *Usul*, 422-423.

⁵¹ Bilge ve Önen, *Yargılama*, 639; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 68; Yıldırım, *İstinaf*, 3; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4901; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2203, 2237-2238; Tanrıver, *Usul C. 2*, 55; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 423-424; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 598; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 626; Akkaya, *İstinaf*, 255; Akil, *İstinaf*, 205; Meraklı Yayla, *Yeniden Tahkikat*, 74; Tuğsavul, "İstinaf İncelemesi," 315, 316.

Görüldüğü üzere, medeni yargılama hukukumuzda dar anlamda istinaf sistemi benimsenmiştir⁵². Zira bölge adliye mahkemesi, kamu düzenine ilişkin hususlar hariç olmak üzere, istinaf sebepleriyle sınırlı olarak ve istisnai durumlar dışında, tarafların ilk derece yargılamasına dâhil etmiş olduğu dava malzemesiyle bağlı olarak inceleme yapmaktadır.

Belirtilen hususlar çerçevesinde, HMK m. 360 gereğince, bölge adliye mahkemesinde, ihtiyati tedbir talebinin içeriği, tabi olunan yargılama usulü, teminat gösterme yükümlülüğü, tamamlayıcı merasim, kararın hukuki niteliği, kararın uygulanması, karara itiraz, ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davaları gibi sorunların çözümünde ilk derece yargılamasında benimsenen usul uygulanmaktadır⁵³. Bu nedenle, burada yalnızca özellik arz eden noktalar açıklanacaktır.

B. Yetkili Bölge Adliye Mahkemesi

İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, davanın esası hakkında yetkili olan mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir (HMK m. 390/1). İhtiyati tedbirin, dava açıldıktan sonra davanın görüldüğü mahkemeden farklı bir mahkemeden talep edilmesi geçersiz kabul edilmektedir⁵⁴.

İstinaf aşamasında, davanın esasını inceleyen bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesidir. Bu nedenle, ihtiyati tedbir talebini incelemeye yetkili mahkeme de söz konusu bölge adliye mahkemesidir. Bu durum, ilk derece mahkemesinin nihai karar vermesinden sonra istinaf kanun yoluna başvurulup başvurulmamasına göre farklılık arz etmemektedir⁵⁵. Zira henüz istinaf yoluna başvurulmamış olması

⁵² Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 509; Yılmaz, *İstinaf*, 57; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4902; Nevhis Deren Yıldırım, “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler,” içinde *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007*, ed. Muhammet Özekes (Ankara: TBB, 2008), 10; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 658; Tanrıver, *Usul C. 2*, 56; Akkaya, *İstinaf*, 103; Tuğsavul, “İstinaf İncelemesi,” 317.

⁵³ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2261-2262; Umar, *Şerh*, 1048, 1137-1138; Simil, “İhtiyati Tedbir,” 184-185; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 237-238.

⁵⁴ Kuru, *Usulü Cilt 4*, 4321; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 635; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2470; S. Serhat Kırtıloğlu, “İhtiyati Tedbirler Görevli ve Yetkili Mahkeme,” içinde *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan Cilt 1*, ed. Sabih Arkan, Cengiz Koçhisarlıoğlu, Süha Tanrıver, Kemal Şenocak, Burçak Yıldız, Murat Gürel (Ankara: Turhan, 2010), 1320; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 260, dn. 175.

⁵⁵ Akkaya, *İstinaf*, 344. Umar’a göre, henüz istinaf dilekçesinin verilmemiş olması halinde bile, ilk derece mahkemesi, davaya bakan mahkeme vasfını yitirmiştir. Bu

halinde dahi nihai kararlar birlikte ilk derece mahkemesi dosyadan el çekmiştir; artık davanın esasına bakmaya yetkili değildir. İlk derece mahkemesinin verdiği nihai kararın ardından inceleme bölge adliye mahkemesi tarafından yürütülecektir. Bu nedenle, her durumda, ihtiyati tedbir talebini içeren bağımsız bir dilekçeyle veya istinaf başvurusuyla birlikte ya da yargılama esnasında bir dilekçeyle bölge adliye mahkemesinden talep edilmelidir⁵⁶.

Ayrıca, istinaf aşamasında, ihtiyati tedbir talepleri ilk derece mahkemesinin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesine yöneltilmelidir. Zira bölge adliye mahkemeleri, kendi yargı çevresi içinde yer alan ilk derece mahkemeleri tarafından verilen ve kesin olmayan kararlara karşı yapılacak başvuruları incelemektedir (5235 s. K. m. 33; m. 36/1,1). Bölge adliye mahkemesinin bu yetkisi kesin yetki kuralı olarak düzenlenmiştir⁵⁷.

Belirtilen hususlar çerçevesinde, istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesi veya ilk derece mahkemesinin bağlı olmadığı başka bir bölge adliye mahkemesi tarafından ihtiyati tedbir kararı verilemez. Zira istinaf başvurusuyla birlikte dava yetkili bölge adliye mahkemesinde derdest hale gelir. Bölge adliye mahkemesinde davanın esasını incelenirken, ilk derece mahkemesinin veya yetkisiz bir bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı vermesi, hem ihtiyati tedbir taleplerinin hızlı bir şekilde incelenerek karara bağlanmasına aykırılık teşkil eder hem de çelişkili kararlar verilmesine sebep olabilir.

C. İhtiyati Tedbir Yargılaması

İhtiyati tedbirlerin incelenmesinde basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 316/1, c). Kanun koyucu, davadan önce veya dava esnasında

nedenle, istinaf dilekçesinin verileceği, “esas hakkında görevli ve yetkili mahkeme” bölge adliye mahkemesidir (Umar, *Şerh*, 1138).

⁵⁶ HMK m. 390/3 dava açmadan önce veya dava esnasına talep edilen ihtiyati tedbirler bakımından ayırım yapmamıştır. Bu nedenle, her hâlükârda ihtiyati tedbir dilekçe ile talep edilmelidir. Duruşma esnasında tutanağa geçirtmek suretiyle tedbir talebinde bulunulamaz. Aynı yönde bkz. Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 232; Özkes, *Pekantez Usul*, 2473. Aksi yönde bkz. Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5281.

⁵⁷ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 91; Muhammet Özkes, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf,” *LHD* 2, S. 23 (2004): 3106; Akkaya, *İstinaf*, 167. Aksi yönde bkz. Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 235, dn. 50. Ayrıca, kanun koyucu, bölge adliye mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılmasını açıkça yasaklamıştır (HMK m. 357/2).

tedbir talebi bulunulması bakımından bir ayrıma gitmemiştir. Bu nedenle, yazılı yargılama usulüne tabi bir dava olsa dahi ihtiyati tedbir basit yargılama usulüne göre görülür⁵⁸. Dolayısıyla davadan sonra talep edilen ihtiyati tedbir kısmen de olsa farklı bir yargılama gerektirebilir⁵⁹.

Bunun dışında, ihtiyati tedbir yargılaması birtakım farklı özellikler gösterir. Genelde geçici hukuki koruma tedbirlerinde, özelde ise ihtiyati tedbirde, yargılamanın basit ve hızlı şekilde yapılması esastır⁶⁰. Bu kapsamda, ilk olarak dosya üzerinden yapılan incelemeyle, karşı taraf dinlenmeden karar verilebilir. İkinci olarak ise, yaklaşık ispat yeterli görülür. Bunun dışında, özel kanunlarda yer alan yargılamaya ilişkin kurallar da göz önünde bulundurulmalıdır.

İlk derece mahkemesi, ihtiyati tedbir talebi üzerine kural olarak iki tarafı dinledikten sonra karar verir (HMK m. 316/1, c; m. 320). Fakat HMK m. 390/2 gereğince, “*talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir*”. O halde, talep edenin haklarının korunmasında zorunluluk bulunan haller bakımından karşı taraf dinlenmeden tedbir kararı verilebilir. Örneğin, karşı tarafın dinlenmesi, yani ihtiyati tedbir talebini öğrenmesi dava konusunun devrine veya tahribine sebep olabilecekse tedbirin amacının bertaraf edilmesine ya da zedelenmesine engel olmak amacıyla karşı taraf dinlenmeden karar verebilir.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinde, adil yargılanma hakkı (AY m. 36) ve hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27) yumuşatılmasının sebebi⁶¹, talebin karşı tarafa bildirilmesi ve karşı tarafın cevabının beklenmesinin tedbirle ulaşılmak istenen amaca engel olabilesidir. Bu bağlamda, talep

⁵⁸ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2482.

⁵⁹ Deren Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 12; Erişir, *İhtiyati Tedbir Türleri*, 164; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2482; Özekes ve Erişir, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumalar,” 1258; Güneş, “İstinaf İncelemesi,” 167-168. Geçici hukuki korumanın asıl davadan tamamen farklı bir yargılama usulüne tabi olduğuna ilişkin bkz. Max Vollkommer, “§ 920,” içinde *Zivilprozessordnung*, ed. Richard Zöllner (Köln: Otto Schmidt, 2014), Rn. 14.

⁶⁰ Arslan, “Yenilikler,” 8; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2474; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 699.

⁶¹ Adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı geçerliliğini korur; fakat talepte bulunanın geçici hukuki koruma talebi ile karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı karşı karşıya geldiğinde, talepte bulunanın ihtiyacına öncelik verilir (Özekes, “İhtiyati Tedbir,” 116). İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 210.

edenin yakın veya gerçekleşmesi muhtemel tehlike nedeniyle zarar görme ihtimalinin olması halinde karşı taraf dinlenmeden karar verilebilir. Fakat bu halde, tedbir talep edenden teminat alınır (HMK m. 392) ve karşı tarafın karardan sonra itiraz etmek suretiyle dinlenmesine imkân tanınır (HMK m. 394).

İhtiyati tedbir yargılamasında özellik arz eden bir diğer unsur, ihtiyati tedbirde yaklaşık ispat ölçüsünün benimsenmesidir. Buna göre, ihtiyati tedbir talep eden taraf tedbirin sebebi ile türünü açıkça belirtmeli ve davanın esas yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispatlamalıdır (HMK m. 390/3). Yaklaşık ispat, “*yalın bir iddiadan daha çok, tam ispattan daha az*” bir durumu ifade etmektedir⁶². Bu çerçevede, tedbir talep eden tarafın, iddia ettiği hakkın varlığı ve onun varlığının tehlikede olduğu konusunda kuvvetli bir kanaat oluşturması yeterlidir⁶³. O halde, hukuki koruma talebinde bulunan taraf, tedbire esas olan hakkı, talep ettiği tedbir türünü, tedbir sebebini ve buna ilişkin vakıaları objektif şekilde ortaya koymalı, tedbir talebini haklı kılan delilleri belirterek dilekçesine eklemelidir. Taraflar arasında menfaat dengesinin bozulmaması amacıyla, yargılama içinde dinlendiği takdirde karşı tarafın da yaklaşık ispat ölçüsünden yararlanması sağlanmalıdır⁶⁴.

⁶² Özeker, “İhtiyati Tedbir,” 120; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 244. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özeker, *İhtiyati Haciz*, 221.

⁶³ Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 47; Deren Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 11; Yılmaz, *Hukuki Himaye Tedbirleri*, 893-895; Kuru, *Usul Cilt 4*, 4326; Arslan, “Yenilikler,” 9, 13; Özeker, “İhtiyati Tedbir,” 120; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 636; Özeker, *Pekcanitez Usul*, 2476; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 668; Tanrıver, *Usul C. 2*, 221; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 710; Erişir, *İhtiyati Tedbir Türleri*, 188; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 244. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özeker, *İhtiyati Haciz*, 221-222. “*Diğer taraftan, ihtiyati tedbir isteğinin kabul edilebilmesi bakımından HMK'nın 390/3. maddesi ile ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda; ‘...hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez. Bu sebeplerdir ki, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması...’ hükme bağlanmıştır*” Y. 1. HD, E. 2012/5543, K. 2012/4817, 27.04.2012, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶⁴ Deren Yıldırım, *İhtiyati Tedbir*, 51 vd; Özeker, “İhtiyati Tedbir,” 120-121; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 244-245.

İhtiyati tedbirde ispat araçları ve ispat yükü konusunda genel hükümlerin uygulama alanı bulanacağını belirtmek gerekir⁶⁵. Bu nedenle, ihtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, kesin delille ispatı gereken hususları kesin delillerle, takdiri delillerle ispatı gereken hususları takdiri delillerle iddiasını ispat yükü altındadır. Bununla birlikte, delillerin değerlendirilmesi farklılık arz edebilir. Örneğin, ihtiyati tedbir talebinde bulunanın ibraz etmiş olduğu senedin üzerindeki imzanın kendisinden sadır olup olmadığının davanın esasına girilmeden incelenmesi yeterlidir⁶⁶.

Kanun koyucu, bölge adliye mahkemesinin incelemesine ilişkin esasları belirlemiştir (HMK m. 354-360). Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesinde uygulanacak yargılama usulüne ilişkin açık bir düzenleme öngörmemiştir. Bölge adliye mahkemesinin yeniden yargılama yapabilmesi de göz önünde bulundurulduğunda tahkikat işlemlerinin hangi usule göre yürütüleceği sorusu ortaya çıkmaktadır. HMK m. 360 uyarınca, aksine düzenleme bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü bölge adliye mahkemesi için de geçerlidir⁶⁷. Bu nedenle, somut uyuşmazlık bakımından ilk derece mahkemesinin uyguladığı yargılama usulü esas alınmalıdır⁶⁸. Bölge adliye mahkemesi, ilk derece

⁶⁵ Üstündağ, *İhtiyati Tedbir*, 47; Özkes, “İhtiyati Tedbir,” 119, 121; Arslan, “Yenilikler,” 9, 13; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 245; Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde ‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı,” *DEÜHFD* 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (2014): 681. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özkes, *İhtiyati Haciz*, 224. İhtiyati tedbir talebinin bütün delillerle ispatlanabileceği hakkında bkz. Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Ankara: Yetkin, 2013), 193. Ayrıca, doktrinde bir görüşe göre ise, kesin delille ispatı gereken hallerde, tam ispat ölçüsünün düşürülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, yaklaşık ispat, ispat faaliyetinde kullanılan delillerin takdiri olmasına mahsus olarak değerlendirilmelidir [Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (İzmir: DEÜ Rektörlük Matbaası, 2001), 45; Başözen, “‘Yaklaşık İspat’ ve ‘İhtimal’ Kavramı,” 659].

⁶⁶ Özkes, “İhtiyati Tedbir,” 121; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 245. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özkes, *İhtiyati Haciz*, 226-227; Güneş, “İstinaf İncelemesi,” 94, 148.

⁶⁷ İstinaf yargılamasında ortaya çıkabilecek boşluklara engel olmak amacıyla HMK m. 360’ın “*Bu bölümde aksine hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilk derece mahkemesi ile ilgili hükümleri kıyasen uygulanır*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4997.

⁶⁸ Ejder Yılmaz, *İstinaf* (Ankara: Yetkin, 2005), 81; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 536; Özkes, *İstinaf ve Temyiz*, 86; Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2240-2241; Tanrıver, *Usul C. 2*, 78, 83-84; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 627;

mahkemesi yazılı yargılama usulünü uygulamışsa yazılı yargılama usulüne göre, basit yargılama usulünü uygulamışsa basit yargılama usulüne göre tahkikatı yürütmelidir⁶⁹. Bununla birlikte, istinaf kanun yoluna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunduğu hallerde öncelikle özel hükmün uygulanacağına şüphe yoktur⁷⁰. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinde o konuda uygulanan yargılama usulünün istinaf yolunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı unutulmamalıdır⁷¹. Örneğin, sadece istinaf yoluna başvuru ve cevap dilekçesi vardır ve bu aşama ilk derece mahkemesinin huzurunda gerçekleşir (HMK m. 348/1); ayrıca katılma yoluyla istinaf yoluna başvurmak mümkündür (HMK m. 348); ön inceleme aşamasında temel eksikliklerin varlığı halinde varlığı gerekli kararların verilmesi esastır (HMK m. 352); tahkikat aşaması belirli sınırlamalarla uygulanır (HMK m. 357); bölge adliye mahkemesinin duruşmasız karar vereceği hallerde sözlü yargılama aşaması uygulanmaz (HMK m. 353) ve bölge adliye mahkemesinin verdiği kararlar ilk derece mahkemesinden farklıdır (HMK m. 353; m. 356/2).

Bölge adliye mahkemesinde, aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü uygulanır (HMK m. 360). Buna göre, bölge adliye mahkemesinde, ihtiyati tedbir talepleri ve bunlara

Akkaya, *İstinaf*, 259; Meraklı Yayla, *Yeniden Tahkikat*, 32. Yazılı ve basit yargılama usulünün farklılık gösterdiği hususların istinafa ilişkin düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi halinde, istinaf incelemesinde yargılama usullerinin farklılık ortaya çıkarmadığı konusunda bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 627.

⁶⁹ “Bu Bölümde aksi belirtilmediği takdirde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını inceledikten sonra duruşma yapılmasına karar verirse, bundan sonraki incelemesini, ilk derece mahkemesinde uygulanmış olan yargılama usulüne göre yapacaktır. Örneğin ilk derece mahkemesinde yazılı yargılama usulü uygulanmış ise bölge adliye mahkemesinde de yeniden yapılacak incelemede yazılı yargılama usulü uygulanacaktır” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 106.

⁷⁰ Bu kapsamda, dilekçeler aşaması ve ön inceleme aşamasına ilişkin olarak istinaf aşamasını düzenleyen hükümler arasında özel hükümler bulunması sebebiyle HMK m. 360’ın esas itibarıyla, tahkikat aşaması, sözlü yargılama aşaması ve karar aşaması bakımından işlerlik kazanacağı belirtilmelidir (Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2240; Tanrıver, *Usul C. 2*, 78; Akkaya, *İstinaf*, 259-260; Meraklı Yayla, *Yeniden Tahkikat*, 32).

⁷¹ Özekes, *İstinaf ve Temyiz*, 86; Tanrıver, *Usul C. 2*, 78; Akkaya, *İstinaf*, 259; Meraklı Yayla, *Yeniden Tahkikat*, 32; Şule Güneş, “Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Sonuçlar” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021), 94.

karşı yapılan itirazlar basit yargılama usulüne göre görülür (HMK m. 316/1,c). Basit yargılama usulünde, kural olarak inceleme duruşmalı olarak yapılmaktadır. Fakat mümkün olan hâllerde taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar verilebilir (HMK m. 320/1)⁷². İstinaf kanun yolunda da asıl olan duruşmalı yargılama yapılmasıdır (HMK m. 356). Bununla birlikte, kanun koyucu, bölge adliye mahkemesinin duruşma yapılmadan karar vereceği halleri açıkça düzenlemiştir (HMK m. 353). İlk bakışta, HMK m. 360'ta belirtilen "aksine hüküm bulunmayan hallerde" ifadesinin neticesi olarak istinaf aşamasına ilişkin getirilmiş olan düzenlemelere öncelik verilmesi ve HMK m. 353 hükmü dışında kalan her durumda duruşmalı yargılama yapılması gerektiği belirtilebilir. Söz konusu görüşün kabulü halinde, bölge adliye mahkemesinin basit yargılama usulüne tabi olan tüm uyuşmazlıklarda duruşmalı inceleme yapması gerektiği belirtilmelidir. Bununla birlikte, kanaatimizce söz konusu düzenleme yazılı yargılama esas alınarak ve vakta denetiminin etkin şekilde yapıldığı durumlar için getirilmiştir. Aksi takdirde, ilk derece yargılamasında basit yargılama usulüne göre duruşmasız olarak incelenen uyuşmazlıklar dahi bölge adliye mahkemesinde duruşmalı olarak incelenecektir. Öte yandan, ihtiyati tedbir talepleri de kural olarak duruşmalı incelense de, kanun koyucu açıkça gecikmenin hak kayıplarına neden olabileceği hallerde, hâkimin karşı tarafı dinlemeden de karar verebileceğini öngörmüştür (HMK m. 390/2).

⁷² Doktrinde baskın görüşe göre, "mümkün olan hallerde" ifadesiyle kanunlarda hâkime bu konuda yetki tanınan haller olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle, duruşma yapma konusunda hâkimin takdir yetkisinin olduğu söylenemez. Bu konuda özel düzenleme olmamasına rağmen hâkimin duruşma yapmaması hukuki dinlenilme hakkının gereklerinin yerine getirilmemesine sebep olur [Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4676; Murat Atalı, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt 3* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2100]. Aksi görüşe göre ise, hâkim, uyuşmazlığın/işin niteliği elverdiği ölçüde duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebilir (Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 790). *Akyol Aslan* ise, basit yargılama usulünde duruşma yapmadan karar verilemeyeceğini belirtmiştir [Leyla Akyol Aslan, "Yazılı Yargılama Usulünde Delillerin Sunulması İçin Taraflara Süre Verilmesine İlişkin HMK m. 139/1-ç Hükümünün Basit Yargılama Usulünde Uygulanıp Uygulanamayacağı," *SÜHFD* 29, S. 4 (2021): 3371, dn. 44]. Yargıtay'ın da açık düzenleme ile hâkime takdir yetkisinin tanınması gerektiğini belirttiği kararları olduğu gibi [Y. 6. HD, E. 2015/6257, K. 2015/9833, 12.11.2015, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Y. 8. HD, E. 2017/5945, K. 2017/13924, 26.10.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)] açık hüküm olmasa da hâkimin takdir yetkisinin olduğuna ilişkin kararları da bulunmaktadır [HGK, E. 2013/2430, K. 2015/1500, 05.06.2015, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); HGK, E. 2013/777, K. 2014/389, 26.03.2014, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 22. HD, E. 2017/40730, K. 2017/22064, 18.10.2017, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)].

İhtiyati tedbir taleplerinin bölge adliye mahkemesi tarafından mutlaka duruşmalı olarak inceleneceğini savunmak kanun koyucunun iradesine aykırı olacaktır. Ayrıca, ihtiyati tedbirin amacına da aykırı olacaktır. Zira ihtiyati tedbir, gecikme sebebiyle meydana gelebilecek sakınca veya ciddi bir zararın engellenmesi ya da durdurulmasını hedeflemektedir. Belirtilen sebeplerle, HMK m. 356 nedeniyle bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir taleplerini mutlaka duruşmalı olarak inceleyeceği sonucuna varılamaz. Bu halde, hem ilk derece yargılamasının özellikleri hem de ihtiyati tedbirin amacı gözetilerek bölge adliye mahkemesinin karşı tarafı dinlemeden de karar verebileceğini belirtmek gerekir⁷³.

Bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebini kural olarak duruşmalı olarak inceleyeceğini, ancak talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebileceğini belirttik. Bölge adliye mahkemesi, talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunda olmadığı kanaatine varırsa iki tarafı da dinleyerek karar verir. Bu halde, tarafların mümkün olan en yakın tarihte duruşmaya davet edilmesi gerekir. Fakat taraflar duruşmaya gelmezse, dosya işlemiden kaldırılmamalı (HMK m. 150), acele olarak bir karar verilmelidir⁷⁴. Zira geçici hukuki koruma tedbirleri, gecikme sebebiyle meydana gelebilecek sakınca veya ciddi bir zararın engellenmesi ya da durdurulması amacıyla kabul edilmiş acele işlerdendir (HMK m. 103/1,a). Ayrıca, bölge adliye mahkemesinde duruşmalı olarak inceleme yapılacak hallerde, duruşma davetiyesinde duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılacağı açıkça belirtilir (HMK m. 358/1). Dolayısıyla hem ihtiyati tedbir acele işlerden olduğundan hem de istinaf aşamasına ilişkin özel düzenleme gereğince, taraflar duruşmaya gelmeseler dahi bölge adliye mahkemesi dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar veremez.

⁷³ İstinaf aşamasında talep edilse dahi geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin özel hükümlerin uygulanması gerektiği, bu çerçevede, bölge adliye mahkemesinin dosya üzerinden karar verebileceği hakkında bkz. Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 152-153; Akkaya, *İstinaf*, 345. İhtiyati haczin duruşmasız olarak incelenebileceği, fakat borçlunun yazılı itirazları alınmadan karar verilmemesi gerektiği yönünde bkz. Yardım, *İhtiyati Haciz*, 239.

⁷⁴ İlk derece yargılaması bakımından aynı yönde bkz. Bilge ve Önen, *Yargılama*, 373; Postacıoğlu, *Usul*, 493; Üstündağ, *Yargılama*, 587; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5281; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 410; Özekes, "İhtiyati Tedbir," 114; Taş Korkmaz, "İhtiyati Tedbirler," 82; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 636; Konuralp, "İhtiyati Tedbirler," 244. Özekes, aynı neticeye HMK m. 394/4'ün kıyasen uygulanması suretiyle varmaktadır (Özekes, *Pekantez Usul*, 2483).

Bölge adliye mahkemesi, aksine hüküm bulunmayan hallerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulüne göre inceleme yapacağından (HMK m. 360) ispat derecesine ilişkin hüküm (HMK m. 390/3) istinaf aşamasında da uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda, bölge adliye mahkemesi, tedbir talep eden tarafın, iddia ettiği hakkın varlığı ve onun varlığının tehlikede olduğu konusunda kuvvetli bir kanaat edindiği takdirde ihtiyati tedbir kararı verebilecektir.

Son olarak, bölge adliye mahkemesinde ileri sürülen ihtiyati tedbir talebi ile iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının ihlal edilip edilmeyeceği incelenmelidir. İstinaf incelemesi esnasında yapılamayacak işlemler HMK m. 357'de belirtilmiştir. Söz konusu işlemlerden çalışmamızı ilgilendiren ise, bu aşamada iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesinin yasak olmasıdır. Bu noktada, ihtiyati tedbir talebinin iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağını ihlal edip etmeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce istinaf aşamasında talep edilen ihtiyati tedbir ile iddia ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesi mümkün değildir. Zira ihtiyati tedbir ile bir hakkın varlığı ve bunun tehlikede olduğu iddia edilmektedir. Hakkın varlığı davanın esasını oluşturduğundan bu konudaki iddiaya ilişkin vakıa ve deliller ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüştür. Dolayısıyla hakkın tehlikede olduğuna ilişkin olarak vakıa ve deliller bakımından bu soru önem taşımaktadır. İhtiyati tedbir, kesin hukuki korumanın anlamını yitirmemesi amacıyla yargılama başlamadan önce ve yargılama esnasında güvence sağlamaktadır. Bu nedenle, tehlikenin varlığını ispata elverişli olan vakıa ve delillerin ileri sürülmesi yasak kapsamında değerlendirilmemelidir. Nitekim doktrinde ilk derece yargılamasına ilişkin olarak da ihtiyati tedbir yargılamasının, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına (HMK m. 141) tabi olmadığı, bu nedenle, karşı tarafın açık muvafakati olmadan veya ıslaha başvurmadan talebi destekleyen yeni vakıaları ileri sürmenin ya da ihtiyati tedbir türünü değiştirmenin yahut farklı bir geçici hukuki koruma talep etmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁷⁵. Kaldı ki, ilk derece yargılaması bakımından iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmayan haller

⁷⁵ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2482-2483. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 196-198. Karşı tarafın açık muvafakati olmadan veya ıslaha başvurmadan ihtiyati tedbirin ihtiyati hacze, ihtiyati haczin ihtiyati tedbire dönüştürülemeyeceği hakkında bkz. Erişir, *İhtiyati Tedbir Türleri*, 531-532.

istinaf yargılaması bakımından da geçerli kabul edilmelidir⁷⁶. Özellikle ihtiyati tedbir ihtiyacının sonradan ortaya çıktığı hallerde, tehlikeyi oluşturan vakıalar sonradan ortaya çıktığından bölge adliye mahkemesi tarafından da incelenebilmelidir⁷⁷.

D. İhtiyati Tedbiri Tamamlayan İşlemler

İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibraz etmek suretiyle dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır (HMK m. 397/1). İhtiyati tedbirin uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açılmaması halinde, ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar. Hukuken ortadan kalkan ihtiyati tedbirin fiilen de ortadan kaldırılması için, aleyhine karar verilen tarafın talebi üzerine görevli memur gerekli işlemleri yapar. İhtiyati tedbirin muhatabına zarar vermemesi amacıyla, ihtiyati tedbirin kalkmış veya kaldırılmış olduğu ilgili yerlere bildirilir (HMK m. 397/3).

Söz konusu düzenleme ile davanın sürünmede kalmaması ve karşı tarafın uzun süre baskı altında tutulmaması için esas hakkında dava açmak suretiyle asıl hukuki korumanın belirlenmesi esası benimsenmiştir⁷⁸. Zira yaklaşık ispat ölçüsüyle ve bazı hallerde karşı taraf dinlenmeden tedbir kararı verilmesinin mümkün olması sebebiyle ihtiyati tedbir geçici bir hukuki koruma sağlamaktadır. Bu kapsamda, belirli süre içinde tedbirin uygulanmasının talep edilmesi ve dava açılması gerekmektedir. İhtiyati

⁷⁶ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2247-2248; Akil, *İstinaf*, 310.

⁷⁷ İhtiyati tedbire mahsus olmamakla birlikte aynı yönde bkz. Tanrıver, *Usul C. 2*, 77; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 628; Akil, *İstinaf*, 310; Akkaya, *İstinaf*, 289-290. Sözlü yargılamadan sonra ortaya çıkan vakıaların yeni bir davanın konusunu oluşturacağına ilişkin bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 512. İlk derece mahkemesi kararından sonra ortaya çıkan vakıalar için aynı yönde bkz. Özbek, *İstinaf ve Temyiz*, 473-474.

⁷⁸ Kuru, *Usulü Cilt 4*, 4356; Arslan, “Yenilikler,” 21; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2549; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 672; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 714; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 262. Ayrıca bkz. “*Tedbirin geçiciliği dikkate alındığında, hukukî durumun uzun süre askıda kalması ve tedbirin karşı taraf üzerinde baskı unsuru olarak kullanılması düşünülemez. Bu sebeple tedbirin, kısa sürede davaya dönüştürülmesi, asıl talebin yargı organına yöneltilmesi gerekir*” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 117.

tedbiri tamamlayan söz konusu işlemlerin yapılması halinde, mahkeme aksi yönde yeni bir karar vermediği sürece, tedbirin etkisi nihai kararın kesinleşmesine kadar devam etmektedir (HMK m. 397/2).

İhtiyati tedbir, istinaf başvurusu ile veya uyuşmazlık bölge adliye mahkemesinde görülürken talep edilmişse, tarafın yapması gereken tek işlem kararın uygulanmasını sağlamaktır. Fakat ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından ve henüz istinaf kanun yoluna başvurulmadan önce bir dilekçeyle bölge adliye mahkemesinden talep edilmişse, bu durumda, ilk derece mahkemesinin nihai kararına karşı istinaf yoluna başvurma zorunluluğu olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. İlk derece mahkemesinde dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde, kararın uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde asıl davayı açma zorunluluğu bulunmaktadır. Kanaatimizce söz konusu hüküm istinaf aşamasında da kıyasen uygulanmalıdır. Şöyle ki, yukarıda belirttiğimiz üzere, ilgili düzenlemenin amacı, hukuki durum askıda olduğundan karşı tarafın uzun baskı altında tutulmasına engel olmaktır. İhtiyati tedbir talep edenin istinaf yoluna başvurmadan bir dilekçe ile bölge adliye mahkemesinden talep edilmesinde de benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından ortaya çıkan tehlike veya tehdit sebebiyle tedbir talep edilmişse, hukuki durum sürüncemede kalmaktadır. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesine istinaf başvurusunda bulunulmalı ve davanın esası incelenmeye devam etmelidir. Dolayısıyla her ne kadar istinaf başvurusunda bulunmak dava açmak şeklinde değerlendirilemese de maddenin amacına uygun şekilde asıl talebin incelenebilmesi için istinaf başvurusunda bulunma zorunluluğu kabul edilmelidir. Söz konusu işlem, istinaf aşamasında tamamlayıcı işlem olarak nitelendirilmelidir⁷⁹. Bu durum, esas itibarıyla, bölge adliye mahkemesinde niteliğine uygun düştüğü ilk derece yargılamasında uygulanan usulün uygulanmasının (HMK m. 360) da gereğidir. Bu çerçevede, ihtiyati tedbir talebinde bulunan, kararın uygulanmasını talep etmezse ve/veya uygulanmasını talep ettikten sonra istinaf başvurusunda bulunmazsa tedbirin kendiliğinden kalkacağı kabul edilmelidir⁸⁰.

Ayrıca, istinaf kanun yoluna başvuru süresi olan ilamın tebliğinden itibaren başlayan iki haftalık süre (HMK m. 345) de gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre, ihtiyati tedbir talep eden taraf, ihtiyati tedbir

⁷⁹ Simil, "İhtiyati Tedbir," 186-187.

⁸⁰ Simil, "İhtiyati Tedbir," 187.

kararının tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararın uygulanmasını talep etmeli (HMK m. 393/1) ve bu tarihten itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna başvurmalıdır (HMK m. 397/1). Bu süreç içinde aynı zamanda nihai kararın tebliğinden itibaren iki haftalık kanun yoluna başvuru süresinin kaçırılmamasına özen gösterilmelidir.

İlk derece yargılamasında olduğu gibi, bu halde de ihtiyati tedbir talep eden tarafın, istinaf kanun yoluna başvurduğuna dair belgeyi memura ibraz etme, ihtiyati tedbir dosyasına koydurma ve karşılığında belge olma zorunluluğu vardır. Bu işlemler yapılmadığı takdirde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkmış olur.

E. İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Konulması

1. İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz

İhtiyati tedbir talebinin reddi kararı karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir (HMK m. 391/3, c. 1; m. 341/1,b). Ayrıca, dinlenerek aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf da istinaf yoluna başvurabilir (HMK m. 391/3, c. 2; m. 341/1,b). İhtiyati tedbir talebi hakkında duruşma yapılmadan karar verilmişse, dinlenmeden kendisi aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf karara itiraz edebilir (HMK m. 394/1, c. 1). Başka bir deyişle, doğrudan istinaf yoluna başvuramaz⁸¹. Son olarak, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından dolayı menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de karara itiraz edebilir (HMK m. 394/3).

İlk derece mahkemesi, itiraz üzerine ilgilileri dinlemek için davet eder. Fakat taraflar gelmeseler dahi dosya üzerinden inceleme yaparak karar verir; yani dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar vermez. Bu halde, mahkeme, itirazı haklı bulursa ihtiyati tedbir kararını değiştirebilir ya da kaldırabilir (HMK m. 394/4).

Bölge adliye mahkemesinde, ihtiyati tedbir talebinin duruşma yapılmadan incelenmesine karar verilmişse, yargılama esnasında savunma hakkını kullanamayan karşı tarafın itiraz sebeplerini ileri sürebilmesi gerekir. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf veya menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişi, bu karara karşı bölge adliye mahkemesinde itiraz edebilir⁸².

⁸¹ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 143; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5313; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 638; Özkes, *Pekcanitez Usul*, 3060; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 377; Tanrıver, *Usul C. 2*, 231; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 719;

⁸² Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 717.

Kanun'un itirazın "kararı veren mahkeme" tarafından inceleneceğini öngörmesi bunu haklı kılmaktadır (HMK m. 394/2)⁸³. İhtiyati tedbir talebini bölge adliye mahkemesi incelediğine ve itiraz sebepleri istinaf aşamasında ortaya çıktığına göre itiraz sebepleri kararı veren mahkeme olan bölge adliye mahkemesi nezdinde ileri sürülmelidir. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararına itirazın yapılacağı merci uyuşmazlığın esasını inceleyen ve karar veren bölge adliye mahkemesidir⁸⁴.

Bölge adliye mahkemesi itirazı duruşmalı olarak inceler (HMK m. 394/4; m. 356). Bu çerçevede, duruşma davetiyesinde duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılacağı açıkça belirtilir (HMK m. 358/1). Dolayısıyla bölge adliye mahkemesinde, ilk derece

⁸³ Hükmün tavzihi ve tamamlanması (HMK m. 306/1) ile yargılamanın iadesi (HMK m. 378/1) taleplerinin de "kararı veren mahkeme" tarafından inceleneceği belirtilmiştir. Doktrinde bu hallerin üst derece mahkemesince incelenebileceği kabul edilmektedir. Hükmün tavzihi bakımından *Bilge ve Önen*'e göre, hükmün tavzihi hükmün verildiği mahkemeden istendiğinden Yargıtay kararının tavzihi talebinin Yargıtay'a karşı ileri sürülmesi uygun olacaktır (Bilge ve Önen, *Yargılama*, 729). *Özekes*'e göre, açıklanması istenen hüküm ilk derece mahkemesine aitse ilk derece mahkemesine, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'a aitse ilgili hukuk dairesine başvurulmalıdır (Atalı, *Pekcanitez Usul*, 2003). Hükmün tamamlanması bakımından *Akkaya*'ya göre, hükmün tamamlanması, ilk derece mahkemesinin nihai kararı için isteniyorsa ilk derece mahkemesinden, istinaf incelemesi sonucunda verilen nihai karar için isteniyorsa bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir [Tolga Akkaya, "Medeni Usul Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması," *AHBVÜ* 25, S. 1 (2021): 48]. Aynı şekilde, *Hendem*'e göre, hükmün tamamlanması hükmü veren mahkemeden talep edilebilir. Bu kapsamda, istinaf veya temyiz incelemesi neticesinde verilen nihai kararın tamamlanması bölge adliye mahkemesinden ya da Yargıtay'dan talep edilir [Burcu Hendem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme: Hükmün Tamamlanması," *MİHDER* 17, S. 49 (2021): 640]. Yargılamanın iadesi bakımından ise, *Özekes*'e göre, "kararı veren mahkeme"nin yargılamanın iadesi sebebinin ortaya çıktığı mahkeme olarak anlaşılması ve yargılamanın iadesi sebebi, kanun yolu aşamasında ortaya çıkmışsa, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ın inceleme yapabilmesinin kabul edilmesi daha uygun olur (*Özekes*, *Pekcanitez Usul*, 2342-2343). *Görgün, Börü ve Kodakoğlu*'na göre, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp kendisi karar vermesi halinde, yargılamanın iadesi için hükmü veren bölge adliye mahkemesine başvurulmalıdır (Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 657). *Atalı, Ermenek ve Erdoğan*'a göre ise, yargılamanın iadesi sebebi istinaf aşamasında gerçekleşmişse, görevli ve yetkili mahkeme bölge adliye mahkemesidir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 674-675).

⁸⁴ Simil, "İhtiyati Tedbir," 187.

mahkemelerinden farklı olarak (HMK m. 150/1) dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmez⁸⁵. İstinaf kanun yoluna başvuran tarafın bölge adliye mahkemesince belirlenen gider avansını yatırması ve tahkikat yapılmadan karar verilebilmesi halinde tahkikat tarafların yokluğunda yapılır ve karar verilir (HMK m. 358/3). Bu husus, ihtiyati tedbire itirazın incelenmesine de uygundur. Zira ihtiyati tedbire itiraz üzerine mahkeme ilgilileri duruşmaya davet eder; fakat taraflar duruşmaya gelmese bile dosya üzerinden karar verir (HMK m. 394/4)⁸⁶. O halde, itiraz üzerine, bölge adliye mahkemesi, ilgilileri dinlemek üzere davet eder ve taraflar gelmese dahi dosya üzerinden karar verir. Bu durum hem HMK m. 358/3'ün hem de HMK m. 394/4'ün gereğidir. Bölge adliye mahkemesi, itirazı haklı bulursa, kararını değiştirebilir veya kaldırabilir (HMK m. 394/4).

2. Durum ve Koşulların Değişmesi Sebebiyle İhtiyati Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması

İhtiyati tedbir kararı verildikten sonra şartlar değiştiği veya ortadan kalktığı takdirde tedbirin değiştirilmesi ya da kaldırılması talep edilebilir (HMK m. 396/1). İhtiyati tedbirin değiştirilmesini veya kaldırılmasını, aleyhine tedbir kararı verilmiş olan taraf ve menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler talep edebilir (HMK m. 396/2; m. 394/3).

Bu halde, ilk derece mahkemesi şartların değişip değişmediğini veya ortadan kalkıp kalkmadığını inceler ve şartların değiştiğine kanaat getirirse tedbirin değişmesine, şartların ortadan kalktığına kanaat getirirse tedbirin kaldırılmasına karar verebilir (HMK m. 396/2; m. 394/4, c. 3). İlk derece mahkemesinin verdiği karara itiraz edilebilir; fakat kanun yolu açık değildir (HMK m. 396/2). Zira mahkeme bu halde hukuki bir değerlendirmeden ziyade maddi koşulları inceler. İhtiyati tedbirin özüne ilişkin bir karar vermez⁸⁷. Ayrıca bu konuda birden fazla defa talepte bulunma imkânı da vardır⁸⁸. Fakat tedbirin esasıyla ilgili olarak kanun yoluna başvuru yapılırsa,

⁸⁵ Umar, *Şerh*, 1038; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2256; Akkaya, *İstinaf*, 310.

⁸⁶ Yardım, ihtiyati hacze itirazın duruşmalı olarak incelenmesi zorunluluğunun olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, basit yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklarda duruşma yapılması zorunlu değilken ihtiyati haciz bakımından mutlaka duruşma yapılması zorunlu olmamalıdır (Yardım, *İhtiyati Haciz*, 199-200).

⁸⁷ Arslan, "Yenilikler," 21; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 721; Konuralp, "İhtiyati Tedbirler," 265-266.

⁸⁸ Arslan, "Yenilikler," 21; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 721; Konuralp, "İhtiyati Tedbirler," 265.

bu takdirde mahkeme bu konu hakkındaki kararı da denetlenebilir⁸⁹. İhtiyati tedbire itiraz hakkında kanun yoluna başvurulabilmesindeki amaç, tedbir kararlarının hukuki denetime tabi olması⁹⁰ ve temel hukuk hatalarının yapılmasının önüne geçmektir⁹¹. Bu nedenle, her talep için tekrar tekrar kanun yoluna başvuru imkânı öngörülmemiştir.

Bölge adliye mahkemesinin verdiği ihtiyati tedbir kararının da değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilebilir. Kuşkusuz bu talebi de bölge adliye mahkemesi inceleyecektir⁹². Bölge adliye mahkemesi talebi haklı bulursa tedbirin değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir. Bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kesindir; karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz.

⁸⁹ Arslan, “Yenilikler,” 21; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 266. Ayrıca bkz. “İhtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını düzenleyen bu maddede de, yukarıda belirtilen iki maddedeki ortak yönler dikkate alınarak itiraza ilişkin benzer hükümlere ayrıca atıf yapılmıştır. Ancak, itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması hakkındaki fıkraya atıf yapılmamıştır. Zira, hâl ve şartların değişmesi, hukukî bir değerlendirmeden daha çok, maddî şartlarla yakından ilgili, nispeten sübjektif ve doğrudan mahkemenin takdirine bağlı bir husustur. Ayrıca, aynı yargılama süreci içinde, bir çok kez hâl ve şartlarda değişiklik olması sebebiyle, tedbirde değişiklik yapılması veya kaldırılması, bu yönde talepte bulunulması ya da talebin reddi söz konusu olabilir. Her talepten sonra verilecek karar hakkında kanun yoluna başvurulması, ihtiyatî tedbirler için kanun yoluna başvurulmasında istenen amacı da sağlamayacaktır. Kanun yolunun açılmış olmasının amacı, ihtiyatî tedbirlerle ilgili temel hukukî ve prensip hatalarının önüne geçmektir. Bu sebeple, ihtiyatî tedbirin reddi ve ihtiyatî tedbire itiraz üzerine verilen kararlar için kanun yolu imkânı getirilmiştir. Hâl ve şartlarda değişiklik bakımından o anda kanun yoluna başvurulamaması, daha sonra işin esasıyla ilgili kanun yoluna başvurulması durumunda, bu hususun incelenmeyeceği anlamına da gelmez. Kanun yolu incelemesinde bu husus da değerlendirilerek bir karar verebilme imkânı kapalı değildir” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 117.

⁹⁰ Özkes, *Pekcanitez Usul*, 2527.

⁹¹ Arslan, “Yenilikler,” 21. Ayrıca bkz. “Dolayısıyla, durum ve koşulların değişmesi nedeni ile verilen kararlar hukukî bir değerlendirmeden daha çok, maddî şartlarla yakından ilgili, nispeten sübjektif ve doğrudan mahkemenin takdirine bağlı kararlar olduğundan, bu kararlara karşı kanun yolunun kapalı olması ön görülmemiştir. Nitekim, yargılama süresince her yeni durumda talebin yinelenerek karar verilmesi halinde sürekli kanun yoluna başvuru imkanı tanınması, kanun yolundan beklenen amaçtan uzaklaşılması sonucunu doğuracaktır. Şüphesiz, bu tür kararlar esas hükümle birlikte kanun yolu denetimi altındadır” Konya BAM 5. HD, E. 2020/601, K. 2020/555, 15.09.2020, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁹² Simil, “İhtiyati Tedbir,” 190. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Yardım, *İhtiyati Haciz*, 251.

3. Teminat Karşılığında İhtiyati Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması

Hakkında ihtiyati tedbir uygulanan kişi veya aleyhinde ihtiyati tedbir kararı verilen kişinin talebi üzerine ve teminat karşılığında (HMK m. 87) ilk derece mahkemesi tedbirin değiştirilmesine ya da kaldırılmasına karar verebilir (HMK m. 395/1). Ayrıca menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de teminat karşılığında tedbirin değiştirilmesini ya da kaldırılmasını talep edebilir (HMK m. 395/3; m. 394/3).

Bu halde, ilk derece mahkemesinin verdiği karara itiraz edilebilir; fakat kanun yolu açık değildir (HMK m. 395/3). Zira bu durumda, ihtiyati tedbirin maddi koşullarıyla ilgili bir değerlendirme yapılır; yoksa ihtiyati tedbirin özüne ilişkin bir karar verilmez⁹³.

Bölge adliye mahkemesinin verdiği ihtiyati tedbiri kararının da teminat karşılığında değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilebilir⁹⁴. Bölge adliye mahkemesinin tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması hakkında verdiği karara karşı temyiz kanun yoluna gidilemez. Dolayısıyla aşağıda belirteceğimiz üzere, ihtiyati tedbir hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna gidilebilir; fakat ihtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilemez.

III. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN VERDİĞİ İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI KANUN YOLUNA BAŞVURULUP BAŞVURULAMAYACAĞI SORUNU

İlk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir talebinin reddi ile karşı taraf dinlenerek verilen kararlarına karşı doğrudan, karşı taraf dinlenmeden verilen kararlarına karşı ise itiraz yoluna başvurulduktan sonra kanun yoluna başvurulabileceği, bu başvurunun üst derece mahkemesi tarafından öncelikle

⁹³ Arslan, “Yenilikler,” 21; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5317; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2540; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 676; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 267. Ayrıca bkz. “*Teminat üzerine verilen kararlar ihtiyati tedbirin özünüyle ilgili olmadığından, bu konudaki kararlara karşı kanun yoluna başvurulması kabul edilmemiş, bu sebeple de itirazda kanun yoluna başvuruya ilişkin fıkra atıf yapılmamıştır*” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 116. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Yardım, *İhtiyati Haciz*, 263-264.

⁹⁴ Simil, “İhtiyati Tedbir,” 190; İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Yardım, *İhtiyati Haciz*, 256.

incelenip kesin olarak karara bağlanacağı açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 391/3; m. 394/5). Bununla birlikte, ihtiyati tedbir talebi üzerine bölge adliye mahkemesinin verdiği karara karşı kanun yolunun açık olup olmadığına ilişkin düzenleme mevcut değildir.

Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, bölge adliye mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilebilir⁹⁵. Zira Kanun'da "kanun yolu" teriminin kullanılması, hangi kanun yolunun olduğunun açıkça belirtilmemesi bu karara karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceğini gösterir. HMK m. 391/3 ve m. 394/5'te yer alan kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin ifade, kanun koyucunun bu konuda bilinçli bir tercihi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, HMK m. 391/3 ve m. 394/5'te belirtilen "kanun yolu" ifadesinin her durumda istinaf kanun yolu olarak anlaşılması gerekir⁹⁶. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun bu konuda mutlaka bir denetim istediği görülmektedir. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebi hakkında verdiği kararın denetime açık olduğu kabul edilmelidir⁹⁷. Ayrıca, HMK m. 362/1,f'nin bölge adliye mahkemesinin geçici hukuki koruma talepleri hakkında verdiği kararları kapsamaması gerekir. Söz konusu düzenleme, ihtiyati tedbir talebi üzerine ilk derece mahkemesinin verdiği kararlara karşı istinaf yoluna gidildiği hallerde, bölge adliye mahkemesinin bu başvuru sonucunda verdiği kararla sınırlı tutulmalıdır⁹⁸. Bu görüşe göre, bölge adliye mahkemelerinin üst mahkeme

⁹⁵ Umar, *Şerh*, 1149; Özbek, *İstinaf ve Temyiz*, 147; Akkaya, *İstinaf*, 114; Simil, "İhtiyati Tedbir," 187 vd; Nesibe Kurt Konca ve Ceren Damar, "İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu," *TBB*, S. 4 (2016): 206; Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 103-104. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Yardım, *İhtiyati Haciz*, 240.

⁹⁶ Özbek, *İstinaf ve Temyiz*, 147; Simil, "İhtiyati Tedbir," 189. Sarısözen de farklı bir gerekçeyle "kanun yolu" teriminin bilinçli bir tercih olduğunu belirtmiştir. Yazara göre, bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından önceki dönemde ihtiyati tedbir talepleri hakkında verilen kararların denetime tabi olması için üst kavram olarak "kanun yolu" teriminin kullanıldığını ifade etmiştir [M. Serhat Sarısözen, "İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı," *DEÜHFD* 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2014): 1346].

⁹⁷ Simil, "İhtiyati Tedbir," 188; Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 103-104.

⁹⁸ Özbek, *İstinaf ve Temyiz*, 147; Simil, "İhtiyati Tedbir," 190. Ayrıca, Sarısözen, HMK m. 362/1,f ile ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinde denetlenmesinden sonra, geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar hakkında temyiz incelemesinin yapılamayacağını kastedildiğini belirtmiştir (Sarısözen, "İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu," 1346).

olması ve toplu mahkeme olarak yapılandırılması da ihtiyati tedbir hakkında verdiği kararın kesin olduğu ve denetim yapılamayacağı sonucunu doğurmaz⁹⁹. Zira asliye ticaret mahkemesi de pek çok uyuşmazlığı heyet halinde görmekte (5235 s. K. m. 5/3), fakat ihtiyati tedbir hakkında vermiş olduğu karara karşı kanun yoluna gidilebilmektedir. Öte yandan, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalarda dahi verdiği kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir (örnek olarak bkz. HMK m. 47/1)¹⁰⁰. Son olarak, sayısı gittikçe artan bölge adliye mahkemelerinin birbiriyle uyumlu olmayan içtihatlarının ortaya çıkması muhtemeldir. Bu nedenle, en azından bölge adliye mahkemelerinin ilk defa verdiği ihtiyati tedbir kararlarının temyiz denetimine tabi olması yeknesaklığı sağlamak bakımından önemlidir. Bölge adliye mahkemelerinin fiilen çalışmaya başlamasıyla Yargıtay'ın iş yükünün ciddi ölçüde azaldığı göz önünde bulundurulursa, Yargıtay'ın 21.02.2014 tarih ve E. 2013/1, K. 2014/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında¹⁰¹ bahsedilen iş yükünün artacağı endişesinin de ortadan kalktığı ifade edilebilir¹⁰².

Diğer görüşe göre ise, ilk defa bölge adliye mahkemesi ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilir; fakat HMK m. 362/1,f nedeniyle bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz¹⁰³. Zira HMK m. 362/1,f'de tüm geçici hukuki korumaların temyiz denetiminin dışında olduğu açıkça belirtilmiştir. Böylece kanun koyucu, öncelikle ve hızlı bir şekilde incelenmesi gereken geçici hukuki koruma kararlarının istinaf aşamasından ileriye gitmemesini öngörmüştür. Ayrıca, bu görüş, HMK m. 391/3 ve m. 394/5'in, ihtiyati tedbir hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması halinde, istinaf incelemesi neticesi verilen kararların kesin olduğunu da ortaya koymuştur¹⁰⁴.

⁹⁹ Simil, "İhtiyati Tedbir," 188; Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 104.

¹⁰⁰ Simil, "İhtiyati Tedbir," 188.

¹⁰¹ Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰² Özbek, *İstinaf ve Temyiz*, 147-148.

¹⁰³ Yılmaz, *Şerh C. 4*, 4894; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2263; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 427; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 643, 718; E. Gökçe Karabel, "Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları", *LHD* 16, S. 190 (2018): 4660, 4672; Mıstaçoğlu, *İhtiyati Tedbir Yargılaması*, 77. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Yardım, *İhtiyati Haciz*, 241-242. Buna karşılık, Özekes, 2016 yılında yazdığı eserinde bölge adliye mahkemesinin verdiği ihtiyati tedbir kararına karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceğini belirtmiştir (Özekes, *İstinaf ve Temyiz*, 110).

¹⁰⁴ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2263.

Kanaatimizce bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbirin reddi kararı ile karşı tarafı dinleyerek verdiği karar ve karşı tarafı dinlemeden verdiği ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verdiği karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. İlk olarak, ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu denetimi olmasının gerekçeleri gözetilmelidir. Doktrinde ilk derece mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararlarının denetime tabi olmasının gerekçeleri arasında, ihtiyati tedbire ilişkin düzenlemelerin sözüne ve özüne uygun şekilde uygulanmasının sağlanması¹⁰⁵, hâkimlerin de yanılabilirliği, bu nedenle, her türlü kararın denetlenmesinin gerekmesi¹⁰⁶, ihtiyati tedbir kararlarının denetime tabi olmamasının her türlü mahkeme kararının denetime tabi olmasını öngören hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaması¹⁰⁷, ihtiyati tedbir kararının esas hakkında karar verilmeden önce denetlenmesi ile etkin hukuki korumayı güçlendirmesi¹⁰⁸, keyfi ve hukuka aykırı kararların önlenmesi¹⁰⁹, daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması¹¹⁰ yer almaktadır. Keza bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlamadığı dönemde, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında vermiş olduğu kararların temyiz kanun yolu denetime tabi olup olmadığına ilişkin tartışmalarda¹¹¹, söz konusu kararların denetimini sağlayacak şekilde değerlendirme yapılması, kötüye kullanımların önüne geçilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹². İlk defa bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir taleplerinin denetlenmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında

¹⁰⁵ Arslan, “Yenilikler,” 16.

¹⁰⁶ Yılmaz, *Hukuki Himaye Tedbirleri*, 930 vd.

¹⁰⁷ Yıldırım, *İstinaf*, 4.

¹⁰⁸ Yıldırım, *İstinaf*, 4; Nevhis Deren Yıldırım, “İstinafa Başvuru Şartları,” içinde *MİHBİR 15. Antalya Toplantısı 6-7 Ekim 2017* (Ankara: Adalet Bakanlığı, 2018), 26.

¹⁰⁹ Yıldırım, *İstinaf*, 4; Deren Yıldırım, *İstinaf*, 26; Arslan, “Yenilikler,” 16.

¹¹⁰ Arslan, “Yenilikler,” 16.

¹¹¹ Bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamadığı dönemde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, ilk derece mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararlarının istinaf kanun yolunda denetlenebileceği, fakat temyiz edilemeyeceği belirtmiştir. Karar için bkz. YİBGK, E. 2013/1, K. 2014/1, 21.02.2014, (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sarısözen, “İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu,” 1321-1350); Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu,” içinde *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, ed. Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (Ankara: Yetkin, 2014), 464 vd; Dilek Karademir, “İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1 E. 2014/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı,” *TAAD*, S. 3 (2016): 429 vd.

¹¹² Sema Taşpınar Ayvaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması* (Ankara: Yetkin, 2013), 470.

verdiği kararların denetlenmesi halinde hukuki denetimin sağlanmasının yanı sıra aynı veya benzer durumlarda farklı kararlar verilmesinin önüne de geçilmiş olacaktır. Bu durum, HMK m. 391'in gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir¹¹³. Ayrıca, *Simil*'in de belirttiği üzere¹¹⁴, istinaf yargılamasının heyetçe yürütülmesi (HMK m. 354/1) ihtiyati tedbir kararlarının denetime tabi olmaması sonucunu doğuramaz. Asliye ticaret mahkemeleri de pek çok uyuşmazlığı heyet halinde görmesine rağmen (5235 s. K. m. 5/3) ihtiyati tedbir hakkında verdiği kararlar denetime tabidir.

İkinci olarak, HMK m. 362/1,f'den yola çıkarak ihtiyati tedbir hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği savunulamaz. Zira HMK m. 362'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere¹¹⁵, HMK m. 362, uyuşmazlığın ilk derece yargılamasından ve bölge adliye mahkemesi denetiminden geçtiği hallerde temyiz kanun yoluna gidilemeyeceğini düzenlemektedir. Başka bir deyişle, HMK m. 362 hükmü, ilk derece mahkemelerinin, bölge adliye mahkemelerinde maddi ve hukuki denetimine tabi kılınmış olup temyizi mümkün olmayan kararlara ilişkindir. Konu ihtiyati tedbir bakımından ele alındığında, kanun koyucu, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında vermiş olduğu kararın istinaf yolunda incelenmesinin ardından temyiz yoluna gidilemeyeceğini öngörmektedir. Bu

¹¹³ “İhtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamaması, bu kurumun kötüye kullanılmasına, farklı mahkemelerce aynı konularda farklı kararların verilmesine ve bu kararların denetim dışı kalması gibi bir çok sakıncaya yol açmıştır. Kanun yolunun açılmış olması sebebiyle, ihtiyatî tedbir konusunda, daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması mümkün olacaktır” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 114.

¹¹⁴ Simil, “İhtiyati Tedbir,” 188.

¹¹⁵ “Maddede dava konusu olayın iki dereceli yargılamadan geçmiş bulunduğu göz önüne alınarak, bölge adliye mahkemesinin bazı kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği öngörülmüş ve böylece Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda miktar sınırlaması onbin Türk Lirası olarak tespit edilemeyen kararlar olarak kabul edilmiştir. Keza çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar ve geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar bakımından da, iki dereceli yargılamanın yeterli güvence teşkil ettiği mülahazasıyla, bu işlerde verilen kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır. Aynı şekilde, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalar yönünden de iki dereceli bir yargılamanın yapılmış olması yeterli görülmüş, ancak önemine binaen soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalarda temyiz yoluna gidilebilmesine olanak tanınmıştır” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 106.

nedenle, söz konusu hüküm, bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında verdiği kararlar için uygulanamaz. Dolayısıyla bölge adliye mahkemelerinin verdiği ihtiyati tedbir kararlarına karşı Yargıtay'a başvuru yolunun açık olması gerekir. Aksi görüşün kabulü, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların denetim dışı kalmasına, farklı mahkemelerden aynı konuda farklı kararların verilmesine ve bu nedenle yeknesaklığın bozulmasına sebep olacaktır.

Bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebi hakkında verdiği karara karşı temyiz yoluna başvurulduğu takdirde, HMK m. 393/5 kıyasen uygulanmalı; tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri Yargıtay'a gönderilmelidir. Yargıtay geçici hukuki koruma tedbirlerin niteliğine uygun şekilde öncelikle inceleme yapar ve kesin bir karar verir. Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin yerine geçerek ihtiyati tedbir kararı veremez; yapacağı hukuki denetim neticesinde onama veya bozma kararı verebilir¹¹⁶. Ayrıca bütün mahkeme kararları gibi ihtiyati tedbir talebi hakkında verilen karar da gerekçeli olmalıdır (AY m. 141/3; HMK m. 391/2,b). Bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir talebi hakkında verdiği kararın gerekçesiz olması halinde, Yargıtay temyiz sebeplerini incelemeyen kararı bozar¹¹⁷.

¹¹⁶ Umar, *Şerh*, 1149; Simil, "İhtiyati Tedbir," 189-190. *Arslan*, bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamadan önceki döneme ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir kararının temyiz edilmesi halinde, Yargıtay'ın temyiz denetimi yapması, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar vermemesi ve yalnızca ihtiyati tedbirin koşullarının oluşup oluşmadığını incelemesi gerektiği ifade etmiştir (Arslan, "Yenilikler," 16-17). *Özekes*, bu halde Yargıtay'ın istinaf incelemesi yapar gibi inceleme yapabileceğini, aksi kabulün istinaf aşamasında verilen ihtiyati tedbir kararının denetime tabi olmaması sonucunu doğuracağını, bunun ise ilk derece mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararına karşı kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin düzenlemenin amacına aykırı olduğunu belirtmiştir (Özekes, *İstinaf ve Temyiz*, 110). Aynı şekilde, Yargıtay'ın istinaf incelemesi yapmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. Fırat, "Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri," 104-108.

¹¹⁷ Hükümün gerekçesiz olmasının mutlak temyiz sebebi teşkil ettiğine ilişkin bkz. Üstündağ, *Yargılama*, 797; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 472, dn. 51; Tanrıver, *Usul C. 2*, 94. Ayrıca bkz. "HMK.'nun 297/1-c maddesine göre de mahkeme kararları, asgari olarak iki tarafın iddia ve savunmalarının özetlerini, anlaştukları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri içermesi zorunludur. Yine Anayasanın 141/3 maddesi hükmü de tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması gereğini düzenlemektedir. Kararlara konulması gereken gerekçeler sayesinde taraflar hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığı anlayabilecekleri gibi, karar aleyhine kanun yoluna

IV. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN VERDİĞİ İHTİYATİ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI

Gerek karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilmesi gerekse yaklaşık ispat ölçüsünün benimsenmesi sebebiyle ihtiyati tedbir talep edenin haksız çıkma ihtimali vardır. Bu nedenle, tedbir kararı verilirken teminat gösterme zorunluluğu öngörülmüştür (HMK m. 392/1). Bu doğrultuda olmak üzere, karşı tarafın veya üçüncü kişinin ihtiyati tedbir nedeniyle zarar görmesi halinde tazminat davası açılabilir (HMK m. 399).

İhtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasında haksız fiil hükümleri (TBK m. 49 vd.) kıyasen uygulanabilir¹¹⁸. Bununla birlikte, doktrinde baskın olan görüşe göre, haksız geçici hukuki koruma tedbirinden doğan sorumluluk, kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmektedir¹¹⁹. Bu nedenle, ihtiyati tedbir talebinde veya tedbirin uygulanmasında kast veya ihmâl düzeyinde kusurun olması şartı aranmaz. Bu kapsamda, ihtiyati tedbirin icra edilmiş olması, haksız olması, bundan kaynaklı olarak zararın ortaya çıkması ve haksız tedbir ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının olması yeterlidir. Söz konusu davada zamanaşımı süresi, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren bir yıldır (HMK m. 399/3). Bu

başvurulduğunda da HUMK.'nun 428.maddesi uyarınca Yargıtay incelemesi sırasında ancak bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir” Y. 17. HD, E. 2013/18984, K. 2013/17574, 26.12.2013, (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı).

¹¹⁸ Bilge ve Önen, *Yargılama*, 380; Saim Üstündağ, “Hukuk Muhakemeleri Usulü,” *İÜHF* 28, S. 1 (1962): 281; Kuru, *Usul Cilt 4*, 4377; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 414; Arslan, “Yenilikler,” 23; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2542; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 642; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 679; Mazlum, “İhtiyati Tedbir,” 577-578. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 397.

¹¹⁹ Bilge ve Önen, *Yargılama*, 379; Postacıoğlu, *Usul*, 493-494; Üstündağ, “Hukuk Muhakemeleri Usulü,” 280; Üstündağ, *Yargılama*, 586; Kuru, *Usul Cilt 4*, 4394-4395; Umar, *Şerh*, 1163; Yılmaz, *Şerh C. 4*, 5345; Arslan, “Yenilikler,” 23; Yılmaz, Arslan, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Usul*, 642; Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2541; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 679; Tanrıver, *Usul C. 2*, 233; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 722; Ercan, “İhtiyati Tedbir,” 144-146; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 269; Mazlum, “İhtiyati Tedbir,” 577; Ramazan Korkmaz, *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 83 vd. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 395; Korkmaz, *Tazminat Davası*, 83 vd.

davada görevli ve yetkili mahkeme, asıl davanın görüldüğü mahkemedir (HMK m. 399/2).

Bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkındaki kararının haksız olması neticesinde bir zarar meydana gelmesi de mümkündür. Bu halde, tazminat davasının, ilk derece mahkemesinde mi yoksa bölge adliye mahkemesinde mi açılacağı belirlenmelidir.

Kanaatimizce tazminat davası, bölge adliye mahkemesinde açılmalıdır. Bunun ilk gerekçesi, ilk derece mahkemesinin nihai kararla birlikte dosyadan el çekmesidir. Bu aşamadan sonra, ilk derece mahkemesi, asıl davanın görüldüğü mahkeme olarak nitelendirilemeyeceğinden tazminat davasını inceleyemez. İlk derece mahkemesinin, dosyadan el çekmesine rağmen “kararı veren mahkeme” olarak görevli olabileceği halleri kanun koyucu açıkça düzenlemiştir (HMK m. 306; m. 378). Kanaatimizce bu haller dışında, nihai karar verildikten sonra ilk derece mahkemesinden talepte bulunma imkânı yoktur.

İkinci olarak, ihtiyati tedbir kararını, dosyanın esasını inceleyen bölge adliye mahkemesi vermiş olduğundan uyuşmazlığa hâkim olan mahkeme de bölge adliye mahkemesidir. Tazminat davasının, asıl davanın görüldüğü mahkemede açılmasının sebebi, dosya hakkında bilgi sahibi olan mahkemenin tazminat talebi hakkında daha isabetli, kolay ve çabuk karar vermesidir¹²⁰. İlk derece mahkemesinin nihai kararının ardından istinaf kanun yoluna başvurulursa yargılama devam eder. Bölge adliye mahkemesinin davanın esasını incelediği hallerde, asıl talebi son olarak inceleyen mahkeme, bölge adliye mahkemesidir. Dolayısıyla bu açıdan da bölge adliye mahkemesinin tazminat davasını görmeye yetkili olduğunu belirtmek gerekir.

Üçüncü olarak, ilk derece mahkemesinin nihai kararının ardından ihtiyati tedbir talebini incelemeye yetkili olan mahkemenin bölge adliye

¹²⁰ Özekes, *Pekcanitez Usul*, 2547-2548; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 679; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 722-723; Konuralp, “İhtiyati Tedbirler,” 269; Korkmaz, *Tazminat Davası*, 293. Ayrıca bkz. “...tazminat davasının görüleceği mahkeme belirtilmiştir. Asıl davayı karara bağlayan mahkeme, olaylara daha yakın ve onları daha kolay algılayacak durumda olduğu için incelemenin yalnızca o mahkemede yapılması daha uygun bulunmuş, tazminat davasının da bu mahkemede incelenmesi öngörülmüştür” Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Yasama Dönemi 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, 118. İhtiyati haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 415.

mahkemesi olduğunu belirtmiştik¹²¹. İhtiyati tedbir talebini bölge adliye mahkemesi incelemiş ve karar vermişken ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasını ilk derece mahkemesinin görmesi kabul edilemez. Başka bir deyişle, istinaf yargılamasında yapılan bir hatanın ilk derece mahkemesinde incelenmesi mümkün görülemez. Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararını bölge adliye mahkemesi verdiğine ve bu tedbir haksız çıktığına göre tazminat talebini de bölge adliye mahkemesi incelemelidir.

Son olarak, HMK m. 360 gereğince, bölge adliye mahkemesinde, aksi düzenleme bulunmadığı sürece, ilk derece yargılamasına ilişkin usulün uygulanması da görüşümüzü desteklemektedir. Şöyle ki, ilk derece mahkemesinin haksız ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde, asıl davanın görüldüğü mahkeme, tazminat davasının da görüleceği mahkemedir. İlgili düzenleme, niteliğine uygun düştüğü ölçüde istinaf aşamasında da uygulanabilir. Bu çerçevede, bölge adliye mahkemesinin haksız ihtiyati tedbir kararı vermesi halinde, tazminat davası, davanın esasını gören mahkeme olan bölge adliye mahkemesinde açılmalıdır.

¹²¹ Bu konuda bkz. yuk. I, B, 2 ve I, C, 2.

SONUÇ

İhtiyati tedbir çeşitli sebeplerle istinaf aşamasında talep edilebilir. İlk derece mahkemesinin nihai karar vermesinden sonra, fakat dosya henüz bölge adliye mahkemesine intikal etmeden önce ihtiyati tedbir bölge adliye mahkemesinden talep edilmelidir. İlk derece mahkemesinin nihai kararlar birlikte dosyadan el çekmesi, bölge adliye mahkemesinin davanın esasını görmeye yetkili olması ve maddi denetim yapabilmesi bunun gerekçeleridir.

Aynı şekilde, dosya bölge adliye mahkemesine intikal ettikten sonra da ihtiyati tedbir bölge adliye mahkemesinden talep edilmelidir. Bölge adliye mahkemesinin maddi sorunları da incelemesi, HMK m. 360'ın ilk derece mahkemesinde uygulanan usulün bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağını öngörmesi ve HMK m. 357'de istinaf incelemesi esnasında yapılamayacak işlemler arasında geçici hukuki koruma tedbirleri taleplerini saymaması görüşümüzün temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, asıl davanın görüleceği mahkeme olan bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebilir.

İhtiyati tedbir talebini incelemeye yetkili mahkeme, davanın esasını inceleyen bölge adliye mahkemesi, yani ilk derece mahkemesinin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesidir. Bölge adliye mahkemesinde, ihtiyati tedbir talepleri ve bunlara karşı yapılan itirazlar basit yargılama usulüne göre görülür (HMK m. 316/1,c). Kanun koyucu, açıkça gecikmenin hak kayıplarına neden olabileceği hallerde, ihtiyati tedbir taleplerinin duruşmasız olarak da incelenebileceğini öngörmüştür (HMK m. 390/2). Bu nedenle, bölge adliye mahkemesinde, HMK m. 356 nedeniyle HMK m. 353'ün dışında kalan her durumda duruşmalı olarak inceleme yapılacağını savunmak güçtür. İhtiyati tedbirin amacı da gözetildiğinde bölge adliye mahkemesinin karşı tarafı dinlemeden de karar verebileceğini belirtmek gerekir. Bölge adliye mahkemesi, talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk olmadığı kanaatine varırsa iki tarafı da dinleyerek karar verir. Bu halde, tarafları mümkün olan en yakın tarihte duruşmaya davet etmelidir. Fakat taraflar duruşmaya gelmezse, dosya üzerinden karar vermelidir. Bu konuda, istinaf yoluna ilişkin düzenleme (HMK m. 358/1) ile ihtiyati tedbire ilişkin düzenleme (HMK m. 103/1,a) örtüşmektedir.

İlk derece mahkemesinin nihai kararından sonra ve fakat henüz istinaf kanun yoluna başvurulmadan önce bir dilekçeyle bölge adliye mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmişse, ilk derece mahkemesinin

nihai kararına karşı istinaf yoluna başvurulmalıdır. Bu halde, ihtiyati tedbir talep eden taraf, ihtiyati tedbir kararının tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararın uygulanmasını talep etmeli (HMK m. 393/1) ve bu tarihten itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna başvurulmalıdır (HMK m. 397/1). Bu süreç içinde aynı zamanda nihai kararın tebliğinden itibaren iki haftalık kanun yoluna başvuru süresinin kaçırılmamasına özen gösterilmelidir.

Bölge adliye mahkemesinin verdiği karara karşı konulabilir. Bölge adliye mahkemesi, ihtiyati tedbir talebinin duruşma yapılmadan incelenmesine karar vermişse, yargılama esnasında savunma hakkını kullanamayan karşı taraf karara itiraz edebilir. Bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararına itirazın yapılacağı merci uyumsuzluğun esasını inceleyen bölge adliye mahkemesidir. Bölge adliye mahkemesi itirazı duruşmalı olarak inceler (HMK m. 358/3; m. 394/4; m. 356). Ayrıca, bölge adliye mahkemesi karar verdikten sonra durum ve koşullar değişirse, tedbir kararının da değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilebilir. Kuşkusuz bu talebi de bölge adliye mahkemesi inceleyecektir. Son olarak, bölge adliye mahkemesinin verdiği ihtiyati tedbir kararının teminat karşılığında değiştirilmesi veya kaldırılması talepleri de bölge adliye mahkemesinde ileri sürülebilir.

İlk defa bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu ihtiyati tedbir talepleri hakkında temyiz kanun yoluna başvurulabilmelidir. İhtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yolu denetimi getirilmesinin gerekçeleri ve HMK m. 362/1, f'nin ilk derece mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkında vermiş olduğu kararın istinaf yolunda incelenmesinin ardından temyiz yoluna gidilemeyeceğini düzenlemesi dikkate alındığında bu sonuca varılmaktadır.

Bölge adliye mahkemesinin ihtiyati tedbir hakkındaki kararının haksız olması nedeniyle bir zarar meydana gelebilir. Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasında görevli ve yetkili mahkeme tedbir kararı veren bölge adliye mahkemesidir. Zira ilk derece mahkemesi dosyadan el çekmiş ve tedbir talebi hakkında bölge adliye mahkemesi karar vermiştir. Bölge adliye mahkemesi, dosyayı son olarak inceleyen mahkeme olduğundan dosyanın içeriğine daha hâkimdir. Ayrıca HMK m. 360 uyarınca, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ilk derece yargılamasındaki usul istinaf yargılamasında da uygulanır. Bu nedenle, davanın esasını gören mahkeme olarak (HMK m. 399/2) tazminat davası bölge adliye mahkemesinde açılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. *İstinaf Kavramı*. Ankara: Yetkin, 2010.
- Akkan, Mine. "Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma." *MİHDER* 3, S. 1 (2007): 29-68.
- Akkaya, Tolga. *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Akkaya, Tolga. "Medeni Usul Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması." *AHBVÜ* 25, S. 1 (2021): 19-60.
- Akyol Aslan, Leyla. "Yazılı Yargılama Usulünde Delillerin Sunulması İçin Taraflara Süre Verilmesine İlişkin HMK m. 139/1-ç Hükmünün Basit Yargılama Usulünde Uygulanıp Uygulanamayacağı." *SÜHFD* 29, S. 4 (2021): 3349-3381.
- Alangoya, Yavuz. "'Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir' Kararları Hakkında." *MaltÜHFD*, S. 2 (2007): 325-344.
- Alangoya, Yavuz, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta, 2011.
- Albayrak, Hakan. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Arslan, Ramazan. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler," *Bankacılar Dergisi* 24, Özel Sayı (2013): 7-27.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Atalay, Oğuz. *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*. İzmir: DEÜ Rektörlük Matbaası, 2001.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Ayer, Burak. "İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvuru Yolları." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2020.
- Başözen, Ahmet. "Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu." İçinde *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, ed. Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, 463-521. Ankara: Yetkin, 2014.
- Başözen, Ahmet. "Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde 'Yaklaşık İspat' ve 'İhtimal' Kavramı." *DEÜHFD* 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2014): 653-694.

- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2022.
- Deren Yıldırım, Nevhis. *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler*. İstanbul: Alkım, 2002.
- Deren Yıldırım, Nevhis. "Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler." İçinde *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007*, ed. Muhammet Özkes, 3-17. Ankara: TBB, 2008.
- Deren Yıldırım, Nevhis. "İstinafa Başvuru Şartları." İçinde *MİHBİR 15. Antalya Toplantısı 6-7 Ekim 2017*, 17-37. Ankara: Adalet Bakanlığı, 2018.
- Ercan, İbrahim. "Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir." Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 1992.
- Erişir, Evrim. *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Fırat, Sümeyye Sena. "Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Gözütok, Zeki. *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi*. Ankara: Adalet, 2017.
- Güneş, Şule. "Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar ve Sonuçlar." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.
- Hendem, Burcu. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme: Hükmün Tamamlanması." *MİHDER* 17, S. 49 (2021): 611-656.
- Karabel, E. Gökçe. "Bölge Adliye Mahkemesi'nin Temyize Tabi Kararları." *LHD* 16, S. 190 (2018): 4613-4678.
- Karademir, Dilek. "İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1 E. 2014/1 K. Sayılı İhtiyati Tedbir Birleştirme Kararı." *TAAD*, S. 3 (2016): 429-460.
- Kırtıoğlu, S. Serhat. "İhtiyati Tedbirler Görevli ve Yetkili Mahkeme." İçinde *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt 1*, ed. Sabih Arkan, Cengiz Koçhisarlıoğlu, Süha Tanrıver, Kemal Şenocak, Burçak Yıldız, Murat Gürel, 1305-1328. Ankara: Turhan, 2010.
- Konuralp, Cengiz Serhat. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler." *İÜHFM* 71, S. 2 (2013): 225-274.

- Korkmaz, Ramazan. *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Kurt Konca Nesibe ve Ceren Damar. “İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu.” *TBB*, S. 4 (2016): 187-230.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4*. Ankara: Demir, 2001.
- Mazlum, İsmet. “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda İhtiyati Tedbir.” İçinde *Erzurumluoğlu Armağanı*, ed. Emel Badur, 565-580. Ankara: Ankara Barosu, 2012.
- Mıstaçoğlu, Yasemin. “Bölge Adliye Mahkemeleri ve İhtiyati Tedbir Kararları.” *İBD* 90, S. 6 (2016): 36-44.
- Mıstaçoğlu, Yasemin. *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Meraklı Yayla, Deniz. *Medeni Usul Hukuku’nda İstinaf Kanununun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*. Ankara: Seçkin 1999.
- Özekes, Muhammet. “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir.” *DEÜHFD* 4, S. 2 (2002): 89-137.
- Özekes, Muhammet. “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf.” *LHD* 2, S. 23 (2004): 3103-3116.
- Özekes, Muhammet. *100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Özekes, Muhammet ve Evrim Erişir. “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi.” *MİHDER* 3, S. 5 (2006): 1235-1275.
- Öztek, Selçuk. *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 371 Şerhi)*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilirmak ve Hülya Taş Korkmaz. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt 3*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975.
- Sarisözen, M. Serhat. “İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı.” *DEÜHFD* 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (2014): 1321-1350.

- Simil, Cemil. “Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi.” *SDÜHFD* 10, S. 2 (2020): 171-194.
- Sterchi, Martin H. “Art. 308.” İçinde *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I: Art. 1-149 ZPO*, ed. Hans Hausheer ve Hans Peter Walter, 2848-2863. Bern: Stämpfli, 2012.
- Sungurtekin Özkan, Meral. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Esnasında Verdiği Tedbir Kararının Adalete Erişim Bakımından Değerlendirilmesi.” *İzmBD*, S. 1 (2023): 121-148.
- Tahiroğlu, Fatih. “Medeni Usul Hukukunda Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme.” *SDÜHFD* 12, S. 2 (2022): 1241-1260.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku Cilt 2 (Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hükmü ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukuki Çareler, Geçici Hukuki Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümler ve İç Tahkim)*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Taş Korkmaz, Hülya. “Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler.” Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 1995.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar.” *TBB*, S. 1 (2018): 313-354.
- Tuncer Kazancı, İdil. “Yargı Kararları ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar.” *MİHDER* 8, S. 3 (2012): 75-126.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Üstündağ, Saim. “Hukuk Muhakemeleri Usulü.” *İÜHFM* 28, S. 1 (1962): 277-281.
- Üstündağ, Saim. *İhtiyati Tedbir*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku I-II*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Vollkommer, Max. “§ 920.” İçinde *Zivilprozessordnung*, ed. Richard Zöllner, 2194-2196. Köln: Otto Schmidt, 2014.
- Yardım, M. Ertan. *İcra ve İflas Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarına Karşı Kanun Yolları*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Yıldırım, M. Kâmil. *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yılmaz, Ejder. *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. 1*. Ankara: Yetkin, 2001.

Yılmaz, Ejder. *İstinaf*. Ankara: Yetkin, 2005.

Yılmaz, Ejder. “Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Verme Yetkisi.” *MİHDER* 5, S. 2 (2009): 213-220.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4*. Ankara: Yetkin, 2021.

UYGULAMADA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNDEN KAYNAKLANAN SORUNLAR VE BUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Problems Resulting from the Commitment of Eviction in Practice and
Solution Suggestions for These Issues*

Furkan ÖZDEMİR*
Yiğit ÇELİK**

ÖZ

Kanun koyucu, konut ve çatılı işyerlerine dair kira ilişkilerinin sosyal boyutunu da göz önünde tutarak tahliye sebeplerini hem mülga kanunda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda sınırlı sayıda düzenlemiştir. Bu sebeplerden birisi de yazılı tahliye taahhüdüdür. Tahliye taahhüdü, konut ve çatılı işyeri kiralarında Kanun'un kiracılara sağladığı korumayı aşmanın en kolay yoludur. Kanun koyucu bunu engellemek için birtakım şartlar öngörmüştür. Buna göre, tahliye taahhüdü adi yazılı bir şekilde yapılmalı, boşaltma tarihini içermeli, kiralananın tesliminden sonra bizzat kiracı tarafından verilmeli, kiracı evliyse kira sözleşmesine taraf olmayan eşin verilecek bu taahhütte rızası bulunmalı ve boşaltma tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde dava veya takip yoluyla tahliye talep edilmelidir. Ancak uygulamada, kanunun amacına aykırı bir şekilde, özellikle boş veya ileri tarihli tahliye taahhütleri alınarak kiracıya sağlanan korumanın aşıldığı sıklıkla görülmektedir. Çalışmamızda öncelikle yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliği ve şartları incelenmiş, ardından uygulamada tahliye taahhüdüne ilişkin yaşanan bazı sorunlar ele alınmış ve bu sorunlara dair çözüm önerileri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Tahliye Taahhüdü, Beyaza İmza, Noter Senedi, Resmi Şekil Şartı.

Makalenin Geliş Tarihi: 22.05.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 14.03.2024.

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: fozdemir@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9872-1409.

** Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ycelik@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1184-0043.

ABSTRACT

The legislator has regulated the grounds for eviction in a limited number in the Turkish Code of Obligations. The commitment of eviction is the easiest way to bypass the protection provided by the Law to lessee in residence and roofed workplace leases. The legislator has provided certain conditions in order to prevent this. Accordingly, the commitment of eviction must be made a written declaration, must include the date of evacuation, must be given by the lessee personally after the delivery of the leased premises, if the lessee is married, the consent of the spouse who is not a party to lease agreement must be included in this commitment, and evacuation must be requested through a lawsuit or proceed of execution within one month from date of evacuation. However, in practice, it is often seen that the protection provided to the lessee is breached by obtaining commitment of eviction, especially blank or future commitment of eviction, contrary to the purpose of the law. In our article, firstly, the legal nature and conditions of the commitment of eviction are examined, then some of the problems experienced in practice regarding the commitment of eviction are discussed and solutions to these problems are emphasized.

Key Words: Residence And Roofed Workplace Leases, Commitment of Eviction, Blank Signature, Notarial Deed, Official Form Requirement.

Giriş

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında tahliye sebepleri, kiracıyı korumak amacıyla sınırlı olarak düzenlenmiştir. Yazılı tahliye taahhüdü, 6570 sayılı Kanun ile birlikte bir tahliye sebebi olarak öngörülmüş ve bu anlayış Türk Borçlar Kanunu'nda da benzer biçimde sürdürülmüştür. Özellikle yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedelinin taraflarca belirlenmesinin kanun koyucu tarafından sosyal amaçlarla sınırlandırıldığı ve bir şekilde konut krizinin ortaya çıktığı dönemlerde, kiraya verenler uygulamada en pratik tahliye sebebi olarak gördükleri tahliye taahhüdüne daha çok başvurmakta ve sözleşme görüşmeleri sırasında sahip oldukları üstün konumlarını kullanarak kiracıdan tahliye taahhüdü almaktadırlar. Yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği kanun koyucu tarafından birtakım şartlara bağlanmış olsa da uygulamada özellikle boş veya ileri tarihli tahliye taahhütleri düzenlenerek bu şartlar aşılmaktadır. Bunun sonucunda kiraya veren, almış olduğu tahliye taahhüdüne dayanarak kiralananı tahliye ettirebilme kudretine sahip olduğu

için kira bedelinde kendi istediği artışı yapması yönünde kiracıya baskı yapabilmektedir. Öğretide ve uygulamada bu şekilde düzenlenmiş tahliye taahhütlerinin geçersiz olduğu sıklıkla ifade edilse de kiracının bu geçersizliği ispat etmesi çok zor hatta neredeyse imkânsız olduğu için boş veya ileri tarihli tahliye taahhütlerine dayanarak kiralananın tahliyesi sağlanabilmektedir. Yazılı tahliye taahhüdü, pratikte kendisine yüklenen anlam itibarıyla kiracının vermiş olduğu bir belge ile kanun koyucunun kendisine sağladığı korumadan feragat etmesini sağlamakta ve konut ve çatılı işyeri kiralaları için düzenlenmiş kiracıyı koruyucu hükümlerin amacına ters düşmektedir. Çalışmamızda öğretide son derece tartışmalı olan yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliğine ilişkin birtakım açıklamalar yapılmış ve özellikle boş veya ileri tarihli tahliye taahhüdünün yarattığı sorunlar ve bu sorunlara ilişkin geliştirdiğimiz çözüm önerisine yer verilmiştir.

I. Yazılı Tahliye Taahhüdüne İlişkin Düzenlemeler

A. 6570 Sayılı Kanun Dönemindeki Düzenleme (m. 7/I, a)

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Kanun'da yalnızca kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler (adi icar) ve ürün kirası (hasılat icarı) kısımları düzenlenmişti. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına nispeten denk düştüğü söylenebilen taşınmaz kiralaları ise 6570 sayılı "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun" ile düzenlenmişti. 18.05.1955 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun'un öncesinde, taşınmaz kiralalarına 818 sayılı Kanun'un genel hükümleri uygulanmaktaydı¹.

Taşınmaz kiralalarında kiracıyı korumak amacıyla kanun koyucu tarafından yapılan ilk düzenleme, 6570 sayılı Kanun değildir. Kira sözleşmesinin kiraya veren ve kiracı arasında yarattığı nispi borç ilişkisinin haricinde önemli bir toplumsal boyutunun da bulunması kanun koyucuyu, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, kamu yararını amaçlayarak çeşitli düzenlemeler yapıp piyasayı regüle etmeye sevk etmiştir. Özellikle 1. Dünya Savaşı sırasında yürürlüğe giren "Sükenâ İçin İcar ve İsticar Olunan Mahallerin İcar Bedelâtı Hakkında Kanun"² ve 2. Dünya Savaşı sırasında

¹ Mehmet Erdem, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 145-146 (2016): 482.

² Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Evrim Yayınları, C. I/2, 1989), 18; Erdem, "Tahliye," 482.

yürürlüğe giren 3780 sayılı “Milli Koruma Kanunu” m. 30, bu konuda örnek gösterilebilir. İlgili kanunların ortak amacı, devletin piyasayı bir düzene koyarak kiracıları korumaya çalışmasıdır. Bahsedilen bu normlar belirli dönemlerde gerek öğretici gerek yargı kararlarında mülkiyet hakkının özüne dokunduğu ve temel hak ve özgürlükleri güdülen amacın gerektirdiğinden fazla sınırladığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve 6570 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³.

³ Bu kanunlarla tarafların sözleşmeyle kira bedelini belirleme hakları ciddi ölçüde sınırlanmıştı. Örneğin Milli Koruma Kanunu m. 30 ile bu kanunun uygulama alanına giren musakkaf taşınmazların kira bedeli 1939 yılında belirlenmiş olan veya belediye encümenlerince takdir edilecek olan rayice sabitlemişti. Ardından ilgili maddede yapılan çeşitli değişikliklerle taraflara kira bedelini belirleme hususunda görece bir serbestlik verilmesine rağmen bu madde temel prensip olarak yürürlükte kalmıştı. Milli Koruma Kanunu’nun yürürlükten kaldırılmasından sonra yürürlüğe giren 6570 sayılı Kanun ise prensip olarak kira bedellerini iki tarihe sabitlemişti: 1939 ve 12.5.1953 tarihleri. Aradan geçen yıllarda enflasyon sebebiyle artan hayat pahalılığı neticesinde bu hükümler doğal olarak uygulanamaz bir hale gelmiştir. Bunun sonucunda kiraya verenler “hava parası” adı altında çeşitli bedeller istemeye ve sürekli olarak tahliye davaları ve tehditleri ile kiracıları taciz etmeye başlamışlardı. Bu sebeple artan uyuşmazlıklardan biri Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Mahkeme 26.3.1963 tarih ve 1963/3 E. ve 1963/67 K. sayılı kararıyla 6570 sayılı Kanun’un kira bedellerini sabitleyen 2. ve 3. maddelerini, “6570 sayılı kanunun 2 nci ve 3 üncü maddelerinde ön görülen sınırlamalar, yukarıda belirtildiği gibi, adalete ve eşitliğe aykırı durumlar doğurduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluk, diğer yurttaşlar üzerinde de etkilerini göstermekten geri kalmadığı cihetle, bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez” gerekçesiyle iptal etmiştir (E. 1963/3, K. 1963/67, T. 26.03.1967, İlgili AYM kararının tam metnini dijital ortamda görüntülemek için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.08.05.2023). Ardından kanunda oluşan bu boşluk, Yargıtay’ın vermiş olduğu üç adet içtihadı birleştirme kararı ile doldurulmuş ve uygulama bu doğrultuda ilerlemiştir. Bu konularda bkz. Tandoğan, *Özel*, 18 vd.; Necmettin Feyzi Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, C. I, 1980), 428 vd.; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971), 474 vd.

Anayasa Mahkemesi buna benzer bir iptal kararını 2001 yılında da vermiştir. Türkiye’de o dönemde yaşanan ekonomik kriz neticesinde 6570 sayılı Kanun’a, 4531 sayılı Kanun ile eklenen geçici m. 7/I’de kira paralarının 2000 yılında en fazla yıllık %25, 2001 yılında ise en fazla %10 oranında artırılacağı hükme bağlanmıştı. Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bu hükmü, geçici madde ile eklenen 2001 yılı için %10’luk artış oranının ülkedeki enflasyonun çok altında kaldığı, bahsedilen sınırlamanın kiracı ve kiraya veren arasındaki adil dengeyi bozduğu ve mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. (E.

6570 sayılı Kanun'un temel amacı, kira bedelinin belirlenmesini ve yenilenen kira dönemlerinde artırılmasını sınırlayarak kiracıyı korumaktır. Aslında 6570 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce kanun koyucunun düşüncesi, savaş etkisinin ortadan kalkmasıyla birlikte konut arzının toplumsal ihtiyacı karşılaması ve kira bedelinin belirlenmesi hususunda serbestliğe doğru yol almak yönündeydi⁴. Ancak nüfusun hızla artmasının sonucu olarak Türkiye'de şiddetli bir şekilde yaşanan köyden kente göç karşısında büyük şehirlerde yapı stokunun yetersiz kalması ve taşınmaz kiralarının bir anda serbest bırakılması sebebiyle kira bedellerinde ortaya çıkacak artışın diğer tüketim ürünlerinin fiyatlarında da bir artış dalgasına yol açabileceği korkusu, 6570 sayılı Kanun'da da kira bedelinin sınırlanması ihtiyacını doğurdu⁵. Bu sınırlamanın yanında Kanun'da, kiraya verenin yalnızca belirli sebeplere dayanarak kira sözleşmesini sona erdirebileceği düzenlendi⁶. Böylelikle kiraya veren belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin sona ermesine dayanarak, belirsiz süreli sözleşmelerde ise 818 sayılı Kanun'un öngördüğü fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedememekteydi. Bu da kiracıları korumak amacıyla getirilmiş bir düzenlemeydi.

Kanun koyucu, 6570 sayılı Kanun m. 7/I, a hükmünde, kiracı tarafından taşınmazın tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen tahliye edilmezse kiraya verenin icra dairesine müracaatla tahliye isteyebileceğini belirtmiştir. Kiracının kiralananı belirli bir tarihte tahliye edeceğini bildirdiği bu yazı, öğreti ve uygulamada yazılı tahliye taahhüdü olarak isimlendirilmiştir⁷. 6570 sayılı Kanun m. 11'e göre, kiracının kira süresinin

2001/303, K. 2001/333, T. 19.07.2001, İlgili AYM kararının tam metnini dijital ortamda görüntülemek için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.08.05.2023).

⁴ Belirtilen bu süreç hakkında bkz. Tandoğan, *Özel*, 18; Erdem, "Tahliye," 482-483.

⁵ Tandoğan, *Özel*, 18-19.

⁶ Tandoğan, *Özel*, 19; Halük Burcuoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 31 vd.; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 361; Erdem, "Tahliye," 483; Bilge, *Özel*, 174.

⁷ Bu konuda öğretiden çeşitli örnekler için bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 294 vd.; Tandoğan, *Özel*, 195 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 309 vd.; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 343 vd.; Murat Doğan, "Kira Sözleşmeleri," iç. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, ed. M. Turgut Öz (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 340 vd.; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku*

bitmesinden en az on beş gün önce bildirimde bulunmak kaydıyla sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. Bunun sonucunda zaten kiracının kanunda belirtilen süreye uyararak dilediği zamanda sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı bulunduğu için ileriye yönelik olarak bir tahliye taahhüdünde bulunmasının önünde bir engel bulunmadığı söylenebilir. Modern dünyadaki liberal sistemlerin ve borçlar hukukunun temel esaslarından olan irade serbestisi ilkesinin de gereği budur. Çalışmanın devamında yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliği ve şartlarına değinildiği için burada kurumla ilgili daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

B. 6098 Sayılı Kanun Dönemindeki Düzenleme (m. 352/I)

6570 sayılı Kanun, kapsamı içerisinde olan kira sözleşmelerine uzun bir süre boyunca uygulanmış, 2011 yılında 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten itibaren taşınmaz kiralalarına ilişkin hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan "kira sözleşmesi" bölümünün "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" başlıklı ikinci ayırımında düzenlenmiş, mülga kanuna göre uygulama alanı genişletilerek (bölgesel sınırların kaldırılması suretiyle) TBK bünyesine alınmıştır. 6570 sayılı Kanun'da benimsenen kiracının korunmasına yönelik anlayış, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin yeni hükümlerde de sürdürülmüştür.

Bu kapsamda konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira sözleşmesinin sona erdirilmesi, bildirim veya dava yoluyla olmak üzere iki şekilde mümkündür. Kanun koyucu, dava yoluyla sona erme hallerini de kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle ve kiracıdan kaynaklanan sebeplerle olmak üzere ikiye ayırmıştır. Yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle tahliye, TBK m. 352/I hükmünde, kiracıdan kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin sona ermesi kapsamında düzenlenmiştir. İlgili hükme göre: "*Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir*". İlk bakışta TBK'daki yeni düzenlemenin,

Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku) (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 676 vd.; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 369 vd.; Merve Altıntop, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 19, no. 5 (2014): 520 vd.

6570 sayılı Kanun'a göre birtakım farklılıklar barındırmasına rağmen benzer nitelikte olduğu söylenebilir.

II. Yazılı Tahliye Taahhüdünün Hukuki Niteliği

Yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüş, yazılı tahliye taahhüdünün bir ikale (bozma) sözleşmesi niteliğinde olduğudur⁸. Bu görüşe göre, yazılı tahliye taahhüdü ile kiracı ve kiraya veren birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri ile aralarındaki sözleşmeden doğan alacak hakkını sona erdirmektedirler. İ kale sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için tarafların fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olmaları gerekir. *İnceoğlu*, tahliye taahhüdünü bir ikale sözleşmesi olarak nitelendirmekle birlikte, bu sözleşmenin kanuni bir şart ve vadeye bağlı bir sözleşme olduğunu belirtmektedir⁹. Buradaki kanuni şart, kiraya verenin boşaltma tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili icra dairesine başvurması veya yetkili sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmasıdır¹⁰. Vade ise yazılı tahliye taahhüdünde gösterilmiş olan boşaltma tarihidir¹¹.

Erişgin, burada bir ikale sözleşmesinden ziyade ifanın bir modalitesini belirlemeye yönelik bir irade beyanının olduğunu düşünmektedir¹². Yazara göre tahliye taahhüdü, kiracının yerine getirmesi gereken asli edimlerden olan tahliye ve kiralananı iade etmenin zaman unsurunun altının çizilmesinden ibarettir¹³. Tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır¹⁴.

Bir diğer görüşe göre ise yazılı tahliye taahhüdü, kiracıya boşaltma tarihinde taşınmazı tahliye etme yükümlülüğü getiren, kiraya verene ise bu tahliyeyi talep etme yetkisini sağlayan bir borçlandırıcı işlemdir¹⁵.

⁸ Bu yönde bkz. Feyzioğlu, *Muhtelif*, 681; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, C. 2, 2014), 423-424.

⁹ İnceoğlu, *Kira*, 424.

¹⁰ İnceoğlu, *Kira*, 424.

¹¹ İnceoğlu, *Kira*, 424.

¹² Nuri Erişgin, "İlk Kira Sözleşmesinden Sonra Sürekli Alınagelen Tahliye Taahhütlerinin Geçerliliği Üzerine," *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, no. 110 (2001): 93 vd.

¹³ Erişgin, "Tahliye," 93 vd.

¹⁴ Erişgin, "Tahliye," 93 vd.

¹⁵ Doğan, "Kira," 343.

Burcuoğlu ise yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliğini, tahliye tarihinin kira döneminin içerisinde veya sonuna rastlaması durumuna göre ikili bir ayrıma tabi tutarak ele almaktadır¹⁶. Buna göre, tahliye taahhüdü, içerdiği tahliye tarihi kira döneminin sonuna rastlarsa kiracının tek taraflı bir irade beyanı ile tesis edilen ve kiraya verene sözleşmeyi sona erdirmek için harekete geçme hakkı tanıyan bir hukuki işlemken, kira döneminin sonuna rastlamazsa ancak kiraya verenin kabulü ile kurulan bir sözleşmedir¹⁷.

Gümüş, yazılı tahliye taahhüdünün bir yan sözleşme olduğunu düşünmektedir¹⁸. Bu yan sözleşme tahliyenin taahhüt edildiği tarihte sözleşmeyi sona erdiren tasarruf işlemi niteliğindeki bir ikale sözleşmesi değil tam tersine kiracıya, taahhüt edilen tarihte bir ikale sözleşmesi kurma borcu yükleyen bir borç sözleşmesidir¹⁹. Dolayısıyla kira sözleşmesinin devri halinde, yazılı tahliye taahhüdü de yeni kiraya verene geçer²⁰.

Öğretideki bir diğer görüş ise yazılı tahliye taahhüdünün tek taraflı bir irade açıklaması olduğunu savunmaktadır²¹. Buna göre yazılı tahliye taahhüdü varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır²². Kiracının tek başına yazılı tahliye taahhüdü vermesi mümkün ve yeterli olup kiraya verenin kabulü aranmaz.

Kanaatimizce yazılı tahliye taahhüdünün hukuki niteliğini belirlemek için ikili bir ayrıma gidilmesi doğru olacaktır. Bu ikili ayrım kurumun doğasından kaynaklanmaktadır. Zira TBK m. 347/I uyarınca, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı belirsiz süreli sözleşmelerde her zaman, belirli süreli

¹⁶ Burcuoğlu, *Tahliye*, 320 vd.; Halûk Burcuoğlu, “6570 S. GKHK’da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması,” *İstanbul Barosu Dergisi* 58, no. 10-11-12 (Ekim, Kasım Aralık 1984): 637 vd. Bu görüşte olan diğer yazarlar için bkz. Eyüp İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 102 (2012): 78-79.

¹⁷ Burcuoğlu, *Tahliye*, 320 vd. Benzer fikirler için bkz. İpek, “Yenilik,” 78-79; Altıntop, “Tahliye,” 521.

¹⁸ Mustafa Alper Gümüş, *Kira Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), s. 326. Öğretide bu görüşün isabetli olduğunu düşünen diğer yazarlar için bkz. Mehmet Akçaal, “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2022): 954.

¹⁹ Gümüş, *Kira*, 326.

²⁰ Gümüş, *Kira*, 326-327; Akçaal, “Tahliye,” 954.

²¹ Kılıçoğlu, *Özel*, 310.

²² Kılıçoğlu, *Özel*, 310.

sözleşmelerde ise sürenin bitiminden en az on beş gün önceden bildirimde bulunarak kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahiptir. Bu bildirim niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran haklardan fesih hakkıdır. Tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan bu hak, kiraya verenin kabulüne ihtiyaç duymadan sonuçlarını doğurur.

Ne var ki yazılı tahliye taahhüdünde yer alan boşaltma tarihinin kira döneminin sonuna rastlaması halinde, tahliye taahhüdünün tek taraflı bir fesih hakkının kullanılmasından ibaret olduğu düşüncesine katılamamaktayız. Zira niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkının kullanılmasında birlikte sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi gerekirken, TBK sistematığı gereği kanunda belirlenen tahliye sebepleri mevcut olmadığı takdirde konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin sözleşmelerin dava yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir. Tahliye taahhüdüne dayalı olarak sözleşmenin sona erdirilebilmesi için kiraya verenin, kanunda yer alan bir aylık süre içerisinde icra takibi başlatması veya tahliye davası açması gereklidir. Bu sebeple tahliye taahhüdünün bir fesih ihbarı niteliğinde olduğundan bahsedilemez. Tahliye taahhüdü fesih ihbarından ziyade kiraya veren açısından bir tahliye sebebi yaratarak kiralananın tahliyesini sağlayan, kiracının kendi özgür iradesiyle kanunun kendine sağladığı korumadan vazgeçtiği bir hukuki işlemdir. Sonuç olarak tahliye taahhüdü, kanaatimizce, içerdiği tahliye tarihi kira döneminin sonuna rastlarsa varması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile tesis edilen ve kiraya verene sözleşmeyi sona erdirmek için harekete geçme hakkı tanıyan tek taraflı bir hukuki işlemdir²³. Bu görüşü benimsememizin temel sebebi ise kanunda yer alan sürelerle uyarak kira döneminin sonunda sözleşmeyi tek taraflı feshetme hakkı olan kiracının aynı sonucu doğurabilecek yazılı tahliye taahhüdünü evleviyetle tek başına verebileceği düşüncesidir. Yazılı tahliye taahhüdünü her koşulda bir sözleşme olarak kabul etmek bu sebeple TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralaları için öngördüğü sisteme uygun düşmemektedir.

Ancak yazılı tahliye taahhüdünde yer alan boşaltma tarihi, kira döneminin sonuna rastlamazsa burada tek taraflı bir hukuki işlem den söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira kanunda kiracıya böyle bir fesih hakkı tanınmamıştır. TBK m. 325'e göre, kiracı sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir

²³ Bu yönde bkz. Burcuoğlu, "Kira Dönemi," 637.

süre için devam eder. Bu sebeple boşaltma tarihi kira döneminin içine isabet eden bir yazılı tahliye taahhüdü, bir ikale sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Burada iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin uyuşmasıyla tarafların arasındaki borç ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır. Ancak tahliye taahhüdü, ister tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilsin isterse de bir ikale sözleşmesi olarak kabul edilsin her iki durumda da kanuni bir şart ve vadeye bağlanmıştır. Burada şart kiraya verenin boşaltma tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde icra takibi başlatması veya tahliye davası açmasıyla vade taahhütte bulunulan boşaltma tarihidir.

III. Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilebilmesinin Şartları

TBK m. 352'deki düzenleme ışığında yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle tahliyenin sağlanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

A. Tahliye Taahhüdünün Yazılı Şekilde Yapılması

Tahliye taahhüdünün yazılı şekilde yapılması gerekliliği, mülga 6570 sayılı Kanun m. 7/I, a bendinde olduğu gibi yürürlükteki TBK m. 352/I hükmünde de açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda, kiraya verenin yazılı olarak verilmemiş bir tahliye taahhüdüne dayanarak taşınmazı tahliye ettirmesi mümkün değildir. Tahliye taahhüdünün adi yazılı şekilde düzenlenmesi yeterlidir²⁴. Ancak tabii ki tarafların bu taahhüdü noterde düzenleme veya onaylama şeklinde vermelerinin önünde de bir engel yoktur. Noterlikçe re'sen düzenlenen veya tarih veya imzası noterlikçe tasdik edilen tahliye taahhütnamelerinin pratikteki farkı taahhüdün icrası aşamasında kendini göstermektedir. Tahliye taahhüdünde yer alan boşaltma tarihinden itibaren bir ay içerisinde kiraya veren yetkili icra müdürlüğüne başvurmak suretiyle taşınmazın tahliyesini talep edebilir. Bunun üzerine icra dairesi, İİK m. 272 uyarınca, on beş gün içerisinde tahliye ve teslim ilişkili icra emrini (Örnek

²⁴ Burcuoğlu, *Tahliye*, 296; Feyzioğlu, *Muhtelif*, 682; Kılıçoğlu, *Özel*, 310; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükmeler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 434; Doğan, "Kira," 340; Erdem, "Tahliye," 483-484; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 369; Akçaal, "Tahliye," 955; Süleyman Yalman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (2005): 11; İnceoğlu, *Kira*, 427; Burcu Sıraş, *Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 134; Hicret Doğu, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Tahliye Taahhüdü," *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Ocak 2021): 36-37; Altıntop, "Tahliye," 522.

No: 14 tahliye emri) kiracıya tebliğ ettirecektir. Eğer kiracı yedi günlük süre içerisinde kendine ait olduğu söylenen imzayı inkâr ederse, kiraya verenin icra hâkimliğinden itirazın kaldırılmasını isteyebilmesi için taahhütnamenin noterlikçe re'sen düzenlenmiş veya tarihi ve imzası noterlikçe tasdik edilmiş olması zorunludur. Aksi takdirde kiracının süresinde ve usulüne uygun bir şekilde yapacağı imzaya itiraz ile İİK m. 274 gereği duran icra takibi üzerine kiraya verenin yetkili sulh hukuk mahkemesinde İİK m. 67 uyarınca itirazın iptali ve tahliye davası açması gerekir.

Sonuç olarak adi yazılı şekilde düzenlenmiş bir tahliye taahhütnamesine dayanarak icra takibi vasıtasıyla taşınmazın tahliyesinin sağlanabilmesi ancak kiracının belgedeki imzayı kabul etmesi halinde mümkündür. Diğer durumlarda kiraya verenin sulh hukuk mahkemesine başvurması zorunludur. Bu da tahliyenin süresini uzatmakta ve yazılı tahliye taahhüdünün pratikteki kullanım amacına ters düşmektedir. Uygulamada kiracıların kendilerinden baskıyla alınan tahliye taahhütleri karşısında taşınmazı boşaltmayı geciktirmek maksadıyla belgedeki imzayı inkâr etmelerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu sebeple tahliye taahhüdünün resmi şekilde yapılmasının kısa sürede tahliyenin sağlanması için gerekli olduğu söylenebilir.

B. Taahhüdün Boşaltma Tarihini İçermesi

Düzenlenen tahliye taahhüdünün, tahliyenin hangi tarih için üstlenildiğini içermesi gerekir²⁵. Yalnızca “kiralananı tahliye edeceğim” şeklinde verilen tahliye taahhütleri, Kanun’un açık hükmü karşısında geçerli olmayacaktır²⁶. Boşaltma tarihi, belirli bir gün olarak taahhütte yer almalıdır. Yani “kiralananı on iki ay sonra tahliye edeceğim” şeklindeki bir taahhüt geçerli olduğu gibi, kiralananın belirlenebilir bir tarihte, örneğin, “kiralananı 2023’teki Kurban Bayramı’nda tahliye edeceğim” şeklindeki bir taahhüt de geçerli kabul edilmektedir²⁷. Boşaltma tarihinin bir ay olarak taahhütte belirtilmesi halinde geçerli olup olmayacağı sorusunun cevabı öğretide

²⁵ Burcuoğlu, *Tahliye*, 301; Feyzioğlu, *Muhtelif*, 684; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Sermet Matbaası, C. 2, 1977), 661; Tandoğan, *Özel*, 198; Kılıçoğlu, *Özel*, 310; Aral ve Ayrancı, *Özel*, 343; Eren, *Özel*, 434; Doğan, “Kira,” 341; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 677; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 369; Yalman, “Tahliye,” 12.

²⁶ Feyzioğlu, *Muhtelif*, 684; Tandoğan, *Özel*, 198; Doğan, “Kira,” 341; Yalman, “Tahliye,” 12.

²⁷ Doğan, “Kira,” 342; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 677; Akçaal, “Tahliye,” 960; Gümüş, *Kira*, 328; Doğu, “Tahliye,” 39.

tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüş²⁸ ve Yargıtay uygulaması²⁹ bu şekilde düzenlenmiş tahliye taahhütlerinin geçerli olarak kabul edilmesi yönündedir. Zira TBK m. 91/II hükmü gereğince, boşaltma tarihi olarak sadece ayın belirtildiği tahliye taahhütlerinde bundan ayın son gününün anlaşılacağı söylenebilir. Ancak öğretideki diğer görüşe göre, kanun koyucu mülga 6570 sayılı Kanun'un aksine TBK m. 352/I'de "belli bir tarih" kıstası getirdiği için tahliye taahhüdünde boşaltma tarihi olarak bir ay belirlendiği takdirde bu taahhüt geçersiz kabul edilmelidir³⁰. Kanaatimizce teorik olarak ilk görüşü üstün tutulmalı ve boşaltma tarihi olarak yalnızca bir ayın gösterildiği tahliye taahhüdü, TBK m. 91/II hükmündeki düzenleyici hüküm gereğince geçerli olarak kabul edilmelidir. Ancak önemle belirtilmelidir ki öğretilerde yapılan bu teorik tartışmanın uygulamaya etkisi son derece sınırlıdır. Zira uygulamada verilen tahliye taahhütlerinin büyük bölümü, kiracının beyaza imza atarak boş bir belgeyi kiraya verene teslim etmesinden ibarettir. Bu tip bir belgenin boşaltma tarihi sonradan kiraya veren tarafından doldurulacağı için bunun belirli bir gün içermemesi haline pek rastlanılmayacaktır.

C. Tahliye Taahhüdünün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmesi

6570 sayılı Kanun'da açıkça yer verilmeyen bu şart, kanun koyucu tarafından TBK m. 352/I hükmünde açıkça zikredilmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki mülga Kanun döneminde de bu şart Yargıtay tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanmaktaydı³¹. Yargıtay mülga kanun döneminde vermiş olduğu kararlarında ilk kira sözleşmesiyle birlikte verilen yazılı tahliye

²⁸ Aral ve Ayrancı, *Özel*, 343; Eren, *Özel*, 435; Burcuoğlu, *Tahliye*, 302.

²⁹ Yargıtay 12. HD, E. 1981/4122, K. 1981/5669, T. 09.06.1981 (Kararın özeti için bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 303).

³⁰ Öğretideki bu görüşe katılanlar için bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 677; Akçaal, "Tahliye," 960-961; Gümüş, *Kira*, 328; Sırataş, *Sona Erme*, 136; Doğu, "Tahliye," 40.

³¹ Bunun yanında, mülga kanun dönemindeki Yargıtay uygulamasına göre, kiraya verenin her yıl yenilenen kira sözleşmesiyle birlikte tahliye taahhüdü alması ve bu taahhüde dayanarak tahliye talep etmesi hali, aksi yönde kararlar da bulunmasına rağmen, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. (Yargıtay 6. HD, E. 1963/1356, K. 1963/2124, T. 30.04.1963, kararın özeti için bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 312-313). TBK ile birlikte uygulamadaki bu tartışmanın da önüne geçilmiş ve kanun koyucu taşınmaz teslim edildikten sonra verilecek tahliye taahhüdünün geçerli olduğunu ve yenilenen dönemlerde verilecek taahhütlerin de evleviyetle geçerli olduğunu kabul etmiş durumdadır. Bu konuda bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 311 vd.; Feyzioğlu, *Muhtelif*, 689-690; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel*, 387

taahhüdünün geçersiz olduğunu belirtmekle kalmamış³², ayrıca tahliye taahhüdünün geçerli olması için taahhüdün kiracıya kiralananın tesliminden sonra yapılması gerektiğini isabetli bir şekilde belirtmiştir³³. Yargıtay kararları doğrultusunda bu yönde gelişen uygulamayı dikkate alan kanun koyucu, taahhüdün kiralananın tesliminden sonra verilmesini bir geçerlilik şartı olarak TBK'nın içerisine dâhil etmiştir. Kanun koyucunun bu tutumu, özellikle mülga kanun döneminde ileri sürülen ve bazı Yargıtay kararlarında da benimsenen “kiralananın tesliminden önce verilen tahliye taahhütlerinin irade sakatlığı sebebiyle geçersiz olduğu ve bu sakatlığın TBK m. 39 gereği bir yıllık hak düşürücü sürede ileri sürülmesi gerektiği aksi takdirde verilen taahhüdün geçerli olacağı” yolundaki bir diğer görüşün³⁴ önünü kesmek ve uygulamayı yeknesak bir hale sokmak açısından yerinde olmuştur.

Kanun koyucunun bu şartı aramasının sebebi, kiracının tahliye taahhüdünü hiçbir baskı ve zorlama altında kalmadan “özgür iradesi” ile vermesini sağlamaktır. Bu sebeple kanun koyucu kira sözleşmesinin yapılmasından sonra tahliye taahhüdünün verilmesini yeterli saymamış, kiralananın tesliminden sonra taahhüdün verilmesini aramıştır. Bu kapsamda kiralananın tesliminden önce verilen ancak kiraya veren tarafından daha sonraki bir tarih atılarak işleme koyulan tahliye taahhüdü geçersizdir³⁵. Taahhüdün verildiği tarihin doğru olmadığı ispatı kiracıyla düşmekle birlikte, bahsedilen durum kanuna karşı hile teşkil ediyorsa öğretide kiracının bu durumu her türlü delille ispatlayabileceği kabul edilmektedir³⁶. Makalenin devamında beyaza imza kısmında bu durum detaylıca incelendiği için bu bölümde daha fazla üzerinde durulmamıştır.

³² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1944/20, K. 1944/28, T. 04.10.1944 (Kararın özeti için bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 304-305).

³³ Yargıtay 6. HD, E. 1990/683, K. 1990/979, T. 31.01.1990 (Kararın özeti için bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 312).

³⁴ Tunçomağ, *Özel*, 661. *Tandoğan* ise bu görüşe katılmamış ve kiracının ayrıca iradesinin sakatladığını ispat etmesinin gerekli olmadığını, bu şekilde alınan bir taahhüdün mutlak bir şekilde hukuka aykırı olduğu için kesin hükümsüz olduğunu belirtmiştir (Tandoğan, *Özel*, 196). İrade sakatlığının 1 yıllık hak düşürücü sürede ileri sürülmesi gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 6. HD, E. 1985/6349, K. 1985/7281, T. 27.05.1985 (Kararın özeti için bkz. Burcuoğlu, *Tahliye*, 317-318).

³⁵ Tandoğan, *Özel*, 198; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 679; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Akçaal, “Tahliye,” 963-964.

³⁶ Burcuoğlu, *Tahliye*, 316; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 679-680; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Akçaal, “Tahliye,” 963-964.

D. Tahliye Taahhüdünün Bizzat Kiracı Tarafından Verilmesi

Tahliye taahhüdünü bizzat kiracının düzenlemesi gerekmektedir. Kiracı ile birlikte kiralanan taşınmazda yaşayan aile fertlerinden birinin taahhütte bulunması mümkün değildir³⁷. Eğer birden fazla kiracı sözleşmeyi kurmuşsa tahliye taahhüdünü de ancak birlikte verebileceklerdir³⁸. Bu durumlarda kiracılardan birinin tahliye taahhüdü vermesi, kiraya verenin evi tahliye etmesi için yeterli değildir. Eğer kiracı bir tüzel kişiye tahliye taahhüdünü, tüzel kişiliği temsil etmeye yetkili organın vermesi yeterlidir³⁹. Son olarak belirtmek gerekir ki temsilcinin, temsil olunan adına tahliye taahhüdünde bulunmasına bir engel yoktur⁴⁰. Temsilcinin tahliye taahhüdünde bulunması için özel yetkiye sahip olması aranmaz⁴¹. Ancak Yargıtay kiracının tüzel kişi olduğu durumlarda, temsilcinin tahliye taahhüdünde bulunabilmesi için özel yetkiye sahip olmasını aramaktadır⁴².

E. Taşınmaz Aile Konutu Niteliğindeyse Sözleşmeye Taraf Olmayan Eşin Rızasının Bulunması

Genel olarak tahliye taahhüdünün bizzat kiracı tarafından verilmesi yeterliyse de kiracının evli olması ve kiralananın aile konutu niteliğini taşıması durumunda, taahhüdün geçerli olması için eşin rızasının da alınması

³⁷ Tunçomağ, *Özel*, 660-661, Tandoğan, *Özel*, 198; Eren, *Özel*, 434; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 676; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 369; Akçaal, "Tahliye," 956; Altuntop, "Tahliye," 523.

³⁸ Burcuoğlu, *Tahliye*, 296; Tandoğan, *Özel*, 198; Aral ve Ayrancı, *Özel*, 344; Eren, *Özel*, 434; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel*, 388; Doğan, "Kira," 343; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 679; Akçaal, "Tahliye," 959; Yalman, "Tahliye," 12; İnceoğlu, *Kira*, 426; Gümüş, *Kira*, 327; Sıraş, *Sona Erme*, 134; Doğu, "Tahliye," 38; Altuntop, "Tahliye," 524.

³⁹ Burcuoğlu, *Tahliye*, 297; Doğan, "Kira," 343; Akçaal, "Tahliye," 959; Yalman, "Tahliye," 18; Sıraş, *Sona Erme*, 34.

⁴⁰ Burcuoğlu, *Tahliye*, 298; Aral ve Ayrancı, *Özel*, 344; Eren, *Özel*, 434; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 676; Akçaal, "Tahliye," 959; Yalman, "Tahliye," 12; Gümüş, *Kira*, 327.

⁴¹ Burcuoğlu, *Tahliye*, 298; Aral ve Ayrancı, *Özel*, 344; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 677; Akçaal, "Tahliye," 959; Yalman, "Tahliye," 12; Gümüş, *Kira*, 327; Sıraş, *Sona Erme*, 133. *İnceoğlu*, genel yetkili temsilcinin ancak olağan işlemleri yapabileceğini, kiracının tahliyesine sebep olabilecek tahliye taahhüdünde bulunmanın ise olağanüstü bir işlem olarak nitelendirilebileceğini düşünmektedir. Bunun sonucu olarak tahliye taahhüdünde bulunacak temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği hakkında bkz. İnceoğlu, *Kira*, 425; Doğu, "Tahliye," 39.

⁴² Bu konuda bkz. Doğan, "Kira," 343 ve dn. 811'de yer alan Yargıtay kararı (Yargıtay 3. HD, E. 2002/414, K. 2002/1200, T. 04.02.2002).

gereklidir. TBK m. 349 ve TMK m. 194 hükümlerinde, eşlerden birinin diğer eşin açık rızası olmadan aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği hükme bağlanmıştır. Tahliye taahhüdünün hukuki niteliği bir fesih ihbarı olarak değerlendirilemese de gerek öğretide gerekse yargı kararlarında isabetle belirtildiği üzere, kira sözleşmesini sona erdirmeye tehlikesi yaratan her türlü hukuki işlemin diğer eşin rızasına tabi olması, hükmün *ratio legis*'ine uygun bir yorum olacaktır⁴³. Zira mehzaz kanun olan ZGB Art. 169/I hükmünde de bir eşin ancak diğer eşin açık rızasıyla aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedebileceği, aile konutunu satabileceği ya da aile konutu üzerindeki haklarını diğer hukuki işlemlerle kısıtlayabileceği zikredilmiştir. İsviçre öğretisinde, kanun koyucunun “diğer hukuki işlemler” tabiriyle aile konutunu geniş bir temelde korumayı amaçladığı ve normun amacından hareketle bu geniş kavramın, aile konutunun daha fazla kullanımını imkânsız kılan veya önemli ölçüde bozan her türlü keyfi eylemin önlenmesi yönünde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴. Bu tür bir davranış, mevcut bir hukuki konumdan feragat etmek ya da konutun kullanımını engellemeye veya kısıtlamaya yönelik eylemlerden oluşabilir⁴⁵. Eşin rızası şartı, şu anda aile konutuna ilişkin olumsuz bir değişikliğe yol açmasa da gelecekte konutun kaybına ilişkin önemli bir risk içeren hukuki işlemleri de kapsamaktadır⁴⁶. Tahliye taahhüdünün geleceğe yönelik böyle bir riziko barındırdığı muhakkaktır.

Sonuç olarak tahliye taahhüdü, taraflar arasındaki kira ilişkisini sona erdirmeye ihtimali bulunan bir hukuki işlem olduğu için eğer kiralanan aile konutu niteliğindeyse taahhütte diğer eşin rızasının bulunması da zorunludur. Aksi yönde alınan tahliye taahhüdü TMK m. 194'ün emredici hükmü

⁴³ Bu yönde bkz. Şükran Şıpka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004), 133-134; Doğan, “Kira,” 343; Gümüş, *Kira*, 50; Akçaal, “Tahliye,” 957; Yalman, “Tahliye,” 19; İnceoğlu, *Kira*, 424-425; Sırataş, *Sona Erme*, 34; Doğu, “Tahliye,” 38.

⁴⁴ Franz Hasenböhler, “Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB),” iç. *Zürcher Kommentar*, ed. Verena Bräm (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998), N. 52; Alexandra Zeiter ve Michael Schlumpf, “Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG,” iç. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, ed. Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Zürich, Basel, Cenevre: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), 554, N. 8.

⁴⁵ Hasenböhler, “Art. 169,” N. 52; Zeiter ve Schlumpf, “Art. 169,” 554, N. 8.

⁴⁶ Hasenböhler, “Art. 169,” N. 52.

karşısında kesin hükümsüzdür⁴⁷. Böyle bir durumda, eşin açık rızasının tahliye taahhüdünde bulunduğunun ispatı kiraya verene düşer⁴⁸.

F. Süresinde İcra Takibi Başlatma veya Dava Açma Gerekliliği

Mülga 6570 sayılı Kanun'da kiraya verene yalnızca "icra dairesine müracaat yoluyla" tahliyeyi isteme hakkı tanınmışken, TBK'da kiraya verene, icra yoluna başvurmanın yanında tahliye davası açma imkânı da sağlanmıştır. Kanun koyucu, kiraya verenin tahliye taahhüdüne dayanarak dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmeye imkânını, taahhütte gösterilen tarihten başlayarak bir aylık hak düşürücü süreye tabi kılmıştır⁴⁹. Kiraya veren bu hak düşürücü süre içerisinde icra takibi başlatmaz veya tahliye davası açmazsa tahliye taahhüdünün bir hükmü kalmayacaktır. Ancak burada TBK m. 353 hükmü sebebiyle sürenin uzaması ihtimali unutulmamalıdır⁵⁰. Usulüne uygun bir şekilde tahliye taahhüdünde bulunulmasının ardından kiralanan el değiştirdiği takdirde, taşınmazın yeni maliki halef sıfatı gereği var olan taahhüdü kullanıp tahliye talebinde bulunabilir⁵¹. Kiracı, adi yazılı şekilde vermiş olduğu tahliye taahhüdündeki imzasını inkâr ederse kiraya veren, itirazın kaldırılmasını artık icra hukuk mahkemesinden isteyemez⁵². Bu

⁴⁷ Şıpka, *Aile Konutu*, 144, 147-148. Bu konuda akla gelebilecek bir diğer ihtimal, kira sözleşmesinde kiralananın aile konutu olduğu belirtilmemişse ve kiraya veren, kiracının evli olduğunu bilmiyorsa bu durumda kiraya verenin iyiniyetinin korunup korunmayacağı, dolayısıyla kiraya verenin usulüne uygun bir şekilde almış olduğu tahliye taahhüdüne dayanarak kiralananın tahliyesini isteyip isteyemeyeceği meselesidir. Bizce hükmün emredici karakteri karşısında diğer eşin açık rızasının bulunmadığı hallerde yazılı taahhüdü her durumda kesin hükümsüzdür. Ancak aile konutu niteliğini açıklamayan kiracının, kiraya verene karşı tazminat sorumluluğu doğabilir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Şıpka, *Aile Konutu*, 148 vd.

⁴⁸ Akçaal, "Tahliye," 957.

⁴⁹ Akçaal, "Tahliye," 974; Erişgin, "Tahliye," 93 vd.; Yalman, "Tahliye," 21; Doğu, "Tahliye," 45; Altıntop, "Tahliye," 538.

⁵⁰ Bu yönde bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 680; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel*, 388; Akçaal, "Tahliye," 974; İnceoğlu, *Kira*, 436; Altıntop, "Tahliye," 536. Karşıt görüş için bkz. Gümüş, *Kira*, 322.

⁵¹ Burcuoğlu, *Tahliye*, 135; Doğan, "Kira," 344.

⁵² Burcuoğlu, *Tahliye*, 328; Feyzioğlu, *Muhtelif*, 683; Tandoğan, *Özel*, 198; Aral ve Ayrancı, *Özel*, 343; Eren, *Özel*, 435; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel*, 386; Doğan, "Kira," 341; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 681; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Akçaal, "Tahliye," 955; İnceoğlu, *Kira*, 427; Sırataş, *Sona Erme*, 138; Doğu, "Tahliye," 44; Altıntop, "Tahliye," 535.

durumda kiraya veren mecburen sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açmak zorunda kalır⁵³.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması⁵⁴ ve öğretideki hâkim görüşe göre⁵⁵, bir aylık süre içerisinde başlatılan icra takibi veya açılan tahliye davası tarafların arasındaki kira sözleşmesini sona erdirmez; tarafların arasındaki sözleşmenin sona erebilmesi için mahkemenin kararının kesinleşmesi gereklidir. Zira kanun koyucu konut ve çatılı işyeri kiralarını düzenlerken kiracıyı korumak amacıyla tarafların tek taraflı iradeleriyle sözleşmeyi sona erdirmeye imkanını sınırlanmıştır. Bunun sonucu olarak kiraya verenin usulüne uygun bir şekilde almış olduğu tahliye taahhüdüne dayanarak yargı organlarına başvurduğu takdirde sözleşmenin sona erdiğini söylemek mümkün olmaz. Sözleşmenin sona ermesi mahkemenin kanunda sayılan tahliye sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir etmesiyle olur. Bu kapsamda mahkemenin vermiş olduğu karar yenilik doğuran bir karardır ve dolayısıyla kiraya verenin ecrimisil talebinde bulunabilmesi için mahkemenin verdiği tahliye hükmünün kesinleşmesi gerekir.

⁵³ Burcuoğlu, *Tahliye*, 328; Feyzioğlu, *Muhtelif*, 683; Tunçomağ, *Özel*, 666; Tandoğan, *Özel*, 198; Aral ve Ayrancı, *Özel*, 343; Eren, *Özel*, 435; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel*, 386; Doğan, "Kira," 341; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 681; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Akçaal, "Tahliye," 955; İnceoğlu, *Kira*, 427; Sırataş, *Sona Erme*, 138; Doğu, "Tahliye," 44; Altıntop, "Tahliye," 535.

⁵⁴ Yargıtay 3. HD, E. 2007/13778, K. 2007/17232, T. 15.11.2007: "Bu halde tahliyenin taahhüt edildiği tarihte kiracı tahliye etmediği takdirde ifanın gecikmiş olması bahis konusu olup, sözleşme henüz sona ermemiştir. Sözleşme dava sonucunda verilen tahliye kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir (Y.3.HD., 23.03.1998, 1577/3035; 05.04.2001, 1939/4178). Bu bakımdan tahliye ilamı inşai (kurucu) niteliktedir ve haksız işgal tazminatına anılan kararın kesinleşmesinden sonra hükmetmek gerekir. Mahkemece tahliye taahhütnamesinde gösterilen tarihten itibaren ecrimisille hükmedilmesi doğru görülmemiştir". Kararın tam metnine dijital ortamda ulaşmak için bkz. <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 08.05.2023.

⁵⁵ Burcuoğlu, *Tahliye*, 322; Burcuoğlu, "Kira Dönemi," 644; Doğan, "Kira," 344; Sırataş, *Sona Erme*, 139; İpek, "Yenilik," 79. İnceoğlu'na göre, davanın açılması veya takibin başlatılması ile kira sözleşmesi sona erer. Mahkemenin vereceği karar, yenilik doğuran karar niteliğinde olmayıp bir tespit hükmünden ibarettir. Bunun en önemli sonucu, kiraya verenin yargı organlarına gereken başvuruyu yapmasından itibaren kiracının haksız zilyet olarak kabul edilmesi ve bu tarihten itibaren kiracıdan ecrimisil ile kiraya verenin uğramış olduğu diğer zararların istenebilmesidir. Bu yönde bkz. İnceoğlu, *Kira*, 438.

IV. Boş veya İleri Tarihli Tahliye Taahhüdü Sorunu

Daha önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, yazılı tahliye taahhüdünün geçerlilik şartlarından biri de taahhüdün kiralananın tesliminden sonra verilmesidir. Kiralananın tesliminden önce alınan yazılı tahliye taahhüdünün kesin hükümsüz olacağına bilincinde olan kiraya veren, bu tip bir geçersizliği engellemek adına kira sözleşmesi akdedilirken boş veya ileri tarihli bir tahliye taahhüdünün verilmesini talep etmektedir. Kiracı ise kiralanana duyduğu ihtiyaç sebebiyle söz konusu yazılı tahliye taahhüdünü imzalamak zorunda kalmaktadır. Bu halde kiraya veren boş olarak verilen belgenin tamamını veya eksik olan tahliye tarihi kısmını dilediği şekilde doldurarak takip veya dava yoluna başvurabilmektedir. Tahliye tehlikesi ile karşılaşan kiracının yazılı tahliye taahhüdünün bu şekilde alındığını nasıl ispat edeceği ise oldukça önemli ve tartışmalı bir meseledir.

Çalışmanın bundan sonraki başlıklarında Yargıtay'ın ve öğretinin bu meseleye bakışı ele alınacak ve alternatif çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

A. Beyaza (Açığa) İmza

Kiracının boş veya tarihi bulunmayan bir kâğıda imza attığı hallerde beyaza imza söz konusudur⁵⁶. Bu sebeple öncelikle beyaza imza ve bu imzayı içeren belgelerin geçerliliği meselesini incelemek gerekir.

Tamamen boş bir kâğıdın altına imza atıldığı veya başlanıp da bitirilmeyen bir belgenin kalan kısmının sonradan doldurulması amacıyla boş bırakılarak imzalandığı durumlarda beyaza imza gündeme gelir⁵⁷. Hâkim

⁵⁶ Erişgin, "Tahliye," 93 vd.; Nihat Yavuz, *6098 sayılı TBK'ya Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 417; Akçaal, "Tahliye," 967; Altuntop, "Tahliye," 532.

⁵⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 320, N. 882; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2019), 102, N. 323; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 211, N. 560; Hermann Becker, *Allgemeine Bestimmungen, Art. 13-15, OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht* (Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 1945), 63, N. 5; Peter Jäggi, "Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)," iç. *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Art. 13* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973), 562, N. 41; Ernst A. Kramer ve Bruno

görüşe göre⁵⁸, geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğu hukuki işlemlerde beyaza imzayı içeren belgenin sonradan doldurulması aranan şekil şartının gerçekleşmesini sağlar. Her ne kadar imzanın atıldığı anda şekil şartı yerine getirilmese de eksik unsurların tamamlanması ile bu şart sağlanmış olur⁵⁹.

Beyaza imzanın gündeme geldiği hallerde imzayı atan taraf, metnin taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak tamamlanacağına güvenmektedir. Ancak metin her durumda beyaza imza atan kişinin bildiği ve istediği esaslar çerçevesinde doldurulmamaktadır. Karşı tarafın metni beyaza imza atan taraf ile daha önceden kararlaştırılan esaslara uymaksızın kendi istediği şekilde doldurduğu bu gibi hallerde nasıl hareket edileceği cevap bulunması gereken önemli bir sorudur. Öğretide bu soruya iki ihtimal üzerinden cevap aranmaktadır⁶⁰:

İlk ihtimalde, boş belgeyi dolduran taraf, imzayı atan tarafın gerçek iradesine aykırı şekilde hareket ettiğini bilmekte veya bilebilecek durumda

Schmidlin, “Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen,” iç. *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1, Art. 13*, ed. Arthur Meier-Hayoz (Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986), 441, N. 24; Christoph Müller, *OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Art. 13* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018), 606, N. 61.

⁵⁸ Eren, *Genel*, 321, N. 882; Kramer ve Schmidlin, “Art. 13,” 442, N. 28; Müller, Art. 13, s. 607, N. 64. Öğretideki aksi görüşe göre, kanunen şekle tabi olan sözleşmelerde açığa atılan imzanın üstü daha sonra tamamlanırsa iki ihtimal üzerinden değerlendirme yapılır. Eğer şekil kuralı taraflardan birini veya her ikisini de korumayı amaçlıyorsa beyaza atılan imzanın üstünün sonradan doldurulması (anlaşmaya uygun olarak doldurulsa dahi) şekil şartının yerine getirilmesini sağlamaz. Buna karşılık şekil şartı ile üçüncü kişilerin korunması amaçlanıyorsa beyaza imzayla her ne kadar şekil şartı sağlanmamış olsa da metnin daha sonra eklenmesiyle birlikte bu eksiklik giderilecek ve kanunun öngördüğü şekle uygun bir hukuki işlem tesis edilecektir. Kambiyo senetleri veya alacağın devrinde şekil kuralının amacı üçüncü kişileri korumak olduğu için beyaza imza geçerli olacaktır. Bu noktada belirleyici olan husus kanunun öngördüğü şekil kuralının temel amacıdır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Jäggi, “Art. 13,” s. 563, N. 45; Emrehan İnal, *Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu*, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan (İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2004), 174-175.

⁵⁹ Kramer ve Schmidlin, “Art. 13,” 442, N. 28.

⁶⁰ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, C. I, 2017), 425-426, N. 59; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 102 vd., N. 223 vd.; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen, *Genel*, 211, N. 561.

bulunmaktadır. Bu halde karşı taraf imza sahibinin gerçek iradesini bilip anlayabilecek durumda ise sözleşme bilinebilen gerçek iradeye göre kurulmuş sayılacaktır⁶¹. Gerçek iradenin bilinemediği durumlarda ise karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı söz konusu olmadığından sözleşme kurulamayacaktır⁶².

İkinci ihtimalde ise metni tamamlayan taraf imzayı atan kişinin gerçek iradesine aykırı davrandığının farkına varmaksızın ve varması da gerekmeksizin hareket etmektedir. Bu ihtimalde sözleşme güven teorisi çerçevesinde tamamlanan metne göre kurulmaktadır⁶³. Ancak beyaza imza atan kişi yanılma hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir⁶⁴.

Kocayusufpaşaoğlu'nun haklı olarak vurguladığı üzere⁶⁵, yukarıda yapılan açıklamalar teorik olarak doğru olmakla birlikte uygulamayı yansıtmaktan oldukça uzaktır. Zira Türk hukuk uygulamasında “*yorum iptalden önce gelir*” ilkesi çerçevesinde sözleşmenin kurulmasını engelleyen yanılma ile kurulmuş sözleşmenin iptaline yol açan yanılma arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bunun yanında beyaza imza atan kişinin yanılma hükümlerine dayanamayacağı da Yargıtay⁶⁶ ve öğretinin bir kısmı⁶⁷ tarafından

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 426, N. 59; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 120; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen, *Genel*, 211, N. 561.

⁶² Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 426, N. 59; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Genel*, 120; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 103, N. 323; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen, *Genel*, 211, N. 561.

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 426, N. 60; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Genel*, 120; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 103, N. 325; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen, *Genel*, 211-212, N. 561.

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 426, N. 60; Oğuzman ve Öz, *Genel*, 103, N. 325; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen, *Genel*, 211-212, N. 561.

⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 426, N. 61.

⁶⁶ Yargıtay 4. HD, E. 2605, K. 5327, T. 11.11.1988. Karar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 426, N. 61. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre her ne kadar İsviçre ve Alman öğretisinde beyaza imza atan kişinin yanılma hükümlerine dayanabileceği kabul edilse de beyaza imzanın üstünün sözleşmeye aykırı olarak doldurulması imza atan kişinin yanıldığını göstermez. Zira beyaza imza atan kişinin imzasının üzerine doldurulan metnin içeriği hakkında herhangi bir fikri bulunmamaktadır. BGE 88 II 422, S. 427, <http://relevancy.bger.ch>, E.T. 04.05.2023.

⁶⁷ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev. Cevat Edege (Ankara: Olgaç Matbaası, 1983), 154, dn. 32; Kramer ve Schmidlin, “Art. 13,” 442, N. 30; Müller, Art. 13, s. 608, N. 65.

kabul edilmektedir. Yanılma hükümlerine gidilebileceğini savunan yazarlar ise yanılmanın ancak senetle ispat edilebileceğini, metnin tarafların anlaşmasına aykırı şekilde doldurulduğu iddiası hakkında tanık dinlenemeyeceğini savunmaktadır⁶⁸. Yargıtay da boş bir kâğıda imza atan kişinin güvene dayanan bir işlem yaptığını, boş kâğıdın aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu hususunun tanıkla ispat edilemeyeceğini ifade etmiştir⁶⁹.

Tüm bu yaklaşımların altında yatan asıl sebep ise beyaza imza atan kişinin kendi yarattığı hukuki durumun sonuçlarına katlanması gerektiği fikridir⁷⁰. Zira bu kişi ilk etapta beyaza imza atarak bu imzanın kötüye kullanılması ihtimalini ortaya çıkarmış ve güvendiği kişinin anlaşmaya aykırı olarak imzanın üzerine eklediği metnin kendi iradesine uygun olduğu görünümünü yaratmıştır⁷¹.

Bu durumun bir yansıması olarak yazılı metnin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olduğuna ilişkin ispat yükünü de beyaza imza atan kişinin taşıması gerekir⁷². Ancak bu kişinin bahse konu iddiaları ispatlaması oldukça zor ve hatta çoğunlukla imkânsızdır. Zira sonradan tamamlanan metne karşı senet getirebilmesi birçok durumda mümkün değildir. Beyaza imza atan kişi yanılma dışındaki irade bozukluklarına da dayanabilir. Ancak bu ihtimalde de aldatma ve korkutma gibi olguları ispat etmesi gerekir. Söz konusu olguların ispatı bakımından tanıkla ispat yasağı bulunmasa da beyaza imza atan kişinin bu olguları ispatlaması hiç de kolay değildir.

Sonuç olarak beyaza imza atılan belgenin sonradan tamamlandığı durumlarda, kural olarak, sözleşme kurulmakta ve şekil şartı (yazılı şekil şartı varsa) yerine getirilmektedir. İmza atan kişi, sözleşmenin kurulmadığını, kurulsun bile iradesinin sakatlandığını ileri sürebilse de bu durumu ispatlaması kolay görünmemektedir.

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 429, N. 61; Çetiner, Furrer ve Müller-Chen, *Genel*, 212, N. 561.

⁶⁹ Yargıtay 14. HD, T. 06.02.2007, E. 2006/14101, K. 2007/914, www.legalbank.net, E.T.04.05.2023.

⁷⁰ Kramer ve Schmidlin, “Art. 13,” 442-443, N. 30; Müller, Art. 13, s. 608, N. 65; İnal, “Açığa İmza,” 169.

⁷¹ Kramer ve Schmidlin, “Art. 13,” 442-443, N. 30; Müller, Art. 13, s. 608, N. 65; İnal, “Açığa İmza,” 169.

⁷² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Genel*, 119-120.

B. Mevcut Durum

Önceki başlıkta ifade edildiği üzere, tahliye taahhüdünün boş olarak verildiği ve geri kalan kısmının kiraya veren tarafından doldurulduğu hallerde beyaza imzadan bahsedilir. Beyaza imza hallerinde metnin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğuna ilişkin ispat zorluğu, yazılı tahliye taahhüdü için de geçerlidir. Nitekim Yargıtay⁷³ ve öğretideki hâkim görüşü⁷⁴ yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce beyaza imza şeklinde verildiğine ilişkin ispat yükünü kiracının taşıyacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, TMK m. 6 ve HMK m. 190 uyarınca ispat yükü, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce düzenlendiği hallerde söz konusu taahhüt geçersiz olacağı için kiracı tahliye tehlikesinden kurtulacaktır. Dolayısıyla iddiaya konu olgunun kiracı tarafından ispat edilmesi gerekir.

Yargıtay ispat araçları bakımından da kiracının durumunu ağırlaştırarak bir yaklaşım benimsemektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre⁷⁵, yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce atılan beyaza imzaya istinaden düzenlendiğine ilişkin iddia ancak yazılı delille ispat edilebilir. Zira bu halde kiracının beyaza attığı imzanın üstü doldurularak bir belge düzenlenmektedir. HMK m. 201 hükmü uyarınca, “*senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz*”⁷⁶. Dolayısıyla senedin bulunduğu durumlarda bu senede karşı ispat da ancak senetle olur. Kiraya verene güvenerek beyaza imza atan kiracı, güveninin sonuçlarına katlanmalı, yazılı tahliye taahhüdünün bu şekilde verildiğine ilişkin iddiasını yazılı delille ispatlamalıdır.

Görüldüğü üzere boş veya tamamlanmamış bir belgeye imza atan kiracının tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce verildiğini

⁷³ Yargıtay HGK, E. 2017/6-975, K. 2021/1108, T. 28.09.2021; Yargıtay 6. HD, E. 2013/16211, K. 2014/8557, T. 26.06.2014, www.legalbank.net, E.T.05.05.2023.

⁷⁴ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Burcuoğlu, *Tahliye*, 312; İnceoğlu, *Kira*, 429 vd.; Efrail Aydemir, *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 223; Mithat Ceran, *Kira Sözleşmesi Tahliye* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 108.

⁷⁵ Yargıtay 6. HD, E. 2009/11095, K. 2010/2313, T. 04.03.2010, www.legalbank.net, E.T.06.05.2023.

⁷⁶ 2023 yılı için senetle ispat zorunluluğu sınırı 14.800 TL'dir.

ispatlaması, neredeyse imkânsızdır. TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerinin temel amacı ise ekonomik olarak zayıf durumda bulunan kiracıyı korumaktır. Ne var ki yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin mevcut uygulama, konut ve işyeri ihtiyacı içinde bulunan kiracıyı korumaktan uzaktır. Kiracıların aleyhine olan bu durumu ortadan kaldırmak adına öğretide birtakım çözüm önerileri ileri sürülmüştür. Çalışmanın bundan sonraki başlıklarında ileri sürülen bu görüşler incelenecek, yapılacak değerlendirmeler ışığında getirdiğimiz çözüm önerisi üzerinde durulacaktır.

C. Sorunun Çözümüne İlişkin Öneriler

1. Senede Karşı Senetle İspat Kuralının Uygulanamayacağı Görüşü

Öğretide bazı yazarlar Yargıtay uygulamasının aksine yazılı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesiyle birlikte veya kiralananın tesliminden önce verildiğinin ispatı bakımından senede karşı senetle ispat kuralının uygulanamayacağını savunmaktadır⁷⁷. Bu görüşün inşası sırasında ise farklı hüküm ve hukuki kurumlardan faydalanılmaktadır.

Öğretide en yaygın olarak başvuru hukümü, HMK m. 203/ç'dir. İlgili hüküm uyarınca, hukuki işlemlerde irade bozukluğu ve aşırı yararlanma iddiaları hakkında tanık dinlenebilir. HMK m. 203/ç'den yola çıkan bu görüş⁷⁸, kiracının kira sözleşmesi yapmak ve kiralananı teslim almak için bu tip bir yazılı tahliye taahhüdü vermek zorunda bırakıldığını, söz konusu baskı ve zorlama iddiaları hakkında takdiri delillere özellikle de tanık deliline başvurulabileceğini savunmaktadır.

Akçaal'a göre⁷⁹, HMK m. 203/ç hükmünün yanında TMK m. 2/II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile kanuna karşı hile kurumundan da faydalanılabilir. Yazara göre⁸⁰, kiralanan teslim edilmeden önce kiracıdan alınan boş veya ileri tarihli tahliye taahhütlerinin gerekçesi olarak kira bedelinin ödenmesinin güvence altına alınması gösterilmektedir. Kiraya veren genellikle kira bedeli düzenli olarak ödendiği sürece yazılı

⁷⁷ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Burcuoğlu, *Tahliye*, 312; İnceoğlu, *Kira*, 432; Gümüş, *Kira*, 329-330; Yalman, "Tahliye," 17; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 679-680; Altıntop, "Tahliye," 531.

⁷⁸ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel*, 370; Burcuoğlu, *Tahliye*, 316; Yalman, "Tahliye," 17; Altıntop, "Tahliye," 531.

⁷⁹ Akçaal, "Tahliye," 963-964.

⁸⁰ Akçaal, "Tahliye," 963-964.

tahliye taahhüdünü hiç kullanmayacağını söylemektedir. Söz konusu beyanına rağmen kiraya veren kira bedelini kanunda öngörülen sınırdan daha fazla artırmak amacıyla yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak dava veya takip yoluna giderse, bu durum hakkın kötüye kullanılmasının bir görünümü olan çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder. Yazar ayrıca boş veya ileri tarihli tahliye taahhüdü alınmasının, kanuna karşı hile teşkil edeceğini de ifade etmektedir⁸¹. Kanuna karşı hile emredici veya yasaklayıcı hukuk kurallarından kurtulmak amacıyla hukuk düzeninin izin verdiği bir hukuki işlemin yapılmasıdır⁸². Kiralananın tesliminden önce düzenlenen yazılı tahliye taahhüdünün geçersizliğini engellemek adına boş veya ileri tarihli tahliye taahhüdü alınması, emredici bir kuralın dolanılması anlamına gelir. Kanuna karşı hilenin yaptırımını kaçınılmaya çalışılan emredici kuralın uygulanmasıdır. Bu sebeple kiraya veren kiralananın tahliyesini bu yolla sağlayamamalıdır. Kanuna karşı hilenin yazılı bir delil ile ispatı zorunlu olmadığı için bu durum tanık dâhil her türlü delille ispat edilebilir⁸³.

Inceoğlu, HMK m. 203/ç hükmü ve kanuna karşı hile kurumuna dayanmasa da tahliye taahhüdünün hangi tarihte verildiği hususunun her türlü delille ispat edilebileceğini kabul etmektedir⁸⁴. Yazara göre⁸⁵, tahliye taahhüdünün ne zaman verildiği meselesi maddi bir olguya yöneliktir. Maddi olguların ispatı bakımından senede karşı senetle ispat kuralı uygulanamayacağından kiracı her türlü delille iddiasını ispat edebilir.

*Gümüş*⁸⁶, kiralananın teslimin önce düzenlenen yazılı tahliye taahhüdünün kiracının serbest iradesine dayanmadığını, bu durumun kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceğini, dolayısıyla bu tip bir hukuki işlemin kesin hükümsüz olduğunu ve kesin hükümsüzlüğün her türlü delille ispat edilebileceğini ifade etmektedir.

Aydoğdu/Kahveci ise⁸⁷ beyaza imza atılarak verilen yazılı tahliye taahhüdünün geçersizliğinin her türlü delille, hatta emareyle bile ispat

⁸¹ Akçaal, "Tahliye," 963-964.

⁸² Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)* (İzmit: Selüloz Basımevi, 1950), 248 vd.; Hakkı Mert Doğu, *Kanuna Karşı Hile* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 16 vd.

⁸³ Topçuoğlu, *Hile*, 294; Doğu, *Hile*, 95.

⁸⁴ Inceoğlu, *Kira*, 432.

⁸⁵ Inceoğlu, *Kira*, 432.

⁸⁶ Gümüş, *Kira*, 329.

⁸⁷ Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 679-680.

edilebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre⁸⁸, tarihin farklı elle yazılması ya da farklı kalemlerle tarih atılması, yazılı tahliye taahhüdünün boş tarihli verildiğini gösteren emarelerdendir. Dolayısıyla bu tip emarelerin bulunduğu hallerde başka bir delil aranmamalı, yazılı tahliye taahhüdünün geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Aydemir'e göre⁸⁹, beyaza imza atılan bir belgenin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması ceza hukuku anlamında güveni kötüye kullanma suçu teşkil eder. Bu noktada ceza hukuku soruşturmasında elde edilen deliller hukuk davasında da kullanılmalı, tanık dâhil olmak üzere her türlü delille ispat mümkün olmalıdır⁹⁰.

2. İspat Yükünün Ters Çevrilmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüşe göre⁹¹, yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce verildiği hallerde ispat yükü bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim bahse konu iddianın tanıkla ispatlanabileceği kabul edilse bile kiracının bu işleme tanık olan bir kişiyi getirebilmesi oldukça zordur⁹². Kiraya veren, kiracı lehine öngörülen koruma mekanizmasını devre dışı bırakmak adına yazılı tahliye taahhüdünü kiralananın tesliminden önce alma yoluna gitmektedir. Hal böyle iken kiraya verenin taahhüdün verildiği sırada kiracı dışında başka kişilerin hazır bulunmasına rıza göstermesi pek de olası değildir⁹³. Dolayısıyla taahhüdün kiralananın tesliminden önce verildiği iddiasının her türlü delille (özellikle tanıkla) ispat edebileceğini kabul etmek, kiracının durumunda bir değişiklik yaratmamaktadır. O halde yapılması gereken ispat yükünü kimin taşıyacağı meselesini yeniden ele almaktır.

⁸⁸ Ülkemizde yazı yaşının tespitinin 1995 yılından bu yana olanaklı olduğu, 2011 yılından itibaren ise fiilen yapıldığı, dolayısıyla boş veya ileri tarihli yazılı tahliye taahhütlerinin yarattığı problemlerin çözülebileceği ifade edilmektedir. Ancak bu görüş uygulamaya pek yansımamıştır. Bu hususta bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Özel*, 680.

⁸⁹ Aydemir, *Kira*, 223.

⁹⁰ Aydemir, *Kira*, 223.

⁹¹ Erdem, "Tahliye," 496 vd. Yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden sonra verildiğine ilişkin ispat yükünün kiraya verende olduğuna ilişkin benzer bir görüş hakkında bkz. Sırataş, *Sona Erme*, 138; İpek Sağlam, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (Temmuz 2023): 39-40.

⁹² Erdem, "Tahliye," 496.

⁹³ Erdem, "Tahliye," 496.

TMK m. 6 ve HMK m. 190/I'de ispat yüküne ilişkin temel kurallar düzenlenmiştir. HMK m. 190/I hükmüne göre, bir davada ispat yükü iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Bahse konu ihtimalde taahhüdün geçersizliğinden faydalanacak olan kişi kiracıdır. Dolayısıyla ilk bakışta ispat yükü onun üzerindeymiş gibi görünmektedir. Ancak HMK m. 190/I'de düzenlenen bu kural mutlak bir nitelik taşımayıp bazı istisnaları bulunmaktadır. İspat yükünün özel olarak düzenlendiği haller, hayatın olağan akışına uymayan olguların ispatı, herkesçe bilinen olguların aksinin ispatı, dürüstlük kuralından doğan istisnalar, olumsuz olguların ispatı ile karineler bu istisnalara örnek olarak gösterilebilir⁹⁴. Yazılı tahliye taahhüdü bakımından incelenmesi gereken istisnalar ise hayatın olağan akışına uymayan olguların ispatı ile dürüstlük kuralından doğan istisnalardır.

Bir kişinin dayandığı olgular hayatın olağan akışına uygun ise bunların ispatı gerekmez⁹⁵. Hayatın olağan akışına uygun olguların aksini ispat edenin bu iddiasını ispatlaması gerekir⁹⁶. Söz konusu istisnadan yola çıkan bu görüş, kiracının ortada hiçbir sebep yokken serbest iradesi ile kiralananı tahliye edeceğine ilişkin taahhüt vermesini, hayatın olağan akışına aykırı bir durum olarak değerlendirmiştir. Bu görüşe göre⁹⁷, konut ve çatılı işyeri ihtiyacı içinde olan kiracının yazılı tahliye taahhüdünde bulunması için bunu gerektiren bir halin olması gerekir. Örneğin kiraya veren hâlihazırda hukuken tahliyeyi sağlayabilecek bir durumdayken kiracının tahliye için süre talep etmesi, yazılı tahliye taahhüdünün verilmesi için bir sebep olabilir. Zira bu halde kiracı, tahliye davası sonucunda kiralananın tahliyesine karar verileceğinin farkında olup yeni duruma hazırlık yapmak için süre talebinde bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalde yazılı tahliye taahhüdü verilmesi hayatın olağan akışına uygundur. Ancak bu gibi durumlar dışında kiracının tahliye taahhüdü vermesi için makul bir sebep bulunmamaktadır. İşte bu sebeple yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce verilip verilmediği hakkında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında ispat edilmesi gereken husus, taahhüdün hangi

⁹⁴ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), 615 vd.; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997), 371-372.

⁹⁵ Yavuz Alangoya, *Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 521 vd.; Üstündağ, *Yargılama*, 616.

⁹⁶ Alangoya, *Olağan Akış*, 521 vd.; Üstündağ, *Yargılama*, 616.

⁹⁷ Erdem, "Tahliye," 497.

gerekçeyle (saikle) verildiğidir⁹⁸. Bu duruma ilişkin ispat yükünü kiraya veren taşır⁹⁹. Zira kiracının olumsuz bir olguyu ispat etmesi söz konusu değildir. Bu sebeple kiraya veren yazılı tahliye taahhüdünün hangi gerekçe ile verildiğini ispat etmelidir. Yukarıda verilen örnek çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, kiraya veren hukuken kiracıyı tahliye etme durumu imkân olmasına karşın kiracının süre talebi sebebiyle yazılı tahliye taahhüdünün verildiğini ispatlayarak tahliyeyi sağlayabilir.

İspat yükünün ters çevrilmesi gerektiği görüşünün diğer dayanağı ise dürüstlük kuralından doğan istisnalardır¹⁰⁰. Bu istisnaya göre, bir uyumsuzlukta delilleri daha kolay elde edebilecek taraf yerine ispat bakımından daha güç bir durumda bulunan kişinin ispat yükünü taşıması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹⁰¹. Dolayısıyla bu hallerde delilleri hangi taraf daha kolay getirebilecekse ispat yükünü de onun taşıması gerekir¹⁰². Kiraya verenin yazılı tahliye taahhüdünün verilmesini talep ettiği hallerde, kiracının söz konusu taahhüde karşı belge istemesi mümkün değildir. Kiraya verenin bu içerikte bir belge vermesi, yazılı tahliye taahhüdünü anlamsız hale getirir. Daha önce de ifade edildiği üzere kiracının tanık getirmesi de imkân dâhilinde değildir. Dolayısıyla ispat yükü dürüstlük kuralına göre paylaşılmalı ve delil elde etme hususundaki kolaylığı dikkate alınarak bu yükü kiraya verenin taşıyacağı kabul edilmelidir¹⁰³.

3. Nitelikli Yazılı Şekil Şartı Getirilmesi Gerektiği Görüşü

TBK m. 352/I uyarınca, yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla kiracının yazılı tahliye taahhüdüne imza atması yeterli olup diğer unsurların kim tarafından nasıl doldurulduğunun bir önemi yoktur. Uygulamada bu kuraldan hareket eden kiraya veren, kira sözleşmesinin yapıldığı sırada boş veya tarihsiz bir yazılı tahliye taahhüdü alıp tarihi ve diğer hususları kendi doldurma yoluna gitmektedir. Öğretide bazı yazarlar bu durumu önlemek adına yapılacak kanuni bir değişiklikle yazılı tahliye taahhüdü bakımından nitelikli yazılı şekil şartı getirilmesinin isabetli olacağını savunmaktadır¹⁰⁴.

⁹⁸ Erdem, “Tahliye,” 498.

⁹⁹ Erdem, “Tahliye,” 498.

¹⁰⁰ Erdem, “Tahliye,” 499.

¹⁰¹ Üstündağ, *Yargılama*, 619; Edis, *Başlangıç Hükümleri*, 372.

¹⁰² Üstündağ, *Yargılama*, 619; Edis, *Başlangıç Hükümleri*, 372.

¹⁰³ Erdem, “Tahliye,” 499.

¹⁰⁴ İnceoğlu, *Kira*, 433; Akçaal, “Tahliye,” 970; Sağlam, “Tahliye,” 45.

Nitelikli yazılı şekilde hukuki işlemin geçerliliği için imzanın yanında bazı ek unsurların varlığı da aranmaktadır¹⁰⁵. Örneğin el yazılı vasiyetnamede yalnızca imzanın değil tüm vasiyetnamenin baştan sonra vasiyetçinin el yazısı ile yazılmış olması gerekir (TMK m. 538/I). Yine kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet söz konusuysa buna ilişkin bir ifade de kefilin el yazısı ile yazılmalıdır (TMK m. 583/I). *De lege ferenda* nitelikli yazılı şekil şartı getirilmesinin uygun olacağını savunan bu görüş, düzenleme ve tahliye tarihinin kiracının el yazısı ile yazılmasının uygulamadaki sorunların çözülmesine bir nebze de olsa katkı yapacağına inanmaktadır¹⁰⁶. Zira kiraya veren bu ihtimalde boş tarihli tahliye taahhüdü alıp sonradan eklemeler yapamayacaktır.

Bu görüşün temsilcilerinden biri olan *Akçaal'a* göre¹⁰⁷, tek başına nitelikli yazılı şekil şartı getirmek ortaya çıkan sorunları çözmeye yetmeyebilir. Zira kiraya veren kira sözleşmesinin kurulması aşamasındaki güçlü konumunu kullanarak bu tarihleri kiracının yazmasını sağlayabilir. Böylelikle bir yandan kiralanan teslim edilmeden önce yazılı tahliye taahhüdü alınırken diğer yandan aranan şekil şartı yerine getirilmiş olur. *Akçaal* her ne kadar bahse konu zayıflığa dikkat çekse de mevcut düzenlemeye nazaran ek unsurlar içeren bir şekil şartının, kiracıyı daha fazla düşünmeye sevk edeceğine vurgu yaparak nitelikli yazılı şekil şartı düzenlemesinin yerinde olacağını ifade etmektedir¹⁰⁸.

4. Kiracının Derhal Protesto Çekmesi veya Dava Açması Gerektiği Görüşü

Öğretide *Tandoğan*, boş veya ileri tarihli tahliye taahhütleri bakımından farklı bir çözüm önerisi geliştirmiştir. Yazar, uygulamada kira sözleşmesi yapılırken üzerinde tarih taşımayan veya ileri tarihli yazılı tahliye taahhütlerinin kiraya verenler tarafından alındığına vurgu yaparak böyle bir taahhütname veren kiracının hemen noter vasıtasıyla kiraya verene bir protesto çekmesinin uygun olacağını, gerekiyorsa taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin bir dava açarak söz konusu taahhüdün ilerleyen zamanlarda kendisi aleyhine kullanılmasını engelleyebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Eren, *Genel*, 327, N. 898; Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), 77.

¹⁰⁶ İnceoğlu, *Kira*, 433; Akçaal, "Tahliye," 961

¹⁰⁷ Akçaal, "Tahliye," 961.

¹⁰⁸ Akçaal, "Tahliye," 961.

¹⁰⁹ Tandoğan, *Özel*, 198.

5. Yazılı Tahliye Taahhüdünün Tahliye Sebepleri Arasından Çıkarılması Gerektiği Görüşü

Bu görüş ele alınan diğer görüşlerin aksine öğretide yüksek sesle dile getirilen bir görüş değildir. 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6570 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, beyaza imza şeklinde alınan yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin mevcut düzenlemenin kiracı aleyhine olduğu, dolayısıyla kanunun içerik açısından bir an önce değiştirilmesi veya uygulamada kuruma verilen anlam sebebiyle kullanımına son verilmesi gerektiği savunulmuştur¹¹⁰.

6098 sayılı Kanun döneminde kaleme alınan bazı eserlerde ise yazılı tahliye taahhüdünün uygulamada kanuna karşı hile amacıyla kullanılması sebebiyle bu imkânın tamamen ortadan kaldırılmasının da düşünülebileceği ancak sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğu özel hukuk sisteminde böyle bir çözümün makul olmayacağı ifade edilmiştir¹¹¹.

6. Görüşümüz

Önceki başlıklarda ele alınan görüşler, uygulamada yaşanan problemlerin yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin mevcut düzenleme ile çözülemeyeceğini isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu noktada delil ve ispat meselelerine ilişkin içtihat değişiklikleri ile yürürlükteki hukukta yapılması gerektiği ileri sürülen kanuni düzenleme önerileri dikkate değerdir. Bu çalışmada getirilen çözüm önerisi incelenmeden önce söz konusu görüşlerin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Öğretideki ilk yaklaşım HMK m. 202'de düzenlenen senede karşı senetle ispat kuralının boş veya ileri tarihli tahliye taahhütleri bakımından uygulanmaması gerektiğini kabul etmektedir. Teorik açıdan

¹¹⁰ Yalman, "Tahliye," 22.

¹¹¹ Akçaal, "Tahliye," 975. Öğretide *Akıncı* uygulamada sözleşme kurulurken alınan tarihsiz veya ileri tarihli tahliye taahhütlerinin kanunun kiracılara tanıdığı yenileme hakkını boşa çıkardığını, bu sakıncanın giderilebilmesi için yazılı tahliye taahhüdünün tahliye sebebi olmaktan çıkarılmasının düşünülebileceğini ancak böyle bir düzenlemenin irade serbestisi ilkesi ile bağdaşmayacağını, bunun yerine kanuna bir hüküm eklenerek tahliye taahhüdü veren kiracıya taahhüdünden dönme imkânı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. Şahin Akıncı, "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2008): 45.

değerlendirildiğinde boş veya ileri tarihli yazılı tahliye taahhüdünün verildiği hallerde irade bozukluğu hallerinden birinin veya aşırı yararlanmanın bulunduğu kabul etmek oldukça zordur. Zira her bir irade bozukluğu ile aşırı yararlanma hali bakımından belirli şartların sağlanması gerekir. Örneğin korkutmadan bahsedilebilmesi için korkutulanın içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı olması gerekir (TBK m. 38/I). Keza aşırı yararlanma sebebiyle iptal hakkının kullanılabilmesi için karşılık edimler arasında açık bir oransızlığın bulunması, bu oransızlığın zarar gören kişinin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden kaynaklanması ve karşı tarafta yararlanma kastının bulunması gerekir (TBK m. 28/I). Aldatmada ise bir kişinin aktif veya pasif bir davranışı ile diğer şahsı irade beyanında bulunmaya yönlendirmek için o şahısta yanlış bir fikir doğumuna veya mevcut bir fikrin doğrulanmasına ya da devamına kasten yol açması gerekir. Boş veya ileri tarihli yazılı tahliye taahhüdünün alındığı durumlarda söz konusu irade sakatlıklarının oluştuğuna ilişkin bir şüphe oluşsa da her durumda böyle bir ön kabulde yola çıkmak teorik açıdan zor görünmektedir. Bir an için her durumda bu şartların sağlandığı kabul edilse bile kiracının iradesinin sakatlandığına ilişkin tanık başta olmak üzere diğer delilleri elde etmesi hiç de kolay olmayacaktır. *Erdem*'in de isabetli şekilde vurguladığı üzere¹¹², boş veya ileri tarihli tahliye taahhüdü talep eden kiraya veren söz konusu işlem esnasında kiracı dışında başkalarının da hazır bulunmasına çoğunlukla sıcak bakmayacaktır. Kiracı her ne kadar tanık dâhil olmak üzere her türlü delille iradesinin sakatlandığı ispat edebilecek olsa da fiili durum bu ispatı imkânsız hale getirmektedir.

Öğretide *Erdem*¹¹³ söz konusu görüşün bu eksikliğinden yola çıkarak tanıkla ispat imkânının kiracının içinde bulunduğu durumu değiştirmeyeceğini vurgulamış, yazılı tahliye taahhüdünün verildiği hallerde ispat yükünün ters çevrilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümlerin uygulandığı bir kira sözleşmesinde kiracının herhangi bir sebep olmaksızın yazılı tahliye taahhüdü vermesi hayatın olağan akışına aykırıdır. İspat yükü kurallarına göre bir uyumsuzlukta hayatın olağan akışına aykırı bir durumun varlığını iddia eden kişi bu iddiasını ispat külfeti altındadır. Somut bir sebep olmaksızın yazılı tahliye taahhüdünün

¹¹² Erdem, "Tahliye," 496.

¹¹³ Erdem, "Tahliye," 496 vd.

verilmemesi normal iken, taahhüdün verilmesi hayatın olağan akışına aykırı bir hali ifade eder. Dolayısıyla böyle bir taahhüdün varlığı halinde kiraya veren yazılı tahliye taahhüdünün niçin verildiğini ispatlamak durumundadır. Yazar, kiraya verenin hali hazırda kiralananın tahliyesini sağlayabileceği bir ihtimalde süre talep eden ve dava ile muhatap olmak istemeyen bir kiracının verdiği yazılı tahliye taahhüdünün geçerli olduğunu, kiraya verenin bu durumu ispat ederek kiralananın tahliyesinin sağlayabileceğini ifade etmektedir. Bu gibi somut durumların bulunmadığı hallerde ise yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden sonra verildiği ispatlanmadığı için taahhüt geçersiz olacak ve tahliye sağlanamayacaktır. Bu yaklaşım kiracıyı korumaya yönelik olsa da bir hukuki işlemin saikine oldukça fazla anlam atfetmektedir. Saik, tarafları bir hukuki işlemi yapmaya sevk eden, geçmişe, şimdiye veya geleceğe ait çok çeşitli, her kişiye ve duruma göre değişebilen tasavvurlardır¹¹⁴. Hukuk, kural olarak saiki dikkate almaz¹¹⁵. Yukarıda örnek verilen hal bakımından saikin ispatı nispeten kolay olsa da her durumda hukuki işlemin saikini tespit etmek mümkün olmayabilir. Hukuki işlemin kurulması ve geçerliliği bakımından saikin açıklanması da gerekmez. Kiraya verenin her durumda hukuki işlemin saikini ispat etmesini aramak, hukuk düzeninin önem vermediği saiklerin ispat problemi yüzünden işlemin geçersizliği sonucunu doğurmasına sebep olabilir. İspat yükünün ters çevrilmesine ilişkin bu görüş boş veya ileri tarihli tahliye taahhütleri bakımından kiracıyı koruyacak nitelikte olsa da kiraya verenin kolay bir şekilde ispatlayamadığı saiklerle yapılan yazılı tahliye taahhütlerinin geçersizliği sonucunu doğurabilir.

Öğretide ileri sürülen bir diğer çözüm önerisi, yazılı tahliye taahhütleri bakımından nitelikli yazılı şeklin getirilmesi gerektiği görüşüdür. Bu görüşün isabetli bir şekilde vurguladığı üzere, düzenleme tarihi ile tahliye tarihinin kiracının el yazısıyla yazılması şartı kiracıyı bir nebze de olsa koruyacaktır. Zira bu ihtimalde kiraya veren, boş bir şekilde aldığı taahhüdü kendisi doldurarak tahliyeyi sağlayamaz. Ne var ki bu tip bir düzenleme de kiracıyı tam olarak koruyamayabilir. Nitekim kiraya veren sözleşmenin yapıldığı sırada bu tarihlerin kiracı tarafından yazılmasını sağlayarak tahliye taahhüdünü alabilir. Ancak mevcut düzenleme ile kıyaslandığında nitelikli yazılı şekil şartı getirilmesinin kiracıyı daha fazla düşünmeye sevk etmesi kiracı bakımından olumlu olacaktır.

¹¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 118, N. 43.

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Genel*, 118, N. 43.

Öğretide *Tandoğan* kiracının hemen noter aracılığıyla protesto çekmesi ve lüzum halinde dava açması gerektiğini savunsa da kiracı açtığı davada ispat bakımından oldukça zorlanacaktır. Zira davada ileri sürdüğü husus, boş veya ileri tarihli bir taahhüdün verildiğine ilişkindir. Kiraya veren çoğunlukla tek nüsha halinde düzenlenen tahliye taahhüdünü almadığını ileri sürerek bu iddiaya karşı koyacak, kiracı bakımından söz konusu ispat zorlukları varlığını devam ettirecektir.

Öğretide ileri sürülen son görüş ise yazılı tahliye taahhüdünün tahliye sebepleri arasından çıkarılmasıdır. Uygulamada kuruma verilen anlam sebebiyle bu tip bir düzenlemenin yapılabileceği bir an olsun akla gelse de irade serbestisinin hâkim olduğu borçlar hukuku sistemimizde yer alan bu kurumun kaldırılması uygun olmayacaktır. Konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin sözleşmelerde kiracıyı korumaya yönelik sosyal bir anlayış hâkim olsa da irade serbestisinin yansımaları olan bir müesseseyi tamamen kaldırmak yerine eksikliklerini gidermek temel yaklaşım olmalıdır.

Tüm bu görüşler incelendikten sonra yazılı tahliye taahhüdü bakımından benimsenmesi gereken anlayış, tahliye taahhüdünün geçerliliği için nitelikli yazılı şekil getirilmesi gerektiğine ilişkin görüşün çizdiği çerçeve üzerinde olmalıdır. Bu görüşün de isabetli şekilde vurguladığı üzere, yazılı tahliye taahhütleri bakımından ağır bir şekil şartının getirilmesi, kiracıyı daha fazla düşünmeye sevk edecektir¹¹⁶. Ancak bizim önerdiğimiz sistem, şekil şartını bir adım daha ileri götürerek tahliye taahhütlerinin geçerliliğini taahhüdün noterde düzenlenmesine bağlamaktadır¹¹⁷. Bu tip bir farklılaşmayı

¹¹⁶ Şekil kural olarak tarafları düşünmeye sevk etmek ve acele karar vermelerini önlemek suretiyle onları korumayı amaçlar. Şekil zorunluluğu, önemi taraflarca idrak edilmesi gereken sözleşmeler bakımından gündeme gelmektedir. Bu hususta bkz. Altaş, *Şekle Aykırılık*, 65.

¹¹⁷ Tahliye taahhüdüne kaynaklık eden kira sözleşmesi bakımından kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemesine rağmen, bu sözleşmeyi sona erdirebilecek tahliye taahhütleri için çok daha ağır bir şekil şartının (resmi şekil) getirilmesinin, Anayasanın 13'üncü maddesinde düzenlenen "ölçülülük" ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği de yanıtlanması gereken bir sorudur. İlgili hükme göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" 1982 tarihli Türk Anayasası, kural olarak, liberal hukuk düzeni ve piyasa ekonomisini esas almış, özel mülkiyet, sözleşme ve girişim özgürlüğünü ise bu düzenin temel ilkeleri olarak kabul etmiştir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 48'inci maddesinde herkesin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu güvence altına alınmıştır.

kabul etmemizin temel sebebi ise nitelikli yazılı şeklin getirdiği korumanın tarafların içinde bulunduğu durum sebebiyle daha kolay aşılabilir olmasıdır. Zira kira sözleşmesinin akdedildiği ortam resmi olmayan bir ortamdır. Kiraya veren, kiracının konut ihtiyacı içinde olmasını değerlendirerek kiralanan henüz teslim edilmeden düzenleme ve tahliye tarihlerinin kiracının el yazısı ile doldurulmasını kolaylıkla sağlayabilir. Tahliye taahhüdünün noterde düzenlendiği durumlarda ise taraflar söz konusu hukuki işlemi yapmak üzere noter masraflarını da göze alarak notere gideceklerdir. Hem kira sözleşmesinin dışında başka bir hukuki işlem tesis edilmesi hem de bu işlem bakımından da masraf yapılması, kiracının yaptığı hukuki işlemin sonuçlarının ağırlığını daha fazla değerlendirmesine sebep olur. Bunun yanında noter aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işlemin taraflarının hukuki ve maddi konuları iyice anlamalarını, işlemin dayanaklarını doğru tespit etmelerini ve gerçek irade beyanlarını ortaya koymalarını sağlayacaktır¹¹⁸. Bu doğrultuda tarafları hukuki bilgisiyle aydınlatacak, işlemin hukuki sonuçları hakkında onları bilgilendirecek ve sorduğu sorularla onları daha dikkatli düşünmeye sevk edecektir. Özellikle kira sözleşmesinin ne zaman kurulduğu ve kiralananın ne zaman teslim edildiğine ilişkin sorular ile tahliye taahhüdünün kiralananın tahliyesine sebep olabileceğine ilişkin

Anayasal düzlemde korunan sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma, sözleşmenin içeriğini düzenleme ve şekil özgürlüğü gibi çeşitli özgürlükleri bünyesinde barındıran şemsiye bir kavramdır. Tahliye taahhüdü için getirilecek resmi şekil şartı, sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü ve şekil özgürlüğünü sınırlandırabilecek niteliktedir. Ancak kanaatimizce bu tip bir sınırlama AY m. 13'te düzenlenen "ölçülülük" ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira ölçülülük; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşur. Tahliye taahhüdü bakımından getirilecek şekil şartının elverişli ve gerekli olduğu, daha önceki başlıklarda ayrıntılı bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu tip bir düzenleme orantılılık ilkesini de zedelemeyiz. Zira kanun koyucu, mevcut durumda da tahliye taahhüdüne kaynaklık eden kira sözleşmesinin geçerliliğini herhangi bir şekilde yapılmasına bağlamamışken, tahliye taahhüdünün adi yazılı şekilde yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Uygulamada yaşanan sorunlar ile konut ve çatılı işyeri kiralarında güdülen sosyal amaç düşünüldüğünde, daha ağır bir şekil şartı getirilmesi orantılılık ilkesini ihlal etmeyecektir. Zira bu sınırlama sözleşme özgürlüğünün özüne dokunacak nitelikte olmayıp onu tümüyle kullanılmaz hale getirmemektedir. Ölçülülük ilkesi hakkında bkz. AYM, E. 2009/59, K. 2011/69, T. 28.04.2011; AYM, E. 2013/160, K. 2014/117, T. 03.07.2014, www.lexpera.com.tr, E.T.07.05.2023.

¹¹⁸ Noterin aydınlatma yükümlülüğü hakkında bkz. Cenk Akil, "Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2012): 221-222.

bilgilendirme, kiracının tahliye taahhüdünün sonuçları hakkında daha fazla düşünmesine yol açacaktır. Kiralananın aile konutu niteliği taşıdığı durumlarda noterin aydınlatma yükümlülüğünün olumlu etkileri daha güçlü bir şekilde ortaya çıkacaktır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, yazılı tahliye taahhüdünün düzenlenmesi kira sözleşmesinin sona ermesi ile kiralananın tahliyesi sonucunu doğurabileceğinden, kiralananın aile konutu olduğu durumlarda kira sözleşmesine taraf olmayan eşin de açık rızası aranmalıdır. Yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için bu taahhüdün noterde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir değişiklik yapıldığı takdirde, noter sorduğu sorularla kiralananın aile konutu olup olmadığını öğrenecek, böylelikle tarafların özgür iradesine dayanan bir taahhüdünün geçersizliğinin önüne geçilecektir. Tahliye taahhüdünün düzenlendiği ortam ve düzenlenme şekli ile önerdiğimiz bu sistem kiracıyı koruma hususunda mevcut düzenleme ve diğer çözüm önerilerine göre daha elverişlidir. “Mürekkap yaş tayininin”¹¹⁹ uygulamada çok fazla yaygınlaşmaması da söz konusu değişiklik önerimizi destekleyen bir durumdur. Nitekim bu yöntem hayata geçirilebildiği takdirde uygulamada yaşanan sorunların bir kısmı çözülebilir. Zira bu yöntemle mürekkebin yaşı bağıl veya mutlak olarak belirlenebilmektedir¹²⁰. Tahliye taahhüdünün boş veya ileri tarihli verildiği hallerde, mürekkebin yaşı bağıl veya mutlak olarak belirlenebilirse tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce verilip verilmediği de tespit edilebilir. Ancak bu yöntem uygulamada kabul edilinceye ve yaygınlaşmıncaya kadar mevcut sorunlar devam edecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki sunduğumuz çözüm önerisi de kiracıyı tam olarak koruyamayabilir. Zira kiraya veren kira sözleşmesinin akdedildiği sırada bulunan psikolojik üstünlüğünü kullanarak kiralananı teslim etmeksizin tahliye taahhüdünün noterde düzenlenmesini sağlayabilir. Kiracı, içinde bulunduğu konut ihtiyacı sebebiyle kiralananı henüz teslim almamasına karşın noterdeki beyanlarında söz konusu kira sözleşmesinin tahliye taahhüdünden önce akdedildiğini ve bu sözleşmeye istinaden kiralananı kullanıma elverişli bir şekilde teslim aldığını ifade edebilir. Bu durum ilk bakışta noterde

¹¹⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Salih Cengiz, “Adli Belge İncelemelerinde İmza ve Yazının Mürekkep Yaşı Tayini,” *Adli Bilimler Dergisi* 12, no. 1, (2013): 7 vd.

¹²⁰ Bağıl yaş, aynı belge üzerinde aynı formüle sahip olan iki mürekkepten hangisinin önce hangisinin sonra yazıldığının tespit edilmesidir. Buna karşın mutlak yaşta mürekkep başka bir mürekkeple karşılaştırılmamaktadır. Bu yöntemde mürekkebin kendi fizikokimyasal özelliklerinden elde edilen delillerle yaş tayini yapılır. Bu hususta bkz. Cengiz, “Mürekkap Yaşı,” 12.

düzenlenecek tahliye taahhütlerinin kiracı bakımından daha ağır sonuçlar doğuracağı izlenimini uyandırmaktadır. Nitekim tahliye taahhüdünün noterde düzenlendiği hallerde kiracı artık imzaya itiraz edemeyecektir. Bu da kiralanan taşınmazın tahliyesinin icra yoluyla istendiği durumlarda kiracının aleyhine olabilecek bir durumdur. Zira mevcut halde kiracı yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin bir tahliye emri aldığı anda imzayı inkâr ederek süreci genel mahkemelere (sulh hukuk mahkemesi) taşıyabilmektedir¹²¹. Tahliye taahhüdünün noterde düzenlendiği bir ihtimalde ise kiraya veren icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını isteyebilecektir (İİK m. 275/I). Bu halde kiracının elinde kira sözleşmesinin yenilendiğine veya uzatıldığına ilişkin noter tarafından düzenlenmiş ya da onaylanmış yahut tarih ve imzası kiraya veren tarafından ikrar edilmiş bir belge yoksa icra mahkemesi itirazın kaldırılmasına karar verir (İİK m. 275/II). Kiracı, itirazın kaldırılması üzerine tahliye ve teslim gerçekleştirildikten sonra genel mahkemede dava¹²² açabilir (İİK m. 275/IV).

Bu çalışmada kabul edilen görüşün kiracının durumunu ağırlaştırabileceği eleştirisi tam da bu husus bakımından ileri sürülebilir. Zira kiracı, mevcut durumda adi yazılı şekilde düzenlenen bir yazılı tahliye taahhüdünde yer alan imzaya itiraz ederek süreci genel mahkemelere taşıyabilmekteyken, önerilen sistemde imzaya itiraz etme ihtimali ortadan kaldırılmaktadır. Ancak mevcut düzenleme bakımından da sonuç aynıdır. Nitekim kiracı imzaya itiraz etse de boş veya ileri tarihli bir tahliye taahhüdündeki imza kendisi tarafından atılmıştır. İradesinin sakatlandığına ilişkin bir tanık da bulamayacağı için iddiasını ispatlayamayan kiracı bakımından genel mahkemede devam eden bir sürecin sonucu da

¹²¹ Yargıtay İBK. T. 04.12.1957, E. 1957/11, K. 1957/26, www.legalbank.net, E.T.07.05.2023. Ayrıca bkz. İnceoğlu, *Kira*, 427; Tandoğan, *Özel*, 198; Doğan, "Kira," 341.

¹²² Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki genel mahkemede kiracının iddiası, noter senedinin sahteliğine ilişkin değildir. Zira düzenleme şeklindeki noter senetlerinde, noterin şahsi gözlemlerine dayanmayan, hukuki işlemin taraflarınca notere beyan edilerek noter tutanağına işlenen hususların aksi sahtelik iddiasında bulunulmasını gerektirmeden ispat edilebilir. Nitekim noter sadece tarafların kendi önünde açıkladığı hususları olduğu gibi tutanağa geçirmiş, tarafların beyanlarının konusunu oluşturan olayların doğruluğunu araştırmamıştır. Kira sözleşmesinin akdedildiği tarih ile kiralananın ne zaman teslim edildiğine ilişkin hususlar da taraflarca nakledildiği için bu hususların aksi sahtelik iddiasında bulunulmasını gerektirmeden ispat edilebilecektir. Bu hususta bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Noter Senetlerinde Sahtelik* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 163.

değişmeyecektir. Buna ek olarak dava kiraya veren lehine sonuçlanırsa, kiracı İİK m. 275/V hükmü uyarınca para cezasına mahkûm edilecektir. Kiracı ekonomide yüksek enflasyonun geçerli olduğu bir dönemde çoğu zaman yazılı tahliye taahhüdünde bulunan imzayı kendisi atsa bile bu imzaya itiraz edecek ve sürecin uzamasını tercih edecektir. Bu sayede dava tahliye ile sonuçlansa bile aradaki dönemde konut ve çatılı işyerinde kalmaya devam edecek ve enflasyonist ortamın avantajlarından faydalanacaktır. Ancak bu noktada hukukun hangi prensipleri koruması gerektiği sorusuna da cevap vermek gerekir. Hukuk kurallarının amacı, kişinin kendi attığı bir imzayı inkâr ederek enflasyonun ve dava sürecinin uzunluğunun yarattığı ekonomik sonuçlardan faydalanmasını sağlamak değildir. Bazı hukuk düzenlemeleri birtakım sosyal amaçlar taşısa da hukukun çizdiği çerçeve belirlidir. Bu noktada yapılması gereken özel hukukun temel ilkeleri ile sosyal amaçlı hukuk kurallarını uzlaştırmaktır. Dolayısıyla konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından bir tahliye sebebi olan tahliye taahhüdünün daha resmi bir ortamda, tarafları daha fazla düşünmeye sevk edecek bir şekilde yapılmasının sağlanması önem arz etmektedir. Bu da tahliye taahhüdünün geçerliliğinin noterde düzenlenmesi şartına bağlanmasıyla mümkün olabilir.

Bunun yanında uygulamada tahliye taahhüdüne ilişkin ortaya çıkan sorunlara dair ileri sürdüğümüz çözüm önerisini bir adım daha ileri götürme fikri de akla gelebilir. Yani tahliye taahhüdünün verildiği hallerde, taahhüdün konusu olan kira sözleşmesinin de noterde düzenleme şeklinde yapılmasının şart koşularak yukarıda açıklanan tüm meselelerin çözüme kavuşacağı düşünülebilir. Gerçekten de böyle bir düzenleme, uygulamada yaşanan söz konusu problemlerin önüne geçebilir. Zira bu ihtimalde kira sözleşmesi önce noterde düzenleme şeklinde akdedilecek, daha sonra bu sözleşme ibraz edilerek tahliye taahhüdü yine noterde düzenlenecektir. Her iki hukuki işlemin de noterde düzenlenmesi, tarih ve imza konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldıracaktır. Bu öneri kabul edildiği takdirde kira sözleşmesi ile tahliye taahhüdü aynı tarihte düzenlenemeyeceği için kiracının eli güçlenmiş olacak ve özgür iradesine dayanmayan bir tahliye taahhüdü vermek zorunda kalmayacaktır. Ancak kiraya veren, kiracıya baskı yapmak amacıyla kiralananı kullanıma elverişli bir şekilde teslim etmediği takdirde kiracı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurabilecektir. Ne var ki bu tip bir düzenlemenin yapılması kira sözleşmesinin başlangıçta resmi şekilde yapılmadığı ancak sonradan tahliye taahhüdünün düzenlenmesinin istendiği durumları dışlayacaktır. Kiracı ve kiraya verenin yazılı tahliye

taahhüdü düzenlemeye ilişkin bir düşüncesinin olmadığı, sözlü veya adi yazılı şekilde akdedilen kira sözleşmesine dayanan bir kira ilişkisinde, daha sonra tahliye taahhüdü verilmesini gerektirecek bazı sebeplerin ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir. Yukarıda bahsedilen çözüm önerisi ihtimalinde kira sözleşmesi bakımından da resmi şekil şartı aranacağı için taraflar bu tahliye taahhüdünü düzenleyemeyecek, bu da irade serbestisine aykırılık teşkil edecektir. Bu tip durumları istisna kapsamında değerlendirecek bir düzenleme de niteliği itibarıyla çok kazuistik bir düzenleme olacak, genel ve soyut nitelikte bir hükmün kaleme alınmasını imkânsız hale getirecektir.

Sonuç itibarıyla tahliye taahhüdünün noterde düzenleme şeklinde yapılmasına ilişkin kanuni şekil şartı getirilmesi önerimiz, ortaya çıkarabileceği birtakım sakıncalara rağmen mevcut uygulama ve öğretideki diğer fikirlere nazaran üstün tutulmalıdır. Bu noktada uygulamada hukuk kurallarına verilen anlamla iktisadi hayat arasındaki yakın bağlantıyı da göz ardı etmemek gerekir. Sosyal bir amacın da güdüldüğü hukuk alanlarında her durumda “kusursuz” bir hukuki düzenleme yapmak, bu bağlantı sebebiyle oldukça zor görünmektedir.

Sonuç

Yazılı tahliye taahhüdü, konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin sözleşmeleri dava yoluyla sona erdiren bir tahliye sebebidir. Tahliye taahhüdünün hukuki niteliği öğretide oldukça tartışmalıdır. Kanaatimizce, tahliye taahhüdünün hukuki niteliği belirlenirken ikili bir ayırmadan yola çıkılabilir. Bu kapsamda, taahhütte yer alan tahliye günü kira döneminin sonuna rastlıyorsa tek taraflı bir hukuki işlemde bahsedilir. Zira kiracı tahliye taahhüdü düzenlenmemiş olsa bile konut ve çatılı işyerine ilişkin belirsiz süreli kira sözleşmesini her zaman (genel hükümlere göre fesih dönemi ve fesih bildirim sürelerine uyarak), belirli süreli kira sözleşmesini ise sürenin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunarak kiraya verenin kabulüne gerek olmaksızın sona erdirebilir. Bu hakka sahip olan kiracı, kira döneminin sonuna rastlayan bir yazılı tahliye taahhüdünü de kiraya verenin katılımı olmaksızın evleviyetle düzenleyebilir. Ancak bu durumda yazılı tahliye taahhüdü niteliği itibarıyla yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkının kullanılması değildir. Bu ihtimalde tahliye taahhüdü fesih ihbarından ziyade kiraya veren açısından bir tahliye sebebi yaratarak kiralananın tahliyesini sağlayan, kiracının kendi özgür iradesiyle kanunun kendine sağladığı korumadan vazgeçtiği tek taraflı bir hukuki işlemidir. Tahliye taahhüdünde yer alan tahliye gününün kira döneminin içine rastladığı hallerde ise kiraya

verenin de kabulünün gerektiği bir ikale sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Zira bu ihtimalde kiracıya sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmamıştır. Nitekim TBK m. 325/I'de kiracının sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde kira sözleşmesinden doğan borçlarının kiralananın benzer koşullara kiraya verilebileceği makul bir süre için devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla tahliye gününün kira döneminin sonuna rastlamadığı hallerde hukuki işlemin tesis edilebilmesi için kiraya verenin de irade beyanı aranır. Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki tahliye taahhüdü, ister tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilsin isterse de bir ikale sözleşmesi olarak kabul edilsin her iki durumda da kanuni bir şart ve vadeye bağlanmıştır. Burada şart kiraya verenin boşaltma tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde icra takibi başlatması veya tahliye davası açmasıyla, vade taahhütte bulunan boşaltma tarihidir.

TBK'da konut ve çatılı işyeri kiralalarının dava yoluyla sona erdirilebilmesine ilişkin sebepler, sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) dikkate alınarak düzenlenmiştir. Sınırlı olarak düzenlenen tahliye sebepleri arasında konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin korumaların en kolay şekilde aşılabildiği durum ise tahliye taahhüdüdür. Her ne kadar kanun koyucu tahliye taahhüdünün kiracının özgür iradesine dayanmasını güvence altına almak için bu taahhüdün kiralananın tesliminden sonra verilmesi gerektiğini öngörse de kuruma uygulamada verilen anlam sebebiyle bu amaca ulaşamamaktadır. Tahliye taahhüdünün geçerliliği için adi yazılı şeklin yeterli olması, kiraya verenlerin boş veya ileri tarihli tahliye taahhüdü talep etmesi sonucunu doğurmuştur. Konut ihtiyacı içinde bulunan kiracılar ise bu ihtiyacın bir sonucu olarak kiralananı henüz teslim almadan tahliye taahhüdü vermeyi kabul etmektedir. Kiralanan teslim edilmeksizin alınan tahliye taahhütleri kesin hükümsüz olsa da ispata ilişkin problemler sebebiyle kiracı bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumu engellemek adına öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce bu mesele tahliye taahhütlerinin geçerliliğinin noterde düzenleme şeklinde yapılmasına ilişkin kanuni bir şekil şartının getirilmesiyle belirli ölçüde çözüme kavuşturulabilir. Bu içerikte bir düzenleme yapılması, imza ve tarih hususunda ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları ortadan kaldıracak, kiracıyı daha fazla düşünmeye sevk edecektir. Ayrıca tahliye taahhüdünün noterde düzenleme şeklinde yapılması, kiralananın aile konutu niteliği taşıdığı hallerde diğer eşin açık rızasının bulunup bulunmadığı sorununun da önüne geçecektir. Zira noter, tahliye taahhüdü düzenlendiği sırada soracağı sorularla kiralananın aile konutu olup olmadığı ve diğer eşin bu tahliye taahhüdüne rıza gösterip göstermediği

hususunu aydınlatacaktır. Meselenin tam manasıyla çözülebilmesi için tahliye taahhüdüne kaynaklık eden kira sözleşmesinin de noterde düzenlenmesine yönelik bir şekil şartı öngörülebileceği fikri akıllara gelebilir. Ancak bu tip bir değişiklik de irade serbestisini ihlal eden kazuistik bir düzenleme riskini bünyesinde barındırdığından yalnızca tahliye taahhüdü bakımından resmi şekil şartı getirilmesi daha isabetli olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- Akçaal, Mehmet. “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2022): 949-972.
- Akıncı, Şahin. “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2008): 33-50.
- Akil, Cenk. “Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2012): 217-233.
- Alangoya, Yavuz. *Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Altaş, Hüseyin. *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- Altuntop, Merve. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 19, no. 5 (2014): 517-542.
- Aral, Fahrettin, ve Ayrancı Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Aydemir, Efrail. *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydoğdu, Murat, ve Kahveci Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Becker, Hermann. *Allgemeine Bestimmungen, Art. 13-15, OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 1945.
- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- Burcuoğlu, Halûk. “6570 S. GKHK’da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması.” *İstanbul Barosu Dergisi* 58, no. 10-11-12 (Ekim, Kasım Aralık 1984): 637-647. (Burcuoğlu, Kira Dönemi).
- Burcuoğlu, Halûk. *Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993. (Burcuoğlu, Tahliye).
- Cengiz, Salih. “Adli Belge İncelemelerinde İmza ve Yazının Mürekkep Yaşı Tayini.” *Adli Bilimler Dergisi* 12, no. 1, (2013): 7-18.

- Ceran, Mithat. *Kira Sözleşmesi Tahliye*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Çetiner, Bilgehan, Furrer Andreas ve Müller-Chen Markus. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Doğan, Murat. “Kira Sözleşmeleri.” İç. *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, Editörü M. Turgut Öz. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Doğu, Hakkı Mert. *Kanuna Karşı Hile*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023. (Doğu, Hile).
- Doğu, Hicret. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Tahliye Taahhüdü.” *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Ocak 2021): 33-48. (Doğu, Tahliye).
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1997.
- Erdem, Mehmet. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 145-146 (2016): 481-506.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021. (Eren, Genel).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021. (Eren, Özel).
- Erişgin, Nuri. “İlk Kira Sözleşmesinden Sonra Sürekli Alınagelen Tahliye Taahhütlerinin Geçerliliği Üzerine.” *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, no. 110 (2001): 93 vd.
- Feyzioğlu, Necmettin Feyzi. *Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, C. I, 1980.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Kira Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Hasenböhler, Franz. “Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB).” İç. *Zürcher Kommentar*, Editörü Verena Bräm. Zürih: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998.
- İnal, Emrehan. *Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2004.
- İnceoğlu, Murat. *Kira Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, C. 2, 2014.
- İpek, Eyüp. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 102 (2012): 59-92.

- Jäggi, Peter. “*Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*.” İç. *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Art. 13*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, C. I, 2017.
- Kramer, Ernst A. ve Schmidlin Bruno. “Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen.” İç. *Berner Kommentar*, Editörü Arthur Meier-Hayoz. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986.
- Müller, Christoph. “OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen.” İç. *Berner Kommentar*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2019.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Noter Senetlerinde Sahtelik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Sağlam, İpek. “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar.” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (Temmuz 2023): 29-47.
- Sırataş, Burcu. *Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şıpka, Şükran. *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004.
- Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Evrim Yayınları, C. I/2, 1989.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Halûk ve Altop Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Topçuoğlu, Hamide. *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*. İzmit: Selüloz Basımevi, 1950.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Sermet Matbaası, C. 2, 1977.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.

- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev. Cevat Edege. Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.
- Yalman, Süleyman. “Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (2005): 7-22.
- Yavuz, Cevdet, Acar Faruk ve Özen Burak. *Borçlar Hukuku Derleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Yavuz, Nihat. *6098 sayılı TBK'ya Göre Kira Sözleşmesinin Feshi ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Davaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Zeiter, Alexandra, ve Schlumpf Michael. “Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG.” İç. *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Editörleri Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo. Zürih, Basel, Cenevre: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Zevkliler, Aydın, ve Gökyayla Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- www.lexpera.com.tr.
- www.legalbank.net.
- normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr.
- relevancy.bger.ch.

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE USULE İLİŞKİN HAKSIZ ŞARTLAR

Unfair Terms Regarding the Procedure in Consumer Contracts

Gökberk ÖZSÖKER*

ÖZ

Makalede, öncelikle medeni usul hukukunda irade özerkliği ve usul sözleşmesi kavramları incelenmektedir. Bu sözleşmelerdeki genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırılıkları itibariyle sözleşmede kullanılan karşı tarafına makul derecenin üzerinde dezavantaj oluşturabilirler. Tüketici sözleşmelerinde, genel işlem koşullarının hukuki soruna yol açacak biçimde kullanılmasının doğuracağı sonuç açıklığa kavuşturulmalıdır. Böyle bir durumda, genel işlem koşulları, sözleşmenin içeriğine etki etmezler. İkinci olarak makalede, 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/AET sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Konsey Direktifi çerçevesinde haksız şart kavramına değinilmektedir. Genel işlem koşullarında adil olmayan niteliği değerlendirmek için, hukuki ölçütlerin genel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Direktif, bir asgari uyumlaştırma şartıdır. Direktif, sözleşmelerin usul yönünden de denetimini içerir. Son olarak konu Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nde, haksız şartlara örnek olarak yer alan tahkim sözleşmesi, mevcut delilin tüketici tarafından gösterilmesinin ölçüsüz derecede sınırlandırılması sonucunu doğuran delil sözleşmesi ve ispat yükü sözleşmesi ile ele alınacaktır. Ayrıca yetki sözleşmesi de gözden geçirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Şartlar, Tahkim, Delil Sözleşmesi, İspat Yükü, Yetki Sözleşmesi.

Makalenin Geliş Tarihi: 20.09.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.12.2023.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: gokberk.ozsoker@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4961-1331.

ABSTRACT

This article, first examines the concepts of party autonomy and procedural agreement within the ambit of law of civil procedure. General terms covered in these contracts could have unreasonably negative impacts when they are contrary to the good faith requirement. The consequence of the use of general terms in consumer contracts in a way that causes question of law should be clarified. Under this circumstance, mentioned terms would be regarded as ineffective. Second, it delves into the concept of unfair terms within the context of the Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts. It is necessary to regulate in a general way the criteria for law for assessing the unfair character of general terms. The Unfair Terms in Consumer Contracts Directive is a minimal harmonization clause. It has also procedural controls on contracts. Finally, the article concludes with elaboration upon arbitration agreement, agreements resulting in disproportionate limitation of the offering and presenting evidence by consumer, and agreement to determine the burden of proof, which are indicative of unfair terms pursuant to the Annex of Regulation on Unfair Terms in Consumer Contracts. Venue agreement is also analyzed.

Keywords: Unfair Terms, Arbitration, Evidence Agreement, Burden of Proof, Venue Agreement.

GİRİŞ

İrade özerkliği, sözleşme özgürlüğünün özünü oluşturur¹. Bu bakımdan yedek hukuk kuralları, tarafların serbestçe hareket edebilecekleri alanı da gösterir². Böylece taraflar, esnek bir düzenleme alanına kavuşurlar. Ne var ki günümüzde, sözleşmelerin emredici hukuk kuralları bakımından da özel bir denetime tâbi tutulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Söz konusu ihtiyaç, özellikle

¹ Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz, 1993), 362-363; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1 (İstanbul: Vedat, 2023), 24-25; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası (Ankara: Seçkin, 2014), 76; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı (Ankara: Legem, 2023), 17; Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2. Tıpkı Baskı (İstanbul: Filiz, 2014), 311.

² Tekinay ve diğerleri, *Borçlar*, 371-372; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 184; Eren, *Borçlar*, 365-366; Işıktaç, *Sözleşme*, 316-317.

genel işlem koşullarına da sıkça yer verilen ve taraflardan birinin daha zayıf konumda olduğu tüketici hukukunda kendisini göstermektedir³.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 5. maddesinde özel bir terim olan “*haksız şart*” ifadesi kullanılmıştır. Buna göre haksız şart, “*tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*”.

Kanun, haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartlarının *yönetmelikle* belirlenmesini öngörmüş (TKHK m. 5, 9), bu doğrultuda Ticaret Bakanlığı tarafından, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁴ yayımlanmış olup, Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki ile de haksız şart örnekleri gösterilmiştir.

Haksız Şartlar Yönetmeliği ile Eki'nin usul hukukuna etkisi ve bu alanda doğurduğu sonuçların 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla (HMK) ilişkisinin ve uyumunun ortaya konulması gerekir.

Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki'nin 1. maddesinin “n” bendinde, usul sözleşmelerinde haksız şartların neler olabileceği örneklendirilmiştir.

Çalışmamızın sınırlandırılması açısından usul sözleşmelerinin tamamı değil; Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki'nde yer alan usul sözleşmeleri yol gösterici olacaktır.

I. USUL HUKUKUNDA İRADE ÖZERKLİĞİ VE SÖZLEŞME

A. Usul Hukukunda İrade Özerkliği

İrade özerkliği, tek taraflı veya iki ya da çok taraflı irade aracılığıyla hukukî sonuç doğurmaya yönelik işlemlerin serbestçe yapılmasına hizmet eder⁵. Bu anlamda tek taraflı işlemler, sözleşme veya kararlardan söz edilebilir.

İrade özerkliğinin “*sözleşme*” yoluyla kullanılması, tarafların kanunlarda öngörülen emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı olmayacak şekilde

³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 176; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 307-308; Eren, *Borçlar*, 228.

⁴ RG. 17.06.2014, S. 29033.

⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 24; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 76; Eren, *Borçlar*, 16.

karşılıklı olarak diledikleri biçim ve içerikte anlaşma yapabilmelerine olanak sağlar⁶.

Borçlar hukukunun dışında, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukukunun da dahil olduğu diğer medeni hukuk alanları ile idare hukukunda da sözleşmelerle çeşitli hukuki ilişkiler meydana getirilmektedir⁷. Bu alanların bir kısmında örneğin borçlar hukukunda olduğu üzere taraflar bakımından daha geniş bir hareket alanı veya serbestiden söz edilebilirken; yine özel hukuka ait olmakla birlikte örneğin eşya hukukunda bu özgürlüğün sınırlandığı görülmektedir.

Konuya özel hukukun hayata geçirilmesinin bir aracı olan ve şekil hukukuna giren bir disiplin olan usul hukuku açısından bakıldığında sözleşme özgürlüğünün sadece borçlar hukukuna değil; bir bütün olarak hukuka aidiyetinin kabulü, irade özerkliğinin usul hukukunda da belirli düzeyde etkisi olduğuna işaret etmektedir⁸. Usul hukuku alanında da usuli ilişkinin tarafı olan kimselerin Kanunda öngörülmeleyen bir sözleşmeyi serbest iradeleri ile yapıp yapamayacakları tartışma konusudur.

Kanuna veya ahlâka aykırı olmadığı sürece her türlü usul sözleşmesi yapılabileceğine ilişkin liberal görüşlerin karşısına klasik görüş olarak akdî dava yasağı görüşü çıkmış ve kamu hukukuna ait bu alanda Kanunda öngörülenler dışında sözleşme yapılamayacağı ileri sürülmüştür⁹.

⁶ Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 24; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 76; Eren, *Borçlar*, 16-17.

⁷ Detlev Joost, "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1685; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 38.

⁸ Alangoya, *Tahkim*, 39.

⁹ Akdî dava yasağı (Verbot des Konventionelprozess), tarafların usuli ilişkiyi sözleşme yapmak suretiyle serbestçe belirleyemeyeceklerini üç gerekçe ile ifade etmektedir: Yargılama hukukunda irade özerkliği değil, akdî dava yasağı geçerlidir. Yargılama hukuku tarafların iradesini mahkemeye tek taraflı işlemler yoluyla bildirmesine olanak tanır. Öte yandan yargılama süreci içindeki aşamalar ortaya çıkmadan önceki bir dönemde tarafların tasarruf etmesi onlar bakımından risklidir; zira bu aşamada söz konusu yetkilerin önemi bilinmeyebilir [Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İsbat Yükü*, 2. Bası (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980), 13; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 278]; Tanrıver'e göre de devletin özel hukuk alanında yargı yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin kural ve ilkeler medeni usul hukuku alanında yer almaktadır; akdî muhakeme caiz değildir ve borçlar hukukundaki gibi sözleşme özgürlüğünün kapsamını belirleyen

Buna karşılık doktrinde uzlaştırıcı olarak ifade edilebilecek bir görüş, “*kanun, yasaklamadığı şeye izin vermiş olabilir; ancak buna izin vermek zorunda değildir*” şeklinde bir formülasyon ile somut olarak üzerinde tasarruf edilmek istenen husus bakımından kamu yararı ve bireysel menfaat karşılaştırması yapılmasını önermiştir¹⁰.

Daha sonra bu görüşe, kamu yararı ile taraf menfaatinin dengelenmesi ve buna göre usul sözleşmesi yapılabilmesi yönüyle eleştiri getirilmiştir. Emredici usul kuralları da maddi (özel) hukuktaki emredici kurallarda olduğu gibi mutlak olarak kamu yararına dayanmaz; aksine taraf menfaatinin adil bir yargılama içinde garanti edilmesi fikrinden kaynaklanır. Kamu yararı, taraf menfaati ile kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda rol oynar. Örneğin, kamuya açıklık ile kısıt adli kaynakların etkili kullanılmasındaki menfaatin belirlenmesinde kamu yararı dikkate alınır. Dolayısıyla usul kanunlarının kendilerine verdiğiinden daha fazlasını usuli düzenleme yapmak suretiyle talep eden tarafların istemleri, adli kaynakların (olanakların) kamu zararına tüketilmesini gerektiriyorsa veya böyle sonuçlara yol açıyorsa usul hukuku buna izin vermemelidir¹¹. Maddi hukuk ve usul hukuku arasındaki ilişki, sadece usul sözleşmelerini gerekçelendirmek için değil aynı zamanda aralarındaki sınırın belirlenmesinde de önemlidir. Emredici kurallar, hakkın doğumunu güvence altına alır; buna karşılık hak üzerinde sonradan tasarruf edilmesine müdahale etmez. Nitekim taraflar, hakları üzerinde ertelemek, ibra etmek veya usuli sözleşme kurmak biçiminde işlem yapabilirler¹². O halde somut durumlar dikkate alınarak tarafların üzerinde anlaşma yaptıkları usul kuralının niteliği; bu konuda usul kanunlarının hak düşürücü bir etki tanıyıp tanımadığı; hâkimin bu kurala aykırılığı resen gözetip gözetemeyeceği gibi hususları dikkate alarak bir sonuca varmak uygun olur. Öte yandan özellikle genel işlem koşulları bakımından bugün gelinen aşama ve içerik kontrolü ile tüketicilerin haksız şartlara karşı korunması da dikkate alındığında, usul sözleşmelerine karşı çıkışın azalması da beklenir. Zira usuli tasarruf yetkisinin

bir çerçevede hüküm medeni usul hukukunda yer almadığından Kanunda öngörülenler dışında usul sözleşmesi yapılamaz [Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, 5. Bası (Ankara: Yetkin, 2021), 497-498].

¹⁰ Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin, 2001), 82-83.

¹¹ Gerhard Wagner, *Prozessvertraege, Privatautonomie im Verfahrensrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1998), 209.

¹² Wagner, *Privatautonomie*, 210.

kötüye kullanılması, usul sözleşmelerinin kabulüne karşı önemli bir gerekçe olarak kullanılmıştı¹³.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; tarafların düzenlemek istedikleri usuli yetki veya hak, usul hukukunun mahkeme tarafından da gözetilmesi gereken ve hak düşürücü etkisi bulunmayan bir hususa ilişkin olmadıkça ve usul hukukunun genel ilkeleri ile amaçlarına aykırı olmamak kaydıyla usul sözleşmesine konu olabilmelidir¹⁴. Örneğin bir dava şartı olarak kabul edilen teminat gösterme koşulu (HMK m. 114, 1/ğ; 87, 1) taraflarca serbestçe düzenlenebilir. Zira burada korunan menfaat, davalının muhtemel yargılama giderlerinin güvence altına alınmasıdır. Buna karşılık, aynı sonuca davacı tarafından yatırılması gereken ve yine bir dava şartı olan gider avansı (HMK m. 114, 1/g) bakımından varılamaz. Zira burada yargının makul sürede işleyişini sağlamak bakımından getirilen bir düzenleme söz konusudur. O halde usul hukukunun temel özellikleri ve korunan menfaati ile sözleşme hukukunun genel koruyucu olanakları ve genel işlem koşulu denetimi de dikkate alınarak irade özerkliğinin bir yansıması olan sözleşme özgürlüğüne imkân tanınmalıdır¹⁵.

B. Usul Sözleşmesi

Usul sözleşmesi, mevcut veya gelecekteki bir davada bir usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da usuli bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını içeren, etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösteren iki taraflı bir usul işlemidir¹⁶. Usul işleminin en önemli unsuru, işlemin amacıdır. Buna göre, usul işleminin asli etkilerinin usul hukuku alanında doğması gerekir¹⁷.

¹³ Wagner, *Privatautonomie*, 210-211.

¹⁴ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 108; ÜSTÜNDAĞ emredici olmayan kurallar bakımından, usul hukukunda sözleşme özgürlüğü bulunduğunu; ek olarak “*akdi muhakemenin caiz olmadığı*” yönündeki yaklaşımın da hâkim olduğunu belirtmektedir [Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. 1-2, 7. Baskı (İstanbul: Filiz, 2000), 41].

¹⁵ Hans-W. Micklitz, “Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts,” *European Review of Contract Law* 6, no. 4 (2010): 358; Oliver Gerstenberg, “Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts,” *European Law Journal* 21, no. 5 (September 2015): 602; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 109.

¹⁶ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 73.

¹⁷ Gottfried Baumgärtel, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, 2. Auflage (Berlin-Frankfurt: Vahlen, 1972), 64-69, 291; Güray

Usul işlemi, çeşitli açılardan ayrıma tâbi tutulmaktadır. Doktrinde usul işlemi, dar veya geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. **Dar anlamda usul işlemi**, yargılamanın ilerlemesi için yapılan, etkileri ve koşulları usul hukuku tarafından düzenlenen işlemlerdir¹⁸. **Geniş anlamda (işlevsel) usul işlemi** tanımında ise, usul işlemi işlevsel olarak ele alınmaktadır. Buna göre, bir işlemi usul işlemi saymak için, onun hem etkisinin hem de koşullarının usul hukuku tarafından düzenlenmiş olması gerekmez. Aksine, işlemin doğurduğu aslî ve doğrudan etkinin usul hukukunda ortaya çıkması, o işlemi usul işlemi olarak kabul etmek için yeterlidir¹⁹.

Geniş anlamda usul işlemi (işlevsel usul işlemi) tanımı büyük ölçüde taraftar bulan ve kabul edilen görüştür. Buna göre, bir işlemin kendisinden ayrı düşünülemez aslî etkileri, o işlemin ait olduğu alanı belirlemelidir. Eğer yaratılmak istenen aslî etki, usul hukukuna ilişkin ise, yani bir usuli ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak amaçlanıyorsa, bu işlem usul işlemidir ve usul hukukunun ilkelerine tâbi olmalıdır. Ancak bir işlemin usul işlemi sayılması için, mutlaka koşullarının da usul hukukunca düzenlenmiş olması gerekmez²⁰.

Usul işlemleri değişik açılardan birçok sınıflandırmaya tâbi tutulabilir. Buna göre, usul işlemleri **taraf usul işlemleri** ve **mahkeme usul işlemleri** olarak ikiye ayrılmakta; burada işlemi yapan kişi veya organa göre değerlendirme yapılmaktadır²¹. Ancak konumuzu ilgilendiren yönü itibariyle taraf usul işlemi üzerinde durulmalıdır.

Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 1, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017) 433; Evren Koç, *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları* (İstanbul: Sümer, 2021), 24-25; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 66-69; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 416.

¹⁸ Ramazan Arslan ve diğerleri, *Medenî Usul Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 174.

¹⁹ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174.

²⁰ Dar anlamda usul işlemi tanımı, yalnızca tek taraflı işlemleri kabul ettiği, usul sözleşmelerini dışladığı; usul işlemi mutlaka derdest bir davayla ilişkilendirip, davadan önce yapılan hiçbir işlemi buraya dahil etmediği; maddi hukuk işlemi olmakla birlikte bir dava içerisinde usuli bir niteliğe bürünen takas, iptal, fesih, feragat vb. işlemlerin özel durumlarını açıklamakta yetersiz kaldığı için eleştirilmektedir (bkz. Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174).

²¹ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2023), 125;

Taraf usul işlemleri, tek taraflı²² ve iki taraflı olmak üzere iki türlü olup, yukarıda ifade edildiği gibi usul sözleşmeleri, iki taraflı usul işleminin tipik örneğidir²³. Burada tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları, usuli birer edimi gerçekleştirmek üzere yapılmaktadır. Örneğin, yetki sözleşmesinde, sözleşmenin konusu, yetkisiz mahkemeyi yetkili kılmak; delil sözleşmesinde ise, tarafların bir davada kullanabilecekleri delilleri sınırlamak biçiminde olabilir.

Bir usul sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesinin içinde (“şart”, “kloz”, “kayıt” şeklinde) yer alabileceği gibi, tek başına (bağımsız, ayrı) da mevcut olabilir. Usul sözleşmelerinin yapılması ve geçerlilik koşulları, kural olarak usul hukuku tarafından belirlenir. Fakat hakkında özel düzenleme bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, maddi hukuktaki sözleşmelere ilişkin kurallar uygulama alanı bulur²⁴. Ancak söz konusu durum, sözleşmenin usul sözleşmesi niteliğinde olmasını değiştirmez. Bu nedenle örneğin sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusunda özel bir düzenleme yoksa maddi hukuka başvurulmakla birlikte, sözleşmenin zaman bakımından uygulanması konusunda HMK m. 448 dikkate alınmalıdır.

Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 274-275; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Filiz, 2023), 20-21; Erdönmez, *Pekcanitez Usul*, 435 vd.

²² Tek taraflı usul işlemleri, asli etkilerini usul hukukunda gösteren, bir usuli ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasını amaçlayan olumlu veya olumsuz bir taraf işlemi, eylemi veya hareketidir. Dava açılması, cevap dilekçesi verilmesi, delil bildirilmesi, ikrar vb. işlemler tek taraflı usul işlemlerine örnek olarak verilebilir (Arslan ve diğerleri, *Usul*, 174-175; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 128; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 278; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 21; Erdönmez, *Pekcanitez Usul*, 440).

²³ İki taraflı usul işlemleri bakımından ayrı bir kategori oluşturabilecek grup ise, **muvafakat** (veya mutabakat) **beyanlarıdır**. Nitekim, kesin delille ispatın gerekli olduğu hallerde karşı tarafın açık muvafakatiyle tanık dinlenebilmesi (HMK m. 202, 2), davanın geri alınması (HMK m. 123) veya tarafta iradî değişiklik yapılması (HMK m. 124, 1) gibi hallerde karşı tarafın “açık muvafakat”ı yanında bu beyanların ilgilinin imzasıyla tutanağa geçirilmesi gerekir (HMK m. 154). Burada karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından çok, mahkemeye yönelen bir irade açıklaması vardır. Taraflar birbirlerine karşılıklı hak tanımaktan ziyade, mahkemenin yetkilerini genişletmekte ve bu sonucun doğması çoğu kez mahkemenin konu hakkında kararını da gerektirmektedir. O nedenle bu beyanlar teknik anlamda sözleşme unsurları olarak değerlendirilemez (Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 50-53).

²⁴ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 175; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 278; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 21-22.

II. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞART KAVRAMI

A. Tüketici İşlemi ve Sözleşmesi

Kamu tüzel kişilerini de içerecek şekilde ticari veya mesleki amaçlarla ya da onun adına yahut hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler²⁵ arasında mal ve hizmet gibi piyasalarda kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşmeyle hukuki işleme, tüketici işlemi denilmektedir (TKHK m. 3, 1).

Genel işlem koşulları, taraflarından birinin ileride birden fazla sözleşmede kullanmak amacıyla sözleşmenin kurulmasından önce tek başına hazırlayıp, karşı tarafa sunduğu genel ve soyut nitelikteki sözleşme koşullarıdır²⁶. İçeriğinde genel işlem koşulları barındıran sözleşmeler de kural olarak yalnızca öneri ve kabul şeklindeki irade beyanları ile sözleşmeye taraf olanlar bakımından hukuki sonuçlar meydana getirir²⁷.

Tüketici işlemlerinde güçlü tarafın veya üçüncü bir kişinin önceden tek yanlı olarak bir kısmını veya tamamını formüle ettiği matbu metinleri işlemin genel koşulları biçiminde diğer tarafa dikte ettirdiği görülmektedir²⁸. Örneğin

²⁵ Tüketici: “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder” (6502 s. K. m. 3, k).

²⁶ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası (İstanbul : Beta, 2001), 61; Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (İstanbul: Beta, 2015), 16; Oğuzman ve Öz, *Borçlar*, 170; İnan ve Yücel, *Borçlar*, 301; Eren, *Borçlar*, 230 vd.; Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 9. Auflage (Zürich: Schultess, 2008), 122, 246; Hans Giger, *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen* (Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1983), 26-27; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (İzmir: Güncel, 2003), 74; Tekinay ve diğerleri, *Borçlar*, 156; bkz. Joke Sperling, “Standard Conditions under Dutch Law,” *International Business Lawyer* 21, Issue 10 (November, 1993): 488-489.

²⁷ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, 248.

²⁸ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, 121-122; Tim Drygala, “Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auch auf Gesellschaftsverträge – eine Nebenwirkung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen?” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 18, 1. Halbjahr Köln (1997): 968; Chris Willett, “Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and Its Implementation in the United Kingdom,” *European Review of Private Law* 5, Issue 2 (1997): 224; Jesse Elvin, “The Application of the Unfair Terms in Consumer Contracts

hava yolu taşımacılığı ile seyahat etmek isteyen bir tüketici, hizmet sağlayıcı konumundaki hava yolu şirketinin sunduğu önceden hazırlanmış koşullar arasından, genellikle en fazla uçmak istediği yolcu sınıfı üzerinde tercih olanağına sahip olmaktadır²⁹. Bunun haricinde, tüketici ya kendisine sunulan koşulları kabul etmek veya reddedip başka bir hava yolu şirketinin sağladığı olanakları araştırmak zorunda kalmaktadır³⁰.

Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine alınarak ilişkilendirilmesine dair yapılan ilk denetime geçerlilik denetimi denilmektedir³¹. Genel işlem koşulları, gerek tamamen gerek kısmen sözleşmenin içeriğine dahil olamayıp hükümsüzlük arz ediyorlarsa yazılmamış sayılırlar (TBK m. 22).

B. Tüketici İşleminde Haksız Şartlar

5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/AET sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Konsey Direktifi, Avrupa Birliği'nde tüketicilerin haksız şartlara karşı koruma ihtiyacının karşılanması amacıyla düzenlenmiştir³². Bu hedefe ulaşmak için, Haksız Şartlar Hakkında Direktif, birlik üyesi ülkelerin yasal düzenlemelerinin asgari düzeyde uyumlaştırılmasının çerçevesini çizmek üzere çıkarılmıştır³³. Üye ülkeler,

Regulations 1999,” *King's College Law Journal* 14, Issue 1 (2003): 40-42; Susanne Storm, “Frequent Flyer Programmes in the EU: Consumer Protection Issues and the Unfair Contract Terms Directive,” *International Travel Law Journal*, Issue 4 (2001): 246; Sperling, “Standard Conditions,” 488.

²⁹ Hava yolu taşımacılığında, tüketicinin etki edebildiği koşullar ve Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in uygulanırılığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Storm, “Unfair Contract Terms,” 249-251. Maddi hukuka dair tüketicinin karşı tarafındaki tüzel veya gerçek kişi girişimcinin satış, kredi, kefalet gibi ilişkilerde sunduğu koşulların içerik denetiminden geçebilmesi açısından başkaca değerlendirmeler ve istisnalar hakkında bkz. Drygala, “Richtlinie über missbräuchliche Klauseln,” 968-970.

³⁰ Storm, “Unfair Contract Terms,” 250.

³¹ Giger, *Inhaltskontrolle*, 30; Havutçu, *İçerik Denetimi*, 40-41.

³² Kaspar Frey, “Wie ändert sich das AGB-Gesetz?” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 572; Joost, “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle,” 1685; Storm, “Unfair Contract Terms,” 245.

³³ Peter Hommelhoff ve Kai-Udo Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, Grundsätzliches zur Transformation der EG-Klauselrichtlinie ins deutsche Recht,” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 562-563; Hans-Werner Eckert, “Der Referentenentwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche

tüketicileri haksız şartlara karşı korumak için, bu Direktif'i kendi hukuk sistemlerine aynen aktarmak zorunda olmayıp ülkeden ülkeye düzenleme farklılıkları söz konusu olabilir³⁴. Üye ülkeler, Direktif hükümlerine oranla daha katı tedbirler içeren yasal düzenlemeler yolunu tercih edebilirler³⁵.

Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in 3. maddesinin birinci fıkrası, "*Tek tek pazarlık konusu edilmemiş olan sözleşme kayıtları, dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borç dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması halinde kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilir*"³⁶ biçiminde olup Direktif'in diğer hükümlerinin de anlamlandırılması açısından önemlidir³⁷.

Ülkemiz Avrupa Birliği üyesi olmamakla birlikte, Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in söz konusu hükmü göz önünde bulundurularak TKHK'un 5. maddesinin birinci fıkrası, "*haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*" şeklinde kaleme alınmıştır.

Klauseln in Verbraucherverträgen," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 15, 2. Halbjahr, Köln (1994): 1986; Christiane Brors, "Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Endverbraucher – neue Wege bei der AGB-Kontrolle?" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 19, 2. Halbjahr, Köln (1998): 1664; Geraint G. Howells, "The European Union's Influence on English Consumer Contract Law," *George Washington Law Review* 85, no. 6, (2017): 1945; Simon Whittaker, "Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: The Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'," *European Review of Contract Law* 5, no. 3 (2009): 231; Gerstenberg, "Unfair Terms," 602; Frey, "AGB-Gesetz," 572; Joost, "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle," 1685; Storm, "Unfair Contract Terms," 246.

³⁴ Andreas Knapp, "Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen," *MittBayNot* (2003): 422; Hans-Werner Eckert, "Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1238; Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 564; Howells, "Consumer Contract Law," 1945; Frey, "AGB-Gesetz," 572.

³⁵ Storm, "Unfair Contract Terms," 246.

³⁶ 93/13/EEC art. 3/I, "*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.*" hüküm hakkında bkz. Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 307.

³⁷ Storm, "Unfair Contract Terms," 247.

Tüketici işlemlerinde/sözleşmelerinde yer alan kayıtların haksız şart oluşturması bakımından maddi hukuka ilişkin olanlar ile usul sözleşmeleri arasında fark yaratılmamıştır. Nitekim TKHK'un 5. maddesinde “*tüketici sözleşmelerinde haksız şartlar*” ifadesine yer verilmiş; ancak sözleşmede üstlenilen edimin türü veya niteliği bakımından bir ayırım yapılmamıştır³⁸. Buna karşılık maddenin verdiği izin ve yaptığı atıf sonucu çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin “n” bendinde bazı usul sözleşmeleri zikredilmiştir.

Haksız şarta ilişkin düzenlemenin yalnızca tüketici sözleşmeleri bakımından söz konusu olduğu³⁹ ve haksız şart ile genel işlem koşulları arasındaki farka da dikkat çekilmelidir⁴⁰.

Haksız şart, her sözleşme hükmünün değil, genel olarak önceden hazırlanan tüketici sözleşmesinin içerik denetimi sonucunda, sözleşme koşulunun tüketicinin durumunu dürüstlük kuralına aykırı düzeyde ağırlaştırıcı nitelik arz ettiğinin tespit edilmesidir⁴¹.

Dürüstlük kuralı, ahlaklı, namuslu ve makul bir kişinin hukuki ilişkilerde, diğer kişilerde oluşmuş güvene tutarlı davranmasını ifade etmektedir⁴². Dürüstlük kuralının niteliği itibarıyla önceden bir hakkın kötüye

³⁸ Evrim Erişir, “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi,” *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan 2 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 1142-1143.

³⁹ Mustafa Alper Gümüş, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. 1 (m. 1- 46) (İstanbul: Vedat, 2014), 61; Hommelhoff ve Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” 565; Eckert, “Das neue Recht der AGB,” 1239; bkz. Elvin, “Unfair Terms,” 42-43; Sperling, “Standard Conditions,” 491.

⁴⁰ Şebnem Akipek Öcal, “Banka Mevduat Sözleşmeleri ve Tüketicinin Korunması,” içinde *6. Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18-19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları* (İstanbul: Aristo, 2017): 36; Hommelhoff ve Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” 565.

⁴¹ Hommelhoff ve Wiedenmann, “Allgemeine Geschäftsbedingungen,” 569; Brors, “Haftungsbeschränkungen,” 1664; Frey, “AGB-Gesetz,” 573; Eckert, “Das neue Recht der AGB,” 1239; Drygala, “Richtlinie über missbräuchliche Klauseln,” 968; Joost, “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle,” 1690-1691; Micklitz, “Unfair Terms,” 375; Akipek Öcal, “Banka Mevduat Sözleşmeleri,” 36.

⁴² Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C. 1, *Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 16. Baskı (İstanbul: Filiz, 2021), 182-183; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2022), 244.

kullanılmasının tespitinde kullanılan tüm ölçüt ve unsurları belirlemek isabetli olmayacaktır. Esasen bu, mümkün de değildir. Ancak somut olayın özelliğine göre, belirli olguların varlığı, dürüstlük kuralının ihlal edildiğine işaret edebilir⁴³. İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü üzerinden makul tüketici beklentilerinin aşılp aşılmadığı denetlenmelidir⁴⁴.

Haksız şartlar, genel işlem koşullarından bir yönüyle daha geniş nitelik taşır⁴⁵. Zira Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in başlıca özelliği, yalnızca genel işlem koşullarının değil, ayrıca bireysel sözleşme koşullarının da haksız olup olmadığının denetlenmesine yönelik olmasıdır⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) genel işlem koşulunun varlığı için, birden çok sözleşmede kullanma niyetiyle hazırlanmış olma unsuru aranmaktayken; TKHK'da haksız şartın varlığı için, böyle bir koşul bulunmaz⁴⁷. Bununla birlikte esasen tüketici hukukunda çoğunlukla genel işlem koşullarının denetlenmesi suretiyle haksız şartların tespiti söz konusu olur⁴⁸. Öte yandan haksız şart içeren sözleşmelerin büyük çoğunluğu, birden çok kullanılma amacıyla hazırlanır⁴⁹. Dolayısıyla her ne kadar Direktif, önceden hazırlanan ve bir kere kullanılma amacı taşıyan sözleşmedeki koşulların denetimine dikkat çekse de iç hukuk uygulama ve düzenlemelerinin ağırlık verdiği hususların farklılık arz edebildiği belirtilmelidir⁵⁰.

⁴³ Dural ve Sarı, *Başlangıç Hükümleri*, 183; Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 244.

⁴⁴ Howells, "Consumer Contract Law," 1928.

⁴⁵ Akipek Öcal, "Banka Mevduat Sözleşmeleri," 36.

⁴⁶ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası (İstanbul: Filiz, 2014), 240-241; Eckert, "Verbraucherverträgen," 1986-1987; Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 565.

⁴⁷ Akipek Öcal, "Banka Mevduat Sözleşmeleri," 36.

⁴⁸ Şebnem Akipek ve Murat Aydoğdu, *Milli Şerh*, ed. Hakan Topbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: Aristo, 2016), 130; Atamer, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak" *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Ankara: Seçkin, 2012), 20.

⁴⁹ Akipek Öcal, "Banka Mevduat Sözleşmeleri," 36.

⁵⁰ Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 568, 570-571; Eckert, "Verbraucherverträgen," 1986-1988; Howells, "Consumer Contract Law," 1944.

Maddi hukuk bakımından sözleşmesel ilişkilerin nispiyeti gereği, içeriğinde genel işlem koşulları barındıran sözleşmeler de kural olarak yalnızca öneri ve kabul şeklindeki irade beyanlarıyla sözleşmeye taraf olanlar bakımından hukuki sonuç meydana getirir⁵¹. Buna karşılık topluluk davası, davacı veya belli tüketici işlemlerine taraf olanların ötesinde, unsur etkisi itibariyle⁵² başka tüketicilerin de taraf olduğu sözleşmeleri etkileyebilir⁵³. Bu nedenle, topluluk davasına daha fazla işlerlik kazandırılabilirse, tüketicinin, sözleşmesel ilişkilerdeki haksız şartlardan korunmasının da sağlanabileceği ifade edilmektedir⁵⁴.

Hukukumuzda topluluk davası hakkında HMK'nun 113. maddesindeki genel hükümden önce mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 23'te tüketici örgütlerinin dava açması düzenlenmişti. 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK ise, tüketici uyuşmazlıklarında da uygulanabilecek nitelikte genel bir hüküm sevk etmiştir⁵⁵. Bundan sonra TKHK'un 73. maddesinin altıncı fıkrasında, tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Ticaret Bakanlığı tarafından, hukuka aykırı uygulamaların önlenmesi, tespiti ve durdurulmasına ilişkin dava açılabilmesi, Haksız Şartlar Hakkında Direktif'in 7. maddesine benzer şekilde düzenlenmiştir⁵⁶. Bu suretle, tüketici sözleşmelerinde haksız şart teşkil eden

⁵¹ Gauch, Schlupe ve Schmid, *Obligationenrecht*, 248.

⁵² Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 697.

⁵³ Havuçtu, *İçerik Denetimi*, 50-51; 13.6.2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik yürürlükte iken, önleme davası açılmasına ilişkin 8. madde kapsamında, aynı yönde değerlendirme için bkz. Atamer, "Sempozyum," 65; İlkay Baki Engin, "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması," *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* (İstanbul: Onikilevha, 2010), 99; Peter Rott, "Data Protection Law as Consumer Law – How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law," *EuCML* (2017): 114; Melis Taşpolat Tuğsavul, "Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi," içinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım (Ankara: Seçkin, 2018), 103.

⁵⁴ Micklitz, "Unfair Terms," 352, 382; Atamer, "Sempozyum," 64.

⁵⁵ Atamer, "Sempozyum," 66.

⁵⁶ AB Mevzuatı'nda, tüketici birliklerince ve kamu otoritelerince topluluk davası açılabilmesine ilişkin düzenlemeler için bkz. Rott, "Data Protection," 114; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, haklı olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, topluluk davasına ilişkin düzenlemelerin "hukuka aykırı durumun tespiti" ve "satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun tespiti" taleplerinin; Hukuk Muhakemeleri

genel koşulların, birçok tüketicinin taraf olacağı sözleşmelerde yer almasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁵⁷.

III. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR HAKKINDAKİ YÖNETMELİK EKİNDE YER ALAN USUL SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER

Maddi hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, usul sözleşmelerinde de genel işlem koşulları ile bağlantılı sorunların çözümü için sosyal devlet düşüncesinin etkisi⁵⁸ yanında taraflardan birinin adeta kanun koyucu gibi hareket etmesi ile taraflar arasındaki dengenin dürüstlük kurallarına (doğruluk ve güven esasına) aykırı şekilde bozulmaması için, hukuki düzenlemeler gerçekleştirilmektedir⁵⁹.

Bu doğrultuda, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde, "*Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*" usul hukuku ile ilişkili haksız şart örnekleri olarak yer almıştır⁶⁰.

Kanun'da daha önce bu davaya ilişkin gerçekleştirilen düzenlemede yer alan "*hakkın tespiti*" talebine nazaran daha sınırlı bir koruma alanı sağlayacağını belirtmektedir (Taşpolat Tuğsavul, Topluluk Davaları, 112).

⁵⁷ Rott, "Data Protection," 114.

⁵⁸ Bkz. Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 211.

⁵⁹ Knapp, "Verbraucherverträgen," 421; Hommelhoff ve Wiedenmann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 565; Howells, "Consumer Contract Law," 1920-1925.

⁶⁰ Haksız Şartlar Hakkında Direktif'e getirilen Ek'in 1. maddesinin q bendinin Yönetmeliğimize mehzaz teşkil eden orijinal metni, "*excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by legal provisions, unduly restricting the evidence available to him or imposing on him a burden of proof which, according to the applicable law, should lie with another party to the contract.*" biçimindedir. AB Mevzuatı'nda da yorumlamaya yardımcı olmak amacıyla liste halinde örnek niteliğinde sayma yapıldığı yönünde bkz. Florian Bruder, "Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive," *European Review of Private Law* 15, Issue 2 (2007): 223; Whittaker, "Unfair Contract Terms," 232; Eckert, "Das neue Recht der AGB," 1241; Elvin, "Unfair Terms," 51; Storm,

Öncelikle belirtilmelidir ki, burada yer verilen örneklerin bir kısmının usuli niteliği (örneğin ispat yükü sözleşmesi) tartışmalı iken, usul sözleşmesi niteliği konusunda tereddüt bulunmayan yetki sözleşmesi bakımından hiçbir düzenleme yoktur. Keza, yine usuli etkiler taşıyan ikrar, tespit veya hakem-bilirkişi sözleşmeleri de burada yer almamaktadır. Esasında “haksız şart” kavramı Kanunda yer almış olup, Direktifte de bu yönde bir belirleme olmamasına rağmen Yönetmelik veya onun eki niteliğinde idari bir düzenleme ile sınırlayıcı bir hüküm öngörülmesi de doğru değildir. Bu bakımdan söz konusu hükümlerin bağlayıcılığı da kabul edilmemelidir. Ancak konunun çok geniş bir boyutunun olmasına rağmen bu çalışmada sadece Yönetmelik Eki’nde zikredilen kayıtların inceleneceği hususunun tekrar belirtilmesinde yarar vardır. Öte yandan maddedeki düzenleme, bir başka sorunu daha içermektedir. Burada örneksene yoluna gidilmiş ve “*özellikle*” ifadesiyle de bu husus vurgulanmıştır. Bu anlamda tahkim, delil sözleşmesi ve ispat yükü sözleşmeleri zikredilmiştir. Ancak bu veya benzer kayıtların haksız şart sayılması bakımından belirlenen ölçüt, tüketiciye mahkeme veya başka başvuru yollarının kapatılmış yahut sınırlanmış olmasıdır. Oysa maddede bu ifade, “*ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*” şeklinde kaleme alınmıştır. İspat yükünün tüketiciye yüklenmesi, onun ne mahkemeye ne de başka yollara başvurmasına engel olur. Tam tersi, ispat yükünü taşıyan tüketicinin bunu yerine getirememesi, vakıanın/davanın/savunmanın aleyhine sonuçlanmasına yol açar. Aynı husus, delil sözleşmesi için de geçerlidir. Burada, tüketicinin hak arama yollarının sınırlanmaması; “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları”, “tahkim” veya “ilâmsız icra” gibi diğer hak arama yollarının kullanılıp kullanılamayacağı bakımından konunun ele alınması gerektiği kanısındayız.

Konunun en çok tartışılan boyutu olan “tahkim” açısından sorunu ortaya koymak yararlı olacaktır.

A. Tahkim

Doktrinde ileri sürülen bir görüş, uyuşmazlık mahkeme tarafından değil de hakem veya hakemlerce çözüldüğü için, tahkimin alternatif uyuşmazlık

“Unfair Contract Terms,” 247; Willett, “Unfair Terms,” 232; Howells, “Consumer Contract Law,” 1945.

çözüm yolu teşkil ettiğini belirtmektedir⁶¹. Bu görüş açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en yaygın ve etkin olanı tahkimdir⁶².

Bununla birlikte katıldığımız görüşe göre, tahkim, hukuki niteliği itibariyle bir yargılama faaliyeti olup, devlet yargısının yerine uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması usulüdür⁶³. Tahkim, bir hak (veya ilişki) üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişi veya kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişi veya kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasını ifade eder. Başka bir deyişle yargı yetkisini millet adına kullanan devlet mahkemelerinin yetkisinin sözleşmeyle ikame edilmesi, akit ile yargılama yolunun açılmasıdır⁶⁴.

Tahkimin temel özelliği, sözleşmeye dayalı olarak tarafların kendileri bakımından ve belli uyuşmazlıklara özgü yargı yolu oluşturmalarıdır. Hak arama özgürlüğünün (adalete erişimin) devlet mahkemeleri eliyle kullanılmasının istisnası tahkimdir. Bu nedenle tahkim, iradi olarak devlet yargısının kapatılıp, tarafların kendi yargı makamlarını oluşturmalarıdır. O halde, tahkimin temeli “sözleşme”dir⁶⁵. Tahkim sözleşmesi hakkında, görüş itibariyle farklılıklar bulunmakla⁶⁶ birlikte, tahkim sözleşmesinin usul

⁶¹ Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku*, C. 1 (Ankara: Yetkin, 2022), 139; Şule Şahin Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (İstanbul: Onikilevha, 2009) 148; İnci Biçkin, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,” *HPD*, S. 7 (2006): 34.

⁶² Şahin Ceylan, “*Alternatif*,” 148; Biçkin, “*Uyuşmazlık*,” 34.

⁶³ Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin, 2001), 219; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı (İstanbul: Beta, 2009), 596-597; Rasih Yeğengil, *Tahkim* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), 7; Hakan Pekcanitez, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri,” *HPD*, S. 5 (2005): 15-16; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” içinde *Makalelerim II* (2006-2010), (Ankara: Adalet, 2011): 24-25; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Ankara: Adalet, 2016), 17; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, 12. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 720.

⁶⁴ Süha Tanrıver, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (Ankara: Yetkin, 2023), 18; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 17; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 742.

⁶⁵ Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*. C. 2, 2. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 365; Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk-Uzlaştırma)*, ed. Prof. Dr. İbrahim Ermenek, 5. Baskı (Ankara: Seçkin, 2023), 135.

⁶⁶ Tahkim sözleşmesinin gerçek usul sözleşmesi olmayıp, karma karakteri hakkında bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 128, 614-615.

sözleşmesi olduğuna katılıyoruz⁶⁷. Tahkim sözleşmenin birinci etkisi, olumsuz olup, tarafların devlet yargısına başvurmasının önüne geçer⁶⁸. İkinci etkisi ise olumlu olup, hakemlerin devlet mahkemesi gibi yargılama yaparak bağlayıcı karar verme yetkisi sağlamasıdır⁶⁹. Bu etkiler, doğrudan ve birincil olarak usul hukukunda doğar⁷⁰.

Tıpkı klasik anlamda devlet mahkemelerinde, hâkim veya hâkimlerce yürütülen yargılama faaliyeti gibi, tahkimde de hakem veya hakemler tarafından, bağımsız ve tarafsız bir şekilde, maddi vakıalar soyut hukuk kurallarına atlanıp, uyuşmazlığı çözüme kavuşturan kesin hüküm gücünde bir karar verilir⁷¹. Tahkim usulünün temelinde de tarafların eşit işlem görmesi yatar⁷². Dolayısıyla devlet mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılama faaliyetinin yerini, hakem veya hakem heyeti almakta ve devlet mahkemeleri ikame edilmektedir⁷³.

Tahkim, ihtiyari ve zorunlu olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır⁷⁴. Medeni usul hukukunda tahkime ilişkin düzenlemeler,

⁶⁷ Alangoya, *Tahkim*, 54; Alim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 2. Baskı (Ankara: Turhan, 2005), 19; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 43. Yargıtay'ın HMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen tahkim sözleşmelerine dayalı hakem kararlarına karşı hangi yola başvurulacağı bakımından da bir İBK'na konu olmuştur. Yargıtay, tahkim sözleşmesinin usul sözleşmesi olması nedeniyle derhal uygulanma ilkesi gereği, önceki Kanun döneminde akdedilen tahkim sözleşmesi çerçevesinde HMK hükümlerinin uygulanacağı ve hakem kararına karşı da iptal davası açılacağı yönünde karar vermiştir (Bkz. YİBHKG, E. 2016/2, K. 2018/04, 13.04.2018, RG. 18.09.2018, S. 30539).

⁶⁸ Alangoya, *Tahkim*, 81; Tanrıver, *Medeni Usul 2*, 370; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 743.

⁶⁹ Alangoya, *Tahkim*, 81; Tanrıver, *Medeni Usul 2*, 375; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 744.

⁷⁰ Sema Taşpınar Ayvaz, "Bedensel Zararlarda Tahkim, Bedensel Zararlardan Sorumluluk," içinde *Uluslararası Kongre*, 1-2 Kasım 2019, Kıbrıs (Ankara: TTB Yayını, 2020), 407-408; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 43.

⁷¹ Arslan ve Tanrıver, *Yargı*, 219; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, *Usul*, 596-597; Yeğengil, *Tahkim*, 7; Pekcanitez, "Alternatif," 15-16; Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü," 24-25.

⁷² Arslan ve Tanrıver, *Yargı*, 219; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 741; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul*, 623.

⁷³ Arslan ve Tanrıver, *Yargı*, 219; Alangoya, Yıldırım ve Deren- Yıldırım, *Usul*, 596-597; Yeğengil, *Tahkim*, 7; Pekcanitez, "Alternatif," 15-16; Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü," 24-25.

⁷⁴ Arslan ve diğerleri, *Usul*, 820; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul*, 617; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 18; Göksu, *Tahkim-Arabuluculuk*, 132-133.

öncelikle ihtiyari tahkime göre gerçekleştirilmiştir⁷⁵. İhtiyari tahkim, iki ayrı sözleşmeden oluşmaktadır. Bu sözleşmeler, hakem sözleşmesi ve tahkim sözleşmesidir⁷⁶.

Hakem sözleşmesi, hakem veya hakemler ile taraflar arasında kurulan bir sözleşmedir. Hukuki niteliği itibariyle hakem sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesidir⁷⁷.

İhtiyari tahkimde yer alan diğer sözleşme olan tahkim sözleşmesi ise, HMK'nun 412. maddesinin birinci fıkrasında da tanımlandığı üzere, tarafların, sözleşmeden veya sözleşme dışındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarının bir kısmının veya tamamının hakem yahut hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulması amacıyla yaptıkları sözleşmedir. Tahkim sözleşmesi, ayrı sözleşme olarak yapılabileceği gibi, başka bir sözleşmenin şartı şeklinde de kararlaştırılabilir (HMK m. 412, 2).

Tahkim sözleşmesi de çok sayıda sözleşme için, önceden formüle edilen genel işlem koşullarından oluşabilir⁷⁸. Başka bir sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı da bizatihi genel işlem koşulu teşkil edebilir⁷⁹.

Genel işlem koşulu olarak çeşitli ad hoc veya kurumsal tahkim kurallarına atıf yapılması halinde içerik denetiminin gerçekleştirilmesi daha da zorlaşacaktır⁸⁰. Çünkü genel işlem koşullarını kullananın, karşı taraf için dürüstlük kuralına aykırı, adil olmayan bir denge kurup kurmadığı ana sözleşmenin ötesinde, ona eklenen koşulların değerlendirilmesini de gerektirir⁸¹.

Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin genel koşullardan oluştuğu veya ana sözleşmedeki genel koşullardan birisinin tahkim şartı olduğu her durum,

⁷⁵ Göksu, *Tahkim-Arabuluculuk*, 133.

⁷⁶ Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin, 2023), 696; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 821-822; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 740 vd.

⁷⁷ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 958; Kuru ve Aydın, *Usul*, 701; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 826; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 747; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 726; Taşkın, *Hakem*, 22 vd.

⁷⁸ Inka Hanefeld ve Mathias A. Wittinghofer, "Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen," *SchiedsVZ*, (2005): 217-218.

⁷⁹ Hanefeld ve Wittinghofer, "Schiedsklauseln," 218; Özbek, *Tahkim*, 469.

⁸⁰ Hanefeld ve Wittinghofer, "Schiedsklauseln," 218.

⁸¹ Hanefeld ve Wittinghofer, "Schiedsklauseln," 218; Özbek, *Tahkim*, 470.

içerik denetiminden geçemeyecek bir koşulun var olduğu anlamına gelmez⁸². Örneğin hakem yargılamasının heyet yerine tek hakem tarafından gerçekleştirilmesini öngören bir tahkim şartı, yargılama masraflarından tasarruf edilerek her iki tarafın da menfaatine hizmet edebilir⁸³.

Aralarında tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesinin de bulunduğu pek çok sözleşmede tüketicilerin beklenmedik yükümlülüklerle karşılaşması, Avrupa çapında tüketici hukuku alanında uyumlaştırma çabalarının başlamasına neden olmuştur⁸⁴. Sözleşme koşullarının haksız olup olmadığının da ötesinde, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının belirlenmesine, bir başka deyişle yürürlük denetimi aşamasına⁸⁵ duyulan ihtiyaç, haksız şartların tespiti safhasına giden yargısal denetimin ilk basamağını teşkil eder.

Tüketici için, beklemediği ve beklemesinin gerekmediği yükümlülüklerin⁸⁶ en başında kuşkusuz, açılacak dava veya tanınan yollar hakkında engelleyici düzenlemeler gelir. Öyle ki bazı sözleşme koşulları ile satıcı/sağlayıcıya davadan muafiyet de tanınmaya çalışıldığı görülmektedir⁸⁷. Örneğin genel işlem koşullarının bankacılık sektöründe kredi sözleşmesinde kullanılması halinde⁸⁸, “müşteri ancak borcunu ödedikten sonra banka aleyhine dava açabilir” biçiminde bankaya karşı açılacak dava bakımından bankayı koruyucu bir hüküm yer alıyorsa, bu kaydın öncelikle yürürlük denetiminden geçmesi sorun oluşturacağından yazılmamış sayılması gerekir.

⁸² Hanefeld ve Wittinghofer, “Schiedsklauseln,” 224; Özbek, *Tahkim*, 470.

⁸³ Hanefeld ve Wittinghofer, “Schiedsklauseln,” 224.

⁸⁴ Hugh Collins, “Good Faith in European Contract Law,” *Oxford Journal of Legal Studies* 14, Issue 2 (Summer 1994): 229-230; tahkim şartlarının şirketler için de sürpriz olabileceği hakkında bkz. Hanefeld ve Wittinghofer, “Schiedsklauseln,” 222.

⁸⁵ Giger, *Inhaltskontrolle*, 30-32.

⁸⁶ Genel işlem koşulları arasında yer verilen bir hükmün alışılmamış olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Giger, *Inhaltskontrolle*, 32-34.

⁸⁷ Tüketici sözleşmelerinde beklenmedik yükümlülükler yerine verildiği, tüketicinin mutlak meskeninden uygulanan hukuktan farklı hukuk seçimleri ile davalardan bağışıklık sağlanmaya çalışıldığı hakkında bkz. Collins, “Good Faith,” 230-231; ayrıca Alman hukukunda, icra takibine ilişkin sözleşmelere konulan koşullarla tüketicinin hukuki başvuru yollarına gidebilme imkânının kısıtlanıp kısıtlanmadığı sorunu hakkında bkz. Knapp, “Verbraucherverträgen,” 423-424.

⁸⁸ Joost, “Der Ausschluss der Inhaltskontrolle,” 1685.

Genel işlem koşullarının kullanıldığı hakkında bilgi verildiği ve bu koşullar arasında beklenmedik şartların olmadığı hallerde, sözleşme koşullarının haksız olup olmadığı tespit edilmelidir.

1. Tüketici Uyuşmazlıkları Bakımından Tahkime Elverişlilik

Tüketici hukukunda kamu düzeni düşüncesinin bizatihi TKHK m. 1’de yer alan, Kanunun amacını, kamu yararına uygun olarak zayıf konumdaki tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak şeklindeki ifadelerle dayandığı değerlendirilebilir⁸⁹.

Tahkime elverişlilik, HMK m. 408 uyarınca, iki tarafın iradelerine tâbi uyuşmazlıklar bakımından söz konusudur. Tüketici uyuşmazlıkları, niteliği itibarıyla iki tarafın iradesinin de ötesinde düzenlemeler içeren bir alanda gerçekleşmektedir⁹⁰. Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu veya tüketici işlemi olarak kabul edilen işlemler hakkında ihtiyari tahkim süreci işletilemez⁹¹. İki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar tabiriyle kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların kastedildiği, bu sebeple kamu düzenini ilgilendiren tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığı belirtilebilir.

Doktrinde farklı gerekçeyle bir görüşe göre, HMK m. 17’de yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gibi bir sınırlamaya tahkim için yer verilmese de bu hüküm tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmelerine evleviyetle uygulanmalıdır⁹². Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerdeki tahkim şartları, tüketicilere karşı ileri sürülemez⁹³.

⁸⁹ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 424. Doktrinde aksi yönde, kamu düzeniyle tahkime elverişlilik arasında ilişki kurulmaması gerektiği de savunulmaktadır [Nazlı Töre, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri* (Ankara: Turhan, 2019), 25-29].

⁹⁰ Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 3, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 2638-2639.

⁹¹ Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul*, 2638-2639.

⁹² Budak ve Karaaslan, *Usul*, 486.

⁹³ Budak ve Karaaslan, *Usul*, 486. Doktrinde yine taraflardan birinin tahkim sözleşmesindeki eşitliği ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak diğer taraf aleyhine bozması veya bir taraf lehine hakemlerin yarısından fazlasını ya da tamamını seçme olanağının varlığı hallerinde sözleşmenin geçersizliği sonucunun doğabileceği belirtilmektedir (Alangoya, *Tahkim*, 86; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 724).

Tüketici hakem heyeti, tüketici işlemleriyle tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan belirli miktar veya değeri her yıl güncellenen uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için oluşturulmuştur (TKHK m. 66 ve 68).

Anılan Kanun'un 68. maddesinin beşinci fıkrasının, “*bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurusuna engel değildir*” biçimindeki metninden, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, tüketici hakem heyetinden ayrı yöntemler gibi görüldüğü çıkarımında bulunulmasına neden olmaktadır⁹⁴. Buna karşılık, hükmün gerekçesinde, tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılmasının bankacılık sektöründeki müşteri şikâyetleri hakem heyeti gibi alternatif uyuşmazlık yollarına başvuru yapılmasına engel olmayacağı belirtilerek hakem heyetlerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi gibi yaklaşılmıştır. Maddenin gerekçesi, bağlayıcı olmasa da hükmün düzenlenme amacına yönelik bir yorum yapılmasına veya tartışmaya neden olmaktadır.

Tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu, devlet yargısı dışında veya öncesi öngörülen bir zorunlu tahkim olarak kabul edilecek olursa bu miktardaki talepler bakımından devlet mahkemesinde dava açılmayacağı, öncelikle tüketici hakem heyetine başvurmanın şart olduğu ortaya çıkar. TKHK'da “*Yargılama, Denetim ve Cezaya İlişkin Hükümler*” başlıklı 8. Kısım yerine “*Tüketici Kuruluşları*” başlıklı 7. Kısımda, tüketici hakem heyetleri düzenlenerek sistematik yorum açısından yargılama faaliyetine uzak; TKHK'un 66. maddesinin “*...uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla...*” şeklindeki ifadesiyle yargılama faaliyetine yakın bir yazım dikkati çekmektedir⁹⁵. Ancak hemen ifade edilmelidir ki, bu nitelik de açık bir şekilde ortaya konulabilmiş değildir. Tahkimden söz edilebilmesi, kararın “ilâm” sayılabilmesi için bir kısım mekanizmalar ve heyetin oluşumu ile ilgili kanunla yargısal bazı güvencelerin sağlanması gerekir. Tüketici hakem heyetlerinin bu özelliği eksiktir. Kanun koyucu, Anayasal güvenceler çerçevesinde Kanunla düzenleme yapmalıdır. Tüketici hakem heyetine başvurmadan dava açılması halinde, dava, dava şartı (HMK m. 114, 2) yokluğundan reddedilmektedir. Dolayısıyla bu durum bir özel dava şartı gibi

⁹⁴ Murat Atalı, “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri,” içinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım (Ankara: Seçkin, 2018), 72.

⁹⁵ Atalı, “Yargılama İlkeleri,” 69.

kabul edilmektedir. Oysa zorunlu tahkim olduğu kabul edilecek olursa, bunu bir dava şartı noksanlığı olarak ele almamak gerekir. Ancak bütün bu tartışmalara rağmen tüketici hakem heyetine başvurmadan tüketici mahkemesinde dava açılması halinde mahkeme, dava şartı yokluğundan davayı reddetmektedir⁹⁶.

Bütün bu düzenlemeler nedeniyle idari organ olarak değil de tüketici hakem heyetinde, sürecin yargılama faaliyeti⁹⁷ biçiminde mi yoksa alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi⁹⁸ şeklinde mi işlediği önem kazanmaktadır.

Doktrinde katıldığımız görüşe göre, belli bir uyuşmazlığın çözümü için, kanunda, zorunlu tahkim yolunun öngörülmesi halinde, taraflar ihtiyari tahkim yoluna başvuramaz⁹⁹. Çünkü zorunlu tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için, kanunun belirlediği hakeme veya

⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı tartışma ve görüşler için bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, “Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği,” içinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım (Ankara: Seçkin 2018), 46 vd.

⁹⁷ Tüketici hakem heyetinin hukuki niteliği itibariyle zorunlu tahkim mercii olduğu görüşüne katılmaktayız [Sema Taşpınar Ayvaz, “Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar,” içinde *Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015 (Ankara: Yetkin, 2016), 298-299; Murat Atalı, “6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan 1* (Ankara: Yetkin, 2014): 412; İbrahim Ermenek, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2 (2013): 575; Gökçen Topuz, *Tüketici Mahkemeleri* (Ankara: Yetkin, 2018), 26; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 720].

⁹⁸ Evrim Erişir, “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü,” içinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı* (İstanbul: Onikilevha, 2015), 50-51; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 643; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 1185.

⁹⁹ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 8. Bası (İstanbul: Vedat, 2020), 1001; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 720; Aslı Aras, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları,” *Erciyes HFD* 7, S. 3-4 (2012): 145; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 19; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2008/3394, K. 2008/11120, 25.9.2008 tarihli Kararı’nda; “...4077 sayılı Kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması... yasanın... tüketici sorunları hakem heyeti... oluşturmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı... bu kanun uygulamasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici sorunları hakem heyetlerinde bakılması gerektiği...” ifadesiyle aynı yönde neticeye varmıştır.

hakem heyetine başvurmak zorunda olmalarıdır¹⁰⁰. Kaldı ki zorunlu tahkime başvurulması gereken durumlarda, taraflar devlet mahkemelerine de başvuramazlar¹⁰¹.

Buna karşılık tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyumsuzluk olması halinde tüketici ile satıcı arasındaki uyumsuzluğun da tahkim sözleşmesinde öngörülen biçimde çözüme kavuşturulabileceği belirtilmektedir¹⁰². Kaldı ki tarafların tacir olması veya uyumsuzluğun ticari olması gibi kanuni sınırlamalar olmadığından tüketiciler de tahkim sözleşmesi yapabilmelidir¹⁰³. Yine tüketici olan tarafın seçenek olarak sözleşme veya kayda dayalı olarak ihtiyari tahkime başvurup, uyumsuzluğun sonuçlandırılmasının önünde, karşı tarafın itirazıyla durulmamalı şeklinde değerlendirmede bulunulabilir¹⁰⁴. Ayrıca zorunlu tahkime başvurunun, özel bir dava şartı gibi düzenlendiği; yalnızca tarafların devlet yargısına başvurmak istemesi durumunda uyumsuzluğun görülmesine engel teşkil edebileceği düşünülebilir. Dolayısıyla kanun koyucunun tüketici uyumsuzlukları için, özel görevli tüketici mahkemelerini ve tüketici hakem heyetlerini kurmuş olmasının ihtiyari tahkimi dışlamadığı söylenebilir. Zira bu düzenlemenin devlet yargısı içinde yapılmış ve özel bir uzmanlık alanı oluşturulmak suretiyle uyumsuzlukların daha kısa sürede çözülmesi amacıyla tercih edildiği akla gelebilir. Hatta bu mekanizmalar içinde yer alan usul kurallarının hiçbirisinin genel usul ilkelerinden sapmadığı; örneğin resen araştırma ilkesinin geçerli olmadığı; aksine yine taraflarca getirilme ilkesi kabul edildiği ileri sürülebilir.

Yargıtay 13. HD, 20.10.2008 tarih ve 6195/12026 sayılı kararında, *“Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı Kanun’un kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile **tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23. maddesindeki bu kanunun***

¹⁰⁰ Postacıoğlu ve Altay, *Usul*, 1001; Aras, “Tüketici Uyuşmazlıkları,” 145; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 19.

¹⁰¹ Postacıoğlu ve Altay, *Usul*, 1001; Aras, “Tüketici Uyuşmazlıkları,” 145; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 19.

¹⁰² Göksu, *Tahkim-Arabuluculuk*, 139.

¹⁰³ Özbek, *Tahkim*, 906.

¹⁰⁴ Atalı, “Tüketici Sorunları,” 405. Doktrinde uyumsuzluk doğduktan sonra tüketicinin imzaladığı tahkim anlaşmalarının sonuç doğurmasının engellenmemesi gerektiği de savunulmaktadır [Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (İstanbul: Vedat, 2010), 129-130].

uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir” demek suretiyle ihtiyari tahkim yolunun kapalı olduğunu vurgulamıştır¹⁰⁵.

Tüketici uyuşmazlıkları hakkında getirilen düzenlemeler, devlet yargısı içinde özel düzenlemelerdir. Öte yandan, TKHK m. 68, 5’te, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurusunun mümkün olduğu hükme bağlanmıştır¹⁰⁶. Tahkim, temelinde sulh olabilmenin bulunduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir.

TKHK m. 68’e 7063 s. K. ile eklenen ibareyle tarafların “*İcra ve İflâs Kanunundaki haklarının saklı olduğu*” ifade edilmiş; böylece tüketici hukuku bakımından para alacağına sahip alacaklının, tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemesine başvurmak zorunda olmaksızın ilâmsız icra takibi yapabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁷.

Öte yandan 7251 s. K. ile TKHK’a eklenen 73/A maddesi, tüketici hakem heyetinin görev alanı dışında kalan (tüketici mahkemesinin görev alanına giren) hususlarda davacının öncelikle arabulucuya başvurması zorunluluğunu; başka bir deyişle “*dava şartı arabuluculuk*” düzenlemesini getirmiştir¹⁰⁸.

Doktrinde özellikle yeni TKHK 73/A maddesinin getirilmesiyle kanun koyucunun tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğuna

¹⁰⁵ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 424-425.

¹⁰⁶ Erişir, “Konferans,” 90; Ermenek, “Tüketici Sorunları,” 603; Topuz, *Tüketici*, 21.

¹⁰⁷ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 425.

¹⁰⁸ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A, 18’de dava şartı arabuluculuk hakkında düzenleme yapmış ve “*özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*” şeklinde açıklık sağlamıştır. Söz konusu hükmün, tüketici uyuşmazlıkları bağlamında arabuluculuğa ilişkin değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 741; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 148-150; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 522. Hem arabuluculuk hem de tahkim gizliliğin korunmasına katkı sağlar [Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (İstanbul: Onikilevha, 2013) 91 vd.].

yönelik iradesini ortaya koyduğu ve elverişlilik konusundaki tereddütleri giderdiği belirtilmektedir¹⁰⁹. Tüketici uyuşmazlıkları, malvarlığına ilişkin olmaları nedeniyle kural olarak arabuluculuğa elverişlidir¹¹⁰.

Bahsedilen görüşe karşılık, TKHK'un 73/A maddesinde, dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun varlığıyla kanun koyucunun iki tarafın arzusuna tâbi olmayı, kamu düzeniyle örtüşürmediğinin açık göstergesi olarak teyit ettiği değil; doğası gereği iki tarafın iradesinin ötesinde düzenlemeler içeren bir alanda, özel hükümler sayesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmeyi düzenlediği kanısındayız.

İlk bakışta Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde, hukuki düzenlemelerde öngörülme bir hakeme başvurularak tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma olanağını sınırlandıran veya ortadan kaldıran şartlar, haksız şart olarak kabul edilerek mesele karmaşık ifade edilmektedir.

¹⁰⁹ İbrahim Ermenek, *Arbuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Ankara: Yetkin, 2021), 48 vd.; İbrahim Özbay, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik," *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (Mart 2023): 6.

¹¹⁰ Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar, 7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin ikinci fıkrasında; " *taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk faaliyetine başvurabilirler.*" şeklinde (tahkime elverişliliğe benzerlikler ve farklılıklar hakkında bkz. Budak ve Karaaslan, *Usul*, 508) kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç tutulduğu gibi, özel hukuk alanında doğan fakat tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar için de arabuluculuk faaliyeti yürütülemez. TKHK m. 68, 5 hükmüyle tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğunun, tüketicilerin alternatif çözüm mercilerine başvurmalarına engel olmadığı açıkça teyit etmiş oldu [Özbay, "Elverişlilik," 5; Özbek, *Alternatif*, 1502; Bilgehan Yeşilova, "6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usûlü ve Yargılama Kuralları," *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (Kasım 2014): 116-118; Erişir, "Konferans," 91]. TKHK emredici hükümler taşısa da bu durum, tüketici uyuşmazlıkları hakkında tarafların arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık yollarına başvuramamaları biçiminde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte tarafların akdedeceği arabuluculuk sözleşmesi, tüketicinin korunmasına ilişkin emredici nitelikteki bir hükmün ihlali sonucunu doğuracaksa, sözleşme geçerli olmayacaktır (Özbay, "Elverişlilik," 6) 6502 sayılı Kanun'un 68, 5 hükmüne dair farklı yönler için bkz. Ermenek, *Arbuluculuk Süreci*, 50; Özsoker, *Tüketici Hakem Heyetleri*, 60.

Tüm bunlarla birlikte ihtiyari tahkim kaydı yazılarak tüketici aleyhine “haksız şart” seviyesinde açıklamalar da yapılmış olabilir. TKHK m. 5 uyarınca bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için müzakere edilmemiş olması yeterli değildir¹¹¹. Bunun dışında getirilen hükümde, “ *tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması*” aranmaktadır. Satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye konulan tahkim şartının haksız şart niteliğinin tespiti için kural olarak öncelikle uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde tüketicinin aleyhine olup olmadığının incelenmesi gerekir¹¹².

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin sözüne bakıldığında tüketici sözleşmelerinde yer alan “tahkim” kaydının doğrudan doğruya haksız şart olarak kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, “*Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek... tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*”ın haksız olduğu belirtilmiştir. Bu ifadeye göre artık tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmenin önceden müzakere edilmeyen hükümleri arasında yer alan bir tahkim şartının, ayrıca tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde aleyhine olup olmadığı değerlendirilmeksizin haksız şart olduğunun kabul edilip tahkim anlaşmasının hükümsüz sayılmasını gerektirir.

Doktrinde, söz konusu hükmün uyumsuzluk çıkmadan önce, henüz taraflar arasında tüketici işlemi yapılırken tahkim şartının konulmasının haksız şart anlamına geleceği ileri sürülmektedir¹¹³. Tarafların, uyumsuzluk çıktıktan sonra, uyumsuzluğun çözümü için tahkime gidilmesi hususunda anlaşmalarına herhangi bir engel yoktur¹¹⁴. Nitekim Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında da Avrupa Birliği 93/13 Yönergesi’nin Ek’inde yer alan q bendindeki hükmün Avrupa Birliği Komisyonu’nun Tüketici Uyumsuzluklarının Devlet Yargısı Dışında Çözümüne İlişkin Temel İlkeler başlıklı ve 1998 tarihli tavsiyesi çerçevesinde yorumlanmasının uygun olacağı doktrinde ifade edilmektedir. Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı uyarınca,

¹¹¹ Özbek, *Tahkim*, 909.

¹¹² Özbek, *Tahkim*, 909.

¹¹³ Özbek, *Tahkim*, 910-911; Topuz, *Tüketici*, 22.

¹¹⁴ Özbek, *Tahkim*, 910-911; Topuz, *Tüketici*, 22.

tüketicilerin ancak açıkça ve tüm bilgilerden haberdar bir şekilde ve uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın mahkeme dışında (örneğin tahkimde) çözülmesine yönelik yapacağı anlaşmayla tüketicinin mahkemeye gitmesinin engellenebileceğini kabul etmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce yapılacak bir tahkim anlaşması, haksız şart kabul edilip geçersiz sayılacaktır. Öte yandan yine Avrupa Birliği mevzuatında tüketicilere sunulacak yolların (organların) bağımsız; başvuru usulünün basit ve külfetsiz olması, organların kararlarının tüketicinin haklarını sınırlayıcı olmaması ve dava yolunu kapatmaması biçiminde öngörüldüğü tespit edilmektedir. Bu bakımdan tarafsızlık, etkililik, şeffaflık ve adil olma ilkeleri belirlenmiştir. Tahkimin de bir dava yolu olduğu ve hak arama özgürlüğünü kapatmayıp, aksine yargılama yapılması suretiyle bu yolun kullanılması aracı olduğunu ifade edilmelidir.

Burada da sözleşme özgürlüğünün genel sınırları bakımından tüketicinin güvenli, kurumsal ve ekonomik bakımdan korunan menfaatleri dikkate alınarak bir mekanizma oluşturulması gerekir. Diğer taraftan uyuşmazlık ortaya çıkmadan yapılan tahkim sözleşmesinin haksız şart olarak kabul edilmesinden başka uyuşmazlık sonrası tahkim sözleşmesi yapılırsa (HMK m. 412, 1), aslında hukukumuz açısından haksız şart olup olmadığından evvel yürürlük denetimi aşamasında işin özelliğine yabancı olması nedeniyle geçersizlik gündeme gelecektir.

Avrupa Birliği mevzuatı bakımından tüketiciye her yolu seçme hakkını tanıdığı; fakat tüketici hukukunda tüketiciye sağlanan mali kolaylıklar (harç muafiyeti vb.) dikkate alındığında tahkimin tüketiciye getireceği ekonomik yükün ortadan kaldırılmasını sağlayıcı davadakine benzer tedbirlerin alınması gerektiği açıktır¹¹⁶.

Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere, Yönetmelik ile haksız şart belirlenmesi, “*mutlak*” olarak kabul edilmemelidir. Ayrıca somut olaylar bakımından Kanunun aradığı dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüketici aleyhine bir dengesizliğin ortaya çıkması¹¹⁷ ve taraflar arasında müzakere edilmemiş olma koşullarının (TKHK m. 5) ele alınması da gerekir¹¹⁸. Bu

¹¹⁵ Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği,” *TBBD*, S. 131 (2017): 257-258; Özbek, *Tahkim*, 910-911.

¹¹⁶ Taşpınar Ayvaz, “Bedensel Zararlar,” 426-427.

¹¹⁷ Howells, “Consumer Contract Law,” 1926; Whittaker, “Unfair Contract Terms,” 232.

¹¹⁸ Howells, “Consumer Contract Law,” 1941; Micklitz, “Unfair Terms,” 377-378.

anlamda son olarak, örneğin bir tarafında tüketici olan asimetrik tahkim¹¹⁹ sözleşmeleri veya kayıtları da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Hukuk sistemimizde¹²⁰, Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinin, "... *hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir*

¹¹⁹ Bu konuda bkz. Ayşegül Polat, "Asimetrik Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği," *ASBÜHFD* 1, S. 1 (2019): 8 vd.; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Kızları," *AÜHFD* 69, S. 3 (2020): 1488.

¹²⁰ Alman doktrininde kabul edilen bir görüşe göre; Haksız Şartlar Direktifi Ek'inin paragraf 1(q) hükmünde yer alan ve hukuki düzenlemeye kavuşturulmamış tahkim ifadesinden anlaşılması gerekenin tahkime ilişkin herhangi bir genel kanuni düzenlemenin mevcut olmaması değildir [Andreas von Goldbeck, "Consumer Arbitrations in the European Union," *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 18, (2018): 279-280]. Başka bir deyişle Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1025. paragrafında, genel olarak Almanya'da uygulanacak olan ihtiyari tahkime ilişkin hükümlere yer verilmiş olması, Haksız Şartlar Direktifi anlamında tüketicilerin haklarına dair sorunların incelenebileceği uygun bir sistemin var olduğunu tek başına göstermez (von Goldbeck, "Consumer Arbitrations," 280-281). Ancak tacirin veya tacir olmamakla birlikte iş ilişkilerinin içinde yer alan bir kişinin taraf olarak yer alıp da karşısında tüketicinin bulunmadığı genel işlem koşulları ile hazırlanmış sözleşmede, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1029. paragrafının ikinci fıkrasındaki biçimiyle tahkim kaydına yer verilmesi halinde, uyuşmazlık ortaya çıkarsa, söz konusu kanunun 1032. paragrafına göre, yetkili mahkeme, bu hükme ve 1031. paragrafa imza dahil başka bir şekilde aykırılık görmüyorsa, yapacağı değerlendirme sonucunda koşulun geçerli olduğu sonucuna ulaşabilir [Oliver Spieker, "Schiedsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bereich des nicht kaufmännischen Verkehrs," *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20, 2. Halbjahr Köln (1999): 2138-2139]. Elbette taraflardan biri tüketici olmayan geçerli hüküm ve sonuç ifade eden tahkim kaydı, içerik denetimine de tâbi tutulabilir (Spieker, "Schiedsvereinbarungen," 2141). Bir ülkede, tüketicilerin kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş tahkime başvurduğundan bahsedebilmek için, özel olarak tüketici uyuşmazlıklarında tahkime başvurulmasına olanak tanıma amaçlı bir usulün öngörülmesi gerekir (von Goldbeck, "Consumer Arbitrations," 281-282). Tüketicinin tahkim anlaşmasında nasıl yer alabileceğine dair usul, özel olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun 1031. paragrafının 5. kısmında ve Alman Tahkim Kanunu'nda bulunmaktadır [Amy J. Schmitz, "American Exceptionalism in Consumer Arbitration," *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 81 10 (2012): 96; Gökberk Özsoker, *Tüketici Hakem Heyetleri* (Ankara: Yetkin, 2019), 77]. Alman Medeni Usul Kanunu'nda tahkime ilişkin diğer hükümlerin yanında bu hüküm özelinde yapılacak değerlendirmeler sonucunda, taraflardan birinin tüketici olduğu genel işlem koşulları ile hazırlanmış sözleşmede tahkim kaydının Almanya'da hüküm ifade ettiği kabul edilebilir (Spieker, "Schiedsvereinbarungen," 2139). Yürürlükte bir tahkim kaydının varlığının ötesinde, dürüstlük kuralına göre, tahkim kaydı içerik denetiminden geçirilip

hakeme müracaatını öngörmek...” şeklindeki ifadesi özel olarak tüketicilerin taraf oldukları uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için öngörülmüş, kanuni düzenlemesi mevcut olan tahkim usullerine başvurulabileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

Hukuk uygulamamızda, hakkında kanuni dayanak bulunan tahkim yollarından, tüketici hakem heyetleri, finans alanıyla ilgili tüketici işlemleri açısından Türkiye Bankalar Birliği ile Türkiye Katılım Bankaları Birliği bünyesindeki bireysel müşteri hakem heyetleri ve Sigorta Tahkim Komisyonu’nun sigortacılıkta tahkim faaliyeti örnek olarak verilebilir.

2. Bankacılık Kanunu Uyarınca Tüketiciler Açısından Tahkim

TKHK’un 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, finans alanında, Ticaret Bakanlığı’nın da görüşünün alınması suretiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından tüketicinin korunmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi öngörülmüştür¹²¹. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹²² yayımlanmış olmakla beraber, burada yer alan hükümler maddi hukuka ilişkindir.

Türkiye Bankalar Birliği’nde veya Türkiye Katılım Bankaları Birliği’nde, birlik üyesi bir banka ile müşterisi arasında miktar veya değer

bir tarafın tüketici olması halinde haksız şart olarak nitelendirilebilecektir (Spieker, “Schiedsvereinbarungen,” 2139-2140). Çünkü uyuşmazlık doğmadan önce kararlaştırılan tahkim koşullarının geçerli hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, dürüstlük kuralına uygun açık ve şeffaf yazılmalıdır (Schmitz, “Consumer Arbitration,” 96-97; Özsöker, *Tüketici*, 77; Howells, “Consumer Contract Law,” 1936).

¹²¹ Finansal tüketici ile ilgili korumanın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yerine getirilmesi, eleştirilere neden olmaktadır (Akipek Öcal, “Banka Mevduat Sözleşmeleri,” 34-35). Doktrinde, idari mercii tarafından gerçekleştirilecek korumanın düzenleniş tarzı da eleştirilere yol açmaktadır; KARA, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; yalnızca “... Bakanlığın görüşü”nü almasının isabetli olmadığını, bunun yerine Ticaret Bakanlığı’nın “uygun görüşü” tercih edilmiş olsa idi; daha isabetli bir kanuni düzenleme gerçekleştirilmiş olacağını belirtmektedir [İlhan Kara, “Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları,” içinde *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 3. Baskı (Ankara: Bilge, 2015): 55-56].

¹²² RG. 3.10.2014, S. 29138.

itibariyle tüketici hakem heyetinin görev alanında kalan uyuşmazlıkların çözümü için, ayrıca bireysel müşteri hakem heyetine başvuru imkânı¹²³, Bankacılık Kanunu'nun 80. maddesinin "j" bendinin, "...*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve diğer kanunlarla tanınmış müracaat hakları saklı kalmak kaydıyla üyeler ve bireysel müşterileri arasındaki ihtilafların değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulmasını temin etmek üzere hazırlayacakları ve Kurulca onaylanan usul ve esaslar dâhilinde hakem heyeti oluşturmak*" biçimindeki ifadesinden doğmaktadır¹²⁴. Aynı konuda görevli olan tüketici hakem heyeti mevcut iken tüketicilerin taraf olacağı finansal hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar için ayrıca bireysel müşteri hakem heyetinin kurulmuş olması isabetli bir tercih olmasa¹²⁵ da

¹²³ Erişir, "Konferans," 90.

¹²⁴ Bireysel müşteri hakem heyetinin faaliyetleri, bireysel bankacılık işlemlerini kapsamaktadır; yalnızca gerçek kişilerin başvuruları değerlendirmeye alınmaktadır. Tüzel kişilerin yaptığı başvurular ile gerçek kişilerin bireysel içerikli olmayan başvuruları (örneğin ticari, zirai vb. faaliyetlerle ilgili başvurular bireysel içerikli olarak değerlendirilmemektedir) kabul edilmemektedir. Bireysel müşteri hakem heyetine yapılacak başvurularda, anlaşmazlığa konu olay, başvuru tarihi itibariyle en çok iki yıl eski tarihli olmalıdır. Hakem Heyetinin sunduğu hizmetler ücretsizdir. Heyetin vereceği kararlara bankalar, 27071 TL'ye kadar uymak zorundadırlar. Bu tutar 2024 senesi için geçerli olup, her yıl ocak ayında Türkiye İstatistik Kurumunca yayımlanan yıllık tüketici fiyat endeksi değişim oranında yükseltilir. Başvuru konusu dikkate alınarak sekreteryaya tarafından kabul edilen başvurular, dört heyetten bir tanesine yönlendirilmektedir. Yönlendirilecek heyetler şunlardır: banka kartları ve kredi kartları bireysel müşteri hakem heyeti, tüketici kredileri bireysel müşteri hakem heyeti, sigortacılık işlemleri bireysel müşteri hakem heyeti, diğer bankacılık ürün ve hizmetleri bireysel müşteri hakem heyeti (birinci, ikinci ve üçüncü madde dışında kalan ürün ve hizmetlerle ilgili). Her bireysel müşteri hakem heyetinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun temsilcisi olarak iki üye ile Türkiye Bankalar Birliği tarafından aday olan bankalar arasından üç asil üç yedek üye seçilmekte ve toplam beş temsilci görev almaktadır ("Bireysel Müşteri Hakem Heyeti," Türkiye Bankalar Birliği, erişim tarihi Ocak 22, 2024, <https://www.tbb.org.tr/tr/finansal-tuketici/bireysel-musteri-hakem-heyeti/2469>).

¹²⁵ Bireysel müşteri hakem heyetlerinin oluşumunda müşteri temsilcisi olan herhangi bir üyenin yer almaması, uygulamada müşterilerin, bankalar kadar etki edemedikleri kararlar ile karşı karşıya kalmalarına da neden olmaktadır (bireysel müşteri hakem heyetlerinin oluşumu hakkında eleştirel yaklaşım için bkz. Erol Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim," içinde *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim-Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler*, ed. Erol Ulusoy ve Aslı Yıldırım (İstanbul: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009), 236-237.

pozitif düzenleme karşısında, aksi bir yorumda bulunarak bireysel müşteri hakem heyetlerine başvurulamayacağını belirtmek mümkün değildir. Bu nedenle zorunlu tahkim mercii varken ihtiyari tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceği yönündeki tartışmanın¹²⁶, zorunlu tahkim mercii olan tüketici hakem heyeti ile ihtiyari tahkim mercii olan bireysel müşteri hakem heyeti arasındaki ilişki açısından tekrar edilmesine ihtiyaç yoktur.

Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği tarafından çıkarılan Bireysel Müşteri Hakem Heyetinin Oluşumu, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasının "c" bendinde, devlet mahkemesine, tüketici hakem heyetine, sigorta tahkim komisyonuna başvuru yapılan uyuşmazlıklar için bireysel müşteri hakem heyetine başvuru yapılamayacağı ifade edilmiştir. Yine söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında, bireysel müşteri hakem heyetine başvuru yapılan bir uyuşmazlık için daha sonra devlet mahkemesine, tüketici hakem heyetine ve sigorta tahkim komisyonuna başvuru yapılması halinde, bireysel müşteri hakem heyetinin görevinin son bulacağı hükmüne yer verilerek olası karışıklığın önüne geçilmeye çalışılmıştır.

3. Sigortacılık Kanunu Bakımından Tahkim

Sigorta ilişkileri açısından özel bir kanun olan 3.6.2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu mevcut olmakla birlikte burada da tüketici mevzuatı uygulama alanı bulabilecektir¹²⁷. Sigorta işlemlerinde, genel işlem koşullarının kullanılması halinde TBK'nun, ancak genel işlem koşullarının haksız şart teşkil edecek boyuta ulaşması durumunda TKHK'un uygulanması gerekir¹²⁸.

¹²⁶ Bkz. III, A.

¹²⁷ Samim Ünan, "Tüketici Sözleşmesi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Kuralları," içinde 6. *Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18-19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları* (İstanbul: Aristo, 2017), 478-479; Tekin Memiş, *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi* (İstanbul: Onikilevha, 2016), 182.

¹²⁸ Memiş, *Sigorta*, 182; Ünan, "Sigorta Sözleşmeleri," 482-483; aksi yönde Fatma Dilek Kabukçuoğlu, "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Sigorta Sözleşmelerinin Durumu," içinde 4. *Tüketici Hukuku Kongresi, 20-21-22 Kasım 2014, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Ankara: Bilge, 2015), 437; yazara göre, Türk Ticaret Kanunu'ndaki koruyucu hükümler herhalde uygulama kabiliyetini haiz olduğundan, sigorta sözleşmesinin ayrıca haksız şart içerip içermediğini değerlendirmeye ihtiyaç yoktur.

Sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğinde olması halinde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'ndeki örneklerin de uygulama alanı değerlendirilmelidir¹²⁹. Tüketicinin taraf olduğu işlemler hakkında, diğer kanunlarda da düzenlemelere yer verilmesi, bu işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesine ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasına engel değildir (TKHK m. 83, 2). Ayrıca bu durum, yalnızca tüketici mahkemesi için değil, tüketici hakem heyetinin görev ve yetki alanı bakımında da geçerlidir¹³⁰. Bu nedenle niteliği itibarıyla tüketici işlemi olan bir sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için, tüketici hakem heyetine başvurulabileceğine tereddüt edilmemelidir.

Sigorta hukuku ile ilgili olarak, sigorta şirketi, sigorta ettiren ve sigortalı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde sigortacılıkta tahkime ilişkin düzenleme getirilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketicinin de sigorta tahkim komisyonuna başvurabilmesinin özel olarak amaçlandığı görülmektedir. Bununla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin on dördüncü fıkrasında; *"Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamaz"* denilerek sigortacılıkta tahkimin varlığının tüketici hakem heyetine başvurmaya engel olmayacağı pozitif dayanağa kavuşturulmuştur.

Doktrinde bir görüş tarafından, Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesiyle getirilen sigortacılıkta tahkim sisteminin, ihtiyari ve zorunlu tahkim ayrımının dışında karma bir yöntem olduğu ifade edilmektedir¹³¹.

Sigorta tahkiminde taraflar, sigorta sözleşmesine koydukları tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesiyle değil, sigorta kuruluşunun Tahkim Komisyonuna üye olarak önceden yapmış olduğu herkese açık önerisinin

¹²⁹ Memiş, *Sigorta*, 183; Haksız Şartlar Hakkında Direktif açısından da sigorta sözleşmesinin tüketici işlemi sayılmasına bir engel bulunmadığı hakkında bkz. Willett, "Unfair Terms," 229; Collins, "Good Faith," 242; bkz. Elvin, "Unfair Terms," 44.

¹³⁰ TKHK m. 83 Gereğiçesi.

¹³¹ Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri," *TAAD*, S. 26, Yıl:7 (Nisan 2016): 53.

uyuşmazlığın doğmasından sonra tahkim merkezine başvurularak kabul edilmesiyle tahkim sözleşmesini kurmaktadırlar¹³².

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre, sigortacılıkta tahkimde, sigorta tahkim komisyonunun oluşumunda kurumsal ihtiyari tahkim benimsenmiştir¹³³. Zira hem sigorta kuruluşunun tahkim sistemine katılması ihtiyaridir hem de sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenin ve sözleşmeden menfaat elde eden sigortalı veya lehtarın tahkime başvurması hiçbir aşamada zorunlu tutulmamıştır¹³⁴.

Doktrinde ileri sürülen başka bir görüşe göre, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşa karşı tahkime başvurulması, karşı taraf ile ilgili kuruluş arasında herhangi bir tahkim sözleşmesinin bulunmasını gerektirmemekte ve böyle bir başvurunun yapılması halinde sigorta kuruluşu açısından bir zorunluluk doğacağı için, ihtiyari tahkimden söz edilemeyecektir¹³⁵. Buna karşılık, sigorta kuruluşuna karşı, sigortacılıkta tahkim yoluna başvuran kişi bakımından, bu yola başvurmak zorunlu olmayıp, kendisinin ihtiyarında olduğundan, ancak nispi zorunlu tahkim sisteminden bahsedilebilecektir¹³⁶. Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar ile karşı taraf, sigortacılıkta tahkime ilişkin hükümlerden faydalanarak ihtiyari tahkime müracaat edebileceklerdir¹³⁷.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, Sigorta Tahkim Komisyonu haricinde, HMK'nun ihtiyari tahkim hükümleri uyarınca, sigortacılık işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulabileceği Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin yirmi dördüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm ile sigorta sözleşmesinin bir tarafını tüketicinin teşkil edebileceği düşünüldüğünde, sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için, önce sigorta tahkim komisyonuna üye sigorta kuruluşuna başvurarak,

¹³² Karasu, "Sigorta Tahkimi," 54.

¹³³ Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi - Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri," *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan 1)* 8, Özel Sayı (2013): 287 (Erişim tarihi Eylül 7, 2022, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf>); Işıl Ulaş, "Sigortacılıkta Tahkim," *BATİDER* 14, S. 2 (2007): 240.

¹³⁴ Ulaş, "Sigortacılık," 240.

¹³⁵ Ulusoy, "Finans," 241.

¹³⁶ Ulusoy, "Finans," 241.

¹³⁷ Ulusoy, "Finans," 241.

tüketici hakem heyetinden farklı bir hakem heyetinde, tüketicinin hak arayabileceğinin kabulü gerekmektedir. HMK'nun ihtiyari tahkim sisteminde, başka bir koruyucu düzenlemeyle sözleşme özgürlüğü sınırlanmadığı ölçüde, tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, TKHK'un haksız şartlara ilişkin 5. maddesi ile ilgili yönetmelik uygulama alanı bulur ve bu doğrultuda haksız şart denetimi yapılır¹³⁸.

B. Delil Sözleşmeleri

1. Delil Sözleşmesi Bakımından Hukukun Tanıdığı Özgürlük Alanı

HMK'nun 193. maddesinin birinci fıkrasında, delil sözleşmesi yapılmasına imkân tanınarak Kanundaki delil sistemi yumuşatılmıştır¹³⁹.

Delil sözleşmesi, tarafların mevcut veya gelecekteki bir dava bakımından yaptıkları, bir olayın, olgunun veya hukuki işlemin belirli delille ya da diğer delillerin yanı sıra kararlaştırılan başka delillerle de ispat edilebileceği hususunda yapılan sözleşmedir¹⁴⁰. Delil sözleşmesinin konusunu, ispat araçları (deliller) oluşturur¹⁴¹.

HMK'ndaki delillere ilişkin kuralların taraflar arasındaki sözleşme ile değiştirilmesi ya da onların yerine bütünüyle farklı kurallara yer verilmesi, kamu düzenine aykırılık biçiminde yorumlanamaz¹⁴².

Senetle (kesin delille) ispat kuralları (HMK m. 200-201), mahkemelerde tarafların, tanıkların yalan beyanlarından korunarak kötüye kullanımların önüne geçilmesi, uyuşmazlığın makul sürede çözülmesi, işlem güvenliğinin

¹³⁸ Ayrıca bkz. Memiş, *Sigorta*, 183-187.

¹³⁹ Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (Ankara: Adalet, 2018), 794.

¹⁴⁰ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 182; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 508; çeşitli tanımlar için bkz. Hâluk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Ankara: Yetkin, 2009), 53; Ahmet Battal, "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri," *BATİDER* 19, S. 2 (Aralık 1997): 129; Kuru ve Aydın, *Usul*, 333-334; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 381; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 794; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 908.

¹⁴¹ Kuru ve Aydın, *Usul*, 334; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 493 vd.; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 277.

¹⁴² Ramazan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler," *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı (Ocak 2013): 67; Kuru ve Aydın, *Usul*, 334; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 493.

sağlanması amaçlarıyla öngörülmüştür¹⁴³. Kamu yararı ve kamu düzeni kavramları ile ilgili bu amaçlar, ispat faaliyetinde taraflara tanınan özgürlük alanının sınırlarını da tespit etmektedir. Ancak bu temas, kamu düzeninin ve kamu yararının, tıpkı her borçlar hukuku sözleşmesinde olduğu gibi, ihlal edilmemesi kaydıyla usul hukukunda senetle ispat kurallarının, hukuken geçerli bir biçimde, tarafların anlaşması suretiyle değiştirilebileceğini ifade etmektedir. Yoksa senetle ispat kuralları bizatihi kamu düzeninden kaynağını alan emredici hukuk kuralları değildir¹⁴⁴. Bu kurallar, yedek hukuk kuralı niteliğindedir¹⁴⁵.

Taraflar, herhangi bir maddi hukuk (örneğin kredi, sigorta, satış vb.) sözleşmesinin koşulu olarak, o sözleşmeden doğacak uyumsuzluğun belirli bir delille veya diğer delillerin yanında, başka delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, ayrı sözleşme şeklinde de delil sözleşmesi yapabilirler¹⁴⁶. TBK'nun sözleşme özgürlüğüne ilişkin 26. ve bu özgürlüğün sınırlarına ilişkin 27. maddesi, kamu düzenine ek olarak ahlaka, kişilik haklarına aykırılık ve konusu itibarıyla imkânsız olma biçiminde sınırlarını çizdiği genel çerçeve yönünden delil sözleşmeleri için de uygulanır¹⁴⁷.

TKHK'un 4. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen yazılı geçerlilik şekli de yalnızca bu kanunda düzenlenen sözleşme türleri açısından öngörülmüştür. Delil sözleşmesi bir tüketici işlemi vasfını taşısa bile TKHK'da düzenlenmediğinden, bu Kanundan kaynağını alan bir yazılı geçerlilik şekli görülmemektedir. Bununla birlikte doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, HMK'nun 193. maddesinde, delil sözleşmesinin yazılı şekilde yapılabileceği ifade edildiğinden yazılılık,

¹⁴³ Senetle ispat kurallarının amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Konuralp, "İspat Kuralları," 53 vd.; Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin, 2016), 429.

¹⁴⁴ "Değeri belli miktarı aşan hukuki işlemlerin şahitle ispatı yasağına ilişkin esasların amme intizamı düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümlerden olmadıklarına..." (E. 18, K. 21, 18.03.1959, RG 26.06.1959, S. 10237) şeklindeki İBK'nda da bu husus açıkça belirtilmiştir.

¹⁴⁵ Arslan, "Delil Sözleşmesi," 67; Kuru ve Aydın, *Usul*, 334; İlhan E. Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutlar*, Genişletilmiş 2. Bası (İstanbul: Baha Matbaası, 1964), 24-25; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü* (İstanbul: Vedat, 2014), 489.

¹⁴⁶ Battal, "Bankacılık," 130; Kuru ve Aydın, *Usul*, 338; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 277.

¹⁴⁷ Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 911.

geçerlilik şeklindedir¹⁴⁸. Taraflardan birinin aralarındaki delil sözleşmesini inkâr etmesi halinde, yazılı bir delil sözleşmesi olmadıkça, sözlü bir delil sözleşmesinin varlığı ispat da edilemez¹⁴⁹. Bu görüş doğrultusunda delil sözleşmeleri, genel işlem koşulu denetimden geçmeksizin, sırf yazılı şekil kuralına uyulmadığı için hükümsüz olur (TBK m. 12, 2). Ancak belirtmek gerekir ki, delil sözleşmesi mahkeme huzurunda tutanağa geçirilen imzalı beyanlarla da gerçekleşebilir. Nitekim HMK m. 193, 1 uyarınca, “*Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler*”. Bu durumda, yazılılık koşulu, tutanağa geçirmeyle sağlanmış olur. Madde gerekçesine bakıldığında da delil sözleşmesinin açık olması gerektiği, örtülü bir şekilde yapılamayacağı; yazılılığınca ya taraflarca önceden yapılan sözleşmenin ibrazı veya mahkeme huzurunda ortaya çıkan açık iradelerin imza karşılığı tutanağa bağlanmasıyla gerçekleşeceği görülür¹⁵⁰.

Buna karşılık diğer görüşe göre, delil sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının taraflarca değerlendirilebilmesi amacıyla HMK’nun 193. maddesiyle ispat koşulu olarak yazılı şekil öngörülmüştür¹⁵¹. Delil sözleşmesi

¹⁴⁸ Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) yürürlükte olduğu dönemde konu 287. maddede düzenlenmişti. Buna göre, “*iki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz*” şeklindeki ifade, delil sözleşmesinin yazılı veya daha önceden sözlü olarak yapıldığının mahkeme önünde ikrarı ile geçerlilik kazanabileceği sonucuna ulaştırmakta idi. Bu nedenle doktrinde delil sözleşmesinin şekli konusu tartışmalı olmakla birlikte, maddedeki düzenleme, delil sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı olmasına bağlı olmadığı; daha önce sözlü olarak yapılan sözleşmenin ikrarına da olanak tanıdığı için buradaki şeklin ispat şekli olduğu yönünde sonuca varılmakta idi. Bu konudaki tartışma ve ayrıntılar için bkz. Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 194-195.

¹⁴⁹ Mustafa Göksu, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2011): 60; Kuru ve Aydın, *Usul*, 338-340; Arslan ve diğerleri, *Usul*, 511.

¹⁵⁰ “*...Delil sözleşmesinin önemi sebebiyle, yazılı olması veya tutanağa geçirilecek beyanların imzalanması suretiyle yapılabileceği kabul edilmiştir. Delil sözleşmesinin, ancak açıkça yapılabilmesi karşısında, zımnî delil sözleşmesi yapılması mümkün değildir*” (HMK m. 193 gerekçesi).

¹⁵¹ Arslan, “Delil Sözleşmesi,” 71; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 382.

sözlü olarak da kurulabilir; ancak sözlü olarak kurulan delil sözleşmesi duruşma tutanağına geçirilmeli ve taraflarca bu tutanağın altı imzalanmalıdır¹⁵².

2. Özgürlük Alanının Sınırlarının Aşılması

a. Delil Sözleşmesinin Kapsamı

İspat hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun (hukuki) dinlenilme hakkının en önemli görünümüdür (AİHS m. 6; Anayasa m. 36; HMK m. 27). Bu nedenle ispat hakkına müdahale edilerek delil sözleşmesi aracılığıyla içinin boşaltılıp, etkisizleştirilmesinin önlenmesi gerekir¹⁵³. Ayrıca tarafların iddiaları ve savunmaları arasındaki karşılıklı usuli dengenin delil sözleşmesi ile bozulması halinde, silahların eşitliği ilkesi de ihlal edilmiş olur¹⁵⁴. Bu nedenle emredici bir hüküm olan HMK'nun 193. maddesinin ikinci fıkrası, sözleşmede güçlü tarafın, diğer tarafın ispat hakkını ortadan kaldırmasının veya fevkalâde güçleştirmesinin, sözleşme özgürlüğünün sınırını aştığını belirtmektedir. Delil sözleşmesi açısından getirilen bu sınırlama, dürüstlük kuralının bir yansımasıdır¹⁵⁵.

Doktrinde, silahların eşitliği bakımından usuli dengenin ne ölçüde değiştirilebileceğini öngören HMK'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasının sorunları da beraberinde getirdiğine dikkat çekilmektedir. Zira hükmün kaleme alınış tarzı itibarıyla fevkalâde güçleştirme ölçütünün üstüne çıkmayan eşitsizlikler silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, silahların eşitliğiyle kastedilen mutlak eşitlik olmasa da usuli hak ve yetkiler açısından, hakkaniyete uygun dengenin varlığıdır¹⁵⁶.

b. Kapsama Dair Ölçütlerin Uygulanması

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendi uyarınca; tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçsüz

¹⁵² Arslan, "Delil Sözleşmesi," 71.

¹⁵³ Arslan, "Delil Sözleşmesi," 71; Battal, "Bankacılık," 139; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 794; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 912.

¹⁵⁴ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 428, 441; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 798.

¹⁵⁵ Baki Kuru ve Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler," *İstanbul Barosu Dergisi* 85, S. 5 (2011): 5.

¹⁵⁶ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 445; Çiftçi, *İspat Hakkı*, 795.

derecede sınırlandırmak haksız şart örneği olarak ifade edilmektedir. Elbette salt yönetmelik ekinde sayılma, haksız şart olarak kabulü zorunlu kılmaz¹⁵⁷. Buna ek olarak, yönetmelikte yer alan “delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırma” ibaresinin kapsamı da tıpkı HMK’nun 193. maddesindeki “fevkalade güçleştirme” gibi belirsizlikler içermektedir.¹⁵⁸ Yine de TKHK’un 83. maddesinde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı yönündeki atıf dolayısıyla bu Kanunun 5. maddesinde delil sözleşmesine ilişkin doğrudan hüküm bulunmadığı için, HMK’nun 193. maddesinin ikinci fıkrasındaki, “Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir” şeklindeki emredici hükmün, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde de uygulanması gerekir. HMK m. 193 metniyle dürüstlük kuralından kaynağını almak bakımından haksız şarta ilişkin düzenlemelerle örtüşmekle birlikte aslında bu amacı taşıyan ve genel işlem koşulu denetimi sistemi içinde yer alan bir hüküm değildir.

Her ne kadar Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki’nin 1. maddesinin “n” bendi, delillerin ölçüsüz derecede sınırlandırılmasının haksız şart teşkil ettiğini belirtmekteyse de HMK’nun 193. maddesinin ikinci fıkrası dolayısıyla genel işlem koşulunun içerik denetimi yoluyla delil sözleşmesinin incelenmesine ihtiyaç bulunmadığı kanısındayız¹⁵⁹. Çünkü söz konusu hüküm, dürüstlük kuralına aykırı delil sözleşmelerinin hükümsüz olacağını ortaya koymaktadır; ayrıca sözleşmenin genel koşulunun içerik denetiminden geçirilmesi bir kez daha dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının kontrol edilmesi ve eğer bu koşul dürüstlük kuralına aykırıysa, haksız şart kabul edilerek hükümsüz sayılması anlamına gelecektir. Başka bir ifadeyle HMK’nda, dürüstlük kuralına aykırı bir koşulun

¹⁵⁷ Şebnem Akipek Öcal, “Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartlara Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım,” içinde *AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2017), 373.

¹⁵⁸ Pınar Çiftçi, “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu,” *DEÜHFD 11 (Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan 1)*, Özel Sayı (2009): 170.

¹⁵⁹ Emredici hukuk kuralına aykırılık halinde sırf bu nedenle, yani genel işlem koşulunun içerik denetimine gidilmeksizin, sözleşme koşulunun hükümsüz olacağı hakkında bkz. Engin, “Genel İşlem Şartları,” 84-85; emredici bir düzenleme ile sınırlama getirilmesi durumunda Haksız Şartlar Hakkında Direktif bağlamında bir denetime gidilmemesi gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Elvin, “Unfair Terms,” 45-47. Aksi yönde Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 382.

akıbeti, bireysel veya genel koşul olup olmadığına bakılmaksızın koruyucu hükümle düzenlenmişken; bu çeşit tekrara düşülmemesi gerekir.

TBK'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde; “*Meselâ, delil sözleşmesine ilişkin bir genel işlem koşulunun bu sözleşmenin asıl metnine alınması...*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümde, denetimden geçecek genel işlem koşullarının çerçevesi çizilirken, taraflarca genel işlem koşulları arasında yer verilmesi halinde, HMK'nun 193. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, genel işlem koşulu denetiminden geçmesine gerek olmayan bir sözleşme olan delil sözleşmesinin anılması isabetli olmamıştır.

Örneğin banka ile müşterisinin üzerinde özel olarak müzakere ederek delil olması amacıyla bir kayıt tutulması ve bu yazılı işlemin banka tarafından yerine getirilmesi hizmetini konu edinen bireysel sözleşme meydana getirmeleri, HMK'nun 193. maddesinin tanıdığı imkân dahilinde mümkündür¹⁶⁰. Elbette bankacılık sektöründeki uygulamalar düşünüldüğünde, müşteriyle böyle bir anlaşmaya varılması olasılığı düşüktür. Bununla birlikte sıklıkla olduğu üzere bankanın ticari defterlerini kendi lehine delil olarak kullanmak amacıyla tüketici konumundaki müşterisi ile arasındaki sözleşmede bir koşula yer vermesi veya bu yönde başka bir sözleşme yapması geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna ek olarak HMK'nun 222. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında, tüketicinin varsa ticari defterlerinin bankanın ticari defterlerine aykırı olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi ve benzeri haller bankanın avantaj sağlayacağı durumlar olarak öngörülemeyeceği gibi, zaten tüketici kavramının dinamik özellik göstermesi nedeniyle başka konularda tacir olmasından kaynaklanan hususlardan aleyhe veya lehe yararlanılamayacağına dikkat edilmesi gerekir. Ayrıca “*Sözleşmeden kaynaklanan borçlara ve ödemelere ilişkin her türlü hesap ve anlaşmazlıklar hakkında bankanın müşteriye verdiği makbuz veya hesap özetleri veya diğer belgeler ile bankanın kayıt ve defterleri kesin delil teşkil eder. Müşteri, banka kayıt ve defterlerinin usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif hakkından feragat ettiğini kabul ve taahhüt eder*” şeklinde bir koşul sözleşmede bulunuyorsa, HMK'nda yer alan bahse konu sınırları aştığı için hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

Taraflarca getirilme ve tasarruf ilkeleri bağlamında, delil sözleşmesi de ancak yargılamaya konu edilmesi halinde, hâkim tarafından değerlendirmeye

¹⁶⁰ Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, aynı yönde bkz. Battal, “Bankacılık,” 134.

tâbi tutulmalıdır¹⁶¹. Bununla birlikte Yargıtay 15. HD, 22.9.2020 tarih ve 1158/2532 sayılı kararında, “*delil sözleşmesi niteliğinde olup HMK 193. hükmü gereğince resen gözetilmesi gereken Yapım İşleri Genel Şartnamesi 21. maddesine göre götürü bedelli işlerde %10 oranındaki iş artışının sözleşme fiyatları ile ve ihale dökümanındaki hükümler çerçevesinde yaptırılabilirliği öngörülmüş olup...*” biçimindeki ifadeleriyle aksi yönde karar vermiştir.

Doktrinde, ispat yükü kendi üzerine düşen tarafın rızası ile karşı taraf, ispat yükünü üzerine alıp delil sunuyorsa yemin de teklif edebileceği belirtilmektedir¹⁶². Ancak dikkat edilirse uygulamada, usul hukukuna aykırı bir biçimde, tüketicilerin ispat yükünü üzerine aldığı değil; belli bir vakiya ilişkin delil sunmaması hatta yemin dahi teklif etmemesi hedeflenmektedir.

C. İspat Yükü Sözleşmeleri

1. İspat Yükü Sözleşmesi Yapılabilmesinin Kanuni Dayakları

a. Objektif İspat Yükü Bakımından

Tarafın dayandığı vakıya veya vakıalarla hâkim, kendiliğinden araştırma ilkesi uygulandığında bağlı değildir¹⁶³. Bununla birlikte taraflarca hazırlama ilkesi uygulanırken talepte bulunan taraf, talebinin temelini oluşturan vakıya veya vakıaları iddia etme yükü altındadır¹⁶⁴. İddia yükünün gerçekleşmesi,

¹⁶¹ Bolayır, *Deliller*, 490-491; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 421; Yazıcı Tıktık, *Gizlilik*, 273.

¹⁶² Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin, 2012), 116.

¹⁶³ Ahmet Başözen, *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı* (Ankara: Adalet, 2010), 85-86. Subjektif ve objektif iddia yükü ayrımında, objektif iddia yükünün taraflarca getirilme ilkesinin olduğu durumlarda da varlığını devam ettirdiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Börü, *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Ankara: Yetkin, 2016), 118; Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 19.

¹⁶⁴ Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 85; Yardımcı, *Somutlaştırma Yükü*, 19. Subjektif iddia yükünde, subjektif soyut iddia yükü, davanın temeli haline getirilen vakıaları hukuk kuralında öngörülen vakılara bağlar; subjektif somut iddia yükü, vakıalarla deliller arasında ilişki kurarken, özellikle ispat faaliyetine sağlanan katkılar açısından önemlidir [Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 121-125, 183 vd.; Muhammet Özekes, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler,” *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan 1 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 285 vd.]. Bununla birlikte iddia (veya karşı iddia) yükünün

ispat yükünü ortaya çıkarır¹⁶⁵. Taraflarca getirilme ilkesi ya da kendiliğinden araştırma ilkesi fark etmeksizin, ispat yükü kavramı, objektif olarak somut bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair belirsizlik durumunda, hâkim tarafından, aleyhe karar verilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalınmasını ifade etmektedir¹⁶⁶. İspat yükü, hukuki niteliği dikkate alındığında bir yükümlülük teşkil etmemektedir¹⁶⁷.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ispat yükü vakıa iddiasında bulunan tarafa, iddia ettiği vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda düşen usuli yüküdür¹⁶⁸. İspat yükünü yerine getiremeyen kişi, maddi hukukta olduğu gibi aynen ifa ya da tazminat yaptırımına uğramamakta; yalnızca aleyhine karar verilmesi tehlikesi doğmaktadır¹⁶⁹.

Doktrinde diğer bir görüş tarafından, belli bir normun unsur vakıalarına ilişkin ispat yükünün, o normun işlevi gereği ait olduğu hukuk alanına göre usul hukukuna veya maddi hukuka ait olabileceği savunulmaktadır¹⁷⁰. Ayrıca ispat yüküne ilişkin hem TMK'nun 6. maddesinde hem de HMK'nun 190. maddesinde düzenleme yapılmasının; ispat yükünün maddi hukuk temelli usul hukuku müessesesi olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir¹⁷¹.

yerine getirilmesi (HMK m. 119, 1/e ve f ile m. 129, 1/d ve e) için, tarafa doğrudan yaptırım uygulanması öngörülmemektedir (Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 164, 248 vd.; Özekes, "Dilekçe," 282).

¹⁶⁵ Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 249; Özekes, "Dilekçe," 292; Yardımcı, *Somutlaştırma Yükü*, 19.

¹⁶⁶ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 2, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 1694; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 498; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 162; Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat* (Ankara: Yetkin, 2012), 36; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 3; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 613; Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 33; Bruder, "Burden of Proof," 209; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 86.

¹⁶⁷ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1694; Bilge ve Önen, *Yargılama*, 498.

¹⁶⁸ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1694; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 357; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 86. Başka bir görüşe göre, ispat yükü, taraflar için yük ya da yükümlülük değil davanın kaybedilmesi riski olup, hâkim için karar vermeye yardımcı araçtır (Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 33).

¹⁶⁹ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1694.

¹⁷⁰ Bilge ve Önen, *Yargılama*, 500; Topuz, *Karinelerle İspat*, 48; Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 11.

¹⁷¹ Topuz, *Karinelerle İspat*, 47-48.

Başka bir görüş ise; ispat yükü kurallarının maddi hukukta düzenlenen soyut vakıaların oluşması halinde, maddi hukuk sonuçlarının hükmedilmesi için, maddi hukuka ait kurallar olduğunu ileri sürmektedir¹⁷².

Belirtmek gerekir ki, ispattan ancak dava içinde söz edilebilir ve hâkim karar verirken usuli işlem gerçekleştirmektedir¹⁷³. Dolayısıyla ispat yükünün neticelerine dair sorunlar saf usuli meselelerdir¹⁷⁴. Bununla birlikte, kanaatimizce, ispat yükü, maddi hukukun parçası olan bir kavramdır¹⁷⁵. Çünkü subjektif hakkın özü bakımından hangi olayların tespit edilmesinin davacı ya da davalı yararına olacağı maddi hukuk ile ilişkilidir¹⁷⁶. Buna karşın hem ispat yükü kurallarının uygulamasının dava esnasında mümkün olması hem de tüketici hukukuna ilişkin Avrupa Birliği direktiflerinde ve hukukumuzdaki düzenlemelerde, niteliği itibarıyla usul hukukuna ilişkin olan sözleşmesel kayıtlarla birlikte yer alması dolayısıyla yargılama sürecinde haksız şartlarla irtibatının ortaya konulmasının önem arz etmektedir.

HMK'nun 190. maddesinde, ispat yüküne ilişkin düzenleme yapılmakla beraber, ispat yükü hakkında, taraflarca sözleşme yapılıp yapılamayacağı hususunda açık bir hükme yer verilmemiştir.

İspat yüküyle ilgili kuralların, maddi hukuk kuralı niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz için, borçlar hukukuna egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu ilkenin düzenlendiği TBK'nun 26. maddesi uyarınca, ispat yükü sözleşmesi yapılabilir¹⁷⁷. Taraflar, TBK'nun 27. maddesinde öngörülen sınırlara riayet ederek, bir vakıanın ispatının kime düşeceği üzerine anlaşmaya varabilirler¹⁷⁸. Örneğin TBK'nun 112. maddesi uyarınca kusur meselesinde, ispat yükü borçludur; bununla birlikte söz konusu hüküm yedek hukuk kuralı olduğundan taraflar aksini kararlaştırabilir¹⁷⁹.

¹⁷² Budak ve Karaaslan, *Usul*, 262.

¹⁷³ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 171.

¹⁷⁴ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 171-172.

¹⁷⁵ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 172; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 882.

¹⁷⁶ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 172.

¹⁷⁷ Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897.

¹⁷⁸ Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usûl*, 447; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 360; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897.

¹⁷⁹ Budak ve Karaaslan, *Usul*, 265. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde aynı yönde, Umar ve Yılmaz, *İspat Yükü*, 13.

b. Subjektif İspat (Delil İkame) Yükü Bakımından

Delil ikamesi yükünde önem taşıyan husus, hangi tarafın hangi vakıayı veya hangi unsuru ispat edeceğidir. Yani kimin, delilleri davaya getirme yükü altına olduğu sorusuna yanıt aranmaktadır¹⁸⁰.

Delil ikamesi yükü, ispatın şeklini ve yöntemini düzenleyen bir kavram olduğu için yargılama hukukunun parçasıdır¹⁸¹.

Bununla birlikte delil ikamesi yüküne maddi hukuka ilişkin kurallar uygulanabilir; tarafların iddiaları açısından delil ikamesi kendi iradelerine dayandığından bu konuda sözleşme yapmaları da TBK'nun 26. maddesinde kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca mümkündür¹⁸². Delil ikamesi yükü açısından da sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran kanuni düzenlemelere, özellikle TBK'nun 27. maddesi hükmüne riayet edilmesi gerekmektedir.

2. İspat Yükünün Sözleşmeye Konu Edilebilmesinin İçerik Denetimine Olanak Tanınması

Taraflarca ispat yüküne ilişkin sözleşme yapılabildiği ve bu sözleşmeye ilişkin özel bir emredici kanun hükmüyle sınırlama getirilmediği için, TBK'nun genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin 24 ve 25. maddeleri ispat yükü sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur¹⁸³.

Haksız Şartlar Hakkında Direktif ile AB Mevzuatı'nda öngörülen sisteme uygun olarak tüketici işlemi niteliğindeki ispat yükü sözleşmesinin varlığı durumunda¹⁸⁴, hukukumuzda da genel işlem koşulu denetimi

¹⁸⁰ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 164; Topuz, *Karinelerle İspat*, 38; Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 39; Bruder, "Burden of Proof," 209; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 90.

¹⁸¹ Atalay, *Pekcanitez Usul*, 1707; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 172; Umar ve Yılmaz, *İsbat Yükü*, 34. Soyut delil ikame yükü ile somut delil ikame yükü ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 360-362; Börü, *İddia ve Somutlaştırma Yükü*, 40 vd.; Başözen, *İlk Görünüş İspatı*, 91.

¹⁸² Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, 175.

¹⁸³ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usul*, 360; Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 265. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde genel şartlarda yer alan ispat yükü anlaşmasının dürüstlük kuralına aykırı olması halinde hükümsüz kabul edilerek ilgili kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde, Umar ve Yılmaz, *İsbat Yükü*, 16.

¹⁸⁴ Bruder, "Burden of Proof," 219; Howells, "Consumer Contract Law," 1943.

yapılabilir. Bu nedenle TKHK'un haksız şartlara ilişkin 5. maddesinin uygulanması bakımından bir sorunla karşılaşmaz¹⁸⁵.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendi uyarınca genel işlem koşulu ile mevcut hukuki düzenlemeler gereğince, diğer tarafta olan ispat yükünü tüketiciye yüklemek haksız şart teşkil eder. Herhangi bir sözleşmeye taraf olan kişi, dürüstlük kuralına aykırı olarak aleyhine etki doğuran bir sözleşme koşulunun genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu iddia etmekte ve bu iddiası genel işlem koşulu denetimi sayesinde lehine hak doğuracak ise, kural olarak o koşulun genel işlem koşulu olduğunu kanıtlaması gerekir¹⁸⁶. Ancak sözleşmenin genel işlem koşullarından oluştuğu, görünüşünden anlaşılmaktaysa bu koşulları kullanan taraf, karşı tarafın aleyhine olan koşulun genel işlem koşulu olmadığını, bireysel sözleşme koşulu olduğunu ispatlamalıdır¹⁸⁷. Bununla birlikte uygulamada, genel işlem koşullarından oluştuğu görülen bir sözleşmeyi kullanan tarafın, sözleşme koşullarından birisinin bireysel olarak müzakere edildiğini ispat edebilmesiyle nadiren karşılaşmaktadır¹⁸⁸.

Genel işlem koşulları kendisine karşı kullanılan taraf tüketiciyse, sözleşmenin genel görünüşüne dahi ihtiyaç olmaksızın, TKHK'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, tüketicinin aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan bir durum doğuran koşulun bireysel sözleşme koşulu olduğunu ispat yükü karşı tarafa düşer. Bu nedenle örnek olarak bir tüketici sözleşmesinde genel koşullar arasında, "*sözleşmeyi düzenleyen bir koşulun bireysel olarak müzakere edildiğini iddia ediyorsa, bunu ispat yükü tüketicidedir*" şeklinde, girişimcinin üzerine bırakılan ispat yükünü tersine çevirmeyi amaçlayan bir koşula yer verilirse, haksız şart söz konusu olur.

İspat yükü kavramına Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde yer verilirken, tıpkı HMK'nun 190. maddesindeki gibi, objektif veya subjektif olmasına göre ayrıma gidilmemiş; yani açıkça subjektif ispat yükünden söz edilmemiştir. Bununla birlikte delil ikamesi yükü olarak da anılan bu yüke ilişkin sözleşme

¹⁸⁵ Tanrıver, *Medeni Usul 1*, 897; Almanya'da ve İngiltere'de ispat yükü sözleşmesinin genel işlem koşulu denetiminden geçirilerek haksız şartların tespit edilmesi hakkında bkz. Bruder, "Burden of Proof," 221-223.

¹⁸⁶ Alfons Schulze-Hagen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit Fokus auf den Bau und Anlagenbau," *NZBau* (2016): 396.

¹⁸⁷ Schulze-Hagen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 396; Whittaker, "Unfair Contract Terms," 235-236; Micklitz, "Unfair Terms," 361, 378.

¹⁸⁸ Schulze-Hagen, "Allgemeine Geschäftsbedingungen," 396.

yapılması halinde, sözleşmesel koşulların haksız şart teşkil edip etmediği değerlendirilmesine, hem ispat yükü kavramının aslında subjektif anlamı itibariyle delil ikamesi yükünü barındırması hem de yönetmelik hükmünün sınırlayıcı değil, örnek kabilinden sayma yapması nedeniyle bir engel bulunmamaktadır.

D. Yetki Sözleşmesi

1. Kişi Yönünden Sınırları Dolayısıyla Yetki Sözleşmesine Tüketicinin Taraf Olamaması

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, giderek artan şekilde, yetki kayıtlarına yer verildiği görülmektedir¹⁸⁹. Bu koşulları kullananlar, kesin olmayan yetki kurallarından ayrılarak usul hukuku yönünden daha elverişli duruma geçmeyi amaçlamaktadır¹⁹⁰.

Yetki sözleşmesiyle kanunda yetkili mahkeme olarak belirtilmeyen bir mahkemenin yetkili kabul edilmesi ve karşı tarafın kendi yerleşim yerinden başka yer mahkemesinde dava açmasının öngörülmesi, TBK'nun 25. maddesi çerçevesinde her durumda dürüstlük kuralını ihlal eden ağırlıkta aleyhe durum olarak değerlendirilemez¹⁹¹.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde; tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma olanağını sınırlandıran veya ortadan kaldıran şartların haksız şart olduğu ifade edilmektedir.

Tüketicinin yerleşim yerindeki tüketici mahkemesinin, tüketici davalarının görülmesi bakımından, kesin olmayan özel bir yetkisi bulunmaktadır (TKHK m. 73, 5).

Doktrinde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinin TKHK'un 73. maddesinin beşinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde; tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkisinin sözleşmeyle kaldırılmasının haksız şart teşkil ettiği çıkarımında bulunulmuştur¹⁹².

¹⁸⁹ Nur Bolayır, *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta, 2009), 136; Erişir, "Yetki Şartları," 1141; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81.

¹⁹⁰ Erişir, "Yetki Şartları," 1141; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81.

¹⁹¹ Erişir, "Yetki Şartları," 1159-1160.

¹⁹² İ. Yılmaz Aslan, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı (Bursa: Ekin, 2015), 357; benzer yönde bkz. Budak ve Karaaslan, *Usul*, 68.

Bununla birlikte haksız şarttan söz edebilmek için, genel işlem koşulunun içerik denetiminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak HMK'nun 17. maddesi yalnızca tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlık hakkında, yetki sözleşmesi yapabileceğini emredici bir ifadeyle taraf olacak kişiler bakımından sınırlandırmıştır¹⁹³. Dolayısıyla tüketicinin taraf olduğu yetki sözleşmesi, sırf kişi bakımından emredici kurala aykırı olduğu için, hüküm ifade etmeyecektir¹⁹⁴. Yetki kaydı, tüketicinin taraf olduğu işlemin genel koşulu olmanın ötesinde, geçerli bireysel koşulu dahi olamaz¹⁹⁵. Fakat bu durumun kesin olmayan yetki hallerinde, yetki ilk itirazı olarak ileri sürülmesi gerekmektedir.

2. Yetki Sözleşmesinin Kişi Yönünden Sınırları ile Haksız Şartlara İlişkin Düzenlemelerin Uyumsuzluğu

TKHK'un 5. maddesinde, haksız şartların neler olduğuna dair örneklendirme yoluna gidilmemiştir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendinde yer verilen, tüketicinin mahkemeye gitmesini sınırlandıran ifadesinden hareketle yetki sözleşmeleri tüketici hukukundaki haksız şartlarla ilişkilendirildiğinde, HMK ile uyumlu sonuç doğmamaktadır.

¹⁹³ Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. 1, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 305-306; Kuru ve Aydın, *Usul*, 72; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Usul*, 141-142; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usul*, 193.

¹⁹⁴ Akkan, *Pekcanitez Usul*, 306; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usul*, 81. Doktrinde farklı olarak yetki sözleşmesinin geçersizliğinin kesin hükümsüzlükle bağdaştırılmaması gerektiği, modern hükümsüzlük anlayışına göre yalnızca tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan tarafça hükümsüzlüğün ileri sürülebileceği dolayısıyla HMK'nun amacı doğrultusunda zayıf tarafın isterse yetki sözleşmesinde yer alan mahkemede davanın görülmesini isteyebileceği savunulmaktadır (Budak ve Karaaslan, *Usul*, 65-66).

¹⁹⁵ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 22. maddesine uygun olmayan bir yetki kaydının genel işlem koşulunun içerik denetimine gidilmeksizin hükümsüz olacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Çınar, *Tüketicinin Hukukunda Haksız Şartlar* (İstanbul: Onikilevha, 2009), 233-234; ERİŞİR, tüketiciye daha etkin koruma sağlayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesini, hâkimin genel koşulu denetiminden daha önce incelemesi gerektiğini ifade etmektedir (Erişir, "Yetki Şartları," 1145).

Buna karşılık, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nin 1. maddesinin "n" bendi, TKHK'da yer alan bir kanun hükmü olsa idi; sonraki tarihli özel kanunun önceki genel kanun ile arasındaki ilişkinin doğurduğu sonuçların değerlendirilmesi gerekirdi. Çünkü genel işlem koşullarının yargısal denetimi, her ne kadar TBK'nun 20 ilâ 25. maddelerinde ve TKHK'da emredici hükümlerle düzenlenmişse de salt emredici hükme aykırılıktan farklı bir nitelik arz etmektedir.

Genel işlem koşulu denetiminden geçecek nitelikteki bir sözleşme hükmü, elbette emredici hukuk kurallarına uyup uymadığı açısından da değerlendirilir¹⁹⁶. Ancak emredici kanun hükmüyle açıkça yasaklanan işlem varken; ayrıca başka bir düzenleme ile genel işlem koşulu denetimine tâbi tutulmasının isabetli olmadığı kanısındayız.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde, tüketicinin mahkemeye başvurma imkânını ortadan kaldırmayan ve sınırlandırmayan yetki kayıtlarının sözleşmede yer alması yasaklanmadığı için, ilgili düzenlemelerin bütünlüğü içinde haksız şart olup olmadıklarının denetlenmesi önem arz etmektedir.

SONUÇ

İrade özerkliği ilkesine, usul hukukunda belirli ölçüde yer verilmektedir. Buradaki sözleşme özgürlüğünün borçlar hukukuna oranla daha sınırlı da olsa varlığını reddeden katı tutumun aksine daha esnek bir tavır takınılmalıdır. Bu durum, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, usul hukukuna ilişkin koşulların geçirileceği içerik denetiminin önemini de artırmaktadır. Taraflardan birinin tüketici olduğu uyuşmazlıklarda ise içerik denetimi sonucunda, sözleşmede haksız şart bulunup bulunmadığının tespitinde usul hukukunun kendine özgü özellikleri gözden uzak tutulmamalıdır.

Haksız Şartlar Yönetmeliği Eki dikkate alındığında, hukuki düzenlemeye kavuşturulmuş hakem heyetlerine başvurulabileceği görülse de tüketici uyuşmazlıkları açısından, tüketici hakem heyetinin zorunlu tahkim mercii olması karşısında, tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmesi yahut finansal işlemlerin varlığı halinde, bu meselelerde açıkça görev verilen, ilgili hakem heyetlerine müracaat edilebileceği gerekçelendirilmiştir. Söz konusu hakem heyetleri tüketici uyuşmazlıklarıyla ilgili incelemelerini gerçekleştirirken haksız şartları da dikkate almalıdır. Fakat bunlar gibi, tüketici uyuşmazlıkları için özel kanuni düzenlemelere konu olan hakem heyetlerinin faaliyet alanları

¹⁹⁶ Atamer, *Genel İşlem Şartları*, 146 vd.

haricinde, zorunlu tahkim yeri mevcutken; HMK uyarınca, tüketicinin karşı tarafıyla birlikte, ihtiyari tahkim yoluna başvurmayı kanaatimizce geçerli olarak öngörmesi mümkün olamayacağından, hüküm ifade etmeyecek olan böyle bir sözleşme koşulunun haksız şart teşkil edip etmediğinin ayrıca değerlendirilmesine ihtiyaç olmayacaktır.

TKHK, Avrupa Birliği direktiflerinin etkisinde hükümler içermesine rağmen; maddi hukukta olduğu gibi, usul hukukunda da kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyan konuları yönetmelik (veya eklerine) bırakmak suretiyle kanımızca hatalı bir yöntem izlemektedir.

Bu noktada, iç mevzuatta yer alan usul hukuku kurallarına yeterince dikkat edilmemesinin başka sorunları da beraberinde getirdiğini özellikle delil ve yetki sözleşmeleri somutlaştırmaktadır. İspat yükü hakkında ise, kanuni düzenlemelerde bir hükme rastlanmaması dolayısıyla Haksız Şartlar Yönetmeliği ile çelişkinin ortaya çıkmadığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem. “Banka Mevduat Sözleşmeleri ve Tüketicinin Korunması.” İçinde 6. *Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18-19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 23-38, İstanbul: Aristo, 2017.
- Akipek Öcal, Şebnem. “Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartlara Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım.” İçinde *AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı*, 363-375, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Akipek, Şebnem ve Murat Aydoğdu. *Milli Şerh*. Ed. Hakan Topbaş ve Özlem Tüzüner, İstanbul: Aristo, 2016.
- Akkan, Mine. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*. C. 1. 15. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Alangoya, Yavuz. *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alangoya, Yavuz, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. 7. Baskı. İstanbul: Beta, 2009.
- Aras, Aslı. “Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları.” *Erciyes HFD* 7. S. 3-4 (2012): 135-153.
- Arslan, Ramazan. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler,” *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı (Ocak 2013): 67-71.
- Arslan, Ramazan ve Süha Tanrıver. *Yargı Örgütü Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2001.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 9. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*. C. 2. 15. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Aslan, İ. Yılmaz. *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*. 5. Baskı. Bursa: Ekin, 2015.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usul Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Atalı, Murat. “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri.” İçinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım, 69-84, Ankara: Seçkin, 2018.

- Atalı, Murat. "6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi," İçinde *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan* 1, 397-418, Ankara: Yetkin, 2014.
- Atamer, Yeşim M. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2001.
- Atamer, Yeşim M. "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak." İçinde *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, 9-73, Ankara: Seçkin, 2012.
- Başözen, Ahmet. *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı*. Ankara: Adalet, 2010.
- Battal, Ahmet. "Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri." *BATİDER* 19, S. 2, Aralık (1997): 129-142.
- Baumgärtel, Gottfried. *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*. 2. Auflage, Wahlen: Berlin-Frankfurt, 1972.
- Bıçkın, İnci. "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü." *HPD*, S. 7 (2006): 34-39.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Bolayır, Nur. *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*. İstanbul: Vedat, 2014.
- Bolayır, Nur. *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta, 2009.
- Börü, Levent. *Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Brors, Christiane. "Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Endverbraucher - neue Wege bei der AGB-Kontrolle?" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 19, 2. Halbjahr, Köln (1998): 1663-1670.
- Bruder, Florian. "Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive." *European Review of Private Law* 15, Issue 2 (2007): 205-232.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medenî Usul Hukuku*. 7. Bası. İstanbul: Filiz, 2023.
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*. İstanbul: Beta, 2015.
- Collins, Hugh. "Good Faith in European Contract Law." *Oxford Journal of Legal Studies* 14, Issue 2 (Summer 1994): 229-254.
- Çınar, Ömer. *Tüketicinin Hukukunda Haksız Şartlar*. İstanbul: Onikilevha, 2009.

- Çiftçi, Pınar. “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu,” *DEÜHFD* 11 (Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan 1), Özel Sayı (2009): 129-182.
- Çiftçi, Pınar. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Ankara: Adalet, 2018.
- Drygala, Tim. “Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auch auf Gesellschaftsverträge – eine Nebenwirkung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen?” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 18, 1. Halbjahr, Köln (1997): 968-971.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku. C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. 16. Baskı. İstanbul: Filiz, 2021.
- Eckert, Hans-Werner. “Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1238-1276.
- Eckert, Hans-Werner. “Der Referentenentwurf zur Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,” *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 15, 2. Halbjahr, Köln (1994): 1986-1992.
- Elvin, Jesse. “The Application of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.” *King’s College Law Journal* 14, Issue 1 (2003): 39-64.
- Engin, İlkay Baki. “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması.” İçinde *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, 75-100, İstanbul: Onikilevha, 2010.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku. C. 1. 15. Bası*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı. Ankara: Legem, 2023.
- Erişir, Evrim. “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü.” İçinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, 43-122, İstanbul: Onikilevha, 2015.
- Erişir, Evrim. “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi,” *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan 2 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 1141-1213.
- Ermenek, İbrahim. *Arbuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Ermenek, İbrahim. “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1-2 (2013): 563-630.

- Frey, Kaspar. "Wie ändert sich das AGB-Gesetz?" *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 572-579.
- Gauch, Peter, Walter R. Schlupe ve Jörg Schmid. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Band I, 9. Auflage, Zürich: Schulthess, 2008.
- Gerstenberg, Oliver. "Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts." *European Law Journal* 21, no. 5 September 2015.
- Giger, Hans. *Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983.
- Göksu, Mustafa. "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (2011): 53-65.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. C. 1 (m. 1- 46) İstanbul: Vedat, 2014.
- Göksu, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arbuluculuk-Uzlaştırma)*. Ed. Prof. Dr. İbrahim Ermenek. 5. Baskı. Ankara: Seçkin, 2023.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usûl Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Hanefeld, Inka ve Mathias A. Wittinghofer. "Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen." *SchiedsVZ* (2005): 217-229.
- Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel, 2003.
- Hommelhoff, Peter ve Kai-Udo Wiedenmann. "Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausegehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, Grundsätzliches zur Transformation der EG-Klauselrichtlinie ins deutsche Recht." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14, 1. Halbjahr, Köln (1993): 562-572.
- Howells, Geraint G. "The European Union's Influence on English Consumer Contract Law." *George Washington Law Review* 85, no. 6 (2017): 1904-1952.
- Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Işıқтаç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*. 2. Tıpkı Baskı. İstanbul: Filiz, 2014.

- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Bası. Ankara: Seçkin, 2014.
- Joost, Detlev. "Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17, 2. Halbjahr, Köln (1996): 1685-1693.
- Kabukçuoğlu, Fatma Dilek. "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Sigorta Sözleşmelerinin Durumu." İçinde *4. Tüketici Hukuku Kongresi, 20-21-22 Kasım 2014, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 436-440, Ankara: Bilge, 2015.
- Kara, İlhan. "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları." İçinde *6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 3. Baskı. 45-80, Ankara: Bilge, 2015.
- Karasu, Rauf. "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *TAAD*, S. 26, Yıl:7 (Nisan 2016): 49-69.
- Knapp, Andreas. "Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundschulden mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen." *MittBayNot* (2003): 421-426.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*. 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası. İstanbul: Filiz, 2014.
- Koç, Evren. *Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları*. İstanbul: Sümer, 2021.
- Konuralp, Hâluk. *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*. Ankara: Yetkin, 2009.
- Kurtulan, Gökçe. "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği." *TBBD*. S. 131, (2017): 239-260.
- Kuru, Baki ve Ali Cem Budak. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler." *İstanbul Barosu Dergisi* 85, S. 5 (2011): 3-43.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin, 2023.
- Memiş, Tekin. *Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi*. İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Micklitz, Hans-W. "Reforming European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts." *European Review of Contract Law* 6, no. 4 (2010): 347-383.

- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. 1. İstanbul: Vedat, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. 28. Bası. İstanbul: Filiz, 2022.
- Özbay, İbrahim. "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik." *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 1 (Mart 2023): 1-22.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* Ankara: Adalet, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. 5. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku*. C. 1. Ankara: Yetkin, 2022.
- Özekes, Muhammet. "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler." *DEÜHFD* 16 [Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan 1 (Basım Yılı 2015)], Özel Sayı (2014): 263-300.
- Özsöker, Gökberk. *Tüketici Hakem Heyetleri*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Pekcanitez, Hakan. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri." *HPD*, S. 5 (2005): 12-16.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. 11. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2023.
- Pekcanitez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*. C. 3. 15. Bası. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Polat, Ayşegül. "Asimetrik Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği." *ASBÜHFD* 1, S. 1 (2019): 3-65.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medenî Usul Hukuku Dersleri*. 8. Bası. İstanbul: Vedat, 2020.
- Rott, Peter. "Data Protection Law as Consumer Law - How Consumer Organisations Can Contribute to the Enforcement of Data Protection Law." *EuCML* (2017): 113-119.
- Schmitz, Amy J. "American Exceptionalism in Consumer Arbitration." *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 81 10 (2012): 81-103.
- Schulze-Hagen, Alfons. "Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit Fokus auf den Bau und Anlagenbau." *NZBau* (2016): 395-406.
- Sperling, Joke. "Standard Conditions under Dutch Law." *International Business Lawyer* 21, Issue 10 (November, 1993): 488-492.

- Spieker, Oliver. "Schiedsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bereich des nicht kaufmännischen Verkehrs." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 20, 2. Halbjahr, Köln (1999): 2138-2142.
- Storm, Susanne. "Frequent Flyer Programmes in the EU: Consumer Protection Issues and the Unfair Contract Terms Directive." *International Travel Law Journal*, Issue 4 (2001): 240-253.
- Şahin Ceylan, Şule. *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul: Onikilevha, 2009.
- Tanrıver, Süha. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*. C. 1. 5. Bası. Ankara: Yetkin, 2024.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*. C. 2. 2. Bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk." İçinde *Makalelerim II (2006-2010)*, 3-31, Ankara: Adalet, 2011.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. 2. Bası. Ankara: Yetkin, 2022.
- Taşkın, Alim. *Hakem Sözleşmesi*. 2. Baskı. Ankara: Turhan, 2005.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Bedensel Zararlarda Tahkim, Bedensel Zararlardan Sorumluluk." İçinde *Uluslararası Kongre*, 1-2 Kasım 2019, Kıbrıs, 405-432, Ankara: TTB Yayını, 2020.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği." İçinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım, 43-50, Ankara: Seçkin, 2018.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "Tüketici Hakem Heyetlerinin İşleyişi ve Sorunlar." İçinde *Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, 283-306, Ankara: Yetkin, 2016.
- Taşpınar, Sema. *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin, 2001.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. "Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Değerlendirilmesi." İçinde *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, ed. Dr. Öğr. Üyesi M. Ertan Yardım, 101-120, Ankara: Seçkin, 2018.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu ve Atillâ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz, 1993.
- Topuz, Gökçen. *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*. Ankara: Yetkin, 2012.

- Topuz, Gökçen. *Tüketici Mahkemeleri*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Türkiye Bankalar Birliği. "Bireysel Müşteri Hakem Heyeti." Erişim tarihi Ocak 22, 2024. <https://www.tbb.org.tr/finansal-tuketici/bireysel-musteri-hakem-heyeti/2469>.
- Töre, Nazlı. *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri*. Ankara: Turhan, 2019.
- Ulaş, Işıl. "Sigortacılıkta Tahkim." *BATİDER* 14, S. 2 (2007): 239-266.
- Ulusoy, Erol. "Finans Hukukunda Tahkim." İçinde *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim-Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler*. Ed. Erol Ulusoy ve Aslı Yıldırım, 203-251, İstanbul: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009.
- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. *İsbat Yüğü*. 2. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.
- Ünan, Samim. "Tüketici Sözleşmesi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Kuralları." İçinde *6. Tüketici Hukuku Kongresi, 17-18 -19 Kasım 2016, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, 478-489, İstanbul: Aristo, 2017.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. C. 1-2. 7. Baskı. İstanbul: Filiz, 2000.
- von Goldbeck, Andreas. "Consumer Arbitrations in the European Union." *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 18. (2018): 263-298.
- Wagner, Gerhard. *Prozessvertraege, Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- Whittaker, Simon. "Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: The Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'." *European Review of Contract Law* 5, no. 3 (2009): 223-247.
- Willett, Chris. "Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and Its Implementation in the United Kingdom." *European Review of Private Law* 5. Issue 2 (1997): 223-236.
- Yardımcı, Taner Emre. *Hukuk Yargılamaında Somutlaştırma Yüğü*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: Onikilevha, 2013.
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilova Aras, Ecehan ve Bilgehan Yeşilova. "Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri." *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8 (Prof.

Dr. Aydın ZEVLİLER'e Armağan 1), Özel Sayı (2013): 275-379 (Erişim tarihi Eylül 7, 2022, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf>).

Yeşilova, Bilgehan. “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usûlü ve Yargılama Kuralları.” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* 9, Özel Sayı (Kasım 2014): 107-143.

Yılmaz, Ejder. *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2012.

Yılmaz, Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu. “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Klotları.” *AÜHFD* 69. S. 3. (2020): 1475-154.

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂM VE TEDBİR KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİNE MUHALEFET

*Violation of the Enforcement of Final Decision and Interim Measure
on Custody of the Child and the Establishment of Personal
Contact with the Child*

Seyhan SELÇUK*

Özet

7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 25-25/b maddelerinin yürürlüğüne son verilerek, Çocuk Koruma Kanunu'na m. 41'den sonra gelmek üzere "Çocuk teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlıklı Dördüncü Kısım eklenmiştir. Değişikliklerle getirilen düzenlemelerden birisi de Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen 41/F maddesidir. Bu madde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet edilmesi halinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir.

Bu çalışmada, öncelikle makale konumuzla alakalı temel kavramlar ortaya konulmaya çalışılacak, sonra yaptırıma tabi tutulan fiillerin ve yaptırımın uygulanması için aranan şartlar üzerinde durulacaktır. Daha sonra maddede yaptırıma tabi tutulan fiiller bakımından, kanun koyucunun öngördüğü yaptırım ile yaptırımın uygulanmasında izlenecek olan usul ele alınacaktır. Yapılan yargılama sonucunda verilebilecek kararlar ile karara karşı itiraz konuları da incelenecektir. Son olarak, Çocuk Koruma Kanunu m. 41/F'de öngörülen fiillerin Türk Ceza Kanunu m. 234'de cezai yaptırıma

Makalenin Geliş Tarihi: 24.12.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.02.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: selcukseyhan07@gmail.com; ORCID: 0000-0001-5074-6722.

bağlanan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuyla olan ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, Çocuğun Üstün Yararı, Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Disiplin Hapsi

Abstract

With the Law No. 7343, Articles 25-25/b of the Enforcement and Bankruptcy Code were abolished and Chapter Four was added to the Child Protection Code with the title "*Custody of the Child and Establishment of Personal Relationship with the Child*" following Article 41. One of the regulations introduced with the relevant amendments is Article 41/F added to the Child Protection Code. The article in question regulates the procedure to be followed in case of violation of the enforcement of final decisions or interim measures regarding the custody of the child and the establishment of a personal relationship with the child.

In this study, firstly, the basic concepts related to the subject of the article will be tried to be put forward, and then the acts that are subject to sanctions and the conditions sought for the application of the sanction will be emphasized. Then, the sanction stipulated by the legislator and the procedure to be followed in the application of the sanction will be discussed in terms of the acts sanctioned in the article. The decisions that may be made as a result of the proceedings and the objections against the decision will also be examined. Finally, the relationship between the acts stipulated in Article 41/F of the Child Protection Code and the offense of abduction and detention of a child under Article 234 of the Turkish Penal Code will be emphasized.

Keywords: Child, Child's the Best Interest, Custody of Child, Establishment of Personal Relationship with the Child, Disciplinary Imprisonment

GİRİŞ

7343 sayılı Kanun ile çocuk teslimi (ÇT) ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına (ÇKİK) ilişkin İcra ve İflâs Kanunu (İİK) hükümleri ilga edilerek¹, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na (ÇKK) m. 41/A vd.

¹ RG, 30.11.2021, S. 31675. 7343 sayılı Kanun ile ÇT ve ÇKİK'na ilişkin İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b ve m. 341 hükümleri ilga edilmiştir.

hükümleri eklenmiştir. Bu değişikliklerle, ÇT ve ÇKİK'na dair ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi usulü ÇKK'da müstakil bir kısım olarak düzenlenmiştir. ÇKK'ya eklenen 41/A ilâ 41/İ maddelerinde, ÇT veya ÇKİK'na dair aile mahkemelerince verilen ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin usûl ve esaslar belirlenmiştir.

ÇKK'na eklenen hükümlerden birisi de ÇKK m. 41/F'de öngörülen “Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet” düzenlemesidir. Bu düzenleme mülga İİK m. 341'de düzenlenen “Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası” hükmüne karşılık gelmekle birlikte, yaptırıma tabi tutulan fiiller ile bunlar için öngörülen yaptırımın türü ve süresi bakımından kanun koyucu farklılığa gitmiştir. Getirilen farklılıklar bunlarla sınırlı kalmayıp, maddenin öngördüğü yaptırımla alakalı karar verme görevi de icra mahkemelerinden alınarak aile mahkemelerine verilmiştir. Söz konusu değişiklikler, önemi sebebiyle bu makalede konuyla bağlantılı olarak ele alınacak ve ÇKK m. 41/F'deki düzenleme ile Türk Ceza Kanun (TCK) m. 234'te düzenlenen “çocuğun kaçırılması ve alkonulması” suçu arasındaki ilişki ve yaptırım bağlamında bunların birbirlerine etkileri incelenmeye çalışılacaktır.

I. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA DAİR TEMEL KAVRAMLAR

ÇT ve ÇKİK'na dair alam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet bağlamında ÇKK m. 41/F'de öngörülen düzenlemelerin anlaşılabilmesini sağlamak açısından, öncelikle çocuk, ÇT ile ÇKİK ve çocuğun üstün yararı kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

A. Çocuk Kavramı

Çocuktan ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili gerek milletlerarası sözleşmelerde gerekse iç hukukumuzda belli başlı düzenlemeler yer almaktadır. Bununla ilgili olarak, 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (ÇHS) m. 1'e göre, “bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”²; Avrupa Konseyi Çocuklarla

² “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, erişim tarihi 13 Kasım 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>.

Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 2’de ise, “Çocuk”, bir Taraf Devlette hakkında kişisel ilişkiye dair bir karar verilebilen ya da icra edilebilen, 18 yaşından küçük kişiyi ifade eder” şeklinde düzenlenmiştir³.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 11’de ise, “erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar” düzenlemesi yer almaktadır. Bu anlamda, ergin olmayan kişi, küçük olarak nitelendirilecek ve 18 yaşından küçük bireyler de çocuk olarak kabul edilecektir⁴. Kural, 18 yaşın doldurulmasıyla erginliğin başlamasıyla, bu yaşa erişilmeden önce de çocuk ergin hale gelebilmektedir. Buna göre, TMK m. 11/2’de evlenmenin kişiyi ergin kılacağı ve m. 12’de on beş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin bir sonucu olarak çocuk, sağ ve tam doğduğu andan erginliği kazandığı zamana kadar ki dönemde bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir⁵.

³ “Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi” erişim tarihi 13 Kasım 2023, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020090202192_tur.pdf.

⁴ İbrahim Özbay, “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri,” *TNBHD*, S. 2 (2017): 32; Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Vekâlet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler* (MK md. 346, md. 348) (İstanbul: On İki Levha, 2009), 51; Çağrı Mardin, *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası* (Ankara: Yetkin, 2019), 24; Derya Belgin Güneş, *Çocuk Koruma Kanunu’na Göre Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi* (Ankara: Yetkin, 2022); Seda Baş ve Sezgin Baş, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme,” *ÇÜHAD*, S. 1 (2023): 7. TMK’da çocuk kavramı hem yetişkinden ayırt etmek için küçük anlamında hem de ana-baba ile soy bağımlı belirtmek için kullanılmaktadır (Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması* (Ankara: Pegem, 2021), 102; Bahar Öcal Apaydın ve Selin Hışım, “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı,” içinde *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması*, ed. Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (Ankara: Seçkin, 2021), 286, 287; Seda Gayretli Aydın, “7343 Sayılı Kanun’un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler,” *THD*, S. 187 (2022): 17; Fatih Alkan, *Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (İstanbul: Legal, 2019), 6.

⁵ Özbay, “Türk Hukukunda,” 32, 33; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 105-107. Öcal Apaydın ve Hışım, “Aile Hukukunda,” 287; Grassinger, *Alınacak Tedbirler*, 51, 52; Alkan, *Kişisel İlişki*, 6.

ÇKK m. 3/1/a'daysa⁶ “*çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik⁷ m. 4/ç'de ise, “*çocuk, daha erken yaşta ergin olma durumu hariç onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak düzenlenmiştir. ÇKK ile Yönetmelik'teki tanım farklılığının sebebi, esas itibariyle ÇKK'ndaki düzenlemenin çocuğu, ceza hukuku bakış açısıyla değerlendirmiş olmasından ve bu kapsamda düzenlemeler getirmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁸. Bu bağlamda, özünde uygulama alanı bulacak hükümler dikkate alındığında, söz konusu farklılaşmanın yadırganmaması gerekmektedir. Nitekim ilgili Kanun esas itibariyle korunma ihtiyacı olan ve suça sürüklenen çocukları korumayı amaçladığından çocuk kavramını daha geniş olacak şekilde tanımlamıştır⁹. ÇT ve ÇKİK'na ilişkin ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi açınsındansa, bu düzenlemeler her ne kadar ÇKK'nda düzenlenmiş olsa da ÇT ve ÇKİK hususlarının ceza hukukuyla ve ÇKK m. 1'de belirtilen amaçla doğrudan bir ilgisi olmadığından, ÇT ve ÇKİK açısından, çocuk kavramı bağlamında uluslararası düzenlemelerden ve TMK ile Yönetmelik hükümlerinden ayrılınmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Bu tespitin sonucu olarak, ÇT ve ÇKİK açısından çocuk olarak kabul edilecek olan gerçek kişi, henüz ergin olmamış kişidir¹⁰. Diğer bir ifadeyle, sağ ve tam doğumdan ergin oluncaya kadarki evrede kişi, çocuk kabul edilir.

B. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Kavramı

ÇT, evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi veya birlikte yaşamaya ara verilmesi sonucunda ortak çocukların velayetinin hangi eşe bırakılacağı, velayetin düzenlenmesi ve kaldırılması talepleri ile evlat edinme ve velayetin kaldırılıp çocuğun vesayet altına alınması hallerinde gündeme

⁶ Ayrıca bkz. TCK m. 6.

⁷ İlgili Yönetmelik bu çalışmada Yönetmelik olarak ifade edilecektir.

⁸ Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 17; Baş ve Baş, “Çocuk Teslimi,” 7.

⁹ Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 5.

¹⁰ Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 5; Özbay, “Türk Hukukunda,” 34, 35; Baş ve Baş, “Çocuk Teslimi,” 7. Öğretide, kısıtlanan erginin vesayet altına alınmayıp anne-babasının velayeti altında bırakılması durumunda, bu kişi her ne kadar küçük olarak nitelendirilmeyecekse de ÇT ve ÇKİK'na ilişkin ilâmın yerine getirilmesine konu olabileceği belirtmektedir (Mardin, Çocuk Teslimi, 26).

gelmektedir¹¹. Bu bağlamda mahkeme tarafından çocuk kendisine bırakılan taraf çocukla birlikte yaşamıyorsa, diğer tarafın çocuğu hak sahibine¹² teslim etmesi, çocuk teslimidir¹³. Yönetmelik m. 4/1/d’de, ÇT “*velayete ilişkin verilen ilâm veya tedbir kararına istinaden süreklilik arz etmeyen, çocuğun yükümlüden¹⁴ alınarak hak sahibine verilmesi sürecini*” ifade etmektedir denilerek düzenlenmiştir.

ÇKİK ise, velayetten yoksun olan ana-baba ya da istisnai durumlarda üçüncü kişilerin¹⁵ çocukla belirli gün ve saatlerle sınırlı bir şekilde görüşmelerini, bir araya gelerek vakit geçirmelerini ve bu anlamda aralarında sevgi bağı kurup, bu bağı korumaya yönelik bir ilişkidir¹⁶. Yönetmelik m. 4/1/g’deyse, kişisel ilişki, “*ilâm veya tedbir kararına istinaden velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan anne ve babanın ya da diğer kişilerin çocukla sınırlı bir süre görüşmesi veya birlikte kalması sürecini*” ifade eder denilerek tanımlanmıştır¹⁷. ÇKİK¹⁸, esas itibarıyla anne-babanın

¹¹ Mardin, Çocuk Teslimi, 51; Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 19.

¹² ÇKK m. 41/A vd. maddelerinde, mülga İİK m. 25 vd. maddelerinden farklı olarak, hak sahibi ve yükümlü kavramlarını kullanmaktadır. Bu kavramlar için Yönetmelik m. 4’e bakınız. Değişiklik olumlu karşılanmakla birlikte (Levent Börü ve Şafak Parlak Börü, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk Ve 7343 Sayılı Kanun’un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler,” *AÜHFD*, S. 3 (2022): 1255; Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 50; Çağrı Mardin, “İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki Kararlarının Yerine Getirilmesi,” *KHASHFD*, S. 2 (2022): 563; Çağrı Mardin, “Enforcement of Custody and Contact Orders: Opinions on the New Provisions of the Child Protection Code,” *MİHDER*, S. 51 (2022): 203, 204), meselenin çocuğun hakkı-ebeveynin sorumluluğu ekseninde ele alınmasının uygun olacağı belirtilmiştir (Mardin, “İkincil Mevzuat,” 563; Mardin, “Enforcement,” 203,204; Börü ve Parlak Börü, “Çocuk Teslimi,” 1255.

¹³ Mardin, Çocuk Teslimi, 51; Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 19; Baş ve Baş, “Çocuk Teslim,” 7.

¹⁴ Yükümlü, Yönetmelik m. 4/1/n’de tanımlanmıştır.

¹⁵ Fulya Erlüle, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması,” *MÜHFHAD*, S. 3-4 (2010): 241-243; Mardin, Çocuk Teslimi, 94.

¹⁶ Alkan, Kişisel İlişki, 9; Baş ve Baş, “Çocuk Teslimi,” 8; Börü ve Parlak Börü, “Çocuk Teslimi,” 1229; Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 20; İlknur Serdar, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı,” *DEÜHFD*, S. Özel Sayı (2007): 740. Mardin, Çocuk Teslimi, 86. Kişisel ilişki hakkıyla ilgili ayrıntılı bilgi için Akyüz, Çocuk Hukuku, 204.

¹⁷ Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 2’de, ÇKİK tanımlanmaktadır.

¹⁸ ÇKİK, sadece ziyaret etme veya doğrudan görüşülmesinden ibaret olmayıp, somut olayın şartları çerçevesinde, mektuplaşma, telefonlaşma, e-posta yoluyla görüşme gibi

veya istisnai durumlarda üçüncü kişilerin çocukla olan kişisel ilişkisini güvence altına almaktadır¹⁹. Mahkeme tarafından ÇKİK ihtiyacı, anne-babanın velayet hakkına sahip olmadığı durumlarda veya şartların gerçekleşmesi halinde üçüncü kişilerin talebi üzerine olmaktadır. Mahkemece ÇKİK'na ilişkin bir ilâm veya tedbir kararı, mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte²⁰, velayete sahip anne veya babanın yahut çocuğu fiilen yanında bulunduran kişinin, lehine kişisel ilişki kurulmasına karar verilen anne veya babaya yahut üçüncü kişiye çocuğu teslim etmesini²¹ gerektirmektedir.

C. Çocuğun Üstün Yararı Kavramı

ÇHS m. 3, f. 1'de²², “*kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*” düzenlemesi, çocuğun yararının her durumda öncelikli olduğunu vurgulamaktadır²³.

iletişim biçimleriyle de sağlanabilecek bir hakkı ifade etmektedir. Dolayısıyla bilhassa, tarafların farklı şehirlerde veya ülkelerde olması durumunda, teknolojinin sağladığı iletişim araçlarıyla kişisel ilişkinin kurulması da mümkündür (Mardin, Çocuk Teslimi, 90). Ancak Yargıtay, iletişim araçlarıyla kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi halinde, mahkeme kararına uygun olarak iletişim kurulmasının engellediğinin ispat olunmadığı sürece, bunun yerine getirilmesinin ve infazının mümkün olmadığına karar vermiştir (Y. 2. HD, E.2014/8339, K.2014/14902, 30.06.2014, (Mardin, Çocuk Teslimi, 90, dph. 354).

¹⁹ Söz konusu ilişki anne veya baba açısından TMK m. 323'ün veya belli koşullar altında m. 325'in uygulanması sonucunda üçüncü kişiler bakımından gündeme gelebilecek bir haklıdır.

²⁰ Mahkeme kişisel ilişki kurma şeklini, ziyaretlerin sıklığını ve devam süresini her somut olaya özgü olarak belirlenmelidir (Erlüle, “Kişisel İlişki,” 224; İbrahim Özbay, “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (İİK m. 25/a, İİK m. 341)” İçinde *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.II, ed. Gürzumar, Osman Berat (Ankara: Yetkin, 2009): 328; Mardin, Çocuk Teslimi, 88).

²¹ Burada kullanılan teslim etme ifadesi, fiili durumu ifade etmek için kullanılmaktadır (Mardin, Çocuk Teslimi, 86).

²² Ayrıca bkz. ÇHS m. 18, f. 1.

²³ Bu ilke, ilk olarak 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nde düzenlenmiştir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 5 ve 16. maddelerinde; Avrupa Konseyi Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde çocuğun üstün yararına yer verilmiştir.

İç hukuk bakımındansa²⁴, Anayasa m. 41’de, devletin çocuğu korumak için gerekli her türlü önlemi alması ve buna yönelik gerekli teşkilatı kurması gerektiği hüküm altına alınmış ve çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça, çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak güçsüz konumda bulunan çocuğu korumaya yönelik olup, çocuğun çıkarına koruyucu tavır alma zorunluluğu öngörmektedir²⁵. ÇT ve ÇKİK’na ilişkin ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde, çocuğun üstün yararı esas alınmak suretiyle adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince bunların yerine getirileceği ÇKK m. 41/A’da belirtilmiştir. Aynı şekilde Yönetmelik m. 6’nın²⁶ 1. fıkrasında söz konusu ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun üstün yararı esas alınır düzenlemesine yer verilmiştir.

Çocuğun üstün yararı pek çok değişene bağlı olduğundan, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bundan dolayı, uluslararası sözleşmelerde ve iç hukukta tanımı yapılmamıştır. Örneğin çocuğun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal şartlara bağlı olarak çocuğun üstün yararı değişebilmektedir²⁷. Dolayısıyla bu kavram, çocuğun içinde bulunduğu şartlar, maruz kaldığı tehlike, aile yapısı, bedensel ve ruhsal gelişimi, çevre koşulları gibi birçok değişene bağlı olarak, çocuktan çocuğa farklılaşabilmektedir²⁸. Bunun bir sonucu olarak, somut olayın özellikleri değerlendirilmek suretiyle çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiği, hâkimin takdirindedir²⁹.

Her ne kadar çocuğun üstün yararı kavramı tanımlanmamışsa da kavramın anlaşılmasını sağlamak amacıyla öğretide buna ilişkin yol

²⁴ Anayasa dışında çocuklara ilişkin düzenlemelere örnek olarak TMK m. 182, m. 325, ÇKK m. 4 verilebilir.

²⁵ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2017), 65; Ahmet Türkmen, “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı,” *MÜHFHAD*, S: 2 (2020): 1136; Mardin, Çocuk Teslimi, 29.

²⁶ Bkz. Yönetmelik m. 6.

²⁷ Grassinger, Alınacak Tedbirler, 58.

²⁸ Grassinger, Alınacak Tedbirler, 58; Mardin, Çocuk Teslimi, 30; Türkmen, “Kişisel İlişki,” 1136; Erlüle, “Kişisel İlişki,” 226; Börü ve Parlak Börü, “Çocuk Teslimi,” 1230; Önder Topal, “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların Veya Tedbir Kararlarının İcrasında Yeni Dönem,” *SÜHFD*, S. 3 (2022): 1349, s.1350.

²⁹ Serozan, Çocuk Hukuku, 65; Akyüz, Çocuk Hukuku, 53; Özbay, “Türk Hukukunda,” 38; Erlüle, “Kişisel İlişki,” 226; Börü ve Parlak Börü, “Çocuk Teslimi,” 1230; Topal, “Çocuk Teslimi,” 1350; Mardin, Çocuk Teslimi, 30.

gösterilmeye çalışılmaktadır. Buna göre, çocuğun üstün yararı, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik açıdan dengeli, sağlıklı ve özgür bir şekilde geliştirilmesi ve korunup kollanmasıdır³⁰. Diğer bir görüşe göre, bu kavram, haklı neden kavramı gibi esnek bir kavramdır ve hâkimin takdirine açık, somut olayın özelliğine uyarlanabilen gevşek bir hakkaniyet kavramıdır³¹. Başka bir görüşe göre ise, çocuğun üstün yararı, çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verecektiye, çocuk için karar verme konumunda bulunan kişinin de benzer bir değerlendirme yapmasını ve buna uygun karar vermesini gerektiren bir kavramdır³².

Çocuğun üstün yararı kavramının çocuğun kısa vadede, dar ve bencil çıkarımı ifade etmek için kullanılmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla kavram, çocuğun uzun vadede, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevresindeki yararı olarak ele alınmalıdır³³. Ayrıca, çocuğun üstün yararı bir hakkı değil; çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde bir ilkeyi (klavuzu)³⁴ ifade etmektedir. Buna göre, çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her konuda bir yorum ilkesi olarak kanunların uygulanmasında resmi makamlara ışık tutma işlevini yerine getirmektedir. Dolayısıyla, bu ilke, çocukla ilgili alınacak kararların onlar üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin değerlendirilmesini ve bunların kararlarda açık bir şekilde gösterilmesini zorunlu kılmaktadır³⁵.

Bu ilke, sadece özel hukukta uygulama alanı bulan bir ilke olmayıp, kamu hukuku alanında da işlerlik kazanmaktadır³⁶. Hatta çocuğun üstün yararı, çocuk yararının gözetilmesini ifade ettiği için, menfaat çatışması durumunda çocuğa üstünlük tanınmasını ve onun kayrılmasını da gerektirmektedir³⁷. Bu açıdan çocuğun üstün yararı, esas itibarıyla çocuğun

³⁰ Akyüz, Çocuk Hukuku, 54.

³¹ Serezon, Çocuk Hukuku, 65; Akyüz, Çocuk Hukuku, 53; Erlüle, "Kişisel İlişki," 226.

³² Grassinger, Alınacak Tedbirler, 59; Akyüz, Çocuk Hukuku, 54.

³³ Serozan, Çocuk Hukuku, 65; Akyüz, Çocuk Hukuku, 54; Özbay, "Türk Hukukunda," 38; Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 8; Mardin, Çocuk Teslimi, 30.

³⁴ Serozan, Çocuk Hukuku, 66; Türkmen, "Kişisel İlişki," 1136. Bu ilke, asli bir hak, yorum ilkesi ve usul kuralı olarak da ifade edilmektedir (Özbay, "Türk Hukukunda," 36).

³⁵ Özbay, "Türk Hukukunda," 36.

³⁶ Serozan, Çocuk Hukuku, 66; Akyüz, Çocuk Hukuku, 54; Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 8.

³⁷ Serozan, Çocuk Hukuku, 67.

iradesinin yerini tutan, zayıf durumunu dengelemeye hizmet eden, resmi makamlara ve ana-babaya yol gösteren bir işlevi gerçekleştirmektedir³⁸.

Bu ilke, velayet ve kişisel ilişki taleplerinde hâkime takdir yetkisi verdiği gibi özellikle velayet ve kişisel ilişki talepleri sonucunda verilen kararların icrasında da dikkate alınması gereken bir ilkedir³⁹.

II. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLÂMIN VEYA TEDBİR KARARININ YERİNE GETİRİLMESİNE MUHALEFET

ÇKK m. 41/F'de, ÇT ve ÇKİK'na ilişkin ilâmın veya tedbir kararının yerine getirilmemesinde üç ayrı davranış biçimi için yaptırım öngörülmüştür. Bunlar, ÇT'ne dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme veya engelleme; ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme veya engelleme; kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmemesidir.

Esas itibariyle maddede belirtilen fiiller açısından, kişilerin hakkın amacına uygun davranmalarını temin etmeye yönelik hukuki⁴⁰ ve/veya cezai birtakım yaptırımlar öngörülmüş olması uygundur⁴¹. Nitekim, yeterli şekilde öngördüğü yaptırımları gerekli hallerde etkin bir şekilde uygulamak suretiyle ÇT ve ÇKİK'na ilişkin ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesini sağlamak, devletin pozitif yükümlülüklerindedir⁴². Bu şekilde herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olsaydı, hem mahkemenin vermiş olduğu ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararları hem de ÇKK m. 41/B ve m. 41/C çerçevesinde işletilmiş olan usul⁴³ etkisiz ve işlevsiz kalacaktı. Bu ise,

³⁸ Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 8.

³⁹ Mardin, Çocuk Teslimi, 32; Akyüz, Çocuk Hukuku, 54.

⁴⁰ Hukuki yaptırımlara TMK m. 182, f. 2 ve m. 324, f. 3 örnek gösterilebilir. Bu düzenlemeler de 7343 sayılı Kanun ile TMK'ya eklenmiştir.

⁴¹ Çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin ilâmların icrasına engel olunma durumu bakımından benzer bir yaklaşım için Alkan, Kişisel İlişki, 93, 94.

⁴² Alkan, Kişisel İlişki, 94.

⁴³ ÇT'ne ve ÇKİK'na ilişkin ilâmlar, HMK m. 350/I ve m. 367/I uyarınca aile hukukundan kaynaklanan ilâmlardan olması sebebiyle, kesinleşmedikçe yerine getirilemezler. ÇKK m. 41/B ve m. 41/C'de, bu ilâmların yerine getirilmesine ilişkin öngörülen usule başvurulabilmesi bakımından, kesinleşmenin aranıp aranmayacağıyla ilgili herhangi

beraberinde hak sahibine tam anlamıyla bir hukuki korunma sunulmama sonucunu getirecekti⁴⁴. Dolayısıyla ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarına uyulmasını temin etmek, maddelerde öngörülen usulün gerektiği gibi işletilmesine hizmet etmek ve hak sahibine tam anlamıyla bir hukuki korunmanın sunulmasını sağlamak için, yaptırım öngörüldüğü söylenebilir.

Öte yandan yaptırım öngörülmeseydi, lehine ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararı verilen hak sahibinin hakkının yerine getirilmesi sağlanamamış olacağı gibi çocuğun üstün yararı⁴⁵ da bu anlamda gerçekleştirilememiş olacaktı. Zira, mahkeme gerek ÇT'ne gerekse ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararı verirken, bir yandan da esas itibarıyla çocuğun üstün yararını dikkate alarak bu kararı vermektedir⁴⁶. Dolayısıyla bir bakıma çift taraflı (hem çocuk hem de hak sahibi açısından) bir koruma sağlamaya yönelik yaptırımların öngörüldüğü söylenebilir.

ÇT'ne ilişkin ilâmı veya tedbir kararını yerine getirmeyen veya yerine getirilmesine engel olan kişiler bu fiilleri neticesinde fail (şikâyet olunan)⁴⁷ olabilir. Bu durumda ilâm veya tedbir kararı aleyhine olan, bir başka deyişle velayete veya velayet kaldırılmışsa vesayete sahip olmayıp mahkeme kararına rağmen çocuğu teslim etmeyen⁴⁸ veya teslim edilmesine engel olan kişi

bir düzenlemeye yer verilmemiştir. ÇKK'nda buna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, önce ÇT'ne ve ÇKİK'na ilişkin ilâmların HMK'nın ilgili maddelerinden hareketle kesinleşmelerinin aranması gerekmektedir. Ancak, ÇT'ne ve ÇKİK'na ilişkin ilâm kesinleşinceye kadar, daha önceden mahkemenin buna ilişkin verdiği bir tedbir kararı varsa, bu tedbir kararına dayalı olarak ÇT veya ÇKİK talep edilebilir.

⁴⁴ Benzer yönde bkz. Taner Emre Yardımcı, "Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları," *THD*, S. 167 (2020):1485.

⁴⁵ AİHM de yaptırımların belirlenmesinde çocuğun üstün yararı amacından uzaklaşmaması ve yaptırımların çocuğun yararıyla sınırlı olması gerektiğine işaret etmektedir (Alkan, *Kişisel İlişki*, 94). AYM'nin hem çocuğun üstün yararına hem de kamusal makamların zorlayıcı tedbirler alma yükümlülüğüne vurgu yaptığı kararı için bkz. AYM 2013/2910, 5.11.2015 T, erişim tarihi 29 Kasım 2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2910>.

⁴⁶ Benzer yönde Börü ve Parlak Börü, "Çocuk Teslimi," 1231, 1232.

⁴⁷ ÇKK m. 41/F, f. 5'te şikâyet olunan kavramı kullanılmaktadır.

⁴⁸ Bu bağlamda, velayeti kendisine bırakılmayan eş; evlat edinmede biyolojik ana ve baba; evlat edinme kaldırılarak çocuğun velayet ya da vesayet altına alınmasında evlat

faildir⁴⁹. Dolayısıyla fail, aleyhine karar verilen ana, baba veya onlara yardım eden üçüncü kişilerdir.

Aynı şekilde, ÇKİK'na ilişkin ilâmı veya tedbir kararını yerine getirmeyen ya da yerine getirilmesine engel olan kişiler ise, ÇKİK'na muhalefet eden kişi konumuna geleceğinden, yaptırıma tabi olacak kişilerdir. Yani fail, ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararı gereğince çocuğu teslim edip kişisel ilişki kurulmasına katlanmakla yükümlü olan kişi⁵⁰ veya bunların yerine getirilmesine engel olan kişidir⁵¹. ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararının yerine getirilmemesi veya yerine getirilmemesine engel olunmasına iştirak eden kişiler de asıl fail sayılmaktadır⁵².

ÇKİK için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmemesi fiilinden dolayı fail olabilecek kişiyse, lehine çocukla kişisel ilişki kurma kararı verilmiş olan kişidir. Yani bu kapsamda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibi, faildir.

Hukuk düzeni tarafından menfaati korunan kişilerse, menfaatleri ihlâl edildiğinde mağdur konumundadırlar. Buna göre, ÇT bakımından velayetin kendisine bırakılmasına karar verilmiş ana veya baba; velayet kaldırılarak çocuğa vasi atanmasına ve çocuğun vasiye teslimine karar verilmişse, vasi; çocuk biyolojik anne ve babasının rızasıyla kurulan evlat edinme ilişkisinde evlat edinen; evlat edinme ilişkisinin kaldırılması ve çocuğun tekrar biyolojik anne ve babanın velayeti altına veya vesayet altına alınması halinde, tekrar

edinen; vesayete son verilerek tekrar velayet altına alınmasında vasi, kişi ilâm veya tedbir kararı aleyhine olan kişidir (Mardin, Çocuk Teslimi, 129).

⁴⁹ Özbay, "Kişisel İlişki," 327; Derya Belgin, "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası", (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011), 111,112; Mahmut Coşkun, *İcra-İflas Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü* (Ankara: Seçkin, 2021), 361; Erdoğan Kardeşler, "2004 Sayılı İcra İflas Kanununda Düzenlenen İcra Suçları ve Cezaları" (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE, 2009), 62.

⁵⁰ Kişisel ilişki kurma hakkının yükümlüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, "Kişisel İlişki," 222.

⁵¹ Özbay, "Kişisel İlişki," 327; Belgin, "Çocuk Teslimi," 112; Mardin, Çocuk Teslimi, 129; Coşkun, *İcra-İflas*, 361.

⁵² Özbay, "Kişisel İlişki," 327; Haluk Çolak ve Uğur Altun, "Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları," *AD*, S.27 (2007): 31; Belgin, "Çocuk Teslimi," 112; Kardeşler, "2004 Sayılı," 62.

veli olan anne ve/veya baba yahut vasi mağdurdur⁵³. ÇKİK'na ilişkin kararlar bakımındansa, ÇKİK hakkı verilen ana veya baba yahut üçüncü kişi⁵⁴ mağdur konumundadır. ÇKİK için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin çocuğu teslim etmemesi sebebiyle mağdur konumunda olacak kişiye, ÇKİK'na katlanma yükümlüsüdür. Bu kişi, ana veya baba, vasi, evlat edinen kişi yahut TMK m. 347 uyarınca bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi halinde ise, aile ya da kurum olabilir.

A. Çocuk Teslimine veya Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Teslim Emrine Aykırı Hareket Etme veya Emrin Gereğinin Yerine Getirilmesini Engelleme

ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin ilâmlar veya tedbir kararları boşanma, evliliğin butlanı, ayrılık, velayetin değiştirilmesi/kaldırılması, anne-babanın evli olmaması, evlat edinme ilişkisinin kaldırılması ile velayetin kaldırılıp çocuğun vesayet altına alınması ilişkin açılan davalarda verilmektedir⁵⁵. Esas itibariyle mahkeme tarafından ÇT'ne dair bir ilâm veya tedbir kararı verildiğinde, çocuk kendisine bırakılan taraf çocukla birlikte yaşamıyorsa, diğer tarafın ilâma veya tedbir kararına uygun olarak çocuğu hak sahibine teslim etmesi ve/veya buna engel olunmaması gerekir. Aynı şekilde, ÇKİK'na ilişkin bir ilâm veya tedbir kararı verildiğinde de çocuk kendisine bırakılan taraf ilâm veya tedbir kararına uygun olarak ÇKİK'na engel olmamalı ve/veya üçüncü kişiler de bunu engelleyici davranışlarda bulunmamalıdır⁵⁶.

⁵³ Karş. Mardin, Çocuk Teslimi, 129; Kardeşler, "2004 Sayılı," 62.

⁵⁴ Buradaki üçüncü kişilerden ne anlaşılması gerektiği TMK m. 325'te "*Olağanüstü hâller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Maddede açık bir şekilde üçüncü kişilerden kimlerin anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bununla alakalı öğretilerde bu kişilere örnek olarak, büyük ana, büyük baba, hala, amca, teyze, dayı gibi çocukla yakın ilişkisi bulunan diğer hısımlar gösterilmektedir (Erlüle, "Kişisel İlişki," 241, 242). Bununla alakalı, hısımlar dışında çocukla yakın kişisel ilişki içerisinde bulunan kişilerin de şartlar gerçekleştiği ölçüde çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olabileceği belirtilerek, bu kişilere örnek olarak, çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf ile mevcut evliliği sona eren üvey ana ya da baba verilmektedir (Erlüle, "Kişisel İlişki," 242). Konuyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Erlüle, "Kişisel İlişki," 241 vd.).

⁵⁵ Mardin, Çocuk Teslimi, 58 vd; Gayretli Aydın, "7343 Sayılı," 19. Ayrıca bkz. Mardin, Çocuk Teslimi, 96 vd; Gayretli Aydın, "7343 Sayılı," 21; Topal, "Çocuk Teslimi," 1334. Aynı konular bakımından tenfizine karar verilen yabancı mahkeme ilâmlarında da ÇT'ne ilişkin ilâmın icrası mümkündür.

⁵⁶ Erlüle, "Kişisel İlişki," 222, 223.

Yükümlü, ilâm veya tedbir kararının gereğini kendi rızasıyla yerine getirmese, hak sahibi ÇKK m. 41/B ve m. 41/C'de⁵⁷ öngörülen usulü izleyerek çocuğun kendisine teslim edilmesini yahut ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararının gereğinin yerine getirilmesini talep edebilir⁵⁸.

ÇKK m. 41/B ve m. 41/C'deki düzenleme mülga İİK m. 25 ve m. 25/a'dan farklı olarak, ÇT'ne veya ÇKİK'na konu olabilecek mahkeme kararlarını, ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin ilâm ve tedbir kararları olarak düzenlemiştir. Özellikle ÇT'ne veya ÇKİK'na dair tedbir kararları bağlamında, boşanma davası süresince geçici önlem olarak çocuğun ana veya babadan birinin himayesinde bulunmasına ya da kalmasına karar verilebilmekte (TMK m. 169) veya evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde birlikte yaşama ara verilmesi halinde, çocuklarla ilgili geçici önlem niteliğinde velayet ana veya babadan birisine bırakılabilmektedir (TMK m. 197). Benzer şekilde, ÇT'ne veya ÇKİK'na dair tedbir kararları açısından, çocuğun kişi varlığının korunmasına ilişkin kanunun aradığı koşulların gerçekleşmesi ve alınan önlemlerin yeterli olmaması halinde TMK m. 346 ve m. 347 çerçevesinde çocuğun bir aile veya kuruma yerleştirilmesine geçici bir önlem olarak karar verilebilmektedir. Söz konusu geçici önlemler geçici hukuki koruma içinde ayrı bir kategori olarak değerlendirilmekte ve ara karar niteliği taşımaktadır. Ara karar niteliği taşıdığı için de bunların mülga İİK m. 25'e göre icra edilemeyeceği ifade edilmekteydi. Mülga İİK m. 25'in uygulandığı dönemde, öğretide⁵⁹ bunların icrası bakımından niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK hükümlerinin (m. 393/1) uygulanması gerektiği belirtilmekteydi. Mevcut yeni düzenleme bakımından, artık söz konusu farklılığın giderildiği ve bu bağlamda ÇT'ne veya ÇKİK'na ilişkin tedbir kararlarının da aynı usulü uygulamak suretiyle yani ÇKK m. 41/B ve m. 41/C'deki usulün uygulanması yoluyla yerine getirileceği söylenebilir.

ÇKK m. 41/B ve m. 41/C'deki usul izlenmesine rağmen yükümlü, çocuğu hak sahibine teslim etmezse ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2'de düzenlenen

⁵⁷ Maddenin öngördüğü usulle alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Börü ve Parlak Börü, "Çocuk Teslimi," 1261 vd.; Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 48 vd.; Topal, "Çocuk Teslimi," 1346 vd.; Mardin, "İkincil Mevzuat," 575 vd.; Mardin, "Enforcement," 206 vd.

⁵⁸ Mülga İİK hükümleri çerçevesinde ÇT ve ÇKİK ilişkin ilâmların icrasıyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Mardin, Çocuk Teslimi, 111 vd.

⁵⁹ Özbay, "Türk Hukukunda," 44; Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (İstanbul: On İki Levha, 2013), 281; Belgin Güneş, Çocuk Koruma, 20; Mardin, Çocuk Teslimi, 102, 103; Kardeşler, "2004 Sayılı," 63.

yaptırımın uygulanması gündeme gelir. İlgili maddenin 1. fıkrasında, “*çocuk teslimine dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler; bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine, fiil suç teşkil etse dahi, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır*”; 2. fıkrasında ise, “*çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler; bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine, üç günden on güne kadar disiplin hapsiyle cezalandırılır*” hükmü öngörülmektedir.

ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2’de *çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenlerin* maddede öngörülen yaptırıma tabi tutulacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu ÇT’ne veya ÇKİK’na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinden bahsettiğinden, yaptırımın uygulanabilmesi bakımından mahkeme tarafından ÇT’ne veya ÇKİK’na ilişkin bir ilâm veya tedbir kararı verilmiş olmalıdır. Bu açıdan, kararın ilâm veya tedbir kararı olup olmamasının bir önemi yoktur. Mahkeme tarafından verilen ilâm veya tedbir kararına rağmen yükümlü, çocuğu kendi rızasıyla ilâma veya tedbir kararına uygun olarak teslim etmezse veya kişisel ilişki kurulmasına aykırı hareket eder veya engel olunursa, hak sahibi ÇKK m. 41/B veya m. 41/C çerçevesinde ilâm veya tedbir kararının yerine getirilmesini adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünden⁶⁰ talep etmelidir.

Hak sahibinin müdürlüğe yapacağı başvuru, yaptırımın uygulanması açısından tek başına yeterli değildir. Maddede öngörülen yaptırımın uygulanması için yükümlünün, “*teslim emrine*⁶¹ *aykırı hareket*” etmiş olması da bir şart olarak arandığından, yükümlüye *teslim emrinin* gönderilmesi gerekmektedir. Nitekim ÇKK m. 41/B ve m. 41/C çerçevesinde, yükümlüye her zaman bir teslim emri gönderilme zorunluluğu öngörülmediğinden⁶²,

⁶⁰ ÇKK m. 41/A.

⁶¹ ÇT’ne ilişkin ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin ÇKK m.41/B uyarınca yükümlüye gönderilecek teslim emri, çocuğun teslimine dair bir teslim emriyken; ÇKİK’na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin ÇKK m. 41/C çerçevesinde yükümlüye gönderilecek teslim emri, ÇKİK’na dair bir teslim emridir.

⁶² Bkz. ÇKK m. 41/B f. 2.

teslim emrinin ne zaman gönderileceği sorusuna cevap vermek gerekmektedir. Teslim emrinin gönderileceği durumlar bakımından ÇKK m. 41/B, f. 3 ve m. 41/C, f. 3 “yükümlüyle irtibat kurulamaz veya yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan ederse yahut yükümlü çocuğu belirlenen yere getirmese müdürlük, derhâl yükümlüye, çocuğun teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir teslim emri gönderir” düzenlemesi öngörülmüştür (Yönetmelik m. 25 ve m. 32). Dolayısıyla, teslim emrinin gönderilmesi bakımından ya yükümlüyle irtibat kurulamamış olmalı ya irtibat kurulmuş olmasına rağmen yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan etmiş olmalı ya da yükümlü çocuğu belirlenen yere getirmemiş olmalıdır.

Teslim emri Tebligat Kanunu hükümlerine göre yükümlüye tebliğ edilir (ÇKK m. 41/B, f. 3 ve m. 41/C, f. 3). Yükümlüye tebliğ edilir ifadesine açık bir şekilde yer verildiğinden, burada kanun koyucu, teslim emrinin bizzat yükümlünün kendisine tebliğ edilmesini aramaktadır⁶³. Dolayısıyla, teslim emri bizzat yükümlünün kendisine değil de vekiline (veya kanuni temsilcisine) tebliğ edilirse, ÇKK m. 41/F’de öngörülen yaptırım yükümlü hakkında uygulanmaz⁶⁴.

Teslim emrinde⁶⁵, *emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı ihtarına yer verilmesi* gerektiği belirtilmiştir (ÇKK m. 41/B, f. 3 ve m. 41/C, f. 3)⁶⁶. Maddeden de anlaşılacağı üzere, teslim emrinde bu ihtarın yer alması, teslim emrinin zorunlu unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu ihtarı içermeyen bir teslim emri yükümlüye

⁶³ Mülga İİK m.341’in uygulandığı dönemde de öğretide icra emrinin bizzat yükümlünün kendisine tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmekteydi (Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (İstanbul: Filiz, 1980), 486; Mardin, Çocuk Teslimi, 75; Kardeşler, “2004 Sayılı,” 64).

⁶⁴ Mülga İİK m.341’in uygulandığı dönem bakımından da benzer yönde bkz. Talih Uyar, *İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller* (Manisa: Şafak, 1987), 312; Mardin, Çocuk Teslimi, 175; Kardeşler, “2004 Sayılı,” 64.

⁶⁵ ÇKİK’na ilişkin yükümlüye gönderilecek teslim emrinde ayrıca ÇKK 41/C, f. 3 uyarınca, “ilâm veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte, gün ve saatin belirtilmemesi hâlinde müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu” ihtarının da yer alması gerekmektedir. Mülga İİK m. 341 zamanında, borçluya gönderilen icra emrinde, çocukla kişisel ilişki kurulacak tarih ve saatin belirli olması gerektiği, aksi takdirde suçun oluşmayacağı belirtilmekteydi (Özbay, “Kişisel İlişki,” 328).

⁶⁶ ÇKK m. 41/B, f. 3’te ve m. 41/C, f. 3’te teslim emrinde yer alması gereken hususlar belirtilmektedir.

tebliğ edilmiş ve buna rağmen çocuk teslim edilmemişse, ÇKK m. 41/F’de belirtilen “*teslim emrine aykırı hareket*” gerçekleşmeyeceğinden yükümlü hakkında yaptırım uygulanması da gündeme gelmez⁶⁷.

Teslim emri gönderilme zorunluluğu açısından üzerinde durulması gereken diğer bir husus, ÇT’ne ilişkin ilâm ve tedbir kararları bakımından ÇKK m. 41/B, f. 6’da yer alan “*çocuk hak sahibine teslim edildikten sonra yükümlü haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca yeni bir hükme veya yükümlüyle irtibata geçmeye ya da teslim emri tebliğine gerek olmaksızın çocuk beşinci fıkra uyarınca hak sahibine teslim edilir*” düzenlemesidir. Bu halde yükümlü çocuğu teslim ettikten sonra haklı bir sebep olmaksızın tekrar aldığı için, artık yükümlüyle ne irtibata geçmeye ne de teslim emri gönderilmesine gerek kalmaktadır. Dolayısıyla, teslim emrinden sonra çocuğu teslim eden yükümlü, haklı bir sebep olmadan çocuğu tekrar alacak olursa, ilk gönderilen teslim emri ÇKK m. 41/F, f. 1 uyarınca yükümlünün yaptırımı tabi tutulabilmesi için yeterli kabul edilir. Hatta öyle ki, kanun koyucu, ÇT’ne ilişkin gönderilen (tek/ilk) teslim emrinde buna ilişkin ayrıca bir ihtarın dahi yazılmasını aramamıştır. Bununla birlikte, ÇKİK’na dair teslim emrinde, ÇKK m. 41/C, f. 3/c uyarınca, “*ilâm veya tedbir kararı kapsamında emrin tebliğinden sonraki dönemde de (a) ve (b) bentlerindeki yükümlülüğünün devam edeceği, bunun için yeniden emir çıkarılmayacağı*” ihtarının da yer alması öngörülmüştür. ÇKİK’na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarına konu olan *çocukla kişisel ilişki kurmanın* süreklilik arz eden bir davranış yükümlülüğünü özünde barındırdığı için, kanun koyucunun, ilâm veya tedbir kararı yükümlüsüne teslim emri gönderilme zorunluluğu bakımından, sadece bir kez teslim emrinin gönderilmesini yeterli gördüğü söylenebilir. Dolayısıyla, yükümlüye sadece bir kez (bir defa) maddenin öngördüğü ihtarları içeren bir teslim emrinin gönderilmiş olması, sonraki dönemler bakımından teslim emrine aykırı hareket etme şartının gerçekleşmesi bağlamında yeterlidir.

Yukarıda ayrıntısıyla açıklanan “*teslim emrinin tebliği ve teslim emrine aykırı hareket etme*” şartı, ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2’de öngörülen yaptırımların yükümlü hakkında uygulanması bakımından aranmaktadır. Oysa ilgili

⁶⁷ ÇT’ne ve ÇKİK’na ilişkin Mülga İİK m. 25 ve 25/a’nın yürürlükte bulunduğu dönemde de borçluya gönderilecek icra emrinde, ihtarlar kısmında benzer ihtarlar yer verilmekteydi. İcra emrinin bu ihtarı içermemesi halinde, aykırı davranışın yaptırımı tabi tutulmayacağı belirtilmekteydi (Abdürrahim Karslı, *İcra ve İflas Hukuku* (İstanbul: Alternatif, 2014), 588; Özbay, “Kişisel İlişki,” 325; Mardin, *Çocuk Teslimi*, 175; Kardeşler, “2004 Sayılı,” 64).

maddede kanun koyucu ayrıca, “*emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler*”i de yaptırıma tabi tutmaktadır. Bunun için, ÇKK m. 41/B ve m. 41/C çerçevesinde başlatılan ÇT’ne ilişkin usul içerisinde yükümlü dışındaki üçüncü kişilerin emrin gereğinin yerine getirilmesini engellemiş olmaları tek başına yeterli kabul edilir. Dolayısıyla da onlar bakımından onlara karşı ÇKK m. 41/B veya m. 41/C’de düzenlenen usulün işletilmiş olmasına, bu usul içerisinde onlara bir teslim emrinin tebliğ edilmiş olmasına ve teslim emrinde emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacaklarına ilişkin bir ihtarın yer almış olmasına gerek yoktur⁶⁸.

ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2’de “*teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler*”den bahsedildiğinden, burada cevaplanması gereken diğer bir soru *teslim emrine aykırı hareket etmenin ve emrin gereğinin yerine getirilmesini engellemenin hangi durumlarda gündeme geleceğidir*. Zira söz konusu fiiller olumlu veya olumsuz bir davranış şeklinde ortaya çıkabilmektedir⁶⁹. ÇKK m. 41/B, f. 3 ile m. 41/C, f. 3 gereğince yükümlüye gönderilecek teslim emrinin ihtarlar kısmında “*çocuğu emirde belirtilen yere getirmesine engel teşkil edecek derecede haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği* ihtarına da yer verilmesi gerekmektedir. Yükümlü teslim emrinde müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte⁷⁰ çocuğu emirde belirtilen yere getirmese veya haklı mazereti nedeniyle getirememesi durumunu bildirip müdürlükçe alınmasını talep etmezse, teslim emrine aykırı hareket etmiş olur. Bu anlamda madde yükümlüye, bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklemektedir⁷¹. Dolayısıyla yükümlü bu yükümlülüğü yerine getirmese, maddede öngörülen teslim

⁶⁸ İlâmın veya ara kararın gereğinin yerine getirilmesini engelleyen kişiler hakkında mülga İİK m. 341’de öngörülen tazyik hapsinin uygulanması bakımından da öğretide benzer bir görüş benimsenmekteydi (Mehmet Kürtül, *İcra ve İflas Suçları* (Ankara: Adalet, 2014), 440; Mardin, *Çocuk Teslimi*, 175

⁶⁹ Mustafa Reşit Belgesay, *İcra İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi* (İstanbul: Fakülteler, 1966), 21; Mardin, *Çocuk Teslimi*, 176.

⁷⁰ ÇKİK’na dair ilâm veya tedbir kararında çocuğun teslim edileceği gün ve saat belirtilmişse, buna göre; böyle bir belirleme yapılmamışsa müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorundadır. Buna ilişkin ihtara teslim emrinde yer verilmelidir (ÇKK m. 41/C, f.3).

⁷¹ Maddenin öngördüğü haklı mazeretin yükümlü bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Yani çocuğu teslim etmesine engel olan durumun yükümlünün şahsında gerçekleşmesini kanun koyucunun aradığı söylenebilir.

emrine aykırı hareket etme fiili gerçekleşmiş olur. Örneğin çocuğu teslim almak için müdürlükçe adrese gidildiğinde çocuğun gizlenmesi, kaçırılması veya adreste kasıtlı olarak bulundurulmaması yahut tekrar kaçırılması gibi davranış şekillerinde teslim emrine aykırı hareket etme gerçekleşmiş olur. Bununla birlikte, çocuğun şahsında gerçekleşen ve çocuğun teslim edilmesine engel olan haklı sebebin varlığı durumunda aynı şekilde mücbir bir sebeple çocuğun teslim edilememesi yahut deprem, ciddi can güvenliği sorunu, zorunlu sebeplerle adresten ayrılma gibi durumlar gündeme gelmişse, yükümlünün teslim emrine aykırı hareket ettiğinden söz edilemez⁷².

Maddenin öngördüğü fiiller, kasti bir davranış şeklinde gerçekleşmelidir. Zira, kanun koyucunun bilhassa taksire dayalı sorumlulukla alakalı kanunda özel olarak düzenlenme öngörmesi gerekliliği dikkate alındığında, failin ilâm veya tedbir kararının yerine getirilmesine aykırı hareket etme veya yerine getirilmesinin engellenme iradesinin bulunması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla söz konusu fiiller bakımından çocuğu teslim etmeme veya kişisel ilişki kurulmasını engelleme yönünden failin bir kastı yoksa yaptırımın uygulanması da gündeme gelmeyecektir⁷³.

B. Kişisel İlişki Kurulması İçin Kendisine Çocuk Teslim Edilen Hak Sahibinin Sürenin Bitiminde Çocuğu Belirlenen Yere Getirmemesi

ÇKİK'na ilişkin ilâm ve tedbir kararları, boşanma, evliliğin iptali, ayrılık, velayetin değiştirilmesi/kaldırılması, çocuğun evlat edinilmesi, anne-babanın evli olmaması durumlarında gündeme gelmektedir⁷⁴. Bu açıdan, ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararına uygun olarak, çocukla kişisel ilişki kurmaya hak kazanmış yani lehine kişisel ilişki kurulması kararı verilmiş olan hak sahibine çocuğun teslim edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu kararlar bakımından, ÇKİK'na katlanma yükümlüsü⁷⁵, karara uygun olarak çocuğu hak sahibine

⁷² Mustafa Artuç ve Raif Bıkmaz, *İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü* (Ankara: Kartal, 2005), 447; Coşkun, *İcra-İflas*, 360; Mardin, *Çocuk Teslimi*, 177.

⁷³ Benzer yönde Özbay, "Kişisel İlişki," 331; Belgin, "Çocuk Teslimi," 111; Coşkun, *İcra-İflas*, 360; Kardeşler, "2004 Sayılı," 65.

⁷⁴ Aynı şekilde ÇKİK'na ilişkin karar verilmesini gerektiren bir diğer hal ise, tenfizine karar verilen yabancı mahkeme ilâmlarında karşılaşılabilmektedir. Bu kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mardin, *Çocuk Teslimi*, 96 vd.

⁷⁵ Kişisel ilişki kurma hakkının yükümlüsü, ana ve babanın boşanması, ayrılığa ya da ortak hayata son verilmesi sebebiyle çocuğun velayetini elinde bulunduran ana ve baba; ana ve babadan birinden velayet hakkının kaldırılması durumunda velayet hakkına

teslim etmelidir. Çocuk hak sahibine teslim edildikten sonra, hak sahibi mahkemece belirlenen gün ve saate⁷⁶ uygun olarak sürenin sonunda çocuğu kişisel ilişki kurulmasına katlanma yükümlüsüne teslim etmelidir. Aksi yönde davranışta bulunulması, yani ÇKK m. 41/F, f.3'te kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmemesi yaptırıma tabi tutulmaktadır. Buna göre, “*Kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibi, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmese, bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine, fiil suç teşkil etse dahi, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır*”.

Düzenleme çerçevesinde, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibi hakkında maddenin öngördüğü yaptırımın uygulanabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, mahkemenin ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararı vermiş olmasıdır. Akabinde, yükümlü ilâm veya tedbir kararına rağmen, ilâma veya tedbir kararına uygun olarak kişisel ilişki kurma hakkı sahibiyle çocuğu görüşürmezse (ilâm veya tedbir kararına aykırı hareket eder veya engel olursa), ÇKİK hakkı sahibi ÇKK m. 41/C çerçevesinde kararın yerine getirilmesini müdürlükten talep etmelidir. Bu talep üzerine, müdürlük ÇKİK'na katlanma yükümlüsüyle irtibata geçer ve gerektiğinde ÇKK m. 41/C, f. 3 çerçevesinde bir teslim emri gönderir⁷⁷. Müdürlükçe gerek irtibat kurulması suretiyle gerekse teslim emri gönderilmesi suretiyle çocuk, kişisel ilişkinin kurulması için müdürlüğün belirlediği yere getirildiğinde, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibine çocuk teslim edilir.

ÇKK m. 41/C, f. 4'e göre, “*müdürlüğün belirlediği yere getirilen çocuk hak sahibine teslim edilir. Hak sahibine; ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu, belirlenen yere getirmek zorunda olduğu, çocuğu getirmez veya kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç olmak üzere*

sahip olan diğer taraf; velayet hakkının hem ana hem de babadan kaldırılması durumunda vesayet kendisine bırakılan kişi; çocuğun TMK m. 347 uyarınca bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi halinde ise, aile ya da kurum yükümlü sıfatını taşır. Ana ve babanın esasen hiç evlenmemiş olması durumundaysa, evlilik dışı çocuğun velayetine sahip olan ana (ya da baba) hakkın yükümlüsüdür (Erlüle, “*Kişisel İlişki,*” 222).

⁷⁶ Erlüle, “*Kişisel İlişki,*” 224; Mardin, Çocuk Teslimi, 88.

⁷⁷ ÇKİK'na dair teslim emri gönderilmesini gerektiren durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. II, A.

geç getirirse disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, hakkında suç duyurusunda bulunulacağı hususu tutanağa bağlanarak tebliğ edilir. Çocuk, belirlenen yere getirilmezse hak sahibi hakkında müdürlük tarafından suç duyurusunda bulunulur ve müteakip süreç hakkında yükümlü bilgilendirilir". Bu düzenleme, müdürlüğe, hak sahibine çocuğun teslimi esnasında belli ihtarları içeren bir tutanak düzenleme yükümlülüğü öngörmektedir. Müdürlükçe düzenlenecek tutanakta, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu, belirlenen yere getirmek zorunda olduğu; çocuğu getirmez veya kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç olmak üzere geç getirirse disiplin hapsiyle cezalandırılacağı; hakkında suç duyurusunda bulunulacağı hususları ihtar olarak yer almalıdır. Düzenlemenin gereği olarak ve ÇKK m. 41/F, f. 3 çerçevesinde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin yaptırımı tabi tutulabilmesi için, müdürlükçe düzenlenecek tutanakta söz konusu ihtarların yazılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu ihtarları içermeyen bir tutanak, maddenin öngördüğü yaptırımın uygulanması bakımından yeterli olmayacaktır. Ayrıca, kanun ilgili düzenlemede, *tutanağa bağlanarak tebliğ edilir* dediğinden, tutanağın bizzat çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibine tebliğ edilmesi de gerekmektedir⁷⁸. Buradan hareketle, tutanak bizzat yükümlünün kendisine değil de vekiline (veya kanuni temsilcisine) tebliğ edilirse, ÇKK m. 41/F'de öngörülen yaptırımın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibi hakkında uygulanması mümkün değildir.

Yaptırımın uygulanması bakımından ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğun belirlenen yere getirilmemesi diğer bir şart olarak aranmaktadır. Ancak söz konusu şartın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, getirmeme durumunun çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibi açısından makul bir sebebe dayanmıyor olması gerekmektedir. Bu bağlamda, çocuğun şahsında gerçekleşen ve çocuğun teslim edilmesine engel olan haklı sebebin varlığı, mücbir bir sebeple çocuğun teslim edilememesi, depresyon, ciddi can güvenliği sorunu gibi durumlarda kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin sorumluluğu da doğmaz⁷⁹. Örnek niteliğinde verdiğimiz bu durumlar, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkardığından bu gibi hallerde yaptırımın uygulanmaması da doğaldır. Bu anlamda maddede, *çocuğu getirmez veya*

⁷⁸ Mülga İİK m. 341 dönemde de icra emrinin bizzat yükümlünün kendisine tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmekteydi (Berkin, Tatbikatçılara, 486; Mardin, Çocuk Teslimi, 175).

⁷⁹ Karş. Artuç ve Bıkmaz, Yargılama Usulü, 447; Coşkun, İcra-İflas, 360; Mardin, Çocuk Teslimi, 177.

kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç olmak üzere dendiği için, getirmemenin kasti bir davranış şeklinde gerçekleşmiş olmasının arandığı söylenebilir. Nitekim, taksire dayalı sorumlulukla alakalı kanunda özel bir düzenlenme öngörülmesi gerekliliği dikkate alındığında, failin çocuğu getirmeme yönünde iradesinin bulunması gerektiği bir gerçektir. Bu açıdan söz konusu davranış bakımından çocuğu getirmeme yönünden failin bir kastı yoksa söz konusu yaptırım uygulanmaz⁸⁰.

III. YAPTIRIM

ÇKK m. 41/F, f. 1’de, ÇT’ne dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleme davranışları bakımından, fiil suç teşkil etse dahi, üç aya kadar disiplin hapsi; f. 2’de ÇKİK’na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleme davranışları bakımından, üç günden on güne kadar disiplin hapsi⁸¹; 3. fıkrasında ise, çocukla kişisel ilişki kuran hak sahibinin çocuğu teslim etmemesi davranışı açısından, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılması yaptırımı öngörülmüştür⁸². Düzenlemeden

⁸⁰ Karş. Özbay, “Kişisel İlişki,” 331; Belgin, “Çocuk Teslimi,” 111; Coşkun, İcra-İflas, 360.

⁸¹ ÇKİK’na ilişkin emrin gereğinin yerine getirilmemesi halinde, disiplin hapsine karar verilmesinin aleyhine cebri icra işlemleri yapılan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını imkânsız hale getirebileceği mülga İİK m. 341’in uygulandığı dönemde öğretilde ifade edilmiştir (Yardımcı, “Ölçülülük,” 1487).

⁸² Öğretilde ayrıca, ÇT ve ÇKİK’na ilişkin mahkeme kararlarının yerine getirilmesiyle ilgili olarak, aile arabuluculuğu sisteminin de devreye sokulması gerektiği belirtilmektedir (Börü ve Parlak Börü, “Çocuk Teslimi,” 1269). Mülga İİK m. 25 ve 25/a’da uyarınca ÇT ve ÇKİK’na ilişkin ilâm ve ara kararın gereğinin yerine getirilmeyen veya yerine getirilmesini engelleyenler hakkında İİK m. 341’e göre, altı aya kadar tazyik hapsi yaptırımı öngörülmekteydi. Mülga düzenlemede öngörülen tazyik hapsi yaptırımıyla alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Mardin, Çocuk Teslimi, 178 vd. Tazyik hapsinin tanımınaysa CMK’da yer verilmemiş öğretilde tazyik hapsinin tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Ünal Altınöz, “İcra-İflas Hukukunda Disiplin ve Tazyik Hapsi” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2019), 80 vd. Tazyik hapsinin, disiplin hapsinin bir görünüm biçimi olup olmadığı da öğretilde tartışılmıştır. Konuyla ilgili öğretildeki görüşler için bkz. İbrahim Ermenek, “İcra ve İflas Kanunu’nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı,” *TAAD*, S. 19 (2014): 308; Mardin, Çocuk Teslimi, 180.

de anlaşılacağı üzere, üç tip davranış bakımından süreleri farklı olmakla birlikte maddede öngörülen yaptırım, disiplin hapsidir⁸³.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 2, f. 1/1’de disiplin hapsi, “*kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi*” ifade eder denilmek suretiyle tanımlanmıştır⁸⁴. Görüldüğü üzere disiplin hapsi, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış fiil dolayısıyla verilen hapis şeklinde tanımlanmıştır. Bu anlamda disiplin hapsi, yaptırım türleri bakımından özünde disiplin cezası olarak nitelendirilmektedir⁸⁵. Disiplin yaptırımı olarak nitelendirilmesinin bir sonucu olarak, disiplin yaptırımı gerektiren fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde⁸⁶, bunların birbirine etkisinin bulunmayacağı Kanun’un açık hükmünün gereğidir⁸⁷.

Kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallara aykırı davranışlar, bu faaliyetin yürütülmesini aksatacağından, bu kurallara aykırı davranışta bulunan kişiler hakkında, kurallara uygun davranmalarını sağlamak amacıyla

⁸³ Mülga İİK m. 341’de öngörülen tazyik hapsi yaptırımı yerine, disiplin hapsi veya disiplin para cezası yaptırımı ön görülmesinin daha isabetli olacağı öğretilde belirtilmekteydi (Yardımcı, “Ölçülülük,” 1486). Hatta o dönem bakımından, icraya karşı koyma tazminatı adı altında bir tazminat yükümlülüğünün de öngörülebileceği belirtilmişti (Yardımcı, “Ölçülülük,” 1487). Bunun yanı sıra, tazyik hapsi yerine tazyik para cezası ve tazyik hapsi öngörülmesi gerektiğine de değinilmiştir (Özbay, “Türk Hukukunda,” 109).

⁸⁴ CMK’nın disiplin hapsine ilişkin hükümleri incelendiğinde, disiplin hapsinin genellikle duruşma disiplinini sağlanmaya (CMK m.203) ve muhakemenin ilerlemesi için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesini (sebepsiz olarak tanıklıktan veya yemin etmektan kaçınma CMK m.60; ispat aracı olarak yararlı görülen ve istenen bir eşyayı vermeme ya da göstermeme CMK m.124) sağlamaya özgü olarak verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla disiplin hapsinin Türk Ceza Kanunu’nda suçlar için ön görülen yaptırımlardan farklı olduğu anlaşılmaktadır (Ermenek, “Cezai Hükümler,” 307). Benzer yönde bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 578.

⁸⁵ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 578; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 902; Çolak ve Altun, “Disiplin ve Tazyik,” 8; Altınöz, “Disiplin,” 115.

⁸⁶ ÇKK m. 41/F ile TCK m. 234 arasındaki ilişki için bkz. aşa. V.

⁸⁷ Benzer bir yaklaşım için Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler* (Ankara: Seçkin, 2023), 50.

disiplin hapsi yaptırımını uygulanmaktadır⁸⁸. Bu açıdan ÇT ve ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarına muhalefet bakımından öngörülen disiplin hapsinin de kamusal faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallara hizmet eden ve kurallara uygun davranışta bulunmayı sağlamaya yönelik bir yaptırım olduğu söylenebilir. Bu anlamda disiplin hapsi, özellikle gerek ÇT gerekse ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesini, öngörülüş olan ve işletilecek olan usulün (ÇKK m. 41/B ve m. 41/C) kamusal faaliyet olduğu dikkate alındığında, söz konusu işlemlerin gereği gibi işlenmesini sağlamaya ve işlemlerin öngörülen düzen çerçevesinde yürütülmesine ilişkin kurallara aykırı davranılması halinde, kurallara uygun davranılmasını güvence altına almaya yönelmiş bir yaptırımdır⁸⁹.

Ancak maddede öngörülen disiplin hapsinin sadece, ÇT ve ÇKİK'na ilişkin ÇKK m. 41/B ve m. 41/C'de öngörülen usulün işletilmesini ve buna ilişkin kurallara riayet edilmesini güvence altına almadığı da bir gerçektir. Nitekim bilhassa söz konusu yaptırım, esas itibariyle kamusal faaliyetin yani mahkeme tarafından verilen bir kararın (ilâm veya tedbir kararının) gereğinin yerine getirilmesine hizmet ettiği dikkate alındığında her iki açıdan da kamusal bir faaliyete ve bu anlamda kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla disiplin hapsinin öngörüldüğü söylenebilir⁹⁰.

Disiplin hapsiyle esasında kişi, kısmî bir düzeni koruma amacıyla bazı durumlarda bir yükümlülüğe uygun davranmaya belli ölçüde zorlanmaya çalışılmaktadır. Başka bir deyişle kişi, yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmesini sağlamak için zorlanmakta ve bu amaçla da belli bir süreye kadar özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır⁹¹. Bu bağlamda disiplin hapsinin, suç teşkil eden bir fiile karşı uygulanan bir yaptırım olmadığı söylenebilir. Zira TCK m. 45'te, "*suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır*" denildiğinden, disiplin hapsine konu yapılan davranışın

⁸⁸ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, 578; Özgenç, Genel Hükümler, 902; Altınöz, "Disiplin," 79.

⁸⁹ İcra takip işlemleri açısından benzer bir yaklaşım için Ermenek, "Cezai Hükümler," 307, 308; İbrahim Aşık, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5358 Sayılı Kanun İşliğinde İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Cezai Hükümler", İçinde *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Cilt II, ed. Sabih Arkan (Ankara: Turhan 2010): 2533; Özbay, "Kişisel İlişki," 330, 331; Altınöz, "Disiplin," 79.

⁹⁰ Mülga İİK m. 341'in uygulandığı dönemde benzer bir yaklaşım için Ermenek, "Cezai Hükümler," 308; Aşık, "5237 Sayılı," 2529.

⁹¹ Özgenç, Genel Hükümler, 904; Kardeşler, "2004 Sayılı," 15.

suç olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Bilhassa, yaptırma tabi tutulan fiilin esas itibariyle kısmî bir düzeni koruma amacıyla öngörüldüğü ve bu açıdan yükümlülüğün yerine getirilmesine zorlama/hizmet etme amacı taşıdığından bir suç karşılığında verilen ceza olmadığı kabul edilmektedir⁹². Bu anlamda disiplin hapsinin kişi bakımından belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmasının dışında, hak yoksunluğu gibi başka herhangi bir hukuki sonucunun bulunmadığı öğretilmektedir⁹³.

ÇKK m. 41/f, f. 1 ve 2’de, kişi, kendisine düşen yükümlülüğün gereğini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla ancak belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılabilmektedir. Dolayısıyla sürenin dolması halinde, kişi yükümlülüğün gereğini yerine getirmemiş olsa dahi serbest bırakılacaktır⁹⁴. Söz konusu disiplin hapsi ise, seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek, önödeme uygulanamayacak, tekerrüre esas olmayacak, şartla salıverilme hükümlerine tabi olmayacak, ertelenemeyecek ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyecektir⁹⁵. Ayrıca, ÇKK m. 41/F, f. 7 çerçevesinde, şikâyetten vazgeçilmesi hâlinde veya birinci ve üçüncü fıkralar bakımından çocuğun velayet hakkı sahibine teslim edilmesi durumunda dava ve bütün sonuçlarıyla beraber ceza düşecektir. Bu bağlamda, aslında bir yükümlülüğün yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla da disiplin hapsinin öngörüldüğü söylenebilir. Dolayısıyla yükümlü, ÇKK m. 41/B ve m. 41/C’nin öngördüğü yükümlülüğü zamanında yerine getirmemiş olsa dahi sonradan yerine getirdiğinde yaptırımın ortadan kalkacağı, davanın ve cezanın bütün

⁹² Disiplin hapsinin ceza hukuku bakımından herhangi bir sonuç doğurmadığı belirtilmektedir (Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, 578; Özgenç, Genel Hükümler, 902). Benzer yönde Altınöz, “Disiplin,” 114. Mülga İİK m. 341’in uygulandığı dönemde maddede öngörülen yaptırım olan tazyik hapsinin amacına ve suç için öngörülen bir ceza olmadığına ilişkin AYM kararı için bkz. AYM, E.2014/58, K.2014/168, 30.10.2014, (RG 10.01.2015 T, S. 29232). Öğretilen de disiplin ve tazyik hapsinin ceza olmadığı yönünde değerlendirme yapılmaktadır (Aşık, “5237 Sayılı,” 2531; Altınöz, “Disiplin,” 113 vd.; Mardin, Çocuk Teslimi, 179. Disiplin hapsinin hukuki niteliğiyle ilgili ayrıca bkz. Y. CGK, E.2006/16-123, K.2006/127, (Legalbank). Disiplin hapsinin, kabahat olmadığı da belirtilmektedir (Aşık, “5237 Sayılı,” 253; Mardin, Çocuk Teslimi, 173).

⁹³ Özgenç, Genel Hükümler, 902, 903; Çolak ve Altun, “Disiplin ve Tazyik,” 9; Altınöz, “Disiplin,” 114, 115.

⁹⁴ Özgenç, Genel Hükümler, 904.

⁹⁵ Düzenlemeyle, disiplin hapsinin bir hapis cezası olmadığı ve kanunlarda adli cezalarla bağlantılı olarak düzenlenen müesseselerin disiplin hapsi bakımından uygulanmayacağı belirtilmiştir (Özgenç, Genel Hükümler, 902).

sonuçlarıyla beraber düşeceği öngörülmüştür⁹⁶. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin disiplin hapsine bağlanan fiiller bakımından beraberinde yaptırımsızlığı getirdiği bir gerçektir⁹⁷.

IV. YARGILAMA USULÜ VE KARAR İLE KARARA KARŞI İTİRAZ

A. Yargılama Usulü

ÇKK m. 41/F, f. 4 ve devamı fıkralarında yaptırıma tabi tutulan fiillerin yargılanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İlgili maddenin 4. f.'na göre, “*yukarıdaki fıkralar kapsamında şikâyete bakacak görevli ve yetkili mahkeme, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesidir*” (Yönetmelik m. 50, f. 4). Düzenleme çerçevesinde görevli mahkeme, aile mahkemeleridir⁹⁸. ÇT veya ÇKİK'ye ilişkin ilâm veya tedbir kararlarını aile mahkemeleri verdiği için, bunlara muhalefete ilişkin yargılamalar bakımından en yetkin mercii niteliği taşıdığı söylenebilir⁹⁹.

Yetkili mahkeme ise, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer mahkemesidir. ÇKK m. 41/A'nın 4. fıkrasına göre, “*ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun yerleşim yeri müdürlüğü yetkilidir*” (Yönetmelik m. 11)¹⁰⁰. Dolayısıyla, Türkiye'de yerleşim yeri bulunan çocuğun teslimine veya ÇKİK'na ilişkin ilâmın veya tedbir kararının yerine getirilmesinde yetkili müdürlük, çocuğun yerleşim yeri müdürlüğü olduğundan işlemi yapan müdürlük de burası olacaktır. Yani ÇKK m. 41/F çerçevesinde yaptırıma tabi tutulan fiiller sebebiyle yargılama yapacak olan yetkili aile mahkemesi de çocuğun yerleşim yeri mahkemesidir. Yönetmelik

⁹⁶ Mülga İİK m. 341'de öngörülen tazyik hapsi bakımından benzer bir yaklaşım için bkz. Aşık, “5237 Sayılı,” 2527. Mülga İİK m. 341'de, tazyik hapsinin uygulanmasından sonra kararın gereğinin yerine getirilmesi halinde, kişinin tahliye edileceği hükme bağlanmıştı.

⁹⁷ Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 26. Bu konuda yaptırım olarak idari para cezası veya zorunlu aile danışmanlığının öngörülebileceği belirtilmektedir (Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 26). Benzer yönde bir para cezasının öngörülmesinin uygun olacağı da savunulmaktadır (Belgin Güneş, Çocuk Koruma, s. 70).

⁹⁸ Mülga İİK m.341'de ise, yaptırım için icra mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmekteydi.

⁹⁹ Benzer yönde Nesibe Kurt Konca, “Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem ve Kararlarına Karşı Şikâyet ve İtiraz,” *MİHDER*, S. 52 (2022): 418.

¹⁰⁰ Ayrıca Yönetmelik m. 41.

m. 11/2'ye göre, “Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan çocuklar bakımından çocuğun Türkiye’de bulunduğu yerdeki müdürlük yetkilidir”. Buradan hareketle, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan çocukların teslimi ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâm ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun bulunduğu yer müdürlüğü yetkili olduğundan, yargılamayı yapacak olan aile mahkemesi de çocuğun bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Kanun koyucu, ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2 uyarınca, ÇT’ne ve ÇKİK’na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler hakkında maddenin öngördüğü yaptırımın uygulanmasını şikâyete bağlamıştır. İlgili maddenin 3. f.’nda yaptırımın uygulanması kural olarak şikâyete bağlanmışsa da ÇKK m. 41/C, f. 4 uyarınca, çocuk, belirlenen yere getirilmezse hak sahibi hakkında müdürlük tarafından¹⁰¹ da suç duyurusunda bulunulabilmektedir. Müdürlük tarafından ÇKK m. 41/C, f. 4 uyarınca suç duyurusunda bulunulabilecek olmasının, fiili ÇKK m. 41/F, f. 2’de öngörülen fiilinden farklı bir fiil haline getirmediği kanısındayız. Dolayısıyla, müdürlük tarafından suç duyurusunda bulunulabilecek olan fiil, ayrı yaptırıma tabi tutulmuş bir fiil olarak düşünülmemelidir.

Disiplin hapsi uygulanması için ÇKK m. 41/C, f. 4 çerçevesinde müdürlüğün suç duyurusunda bulunmasına ilişkin düzenleme ayırık olmak üzere, failin yaptırıma tabi tutulabilmesi için, ilâm veya tedbir kararı lehine olan kişinin, bir ay içinde şikâyet hakkını kullanmış olması gerekmektedir. Maddenin öngördüğü bir aylık sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı maddede açık bir şekilde belirtilmediğinden, burada şikâyet süresiyle alakalı genel kural niteliğinde bulunan TCK m. 73/2’nin uygulanması gerektiği söylenebilir¹⁰². Bu açıdan, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren bir ay içinde şikâyet hakkını kullanması gerektiği şeklinde yorum yapılabilir. ÇT veya ÇKİK ilişkin ilâm

¹⁰¹ Müdürlük tarafından suç duyurusunda bulunma süresiyle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, ÇKK m. 41/F, f. 3’te öngörülen bir aylık şikâyet süresinin müdürlüğün suç duyurusunda bulunması bakımından da uygulanabileceği bir görüş olarak ileri sürülebilir.

¹⁰² ÇKK m. 42’de, bu Kanun’da hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümlerinin de uygulanacağı belirtilmiştir. Mülga İİK m. 341’in uygulandığı dönemde, tazyik hapsi yaptırımı da şikâyete tabiydi ve şikâyet süresi İİK m. 347’ye göre belirlenmekteydi. Mevcut düzenlemeye göre şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren kullanılır. Yeni düzenlemede, şikâyet süresinin işlemeye başlayacağı anla alakalı açık bir hükme yer verilememiş olması eleştiriye açıktır.

veya tedbir kararlarında teslim yükümlüsü ve teslim zamanı zaten belli olduğundan, teslim zamanında teslim etmeme durumunun gerçekleşmesiyle birlikte süre işlemeye başlayacaktır. Burada hatta, ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2 bağlamında şikâyet süresinin işlemesi bakımından, çocuğu teslim etmekle veya kişisel ilişki kurulmasına katlanmakla yükümlü kişinin ve/veya ilâmın veya tedbir kararının yerine getirilmesine engel olan kişinin ve varsa iştirak eden kişinin ilâmı veya tedbir kararını yerine getirmediğinin veya engel olduğunun müdürlük tarafından tutanakla tespit edilmesi durumunda, sürenin de bu tarihte işlemeye başlayacağı bir görüş olarak da ileri sürülebilir. Şikâyet süresi, hak düşürücü niteliktedir. Dolayısıyla, süresi içerisinde şikâyet hakkının kullanılıp kullanılmadığı mahkeme tarafından re'sen değerlendirilmelidir.

Kanun koyucu ÇKK m. 41/F'de ve Yönetmelik m. 50'de şikâyetin nereye yapılacağı ve nasıl yapılması gerektiğiyle alakalı açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Maddede sadece şikâyete bakacak yani şikâyeti inceleyip karar verecek olan mahkemenin aile mahkemesi olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Mülga İİK m. 341'in uygulandığı dönemde de şikâyetin yapılacağı merciyle alakalı öğretide¹⁰³, şikâyetin doğrudan icra mahkemesine yapılması gerektiği ve bunun sonucu olarak da bir iddianame hazırlanmasının gündeme gelmeyeceği belirtilmekteydi. Mülga İİK m. 341 döneminin aksine ÇKK m. 41/F'de buna ilişkin açık bir düzenleme yapmak suretiyle bu konuda ortaya çıkabilecek herhangi bir tereddütte son verilebilecekken bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması eleştiriye açıktır. Bu konuda, ÇKK m. 41/F'de açık bir şekilde başvurunun cumhuriyet savcılığına yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden, başvurunun aile mahkemesine yapılacağı söylenebilir¹⁰⁴. Bununla birlikte, şikâyette bulunanın kabul edilebilir bir yanılıyla (veya bu durumun şikâyet edenden kaynaklanmadığı durumlarda) süresi içerisinde cumhuriyet savcılığına

¹⁰³ Ermenek, "Cezai Hükümler," 299; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2008), 812; Aşık, "5237 Sayılı," 2539; Mehmet Günay, *İcra Suçları* (Ankara: Adalet, 2014), 184, 185; Artuç ve Bıkmaz, *Yargılama Usulü*, 36, 37; Çolak ve Altun, "Disiplin ve Tazyik," 41; Mardin, *Çocuk Teslimi*, 183. İcra ve iflas suçları bağlamında takibi şikâyete bağlı olmayan suçlar bakımından, başvurunun cumhuriyet savcılığına mı yoksa, doğrudan icra mahkemesine mi yapılması gerektiğiyle alakalı öğretide tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmalar için bkz. Günay, *İcra Suçları*, 184, 185.

¹⁰⁴ Disiplin hapsine konu davranış suç olarak kabul edilmediğinden, savcılığa başvuruya ilişkin düzenleme yapılmaması yerindedir. Keza, suç olmadığından görevli mahkeme denilmek suretiyle aile mahkemesine başvurulması gereğinin anlaşılması gerekir.

başvurmuş olması da ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda, cumhuriyet savcılığına yapılan başvurunun yeterli kabul edilmesi gerektiği usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde ileri sürülebilir. Zira, Kanun'daki boşluğun süresi içerisinde şikâyet başvurusunda bulunmuş olan hak sahibi aleyhine olacak şekilde yorumlanmaması hak arama hürriyetinin bir gereğidir¹⁰⁵. Bu halde kendisine başvuru cumhuriyet savcısının şikâyeti görevli aile mahkemesine bildirmesi uygun olacaktır¹⁰⁶.

Şikâyetin nasıl yapılması gerektiğiyle alakalı da Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla, şikâyetin mutlaka dilekçeyle yapılması mı gerektiği yoksa sözlü beyanın tutanağa geçirilmek suretiyle yapılmasının da mümkün olup olmadığı hususunda tereddüt yaşanabilir. Bu açıdan, ÇKK m. 41/F, f. 5'deki "*şikâyet olunana, şikâyet dilekçesi ile birlikte duruşma gün ve saatini bildiren davetiye gönderilir*" düzenlemesinden hareketle, şikâyetin dilekçeyle yapılmasının arandığı söylenebilir¹⁰⁸. Lakin böyle bir yorumun hak arama özgürlüğünü daraltacağı da bir gerçektir. Dolayısıyla, fiil ve disiplin hapsi her ne kadar bir suç ve ceza olarak nitelendirilmiyor olsa da ÇKK m. 42, f. 1'deki yollamadan hareketle CMK m. 158, f. 5'deki "*ihbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir*"¹⁰⁹ düzenlemesinin burada da uygulanması düşünülebilir.

¹⁰⁵ Yargıtay'ın bu hususa vurgu yapan kararları için Y. 16 HD, E.2008/9489, K.2009/766, 16.02.2009, (Legalbank); Y. CGK, E.2007/16, K.2007/28, 13.02.2007, (Günay, İcra Suçları, 185). Yargıtay'ın aksi yönde kararı için Y. CGK, E.2009/16-139, K.2009/283, 08.12.2009, (Legalbank). Ayrıca, cumhuriyet savcısı kendisine yapılan başvuru üzerine fiilin, TCK m. 234 çerçevesinde, şartlarının oluştuğunu tespit ederse, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu bakımından failin cezalandırılmasına ilişkin işlemleri yapmalıdır.

¹⁰⁶ Ancak uygulamada bu yöntemin işlerlik kazanma ihtimalinin zayıf olduğunu düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin sebebi, cumhuriyet savcılığının iş yoğunluğu ve buna ilişkin düzenleme eksikliğidir.

¹⁰⁷ Mülga İİK m. 341'in uygulandığı dönemde İİK m. 349'daki düzenlemede dilekçe ile veya sözlü beyanla yapılmasının mümkün olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir.

¹⁰⁸ Kanun koyucunun disiplin hapsi neticesinde failin özgürlüğünden yoksun kalma sonucunun doğacağından hareketle, şikâyetinde bulunanın serin kanlı bir şekilde düşünmek suretiyle şikâyet hakkını kullanmasını istediği ve başvurunun dilekçeyle yapılmasını aradığı görüş olarak ileri sürülebilir.

¹⁰⁹ İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Şikâyet için belli kalıpların kullanılması aranmamaktadır. Hatta yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra dahi suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya

Yani şikâyet hakkı sahibi, dilekçeyle veya sözlü beyanının tutanağa geçirilmesi suretiyle bu hakkını kullanabilmelidir. Yapılacak böyle bir yorum, ÇKK m. 41/F, f. 5'te aranan şikâyet dilekçesiyle birlikte duruşma gün ve saatini bildiren davetiyenin gönderilmesi şartını da sağlamış olacaktır.

Şikâyetin alınması üzerine aile mahkemesi şikâyet olunana, şikâyet dilekçesi ile birlikte duruşma gün ve saatini bildiren davetiye gönderir (ÇKK m. 41/F, f. 5; Yönetmelik m. 50, f. 5). İlgili madde uyarınca davetiyede ayrıca, savunma ve delillerini duruşma gününe kadar bildirmesi gerektiği ve duruşmaya gelmediği takdirde yargılamaya yokluğunda devam olunarak karar verileceği ihtarı yer alır.

ÇKK m. 41/F, f. 5 çerçevesinde, “mahkeme, duruşmaya gelen şikâyet olunanın, 5271 sayılı Kanununun 147 nci maddesinde belirtilen haklarını hatırlatarak savunmasını alır; gerekli araştırmayı yapar; dosyadaki delilleri değerlendirir; şikâyet olunanın teslim emrine aykırı hareket ettiğini veya emrin gereğinin yerine getirilmesini engellediğini yahut sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmediğini tespit ederse disiplin hapsi ile cezalandırılmasına, aksi takdirde şikâyetin reddine karar verir”. Söz konusu düzenlemeye göre, yargılama duruşma açılarak yürütülür. Duruşmaya şikâyet olunanın bizzat katılması veya vekili aracılığıyla katılması esas olandır. Eğer şikâyet olunan duruşmaya katılmazsa, yargılamanın yokluğunda devam edeceği açık bir şekilde hükme bağlandığı için, onun hakkında zorla getirilme kararı verilmesi gündeme gelmeyecektir. Ancak yargılamanın şikâyet olunanın yokluğunda devam edilip karar verilebilmesi, şikâyet olunana gönderilen davetiyede bu hususun açıkça¹¹⁰ belirtilmiş olması şartına bağlıdır. Davetiyede buna ilişkin bir ihtar yer almamışsa, yargılamaya şikâyet olunanın yokluğunda devam edilip şikâyetle alakalı karar verilemez. Aksi durum, savunma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı için, böyle bir durumda, mahkemenin yeni bir duruşma günü belirleyip söz konusu ihtar da içeren bir davetiyeyi şikâyet olunana göndermesi gerekir.

Şikâyet edenin duruşmaya gelmemesi halinde, ne şekilde işlem yapılacağıyla alakalı kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Mülga İİK m. 341'in uygulandığı dönemde, İİK m. 349, f. 6'daki “şikâyetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer” düzenlemesi

devam edilir (Mustafa Albayrak, “Şikâyet Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlı Hukuki Sonuçlar,” *TBBD*, S. 77, (2008): 289).

¹¹⁰ Karş. Y. 16 HD, E.2008/8388, K.2008/7907, 15.12.2008, (Legalbank).

sebebiyle, şikâyet edenin duruşmaya gelmemesi halinde, şikâyet hakkının düşürülmesine karar verilmekteydi. Yeni düzenlemede buna ilişkin bir hüküm yer almadığı için, bu halde mahkeme, şikâyet eden gelmemiş olsa bile yargılamaya devam ederek gerekli incelemeyi yapıp karar vermelidir. Yani, önceki uygulama dönemindeki gibi şikâyet hakkının düşmesi sonucu gündeme gelmez.

Şikâyet olunan duruşmada hazır bulunmuşsa, mahkeme savunmasını almak suretiyle, hazır bulunmamışsa, onun yokluğunda duruşmaya devam eder. Mahkeme gerekli araştırmayı yaparak dosyadaki delilleri değerlendirmek suretiyle şikâyet hakkında kararını verir. Bu noktada, şikâyetin süresinde yapılıp yapılmadığının hesaplanabilmesi ve delilleri değerlendirirken fikir sahibi olabilmesi bakımından ÇT'ne veya kişisel ilişki kurulmasına ilişkin işlemleri yapmış olan müdürlükten dosyayı¹¹¹ getirtip incelemesi de gerekir¹¹². Mahkeme gerek şikâyetçinin gerekse şikâyet olunanın sunmuş olduğu delilleri yani ÇKK m. 41/F, f. 5'teki ifadeyle, "*dosyadaki delilleri değerlendirmek*" suretiyle karar verecekse de ilgili fıkrada ayrıca mahkeme "*gerekli araştırmayı yapar*" dendiğinden, mahkemenin de bu noktada, re'sen delil araştırmakla yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır. Mahkemenin re'sen delil araştırması yapma yükümlülüğüne maddede açık bir şekilde yer verilmiş olması yerinde bir düzenleme olmuştur. Nitekim disiplin hapsi her ne kadar ceza olarak nitelendirilmiyor olsa da disiplin hapsi sonucunda şikâyet olunanın özgürlüğünün kısıtlanacak olduğu gerçeği karşısında mahkemeye re'sen delil araştırma yükümlülüğü getirilmesi hak kayıplarının ortadan kaldırılmasına hizmet edecek niteliktedir¹¹³.

B. Karar ve Karara Karşı İtiraz

Mahkeme bu şekilde yaptığı inceleme sonucunda şikâyet olunanın teslim emrine aykırı hareket ettiği veya emrin gereğinin yerine getirilmesini engellediği yahut sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmedeği

¹¹¹ Yönetmelik m. 18/1/a'ya göre, ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi amacıyla müdürlüğe müracaat edildiğinde bir dosya açılması gerektiği belirtilmiştir.

¹¹² Benzer yönde bkz. Mardin, Çocuk Teslimi, 185. Ayrıca bkz. Y. CGK, E.2007/16-49, K.2007/48, 27.02.2007, (Legalbank).

¹¹³ Nitekim, Mülga İİK m. 341'in uygulandığı dönemde öğretide mahkemenin delil araştırması yapması noktasında bir kısıtlama yapılmaması yönünde düzenleme yapılması ihtiyacına değinilmişti (Mardin, Çocuk Teslimi, 186).

kanısına varacak olursa, şikâyet olunanın disiplin hapsi ile cezalandırılmasına, aksi takdirde şikâyetin reddine karar verir.

Şikâyet konusu fiil, ÇT'ne dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleme ise ve mahkeme yaptığı inceleme sonucunda şikâyet olunanın teslim emrine aykırı hareket ettiği veya emrin gereğinin yerine getirilmesini engellediği kanısına varacak olursa, üç aya kadar disiplin hapsiyle cezalandırılmasına karar verir.

Şikâyet konusu ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engellemeyse ve mahkeme söz konusu fiillerin işlendiği kanısına varırsa üç günden on güne kadar disiplin hapsiyle cezalandırılmasına hükmeder.

Şikâyete konu fiil, kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmemesi ise ve mahkeme şikâyet olunanın çocuğu belirlenen yere getirmedeği kanısına varacak olursa, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılmasına karar verir¹¹⁴.

Somut olayın özelliği ve delillerin değerlendirilmesi sonucunda maddede öngörülen her bir fiil bağlamında gerekçesini de belirtmek suretiyle disiplin hapsinin süresini mahkeme takdir eder. Şikâyet olunan kişinin birden fazla olması durumunda, kararda her biri yönünden ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda maddede öngörülen yaptırımların uygulanması bakımından gerekli şartların oluşmadığı kanısına varırsa, şikâyetin reddine karar verir. Bunun dışında ayrıca, ÇKK m. 41/F, f. 7 uyarınca, “*şikâyetten vazgeçilmesi hâlinde veya birinci ve üçüncü fıkralar bakımından çocuğun velayet hakkı sahibine teslim edilmesi durumunda dava ve bütün sonuçlarıyla beraber ceza düşer*”¹¹⁵. Dolayısıyla mahkeme, şikâyetle

¹¹⁴ Mülga İİK m. 341'in uygulandığı dönemde icra mahkemesinin yapacağı incelemeyle alakalı İİK m. 352 uygulanmaktaydı. ÇKK m. 41/F'deyse, kararın ne kadarlık süre içerisinde verilmesi gerektiğiyle alakalı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynı şekilde, kararın cumhuriyet savcısına bildirilmesi hususu da öngörülmemiştir.

¹¹⁵ Yükümlülük yerine getirilmemiş olsa dahi, sonradan yerine getirildiğinde yaptırımın ortadan kalkması ve cezanın düşmesi sonucu, aslında kanun koyucunun yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamayı amaçladığını göstermektedir (Aşık, “5237 Sayılı,” 2527). Ayrıca bkz. Y. 16 HD, E.2012/1393, K.2012/4147, 08.05.2012, (Legalbank).

alakalı karar vermeden önce şikâyette bulunan şikâyetinden vazgeçerse, davanın düşmesine karar verir; mahkemenin, birinci ve üçüncü fıkralar bakımından disiplin hapsine karar vermesinden sonra, çocuk velayet hakkı sahibine teslim edilirse, dava ve bütün sonuçlarıyla beraber ceza düşer. Bu düzenleme, maddede disiplin hapsine bağlanan fiiller bakımından beraberinde yaptırımsızlığı getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, düzenleme bir noktada ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 2’de öngörülen fiillerin tamamlanmasından sonra (fiil işlendikten sonra) çocuğun teslim edilmesine herhangi bir yaptırım öngörmemektedir¹¹⁶. Bununla alakalı öğretide¹¹⁷ bizim de katıldığımız bir görüş olarak, ilgili düzenleme çerçevesinde bu şekilde bir yaptırımsızlık öngörmek yerine, idari para cezası veya zorunlu aile danışmanlığının öngörülmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir.

İİK m. 41/F, f. 8’de “*aile mahkemesince verilen kararlara karşı, 41/E maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca itiraz edilebilir*” düzenlemesi öngörülmek suretiyle, karara karşı başvuru yolu olarak itiraz yolu öngörülmüştür. Maddenin atıf yaptığı hükme göre, “*şikâyet üzerine verilen karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde itiraz edilebilir*”. Yani, aile mahkemesinin ÇT ve ÇKİK’na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet sebebiyle verdiği kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde itiraz etme imkânı bulunmaktadır¹¹⁸. Maddede öngörülen itirazın, bir hukuki çare olarak öngörüldüğü söylenebilir.

İtiraz, kararı veren aile mahkemesine yapılacaktır. İtiraz kararı veren aile mahkemesine yapılacak olmakla birlikte, itirazı inceleyip itirazla alakalı

¹¹⁶ Burada tam anlamıyla bir yaptırımsızlık bulunup bulunmadığı da tartışılabilir. Zira ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 3’de disiplin hapsine bağlanan fiiller aynı zamanda TCK m.234 anlamında cezai yaptırıma tabi tutulan bir fiile de vücut vermiş olabilir (konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. V). Böyle bir durumda aslında failin TCK m. 234’de öngörülen yaptırımla cezalandırılması gündeme gelmektedir. Ama failin ilgili maddeye göre cezalandırılacak olmasının, ÇKK m. 41/F’deki düzenlemelerin öngörülmesindeki amaca tam anlamıyla hizmet ettiği de söylenemez. Zira, ÇKK m. 41/F’de yaptırım öngörülmesinin diğer sebepleri bir kenara bırakılacak olursa, esas itibarıyla bir noktada da ÇKK m. 41/B ve m. 41/C’de öngörülen usulün işlerliğini sağlamaya ve bu bağlamda teslim emrine uygun davranılmasına hizmet etmek olduğu dikkate alındığında, ÇKK m. 41/F, f. 7’ beraberinde yaptırımsızlığı getirmektedir.

¹¹⁷ Gayretli Aydın, “7343 Sayılı,” 26. Benzer yönde bir para cezasının öngörülmesinin uygun olacağı da belirtilmektedir (Belgin Güneş, Çocuk Koruma, s.70).

¹¹⁸ Mülga İİK m. 341’in uygulandığı dönemde, İİK m. 353’deki düzenleme uyarınca itiraz imkânı kullanılmaktaydı.

kararı verecek olan mahkeme ilgili fıkra çerçevesinde şu şekilde tespit edilir: *“Mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın aile mahkemesine veya asliye hukuk mahkemesine ivedilikle gönderecektir”*. Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu kural olarak itirazı inceleme görevini yine aile mahkemesine vermiştir. Aile mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması halinde, hangi dairenin itirazı inceleyip karara bağlayacağına ilişkin belirlemenin nasıl yapılacağı da yine ilgili hükümde belirtilmiştir. Bunun dışında, o yerde tek aile mahkemesi olarak görev yapan aile mahkemesinin kararına karşı itiraz edilecek ise, bu durumda itirazı inceleyip karar verecek mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağı ifade edilmiştir. Diğer bir ihtimal bağlamında ise, o yerde aile mahkemesi bulunmadığı için, asliye hukuk mahkemesi hâkimi, aile mahkemesi sıfatıyla karar vermiş (4787 Sayılı Kanun m. 2, f.2) ve onun kararına karşı itiraz yoluna başvurulmuşsa yani aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkimi aynı hakimse, bu durumda itirazı incelemekle görevli mahkemenin o yere en yakın aile mahkemesi veya asliye hukuk mahkemesi olduğu hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede eleştiriye açık olan husus, itirazla alakalı karar verecek olan *“en yakın yerde”* hem aile mahkemesinin hem de asliye hukuk mahkemesinin bulunması ihtimalinin göz ardı edilmiş olmasıdır. Nitekim, en yakın yerde hem aile mahkemesi hem de asliye hukuk mahkemesi bulunuyorsa, maddede öngörülen *“veya”* ifadesi itirazla alakalı karar verecek olan mahkemenin göreviyle alakalı, iki mahkeme arasında bir seçim hakkının bulunduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bu ise, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle kabul edilebilecek bir şey değildir. Mevcut düzenleme bu haliyle, en yakın yerde aile mahkemesi ve asliye hukuk mahkemesinin bulunması ihtimali açısından, aile mahkemesinin itirazla alakalı kararı vereceği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, kanun koyucunun da itirazla alakalı karar mercii olarak aile mahkemesini görevli mahkeme olarak kabul ettiği bir gerçektir.

Bu şekilde belirlenen itiraz mercii, bir hafta içinde kararını verir. Dolayısıyla kanun koyucu, esas itibariyle aile mahkemesine bu konuda inceleme yetkisi vermektedir. Mercii, itirazı yerinde görürse işin esası hakkında kendisi karar verir (ÇKK m. 41/E, f. 3). Bu düzenlemenin gereği olarak, dosya kendisine gönderilen mahkeme, itirazı yerinde görecektir olursa,

esas hakkında kendisi karar vermelidir. Dolayısıyla da dosyanın karar verilmek üzere, ilk kararı veren mahkemeye gönderilmesi gündeme gelmez. İtiraz üzerine merciin bu konuda verdiği karar kesin (ÇKK m. 41/E, f. 3) olduğundan, karara karşı, kanun yollarına başvurulamaz.

Disiplin hapsi kararına itiraz edilmemesi veya itiraz edilmekle birlikte merciin itirazı yerinde görmemesi üzerine, disiplin hapsi kararı kesinleşmiş olur. ÇKK m. 41/F'nin son fıkrası uyarınca, "*disiplin hapsi ile cezalandırmaya ilişkin kararlar; kesinleşmesini müteakip Cumhuriyet başsavcılığı tarafından infaz edilir. Bu kararlar kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra yerine getirilemez*". Dolayısıyla, disiplin hapsi kararının kesinleşmesi üzerine, infaz edilmek üzere cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Ancak, infaz işlemi kararın kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl içinde yerine getirilmemişse, artık yerine getirilmeyecektir.

V. TCK m. 234 İLE ÇKK m. 41/F'NİN ARASINDAKİ İLİŞKİ

ÇKK m. 41/F'de düzenlenen "*çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet*" ile TCK m. 234'de düzenlenen "*çocuğun kaçırılması ve alıkonulması*" suçu arasında yakın ilişki bulunmaktadır. Bilhassa, teslim edilecek veya kendisiyle kişisel ilişki kurulacak çocuğun 16 yaşını tamamlamamış olması halinde¹¹⁹, ÇT ve ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararlarına muhalefet edilmesi ihtimalinde, gerek ÇKK m. 41/F gerekse TCK m. 234'de düzenlenen fiiller bağlamında bir kişi, tek bir fiille iki farklı Kanun'da farklı yaptırıma tabi tutulan hukuk kuralını ihlal etmiş olabilir. Özellikle, ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 3'de "*fiil suç teşkil etse dahi*" ibaresine yer verilmesi karşısında, faile uygulanacak yaptırımın ne ve nasıl uygulanması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

TCK m. 234, f. 1'de, "*velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolünür*" düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla, çocuğun veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kişinin yanından kaçırılması veya alıkonulması fiiline, cezai yaptırım

¹¹⁹ 16 yaşını tamamlamış çocuğun kaçırılması veya alıkonulması, TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturur.

öngörülmektedir. Bu fiil yaptırıma tabi tutulmak suretiyle, çocuk üzerindeki velayet ve vesayet hakkının korunmak istendiği maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.

Suçun maddi unsuru, 16 yaşını tamamlamamış çocuğun kaçırılması veya alıkonulması fiilidir. Suç bakımından kaçırma, çocuğun velinin, vasinin veya bakım ve gözetim altında bulunduğu kişinin egemenlik alanından çıkarılarak, failin kendi egemenlik alanına sokulmasıyken; alıkonulma, velinin veya vasinin çocuğu herhangi bir nedenle failin egemenlik alanına bırakmasından veya çocuğun failin egemenlik alanına kendi rızasıyla girmesinden sonra, fail tarafından veli veya vasinin rızasına aykırı olarak çocuğun orada tutulmasıdır¹²⁰. Bu bağlamda, örneğin boşanma davası sonunda velayet kendine bırakılmayan baba, kendi yanında bulunan 16 yaşını tamamlamamış çocuğu, velayet hakkı kendisine bırakılmış olan anaya kendi rızasıyla teslim etmez ve ÇKK m. 41/B çerçevesinde ÇT'ne ilişkin teslim emrinin de gereğini yerine getirmez ve çocuğun kendi yanından ayrılmasına izin vermezse alıkoyma fiilini işlemiş olur¹²¹. Benzer şekilde, kişisel ilişkide öngörülen sürenin sona ermesine rağmen, kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin çocuğu bırakmaması ve öteki tarafa teslim etmemesi yine çocuğun alıkonulmasına örnek olarak verilmektedir¹²². Bu örnekler bağlamında, ÇKK 41/F, f. 1 ve 3 bakımından ÇT veya ÇKİK için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmemesi “*suç teşkil etse dahi*” disiplin yaptırımına tabi tutulmuştur. Fiil suç teşkil etse dahi dendiğinden, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde, failin fiili aynı zamanda TCK m. 234 kapsamında çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçuna da vücut verebilir.

TCK m. 234'e göre, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun oluşabilmesi açısından, kaçırılan veya alıkonulan çocuk 16 yaşını¹²³

¹²⁰ Ayşe Nuhoğlu, *Aile Düzenine Karşı Suçlar* (İstanbul: Beta, 2009), 186; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2022), 970,971; Recep Gülşen, “Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234),” *İÜHFİM*, S. 1, (2013): 593; Kübra Gizem Kara, “*Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)*” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020), s.41 vd.; Belgin, “Çocuk Teslimi,” 121,122; Mardin, Çocuk Teslimi, 191.

¹²¹ Belgin, “Çocuk Teslimi,” 127; Belgin Güneş, Çocuk Koruma, s.72.

¹²² Belgin, “Çocuk Teslimi,” 122; Mardin, Çocuk Teslimi, 191.

¹²³ Maddede 16 yaşına yer verilmesinin sebebi Lahey Sözleşmesidir (Nuhoğlu, Aile Düzenine, 183; Belgin, Çocuk Teslimi, 120).

tamamlamamış olmalıdır. Dolayısıyla failin, çocuğun yaşını bilmesi de gerekmektedir¹²⁴. ÇKK m. 41/F’de öngörülen yaptırımın uygulanması bakımından herhangi bir yaş sınırı öngörülmediğinden, faile maddenin öngördüğü yaptırım uygulanacaktır. Dolayısıyla, ÇT ve ÇKİK’na dair ilâm veya tedbir kararlarına muhalefet sebebiyle ÇKK m. 41/F’de öngörülen yaptırımın uygulanmasında çocuğun yaşının bir önemi bulunmazken¹²⁵; TCK m. 234’de öngörülen suçun oluşması ve yaptırımın uygulanmasında çocuğun yaşı, belirleyici olmaktadır. Bunun sonucu olarak da 16 yaşını tamamlamış bir çocuğun teslimine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edilmesi veya kişisel ilişki kurulması için kendisine teslim edilen 16 yaşını tamamlamamış çocuğun sürenin bitiminde belirlenen yere getirilmemesi, TCK m. 234 anlamında suç oluşturmayacakken, ÇKK m. 41/F, f. 1 veya 3 çerçevesinde disiplin hapsini gerektirecektir.

TCK m. 234’de öngörülen fiilin kasıtlı işlenmesi gerekmektedir¹²⁶. Dolayısıyla, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, ÇKK m. 41/F’de öngörülen fiiller de kasten işlenmelidir.

TCK m. 234’de öngörülen suçun faili olabilecek kişiler, velayet yetkisi kaldırılmış olan anne veya baba yahut üçüncü derece dahil kan hısımlarıdır¹²⁷. Üçüncü dereceye kadar kan hısımları bakımından üzerinde durulması gereken husus, bu kişilerin çocuğun vasisi olması halinde, bu suçun faili olabilmelerinin vesayetin kaldırılmış olmasına bağlı olduğudur¹²⁸.

¹²⁴ Belgin, “Çocuk Teslimi,” 122; Mardin, Çocuk Teslimi, 192; Kübra Çakmaz, “Çocuk Hakları Kapsamında Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2023), 60.

¹²⁵ ÇKK m.41/F’de öngörülen yaptırımın uygulanması bakımından çocuk olarak nitelendirilecek kişiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. I. A.

¹²⁶ Nuhoglu, Aile Düzenine, 193; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Özel Hükümler, 974; Gülşen, “Çocukların Kaçırılması,” 594; Belgin, “Çocuk Teslimi,” 122; Mardin, Çocuk Teslimi, 192; Kara, “Çocuğun Kaçırılması,” 54; İlayda Barcın, “Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu İle Çocuğun Teslim Emrine Muhalefet” (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi SBE, 2017), 38; Çakmaz, “Çocuk Hakları,” 59. Failin, kendisinin velayet ve vesayet hakkına sahip olmadığını, çocuğun 16 yaşını bitirmemiş olduğunu, çocuğu velayet-vesayet veya bakım veya gözetim altında bulunduğu yerden aldığını biliyor ve kaçırma veya alıkoymayı istiyor olması gerekir (Nuhoglu, Aile Düzenine, 193; Kara, “Çocuğun Kaçırılması,” 54; Çakmaz, “Çocuk Hakları,” 60).

¹²⁷ Failye ilgili ayrıntılı bilgi için Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Özel Hükümler, 972; Gülşen, “Çocukların Kaçırılması,” 591 vd.; Barcın, “Çocuğun Kaçırılması,” 27 vd.; Kara, “Çocuğun Kaçırılması,” 32 vd.; Çakmaz, “Çocuk Hakları,” 44 vd. ÇKK m. 41/F çerçevesinde fail olabilecek kişiler hakkında yuk. II.

¹²⁸ Nuhoglu, Aile Düzenine, 182; Belgin, “Çocuk Teslimi,” 119; Mardin, Çocuk Teslimi, 190.

Dolayısıyla, üçüncü dereceye kadar kan hısımları çocuğun aynı zamanda vasisiyse, çocuğu alıkoyma veya kaçırma suçunun faili olmazlar. Suçun mağduruyla ilgili olarak öğretide iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre¹²⁹, suçun mağduru, velayet veya vesayet hakkı ihlal edilen kişiyken; ikinci görüşe göre¹³⁰, velayet veya vesayet hakkı ihlal edilen kişinin yanı sıra çocuğun da mağdur olduğu yönündedir.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu, şikâyete tabi bir suç değildir. Dolayısıyla, re'sen kovuşturulması gereken bir suç olarak düzenlenmiştir. Hatta ÇKK m. 41/C, f. 4'te müdürlük tarafından, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı sahibine kişisel ilişki kurması için çocuk teslim edilirken, "*çocuğu getirmes veya kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç olmak üzere geç getirirse disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, hakkında suç duyurusunda bulunulacağı hususu tutanağa bağlanarak tebliğ edilir*" düzenlemesine yer verildiğinden, kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin belirlenen sürenin sonunda 16 yaşını tamamlamamış çocuğu teslim etmemesi halinde, müdürlüğe TCK m. 234'e dayalı olarak suç duyurusunda bulunma yükümlülüğünün de yüklendiği söylenebilir. Oysa, ÇKK m. 41/F'de yaptırıma tabi tutulan filler sebebiyle disiplin hapsi yaptırımının uygulanabilmesi, mağdur tarafından bir ay içinde yapılacak şikâyete bağlıdır. Bu açıdan, failin ÇKK m. 41/B ve 41/C, f. 4'ten hareketle ÇKK m. 41/F'de öngörülen disiplin hapsine tabi tutulabilmesi için, müdürlüğün herhangi bir bildirim yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

TCK m. 234'de düzenlenen suça bağlanan ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olup, failin cebir veya tehdit ile işlenmesi hali yahut çocuğun 12 yaşından küçük olması hali cezanın bir kat oranında artırılmasına yol açmaktadır¹³¹. Maddenin öngördüğü fiil sebebiyle fail hakkında ceza davası açıldıktan sonra ve hatta mahkûmiyet kararı verildikten sonra, 16 yaşını tamamlamamış olan çocuğun ilgisine teslim edilmiş olması da görülmekte

¹²⁹ Nuhoglu, Aile Düzenine, 183; Gülşen, "Çocukların Kaçırılması," 593; Çakmaz, "Çocuk Hakları," 48. Benzer yönde Y. 14. CD, E.2014/4706, K.2016/4744, 10.05.2016 (Lexpera); Y. CGK, E. 2014/468, K. 2017/181, 21.03.2017, (Lexpera).

¹³⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Özel Hükümler, 970, 972; Belgin, "Çocuk Teslimi," 119; Barçın, "Çocuğun Kaçırılması," 31; Kara, "Çocuğun Kaçırılması," 36,37. Benzer yönde Y. 8 CD, E.2020/4982, K.2023/247, 30.01.2023, (Lexpera); Y.14 CD, E.2012/13324, K.2013/7988, 20.06.2013, (Lexpera).

¹³¹ Cezanın süresi, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde, CMK m. 171, m. 231 ve m. 50 somut olayın özelliğine göre uygulanabilir (Nuhoglu, Aile Düzenine, 204; Mardin, Çocuk Teslimi, 192).

olan ceza davası ve bütün sonuçlarıyla beraber cezanın düşmesi gibi bir sonuç yaratmaz. Dolayısıyla bu halde yargılamaya devam edilir, hatta ceza verilmiş idiyse, infazı gerçekleştirilir. Oysa, ÇKK m. 41/F, f. 7’de, şikâyetten vazgeçilmesi veya birinci ve üçüncü fıkralar bakımından çocuğun velayet hakkı sahibine teslim edilmesi hallerinde, dava ve bütün sonuçlarıyla beraber cezanın düşeceği düzenlenmiştir.

ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 3’te kanun koyucu “*fiil suç teşkil etse dahi*” ifadesine yer verdiği için, fail yapmış olduğu tek bir fiille hem ÇKK m. 41/F’de hem de TCK m. 234’te öngörülen yaptırımla karşı karşıya kalabilecektir. Özellikle, ÇT’ne ilişkin teslim emrine rağmen kişi 16 yaşını tamamlamamış çocuğu kaçırarak olursa/alıkoymaya devam edecek olursa yahut çocukla kişisel ilişki kurması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin 16 yaşından küçük çocuğu sürenin bitiminde teslim etmemesi ihtimalinde, fail farklı yaptırıma tabi tutulan iki hukuk kuralını birden ihlal etmektedir. Böyle bir durumda, failin hem ÇKK m. 41/F çerçevesinde disiplin hapsiyle hem de TCK m. 234 uyarınca hapis cezasıyla mı cezalandırılacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bununla alakalı benzer soru işareti mülga İİK m. 341’in uygulandığı dönemde TCK m. 234 bağlamında karşımıza çıkmaktaydı. O dönemde buna ilişkin öğretilerde bir görüş¹³², İİK m. 341’in TCK m. 234’e nazaran özel kanun olduğundan hareketle failin İİK m. 341’e göre yaptırıma tabi tutulması gerektiğini belirtmekteydi. Diğer görüşe¹³³, tazyik hapsinin bir ceza olmadığından hareketle meselenin Kabahatler Kanunu m. 15/3’e göre çözümlenmesi gerektiğini, bu anlamda fiilin hem suç hem kabahat teşkil ettiğini ve bunun sonucu olarak, yaptırım bağlamında suça bağlanan yaptırımın uygulanmadığı hallerde kabahate ilişkin yaptırımın uygulanmasını savunmaktaydı. Bu konuyla alakalı son görüşe¹³⁴, tazyik hapsinin teknik anlamda bir ceza olmadığından hareketle, böyle bir durumda, her iki hükümde öngörülen yaptırımın ayrı ayrı uygulanacağını, bu halde mükerrer bir cezadan söz edilemeyeceğini belirtmekteydi.

¹³² Günay, İcra Suçları, 152, 153.

¹³³ Nuhoglu, Aile Düzenine, 206, 207; Ermenek, “Cezai Hükümler,” 310; Belgin, “Çocuk Teslimi,” 128, 129.

¹³⁴ Mustafa Özbek, “İcra ve İflas Kanunu’nda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlali Halinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi,” *DEÜHFD*, S. 16 Özel Sayı, (2014): 2493; Mardin, Çocuk Teslimi, 195.

Mevcut düzenleme bakımından, kanun koyucu ÇKK m. 41/F, 1. ve 3. fıkralarında, “*fiil suç teşkil etse dahi*” ifadesine yer verdiğiinden, biraz önce belirttiğimiz birinci ve ikinci görüşe benzer bir yorum yapılması yeni düzenleme çerçevesinde mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu iradesini¹³⁵ açık bir şekilde madde metninde ifade ettiğiinden ne özel kanun genel kanun yorumu yapılmak suretiyle ne de disiplin hapsinin hukuki niteliğinden hareketle Kabahatler Kanunu m. 15/3’ün uygulanması yoluyla çözüme varılması mümkün görülmemektedir. Tam aksine aslında kanun koyucunun “*fiil suç teşkil etse dahi*” ifadesine madde metninde yer vermiş olması, ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 3’te öngörülen fiilleri suç olarak görmediğini ve öngörülen yaptırımı da cezai bir yaptırım olarak kabul etmediğini ortaya koymaktadır.

Bilhassa, disiplin hapsinin, yaptırım türleri bakımından özünde disiplin cezası olarak nitelendirilmesi¹³⁶; disiplin hapsi yaptırımını gerektiren fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde, bunların birbirine etkisinin bulunmayacağı hususu¹³⁷; kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallara uygun davranmayı sağlama amacı; gerek ÇT gerekse ÇKİK’na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi için öngörülen usulün sağlıklı işlenmesini sağlama; mahkeme tarafından verilen bir kararın gereğinin yerine getirilmesine hizmet etme ve bunun gereğinin yerine getirilmesine engel olunmama hususları dikkate alındığında disiplin hapsi, cezai bir yaptırım olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun sonucu olarak da ÇT’ne ilişkin teslim emrine rağmen kişi 16 yaşından küçük çocuğu kaçırırsa veya alıkoymaya devam ederse yahut çocukla kişisel ilişki kurması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin 16 yaşını tamamlamamış çocuğu sürenin bitiminde teslim etmeyecek olursa, fail hem ÇKK m. 41/F’de öngörülen disiplin hapsi hem de TCK m. 234’te öngörülen hapis cezası yaptırımlarıyla

¹³⁵ Kanun koyucunun yaptırım belirlemede takdir yetkisinin bulunduğuna ilişkin AYM, E.2013/119, K.2013/141, 28.11.2013, (RG 27.03.2014, S. 28954).

¹³⁶ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, 578; Özgenç, Genel Hükümler, 902; Çolak ve Altun, “Disiplin ve Tazyik,” 8; Altınöz, “Disiplin,” 115. Ne bis in idem ilkesinin iç hukuktaki dayanağı, Anayasa m. 36’da düzenlenen adil yargılanma hakkı ile CMK m. 223, f. 7’dir. Bu madde hükmüne göre, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilmelidir. Düzenlemeler bağlamında ne bis in idem ilkesinin, ceza usul hukukuna ait bir ilke olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu ilkenin etkisi sadece ceza yargılaması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ilke hukuk yargılaması yapılmasını, idarî ve disiplin soruşturması açılmasını engellemektedir (Ermenek, “Cezai Hükümler,” 284).

¹³⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Genel, 50.

karşı karşıya kalacaktır¹³⁸. Bu ise, failin tek bir fiil sebebiyle mükerrer cezalandırılması sonucunu doğurmayacaktır¹³⁹. ÇKK m. 41/F’de, disiplin hapsi öngörülmesinin amacı, kanuni yükümlülüğün yerine getirilmesini temin etmektir. Ayrıca burada hukuk düzeni tarafından korunan farklı hukuki menfaatler söz konusudur. Bu bağlamda ihlal edilen her iki normun koruduğu değer ve yaptırımlar ile ulaşılmak istenilen amacın farklı olduğu bir gerçektir¹⁴⁰. ÇKK m. 41/F’de korunan hukuki menfaat esas itibarıyla, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine engel olmamak ve yükümlülüğün yerine getirilmesini temin etmek için, yükümlünün zorlanmasıyla, TCK m. 234’te korunan hukuki menfaat madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, çocuk üzerindeki velayet ve vesayet hakkının korunmasıdır.

Aynı şekilde, ÇKK m. 41/F’de öngörülen fiile ilişkin bir normun ihlali ile bozulan kamu düzeninin tekrar eski hale getirilmesi amaçlanmamaktadır. Bu açıdan, dava devam ederken veya hüküm verildikten sonra şikâyetten vazgeçilmesi ihtimali bakımından kanun koyucu dava ve bütün sonuçlarıyla beraber cezanın düşeceğini, ÇKK m. 41/F, f. 7’de düzenlemiştir. Dolayısıyla bu ihtimalde, dava düşeceğinden veya verilen ceza hükmü bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkacağından, burada ne bis in idem ilkesinin uygulanabileceğinin kabul edilmesi, failin diğer kanunlarda suç teşkil eden ve kamu düzenini bozan fiilinin cezasız kalması sonucunu beraberinde getirir¹⁴¹.

Durum böyle olmakla birlikte, her iki yaptırımın da failin özgürlüğünden yoksun kalma sonucu doğurduğu da bir gerçektir. Bunun yanı sıra çocuğun üstün yararının da gerekleri dikkate alındığında bu durumun çocuk üzerinde yaratacağı olumsuz etkilerinin de bulunacağı bir gerçektir. Dolayısıyla söz konusu sonuç ve etkileri en aza indirmek için, kanun koyucunun ÇKK m. 41/F’de belirtilen filler bakımından faile para cezası uygulanacağına ilişkin hükümler öngörmesi alternatif bir yaptırım olarak düşünülebilir.

¹³⁸ Benzer yönde Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler*, 969.

¹³⁹ Takibi şikâyete bağlı olan İİK’da düzenlenen suçların aynı zamanda TCK’da suç sayılması ve mükerrer cezalandırmanın gündeme gelip gelmeyeceğiyle alakalı ayrıntılı bilgi için Ermenek, “Cezai Hükümler,” 311 vd.

¹⁴⁰ Benzer yönde Ermenek, “Cezai Hükümler,” 314; Özbek, “Mükerrer,” 2488. Bu hususa vurgu yapan AYM kararı için AYM 30.10.2014 T, 2014/58 E., 2014/168 K, RG 10.01.2015 T, S. 29232.

¹⁴¹ Ermenek, “Cezai Hükümler,” 315.

SONUÇ

ÇKK m. 41/A vd. hükümlerinde, ÇT veya ÇKİK'na dair aile mahkemelerince verilen ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin usûl ve esaslar düzenlenmiş ve ÇT ile ÇKİK'na ilişkin ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet edilmesi bakımından ÇKK m. 41/F'de yaptırım öngörülmüştür.

Devletin pozitif yükümlülüklerinden birisi de yeterli şekilde öngördüğü yaptırımları gerekli hallerde etkin bir şekilde uygulamaktır. Bu açıdan ÇKK m. 41/F'de, ÇT'ne dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme veya engelleme; ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket etme veya engelleme; kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibinin, ilâm veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmeme fiilleri yaptırıma bağlanmıştır. Kanun koyucu, bu fiiller bakımından yaptırım öngörmek suretiyle, söz konusu mahkeme kararlarına uyulmasını sağlamayı, işletilen usulün işlevsiz kalmasını önlemeyi, hak sahibine tam anlamıyla hukuki korunma sunmayı ve çocuğun üstün yararını gerçekleştirmeyi temin etmek için yaptırım öngörmüştür.

Üç tip davranış bakımından süreleri farklı olmakla birlikte yaptırım olarak, disiplin hapsi öngörülmüştür. Disiplin hapsi yaptırım türleri bakımından disiplin cezası olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda disiplin hapsi, suç teşkil eden bir fiile karşı uygulanan bir ceza değildir. Bu anlamda disiplin hapsinin kişiyi belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakma dışında, hak yoksunluğu gibi başka herhangi bir hukuki sonucu bulunmamaktadır.

Maddede öngörülen fiiller sebebiyle failin yaptırıma tabi tutulabilmesi için, ilâm veya tedbir kararı lehine olan kişinin, bir ay içinde şikâyet hakkını kullanmış olması gerekmektedir. Bir aylık sürenin ne zaman işlemeye başlayacağıyla ilgili kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, eleştiriye açıktır. Kendisine başvurulacak olan ve yaptırım hakkında karar verecek olan mahkeme, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesidir. Şikâyetin nasıl yapılması gerektiğiyle ilgili olarak da Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmaması, tereddüt yaratmaya müsaittir.

Şikâyetle alakalı aile mahkemesi duruşma yapacaktır ve duruşmaya şikâyet olunanın bizzat veya vekili aracılığıyla katılması esas olandır. Eğer

şikâyet olunan duruşmaya katılmazsa, yargılamanın yokluğunda devam edeceği açık bir şekilde hükme bağlandığı için, onun hakkında zorla getirilme kararı verilmesi gündeme gelmez. Mahkeme şikayetle alakalı kararını tarafların sunduğu delillerin yanı sıra re'sen delil araştırması yapmak suretiyle vermelidir.

Aile mahkemesinin şikâyet hakkında verdiği kararlara karşı, ÇKK m. 41/F, f. 8'deki yollama sebebiyle m. 41/E'deki usul uygulanmak suretiyle, kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde itiraz edilebilir. Buradaki itiraz, bir hukuki çare olarak öngörülmüş olup, kendisine başvurulana merciin bu konuda verdiği karar kesindir.

ÇKK m. 41/F, f. 1 ve 3'te düzenlenen fiillerin aynı zamanda TCK m. 234'de düzenlenen "*çocuğun kaçırılması ve alıkonulması*" suçuna vücut verebilmesi ihtimal dahilindedir. Özellikle, teslim edilecek/kendisiyle kişisel ilişki kurulacak çocuğun 16 yaşından küçük olması halinde, ÇT ve ÇKİK'na dair ilâm veya tedbir kararlarına muhalefet edilmesi durumunda, gerek ÇKK m. 41/F gerekse TCK m. 234'de düzenlenen fiiller bakımından bir kişi, tek bir fiille iki farklı Kanun'da farklı yaptırıma tabi tutulan hukuk kuralını ihlal etmiş olabilmektedir. İlgili fıkralarda, "*fiil suç teşkil etse dahi*" ifadesine yer verildiğinden, Kanun'un açık hükmü karşısında, failin her iki düzenleme çerçevesinde ayrı ayrı yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, her iki yaptırımın da failin özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğurması ve çocuğun üstün yararının da gereklerinin dikkate alınması sonucunda, kanun koyucunun ÇKK m. 41/F'de belirtilen fiiller bakımından faile para cezası uygulanacağına ilişkin hükümler öngörmesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyüz, Emine. *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*. Ankara: Pegem, 2021.
- Albayrak, Mustafa. “Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlı Hukuki Sonuçlar”. *TBBD*, S. 77 (2008): 281-306.
- Alkan, Fatih. *Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*. İstanbul: Legal, 2019.
- Altınöz, Ünal. “İcra-İflas Hukukunda Disiplin ve Tazyik Hapsi.” Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2019.
- Artuç, Mustafa ve Raif Bıkmaz. *İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü*. Ankara: Kartal, 2005.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2022.
- Aşık, İbrahim. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5358 Sayılı Kanun Işığında İcra ve İflas Kanunu’nda Yer Alan Cezai Hükümler”. İçinde *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt II., ed. Arkan, Sabih 2513-2551. Ankara: Turhan 2010.
- Barcın, İlayda. “Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu İle Çocuğun Teslim Emrine Muhalefet.” Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi SBE, 2017.
- Baş, Seda ve Sezgin Baş. “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme”. *ÇÜHAD*, S. 1 (2023): 1-32.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *İcra İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi*. İstanbul: Fakülteler, 1966.
- Belgin, Derya. “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2011.
- Belgin Güneş, Derya. *Çocuk Koruma Kanunu’na Göre Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Berkin, Necmeddin. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz, 1980.
- Börü, Levent ve Şafak Parlak Börü. “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk Ve 7343 Sayılı Kanun’un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler”. *AÜHFD*, S. 3 (2022): 1227-1277.
- Coşkun, Mahmut. *İcra-İflas Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Çakmaz, Kübra. “Çocuk Hakları Kapsamında Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234).” Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2023.

- Çolak, Haluk ve Uğurtan Altun. "Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları". *AD*, S. 27 (2007): 8-57.
- Erişir, Evrim. *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Erlüle, Fulya. "Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması". *MÜHFHAD*, S. 3-4 (2010): 217-248.
- Ermemek, İbrahim. "İcra ve İflas Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı". *TAAD*, S. 19 (2014): 279-320.
- Gayretli Aydın, Seda. "7343 Sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler", *THD*, S. 187 (2022): 15-34.
- Grassinger, Gülçin Elçin. *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Vekalet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)*. İstanbul: On İki Levha, 2009.
- Gülşen, Recep. "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)". *İÜHFİM*, S. 1 (2013): 589-606.
- Günay, Mehmet. *İcra Suçları*. Ankara: Adalet, 2014.
- Kara, Kübra Gizem. "Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2020.
- Kardeşler, Erdoğan. "2004 Sayılı İcra İflas Kanununda Düzenlenen İcra Suçları ve Cezaları." Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi SBE, 2009.
- Karlı, Abdürrahim. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: Alternatif, 2014.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Kurt Konca, Nesibe. "Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem ve Kararlarına Karşı Şikâyet ve İtiraz". *MİHDER*, S. 52 (2022): 399-436.
- Kürtül, Mehmet. *İcra ve İflas Suçları*. Ankara: Adalet, 2014.
- Mardin, Çağrı. *Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Mardin, Çağrı. "İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki Kararlarının Yerine Getirilmesi". *KHASHFD*, S. 2 (2022): 553-586. (İkincil Mevzuat)

- Mardin, Çağrı. “Enforcement of Costody and Contact Orders: Opinions on the New Provisions of the Child Protection Code”. *MİHDER*, S. 51 (2022): 189-218. (Enforcement)
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2008.
- Nuhoğlu, Ayşe. *Aile Düzenine Karşı Suçlar*. İstanbul: Beta, 2009.
- Öcal Apaydın, Bahar ve Selin Hışım. “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”. İçinde Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, ed. Makaracı Başak, Aslı, Öktem Çevik, Seda ve Tek, Gülen Sinem, 285-323. Ankara: Seçkin, 2021.
- Özbay, İbrahim. “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *TNBHD*, S. 2 (2017): 31-110.
- Özbay, İbrahim. “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (İİK m. 25/a, İİK m. 341)”. İçinde *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.II, ed. Gürzumar, Osman Berat, 319-331. Ankara: Yetkin, 2009. (Kişisel İlişki)
- Özbek, Mustafa, “İcra ve İflas Kanunu’nda Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğünün İhlali Halinde Öngörülen Tazyik Hapsi ve Disiplin Hapsinin Mükerrer Cezalandırma Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, S. 16 Özel Sayı (2014): 2447-2511.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Serdar, İlknur. “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”. *DEÜHFD*, S. Özel Sayı (2007): 739-781.
- Serozan Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2017.
- Uyar, Talih. *İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller*. Manisa: Şafak,1987.
- Topal, Önder. “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların Veya Tedbir Kararlarının İcrasında Yeni Dönem”. *SÜHFD*, S. 3 (2022): 1331-1365.
- Türkmen, Ahmet. “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı”. *MÜHFHAD* S: 2 (2020): 1126-1156.
- Yardımcı, Taner Emre. “Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları”. *THD*, S. 167 (2020): 1485-1490.

**“TÜRK HUKUKUNDA DERNEK GENEL KURUL
GÜNDEMİNDEKİ ÖNERİNİN RET İLE
SONUÇLANDIRILMASI İÇİN RET KARARI
GEREKLİ MİDİR?” ÇEKİMSER OYLAR
EKSENİNDE BİR ANALİZ.**

*“Is a Resolution of Rejection by an Association’s General Assembly
Needed in Order to Finalize a Proposal by Rejection According to
Turkish Law?” An Analysis Within the Scope of the Abstention Votes.*

Ali ŞAHBAZ*

ÖZET

Derneklerin ana organlarından birisi olan genel kurullarda oylaması yapılan önerilerin sonuçlandırılması şekillerinden birisi olan önerinin reddi için, genel kurulun ret kararı almasının gerekip gerekmediğine ilişkin öğretide ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öne çıkarılacak bakış açısına göre zıt sonuçlara varılması mümkündür. Bu tartışmanın çözülmesi gerekmektedir. Çekimser oylar olmaksızın bu sorun çözülebilecek ise de çözüm eksik olacaktır, o halde çekimser oyların etraflıca ele alınması bu sorunun çözümüne katkı sunacaktır. Bu sebeple çekimser oyların kabul ve ret oyları gibi oy olup olmadıkları ile genel kurullarda kullanılıp kullanılmayacakları soruları yanıtlanmalı ve çekimser oyların oyların sayımı sırasındaki hükmünün ne olduğu üzerinde durulmalıdır. Çekimser oylara ilişkin bu sorunlar çözüldükten sonra genel kurulun ret kararı almasının gerekip gerekmediği sorunu daha berrak bir şekilde çözülebilecektir. İşbu

Makalenin Geliş Tarihi: 29.01.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 06.03.2024.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, E-posta: alisahbazhukuk@gmail.com, ali.sahbaz@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2044-4907. İşbu makale 28/11/2016 tarihli ve 29902 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ankara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği’nin 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı’nın bir parçası olacak şekilde hazırlanmıştır.

çalışmada bu iki sorun birisi ön sorun diğeri ise ana sorun olarak tartışılmakta ve farklı ihtimaller ışığında ele alınmaktadır. Varılan sonuçlara göre çekimser irade açıklamaları birer oydur, kullanılmaları karine olarak mümkündür ve oyların sayımındaki etkileri çekimser oy şeklinde olmalıdır. Genel kurulun bir öneriyi ret ile sonuçlandırabilmesi için ise ret kararı alması gerekmektedir. Bu sonuçlar çeşitli sayısal örnekler ile de gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çekimser oy, dernek genel kurul kararı, genel kurulda oylanan önerinin ret ile sonuçlanması, irade serbestisi, hukuki işlem

ABSTRACT

There are different opinions in the doctrine and practice as to whether the general assembly should adopt a rejection decision for the rejection of the proposal, which is one of the ways of finalizing the proposals voted in the general assemblies. It is possible to reach opposite conclusions according to the perspective to be emphasized. Even if this problem can be solved without abstentions, the solution will be incomplete; therefore, an examination of abstentions will contribute to the solution. For this reason, the questions of whether abstentions are votes like acceptance and rejection votes and whether they can be used in general assemblies and what is their effects during the counting of votes should be analyzed. After resolving these issues, the main question can be resolved more clearly. In this study, these two problems are discussed by considering different possibilities. According to the conclusions reached, abstentions are votes, their use is presumptively possible and their effect in the counting of votes should be as abstentions. For the general assembly to reject a proposal, it must adopt a resolution of rejection. These conclusions are illustrated with numerical examples.

Keywords: Abstention vote, resolution of an association's general assembly, finalizing a proposal with a rejection decision by the general assembly, freedom of will, legal action

KISALTMALAR

AY: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

bkz.: bakınız

C.: Cilt

DerK: Dernekler Kanunu

DerY: 31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış olan Dernekler Yönetmeliği

dn. : dipnot

E.: Esas numarası

f: fıkra

HD: Hukuk Dairesi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

K. Karar numarası

N.: Paragraf numarası

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

TTK: Türk Ticaret Kanunu

vd.: ve devamı

Y: Yargıtay

I. GİRİŞ VE SORUNUN ORTAYA KOYULMASI

Çekimser olmak, sözlükte oy vermekten, eğilim göstermekten ya da bir şey yapmaktan kaçınmak, kararsız olmak veya taraf olmamak olarak tanımlanmaktadır¹. Bir sorun karşısında çekimser kalmak hali ile hayatın pek çok alanında karşılaşılabılır. Örneğin, bir kimse, bir arkadaş grubu içerisinde karar alınırken çekimser kalabileceği gibi, kendisine doğrudan sorulan bir soruya verilebilecek iki yanıtta birisini, genelde “evet” ya da “hayır” yanıtları, seçmeyerek de çekimser kalabilir.

Çekimser olmak için en az iki tarafın olduğu bir birleşim ve taraflarca yapılacak tercihler ile çözülebilecek bir sorunun bulunması gerekmektedir.

¹ TDK Büyük Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.12.2023).

Tarafların olumlu-olumsuz gibi tercihleri olabileceği gibi, sorunun niteliğinden kaynaklanan başka üçüncü tercihleri de olabilir. Çekimser kalan kişi ise tarafların bu tercihlerine onay vermemektedir². Bu durum, çekimser oyun sonucudur. Bu onay vermeme, çekimser oy kullanan kişinin henüz bir tercihe tam anlamıyla ikna olmamış olmasından kaynaklanabileceği gibi, somut olaydan kaynaklanan başka bir sebeple de olabilir³.

Çekimser kalmanın bu geniş pratiği kendisini hukuk alanında da göstermiştir. Örneğin, tüzel kişilerin yetkili organlarında alınacak kararların oylamalarında organ üyelerinin çekimser kalmaları söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda da o kişinin çekimser oyunun, organın iradesinin şekillenmesine nasıl etki edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun yasama organının oylamalarında, belediye meclis toplantılarında, ticaret şirketleri veya adi ortaklıkların ya da dernekler gibi tüzel kişilerin çeşitli kurullarında ortaya çıkabilir. Tüzel kişilerin bazılarında bu sorun bizzat kanun koyucu tarafından çözümlenmiş, bazılarında ise çözümsüz bırakılmıştır⁴.

Derneklerin genel kurul kararlarının nasıl alınacağı, TMK m. 81'de "karar yeter sayısı" başlığı ile şu şekilde düzenlenmiştir: "(1.f) Genel kurul kararları, toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğuyla alınır. Şu kadar ki, tüzük değişikliği ve derneğin feshi kararları, ancak toplantıya katılan üyelerin üçte iki çoğunluğuyla alınabilir." Görüleceği üzere, kanun maddesinde dernek genel kurul kararlarının alınmasında çekimser oyların kullanılıp

² Çınar Can Evren, "İdare Hukukunda Kurul Üyesinin Çekimser Oy Kullanması," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 1 (Nisan 2020): 1553.

³ Bir kurulda çekimser oy kullanılmasının sebeplerine ilişkin bir liste yapılması kanımca mümkün değildir. Bu sebepler, çekimser irade beyanlarının sonucu, yani diğer tarafların oylarına katılmamak, üzerinden yapılacak çıkarımlarla saptanmaya çalışılacaktır. Öğretide Evren, çekimser oy kullanımının sebeplerine ilişkin çeşitli ihtimallerden söz etmektedir. Yazara göre sınırlı sayıda olmayan ("ilk akla gelen") ihtimaller şunlardır: (i) çekimser oy verenin henüz bir taraf lehine ikna olmamış olması, (ii) çekimser oy verenin çekimser kalarak öneri hakkındaki düşüncesini açık etmek istememesi, (iii) benzer şekilde çekimser oy verenin öneri hakkında diğer üyelerden farklı düşündüğünü onlara belli etmek istememesi ve (iv) çekimser oy verenin ne düşünmesi gerektiğini, hatta belki oylamanın neye ilişkin olduğunu dahi bilmemesi. Bkz. Evren, "Çekimser," 1554. Kanımca bunlara (v) çekimser oy verenin kurulun gündemdeki öneriyi sonuçlandırmasını önlemek istemesi ve (vi) tüzel kişinin işleyişinin önüne engeller çıkarmak istemesi gibi sebepler de eklenebilir. Bu irade beyanı hangi saikle yapılmış olursa olsun, sonucu çekimser oyun sonucu olacaktır ve bu sonuç da diğer tarafların görüşlerine katılmamaktır.

⁴ İdare hukukundaki durum hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Evren, "Çekimser," 1555 vd.

kullanılmayacağı ya da kullanılmaları halinde bunların oylama sonucuna ne şekilde etki edeceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Aşağıdaki bölümlerde de açıkça görüleceği gibi⁵, çekimser oylara ilişkin savunulan perspektiflere göre dernek genel kurulunda yapılacak oylamanın akıbetiyle ilgili birtakım belirsizlikler ortaya çıkabilmektedir. Böylesi bir durumla karşılaşılması halinde, sorunun bağlayıcı hukuk kuralları çerçevesinde net bir şekilde belirlenmesi ve yine bu kurallar çerçevesinde çözülmesi; gerek dernek kurma özgürlüğünün tam anlamıyla kullanılabilmesi gerek kurulan derneğin amacına ilişkin faaliyetlerine devam edebilmesi gerekse daha makro ölçekte sivil toplum faaliyetlerine katılımın katılımcıların özgür iradelerini tam olarak yansıtabilecekleri şekilde sağlanabilmesi bakımından önemlidir.

Çekimser oyların kendine özgü bu durumu, işbu çalışmada dernekler ve genel olarak diğer özel hukuk tüzel kişileri açısından önemli bir sorunun çözümünde hareket noktası olarak ele alınacaktır. Bu sorun, tüzel kişilerin organlar eliyle karar almaları süreci ile ilgilidir. Tüzel kişiler, organları vasıtasıyla iradelerini açıklamaktadırlar. Organlar ise gündeme aldıkları önerileri oylayarak iradelerini açıklarlar. Bu oylamalar ile organın irade açıklaması arasındaki bağı ise kanun koyucunun belirlediği karar yeter sayısı sağlamaktadır. Acaba, tüzel kişinin organında oylaması yapılan önerinin reddedilmiş sayılabilmesi için, ret oyu veren üyelerin karar yeter sayısına ulaşarak bir “ret kararı” almaları gerekmekte midir, yoksa kabul oylarının karar yeter sayısına ulaşamaması halinde organ öneriyi reddetmiş mi sayılmalıdır?

İşbu çalışmada, tüzel kişiler açısından formüle edilmiş ve çeşitli tüzel kişiler açısından öğretisi ve mahkeme kararlarında ele alınmış olan bu sorun, dernek genel kurulları özelinde ele alınacaktır. Bunun ana sebebi, derneklerin özel hukuk tüzel kişileri açısından önemli rol oynamalarıdır. Gerçekten de dernekler, sivil toplum faaliyetlerinde önemli yer tutmaktadırlar. Bu sebeple, konunun onlar açısından ele alınması önem taşımaktadır.

Bu sorunun yanıtlanmasında çekimser oylar rol oynayacaklardır. Elbette çekimser oylar dışlanarak da bu sorun bir şekilde çözülebilir; ancak örnekleri izleyen bölümlerde görüleceği üzere, çekimser oylar dahil edildiğinde sorun daha girift bir hal almakta ve dolayısıyla sorunun olası bir çözümü daha

⁵ Bkz. aşağıda III, C. Ana Sorunun Çözümü.

kapsayıcı ve detaylı bir yapıya bürünmektedir. Bu da çözümün gücünü artırmaktadır. Bu sebeple bu sorunun çekimser oylar dışlanmadan, hatta mümkünse onlar ekseninde ele alınması gerekmektedir. O halde, çalışmanın ana sorunu, dernek genel kurulunda yapılan oylama sonucunda oylanan önerinin reddi için ret kararının gerekip gerekmediği olacak ve bu sorun çekimser oylar ekseninde çözülmeye çalışılacaktır.

Bu çerçevede, ilk olarak çalışmanın ana sorununun çözümü için ana eksen olacak olan çekimser oyların üzerinde durulacaktır. Böylelikle, uygulamacıları ve araştırmacıları bağlayıcı normların çekimser oylara ilişkin perspektifi yer yer dernek genel kurulu kararlarının da dışına taşacak şekilde ele alınarak ortaya koyulmuş olacaktır. Bu bölümde, çekimser kalmaya dönük irade açıklamalarının teknik olarak bir oy olup olmadığı sorunu ve dernek tüzüklerinde çekimser oylara ilişkin düzenlemeler yapıp yapılamayacağı sorunları da ele alınacaktır. Bu alt sorunlar, ön sorun olan çekimser oyların dernek genel kurulunda kullanılmasının mümkün olup olmadığı ve mümkün ise bu oyların hükmünün ne olduğu sorunlarının çözümü için belirleyici rol oynayacaklardır.

İkinci olarak ise çalışmanın ana sorunu üzerinde durulacak, konuya ilişkin ihtimaller de değerlendirilecektir. İhtimallerin meydana gelmesinde çekimser oylara ilişkin ön soruna getirilen çözüm önerileri de önemli rol oynayacaklardır. Çalışma, çalışmada varılan sonuçların ele alınacağı bir sonuç bölümü ile sonlandırılacaktır⁶.

⁶ Sorunların analizine geçmeden önce metodik bir soruna da değinmek gerekmektedir. Dernekler dışında hukukumuzda çeşitli özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri bulunmaktadır. Bunların organlarında da çekimser oylar kullanılabilmekte ve dernekler hukukundakine benzer sorunlar ile karşılaşılabilir. İşbu çalışmada, kamu hukuku tüzel kişileri ile diğer özel hukuk tüzel kişilerinde, özellikle şirketlerde, oylara ve çekimser oylara ilişkin ele alınan yaklaşımlara yer verilecektir; çünkü yaklaşımlar çoğunlukla dernekler hukuku açısından da savunulabilecek yaklaşımlardır. Şirketler hukukunda ileri sürülen görüşlerin dernekler hukukuna uygulanabilirliği (ya da tam tersi) sorunu başlı başına yeknesak olarak ele alınması gereken bir sorundur ve işbu çalışmayı aşacak düzeydedir. Yine de bu noktaya kısaca değinmek faydalıdır. TMK m. 5 çerçevesinde, TMK'da yer alan tüzel kişilere ilişkin hükümler özel hukukun diğer alanlarındaki boşlukları doldurmak için kullanılacaklardır. Derneklere ilişkin hükümler kanımca TMK m. 5 hükmünde anılan türden genel hükümler değildir, bu sebeple diğer özel hukuk tüzel kişilerinin çeşitli ilişkilerine uygulanmaları mümkün değildir. Aynı yaklaşım, özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin hükümlerin derneklere uygulanmasını da engelleyecektir. Kanımca, tüzel kişilere ilişkin hükümlerden TMK m. 5 kapsamına girenleri TMK m. 47-55 hükümleridir. Ancak, işbu dipnotun en başında belirtildiği üzere, diğer özel hukuk tüzel

II. ÖN SORUN: ÇEKİMSER OYLARIN DERNEK GENEL KURULLARINDA KULLANILMASI MÜMKÜN MÜDÜR? MÜMKÜN İSE ETKİLERİ NEDİR?

A. Genel Olarak

Çalışmada ele alınacak ana sorunun çözülebilmesi için, sorunun çözümünde kullanılacak olan ana eksen olan çekimsel oyların detaylı şekilde ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, ilk olarak bütün çalışmaya da ışık tutacak olan genel kurullarının işleyişi açıklanacak; izleyen bölümlerde de sırayla çekimsel irade açıklamalarının oy olup olmadığı, oy oldukları sonucuna varılırsa bunların dernek genel kurullarında kullanılıp kullanılmayacakları ve kullanılmaları halinde oy sayımında hangi değere sahip oldukları üzerinde durulacaktır. Bu üç noktanın tamamında da çeşitli tartışmalar ve/veya ihtimallere yer verilecektir.

B. Dernek Genel Kurullarının İşleyişi

Bütün tüzel kişiler, bir konudaki iradelerini organları vasıtasıyla açıklarlar (TMK m. 50). Bu organların hangi konuda irade açıklamaya yetkili oldukları ve bu iradelerini hangi şartlarda açıklayabilecekleri, ilgili tüzel kişinin düzenlendiği kanunlarda yer almaktadır. Derneklerde de durum budur.

TMK m. 72'ye göre derneğin zorunlu organları üç tanedir: genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu. O halde, dernek genel kurulu da derneğin iradesini açıklayabileceği organlarından birisidir.

Dernek genel kurullarının işleyişi TMK, DerK ve DerY'de düzenlenmiştir. Çekimsel oylara ilişkin açıklamalara ve tartışmalara geçmeden önce, bu hükümlerin ana eksenlerinin ortaya koyulması önem taşımaktadır. Böylece, dernek genel kurullarında çekimsel oylarla ilgili olarak ele alınması gereken sorunlara dair hukuki temel ortaya çıkacaktır ve ele alınacak sorunlar da bu temel eksen üzerinde çözülmeye çalışılacaktır.

TMK m. 73'e göre dernek genel kurulu derneğin en yetkili kurulu olarak dernek üyelerinin tamamından oluşmaktadır. TMK m. 74-76 hükümlerinde dernek genel kurullarının toplanması düzenlenmiştir. Hükümlere göre dernek genel kurullarının çağrılı ve çağrısız toplantı olmak üzere iki toplanma

kişilerindeki tartışmalar ve bu tartışmalarda ileri sürülen çözüm önerileri, dernekler hukukunda da kendilerine yer bulabilecek tartışmalar ve çözüm önerileridir. Bu sebeple, işbu çalışmada bu tartışmalara ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

yöntemi bulunmaktadır. Çağrılı toplantılar iki farklı şekilde gerçekleşmektedir: TMK m. 74'e göre yapılan olağan toplantılar ve TMK m. 75'e göre yapılan olağanüstü toplantılar. Çağrılı olağan toplantılar tüzükte belirtilen zamanda yönetim kurulunun çağrısı üzerine yapılacaktır. Hükümün ikinci fıkrasında bir süre sınırı koyulmuştur. Bu toplantıların yapılmama süresi üç yılı aşamayacaktır. TMK m. 75'e göre ise olağanüstü çağrılı toplantılar; genel kurul, yönetim kurulu ya da denetim kurulunun gerekli gördüğü hallerde kendi çağrılıları ya da derneğin üyelerinin beşte birinin yazılı başvurusu üzerine yönetim kurulunun yapacağı çağrı ile yapılmaktadır. Çağrısız toplantılar ise TMK m. 76'ya göre yapılmaktadır. Hükme göre bütün üyelerin bir araya gelmeden yazılı katılımları ile aldıkları kararlar ile yine bütün üyelerin kanundaki çağrı usullerine uymaksızın fiziksel olarak bir araya gelerek alacakları kararlar geçerlidir ve bu kararlar olağan toplantı yerine geçmezler.

TMK m. 77'de genel kurul toplantısına çağrı düzenlenmiştir. Hükme göre genel kurul için çağrıda bulunması gereken organ yönetim kuruldur ve çağrının genel kurul toplantı gününden en az on beş gün önce yapılması gerekir. Çağrının, toplantının günü, saati, yeri ve gündemini de içermesi gerekmektedir.

TMK m. 78'de ise toplantı yeri ve yeter sayısı düzenlenmiştir. Hükme göre dernek tüzüğünde aksine hüküm bulunmadıkça dernek genel kurulu dernek merkezinde toplanacaktır. Toplantı yeter sayısı ise kural olarak toplantıya katılma hakkı bulunan üyelerin salt çoğunluğudur. Bunun istisnası hükme göre tüzük değişikliği ve derneğin feshinin gündemde olmasıdır ve bu durumda katılma hakkı bulunan üyelerin üçte ikisinin katılımı aranmaktadır. İlk toplantıda yeter sayısının bulunamaması halinde ise ikinci toplantıda dernek denetim kurulu ve yönetim kurullarının toplam üye tam sayısının iki katından az olamayacaktır.

TMK m. 79'da ise genel kurulun toplantı usulü düzenlenmiştir. Hükme göre toplantının açılışından sonra toplantının yönetimi için bir başkan ve yeteri kadar başkan vekili ile yazman seçilecektir. Hükümün ikinci fıkrası ise gündemle bağlılık ilkesini düzenlemektedir. Hükme göre genel kurul toplantısında sadece gündemde yer alan maddeler görüşülebilecektir. Toplantıda hazır bulunan üyelerin en az onda birinin yazılı istemi var ise, bu isteme konu maddelerin gündeme eklenmesi zorunludur. Görüldüğü üzere dernek genel kurulu sadece ya çağrıda belirtilmiş ya da toplantı sırasında üyelerin talep ettikleri gündem maddeleri üzerine karar almaktadır.

TMK m. 80 hükmünde ise genel kurulun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Hükme göre genel kurul, üyeliğe kabul, üyelikten çıkarma, dernek organlarının seçimi ile organlara verilmemiş işleri görmeye yetkilidir. Genel kurulun bu hükümde sayılanlar dışında da çeşitli yetkileri söz konusu olabilir (örneğin TMK m. 88, 94 vb.), bu sebeple hükümdeki sayım sınırlı sayıda (*numerus clausus*) değildir. DerK m. 4/1/e hükmüne göre de dernek tüzüğünde dernek genel kurulunun görev ve yetkilerinin belirtilmesi zorunludur. TMK m. 80/2'ye göre genel kurul diğer organları denetleyen ve onları her zaman görevden alabilen organdır.

TMK m. 81 işbu çalışmanın ana odak hükmüdür ve dernek genel kurulunun karar yeter sayısını ve karar alma usulünü işaret etmektedir. Hüküm "karar yeter sayısı" başlığı ile şu şekildedir: "(1.f) Genel kurul kararları, toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğuyla alınır. Şu kadar ki, tüzük değişikliği ve derneğin feshi kararları, ancak toplantıya katılan üyelerin üçte iki çoğunluğuyla alınabilir.". Hüküm izleyen bölümlerde detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

TMK m. 82'de oy hakkından yoksunluk, TMK m. 83'te de dernek genel kurul kararlarının iptali düzenlenmiştir. TMK m. 83 hükmü şu şekildedir: "(1.f) Toplantıda hazır bulunan ve kanuna veya tüzüğe aykırı olarak alınan genel kurul kararlarına katılmayan her üye, karar tarihinden başlayarak bir ay içinde; toplantıda hazır bulunmayan her üye kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her hâlde karar tarihinden başlayarak üç ay içinde mahkemeye başvurmak suretiyle kararın iptalini isteyebilir. (2.f) Diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz. (3.f) Genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklıdır.". Görüldüğü üzere hükümde herhangi bir özel iptal sebebi gösterilmemiş, genel iptal sebebi olarak kanuna ya da tüzüğe aykırılık düzenlenmiştir. Hükme göre dernek genel kurul kararlarının kural olarak geçersiz olması için mahkemenin iptal kararı vermiş olması gerekmektedir, istisnai durumlarda ise yokluk ve mutlak butlanla geçersizlik söz konusu olabilmektedir.

TMK'da yer alan dernek genel kurulunun işleyişine ilişkin hükümler bunlardır. Dernek genel kurullarının işleyişine ilişkin DerK'da da çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak DerK m. 9, 13, 15 ve 22 gösterilebilir. Bunlardan en önemlisi, dernek tüzüğüne koyulması zorunlu hükümleri düzenleyen DerK m. 4/1 hükmüdür. Hükümün d bendine göre dernek tüzüğünde genel kurulun toplanma şekli ve zamanı ile e bendine göre

genel kurulun görevleri ve yetkileri, oy kullanma ve karar alma usul ve şekilleri tüzükte gösterilmelidir.

Görüldüğü gibi, dernek tüzüğünde genel kurulda oy kullanma ve karar alma usullerine ilişkin hüküm koyulması zorunludur⁷. Eğer bu konuda bir düzenleme yapılmazsa, bu zorunluluğa aykırı davranılmış olacaktır. Bu aykırılığa ilişkin hükümde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu hükme aykırılık, DerY m. 6 düzenlenmiştir. “*Kuruluş bildiri ve dernek tüzüğünün incelenmesi*” başlıklı hüküm şu şekildedir: “(1.f) Kuruluş bildiri ve ekinde verilen belgelerin doğruluğu ile dernek tüzüğü, alındı belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren altmış gün içinde mülki idare amiri tarafından bizzat veya sivil toplumla ilişkiler birimlerine yetki verilmek suretiyle incelenir. İlçelerde kurulan derneklerin tüzükleri de ilgili valiliklerce incelenir. Yapılan inceleme sonucunda, tespit edilen Kanuna aykırılık veya noksanlığın giderilmesi kuruculardan yazılı olarak istenir. (2.f) Kuruluş bildiri ve ekleri ile dernek tüzüğünde, Kanuna aykırılık veya noksanlık bulunmadığı takdirde ya da Kanuna aykırılık veya noksanlığın yapılan tebligat üzerine otuz gün içinde giderilmiş olması halinde, mülki idare amirliği tarafından keyfiyet bir yazı ile dernek geçici yönetim kurulu başkanlığına derhal bildirilir. (3.f) Kanuna aykırılık veya noksanlık otuz gün içinde giderilmediği takdirde mülki idare amiri, yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin feshi hakkında davanın açılması için durumu Cumhuriyet savcılığına bildirir.”. Görüldüğü gibi kanuna aykırılık ya da noksanlığın bulunması halinde dernek kurucularının yazılı beyanları ile giderilmesi hükümde gösterilen ilgili resmi makamlarca istenecektir.

Acaba bu hüküm, dernek tüzüğünde genel kurulda oy kullanma ve genel kurulun karar alma usulleri hakkında bir düzenlemenin bulunmaması halinde de uygulanacak mıdır? Kanımca, hükmün lafzı karşısında hükmün uygulanması gerekmektedir; zira hükümde tüzüğe eklenmesi gereken hususlar düzenlenmiştir. Bu hususların olmaması bu hükme aykırılık teşkil edecektir ve yukarıda anılan yaptırım uygulanabilir hale gelecektir. Hal bu ise de hükümde öngörülen yaptırımın uygulanmaması ile ise uygulamada sık sık maalesef karşılaşılabilmektedir.

Bu noktada ikinci bir soru daha gündeme gelecektir: dernek tüzüğünde, anılan konulara yer verilmemesi halinde bu konularda DerK ya da diğer

⁷ Dernek tüzüğüne koyulması gereken kayıtların asgari kayıt oldukları yönünde bkz. Süleyman Yılmaz, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 354.

kanunlarda benimsenen çözümün benimsendiği sonucuna varılabilir mi? Bir başka deyişle, tüzükte yer alması gereken hükümlerin yer almamasından doğan boşluk, DerK ya da diğer kanun hükümleri ile doldurulabilir midir? Kanımca DerK’da yer alan tüzüğe yazılması gereken hususları düzenleyen maddeler karşısında bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerekmektedir. Dernek tüzüğünde kanundaki çözüm benimseniyor olsa dahi kanundaki çözümün yazılması ya da bunun benimsendiğinin dolaylı olarak da olsa gösterilmesi gerekmektedir; çünkü DerK m. 4 hükmüne göre dernek tüzüğünde genel kurulun karar alma usulüne ilişkin hükmün bulunması zorunludur. Kanun bu konuda, düzenleme kanunda yer alan hükümler olsa dahi, olumlu bir düzenleme istemektedir, Bir başka deyişle, DerK m. 4’te yer alan bir hususa ilişkin tüzükte susma yoluyla kanundaki çözümün benimsenmesi mümkün değildir, bu ihtimalde DerK’ya aykırılık söz konusu olmaktadır.

TMK m. 58/4’te kanundaki (TMK’daki) hükümlerin, hakkında dernek tüzüğünde hüküm bulunmayan konularda uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme kanımca DerK ve DerY’de yukarıda ele alınmış olan dernek tüzüğüne ilişkin hükümler dışındaki konulara ilişkindir. Başka deyişle, TMK m. 58/4 hükmü, DerK m. 4/1’deki konular dışındaki konulara ilişkin boşlukların giderilmesinde rol oynayabilecektir, yoksa DerK m. 4/1 hükmüne göre yazılması gereken hususların yazılmaması halinde buradan doğan boşlukların doldurulmasında rol oynamayacaktır. Kanun koyucunun kurduğu sisteme göre tüzükte yer alması gereken asgari hususlar belirtilmiş, asgari hususların dışında kalan konularda düzenleme yapma yetkisi kuruculara ve genel kurula bırakılmış, asgari hususların dışında kalan ve tüzükte düzenlenmeyen konularda da TMK m. 58/4 hükmüne göre kanundaki hükümlerin uygulanması tercih edilmiştir⁸.

TMK ve DerK dışında dernek genel kurullarına ilişkin DerY’de de çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlere örnek olarak DerY m. 7, 12-17, 53, 72-80 hükümleri verilebilir. DerY’de genel kurula ilişkin ana düzenlemeler 12-17 hükümleridir. Bu hükümlerde TMK ve DerK’da yönetmelikle

⁸ Hemen belirtmek gerekir ki, kanunda da yer almayan bir konu söz konusu olabilir. Nitekim, çekimser oylar bu türden bir konudur. Bu durumda çekimser oylara uygulanacak hükmün belirlenmesi gerekecektir. Böyle bir durumda da kanımca TMK m. 58/4’ün lafzında “kanun” şeklinde bir düzenleme yapılmış ise de tıpkı TMK m. 1’de olduğu gibi, bu hükümdeki “kanun” ifadesinden bütün pozitif hukuk normlarını anlamak gerekmektedir. O halde, uygulanacak hüküm, sadece kanun değil, herhangi bir bağlayıcı hukuk normu şeklinde ortaya çıkabilir.

düzenleneceği belirtilmiş olan birtakım konular ile bu kanun maddelerinin uygulanışına ilişkin konular düzenlenmiş ve yer yer anılan kanunlardaki hükümler tekrar edilmiştir.

C. Gündemdeki Öneriye İlişkin Çekimser Yöndeki İrade Açıklamaları Oy Mudur?

Çekimser oylara ilişkin ilk sorun, genel kurulda yapılan bir oylamada yapılan çekimser irade açıklamalarının, gündemin oylan maddesinin kabulü ya da reddi gibi oy niteliğindeki bir irade açıklaması olup olmadığı sorunudur. Bu çerçevede öncelikle oy kavramı üzerinde durulmalı ve oyun hukuki niteliğinin ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Oy kavramının kapsamı belirlendikten sonra ise, dernek genel kurullarında kullanılacak çekimser oyların oy olup olmadıkları sorunu ele alınabilir. Bu sorun, sadece dernek genel kurulları açısından değil, diğer bazı özel hukuk tüzel kişilerinin organları açısından da ele alınması gereken, özel hukukun genel teorisine ilişkin temel bir sorundur. Diğer tüzel kişilerin organlarında yapılan çekimser irade açıklamalarına ilişkin ele alınacak tartışmalar ve bu vesileyle yapılan nitelendirmeler, dernekler hukuku açısından bu çerçevede rol oynayabilir⁹. Bu sebeple diğer hukuk dallarındaki bu konuya ilişkin görüşlerden yararlanılması gerekmektedir.

Oy kavramı ile farklı hukuk dallarında karşılaşılmaktadır. Anayasa hukukunda referandumlarda ya da seçimlerde seçmenler tarafından kullanılan oylardan söz edilebileceği gibi, şirketler hukukunda bir organın üyesinin kullandığı oydan söz edilebilir. Çalışmanın konusu itibarıyla ya özel hukuk ya da az da olsa kamu hukuku tüzel kişilerinin organlarında üyelerin kullandıkları oylar üzerinde durulacak, seçim hukuku çerçevesindeki oy kavramı üzerinde durulmayacaktır.

Kanun koyucu tarafından, özel hukuk tüzel kişilerinin organlarında kullanılan oya ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Oyun tanımının yapılması, hukuki niteliğinin belirlenmesi ile ilgilidir. Öğretide ise oyun hukuki niteliğine ilişkin çeşitli yaklaşımlar sergilenmektedir.

Bir yaklaşıma göre oy bir maddi fiildir. Bu görüşü savunan yazarlara göre bir organın iradesinin şekillenmesinde kullanılan oyların etkisinin olduğu ve bu etkinin oy kullananların irade açıklamaları vesilesiyle gerçekleştiği açıktır;

⁹ Bu durum, derneklere ilişkin değerlendirmelerin diğer özel hukuk dallarında da rol oynayabilmesini sağlayabilmektedir.

ancak bu irade açıklamaları organın iradesinin oluşumunu sağlamaktadırlar ve böylece meydana gelen hukuki sonuç oy şeklindeki irade beyanlarına değil, onların meydana getirdiği maddi değişikliğe bağlanmıştır¹⁰. Bu sebeple kullanılan oylar maddi fiildir.

Bu yaklaşım, öğretilerdeki yazarlarca kanımca yerinde olarak eleştirilmiştir. Eleştiri üç noktada temellendirilebilir. İlk olarak, kullanılan oy ile ilgili organın kararı arasındaki ilişkiden hareket edilebilir. Gerçekten de bu ilişki bir maddi değişim sonucunda ortaya çıkan bir ilişki değildir¹¹. Bu ilişki oyun kullanılması ile kendiliğinden ortaya çıkmaktadır, herhangi bir maddi değişiklik süreci gerçekleşmemektedir.

İkinci olarak ise, maddi fiilin tanımından hareket edildiğinde de bu yaklaşımda sorunlu taraflar olduğu görülmektedir. Maddi fiil, hukuk düzleminde ortaya çıkan bir sonucun yine hukuk düzenince, fail tarafından irade olarak gerçekleştirilen bir maddi değişikliğe bağlandığı durumlarda söz konusu olan bir hukuki fiildir¹². Oy kullanılması fiili, maddi bir değişiklik meydana getirmek suretiyle bir hukuki sonucun doğmasını sağlamamaktadır, bu sebeple de oy bir maddi fiil değildir.

Üçüncü olarak ise maddi fiil görüşünü savunan yazarların, maddi fiiller ile irade açıklamaları arasında ilişki kuruyor olmaları öğretilerde eleştirilmiştir¹³. Bu görüşe göre oyun maddi fiil olduğu görüşündeki yazarların oyu bir irade açıklaması; ama maddi fiil şeklindeki bir irade açıklaması olarak kabul etmeleri karşısında; maddi fiillerin irade açıklaması olmamaları da dikkate alınmalıdır¹⁴. Böylece de oyun maddi fiil olmadığı sonucuna varılacaktır.

¹⁰ Üner Dağ, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1996.), 5-6. Yazar, maddi fiilleri birer irade açıklaması olarak nitelendirmektedir (bkz. s. 6 dn. 12).

¹¹ Ali Paslı, "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan 'Oy'un Hukuki Niteliği (Bölüm I: Kavram)," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXVII, 1-2 (2009): 177.

¹² Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), N. 607; Mustafa Dural ve Suat Sarı (Sarı), *Türk Özel Hukuku C. I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 134 N. 1092.

¹³ Server Süleymanlı, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkı*. (Bakı:2005), 12.

¹⁴ Bu görüşteki yazarlar maddi fiilin irade açıklaması olmamasını hem onun tanımından hareketle hem de onu hukuki işlem benzeri fiillerle karşılaştırarak ortaya koymaktadırlar. Bkz. Süleymanlı, *Anonim*, 13.

İkinci bir yaklaşıma göre ise oy bir hukuki fiildir. Bu görüşteki yazarlara göre¹⁵ kararlar oy kullanan kişinin istediği şekilde ortaya çıkmak zorunda değildirler, bu sebeple oy kullanan kişinin iradesi ancak karara cüz'i miktarda etki edebilmektedir.

Diğer bir yaklaşıma göre ise oy kavramı tek taraflı, yöneltilebilir, varması gerekli ve açık bir irade beyanına dayanan hukuki işlemdir.

Bu görüşteki yazarlardan *PASLI*, hukuki işlem kavramının iki eksenli (hukuki sonuca dönük irade açıklaması ve hukuk düzeninin belirlediği hukuki sonuç ile irade açıklamasının uyumu) oluşunu vurgulamış ve her iki eksenlerden de oy kavramı ele alındığında oyun bir hukuki işlem olduğu sonucuna varılabileceğini belirtmiştir¹⁶. Yazara göre oyun kullanılması, ilgili organın kararından bağımsız şekilde bir hukuki sonuca yönelmektedir, bu sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁷. Öte yandan, oyun yöneldiği hukuki sonucun ilgili organın kararı olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir; zira oyun organın kararından başka oy sahibinin lehine doğuracağı çeşitli sonuçları da bulunmaktadır¹⁸.

Benzeri görüşteki *TEOMAN*¹⁹ ise, oyun hukuki niteliğinin bizzat genel kurul kararının²⁰ hukuki niteliğine tabi olması gerektiğine değinerek²¹ oyun gerçekte pay sahiplerine görünüşte ise başkana yapılmış ve hukuki işlemler gibi istenen sonucu meydana getirme gücüne sahip bir irade açıklaması olduğunu ileri sürmektedir.

¹⁵ Bkz. Mustafa Çeker, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, 2000), 134, dn. 37'de anılan yazarlar.

¹⁶ Paslı, "Anonim," 177-8.

¹⁷ Paslı, "Anonim," 177.

¹⁸ Paslı, "Anonim," 178. Yazar bu yaklaşımına örnek olarak anonim ortaklıkların genel kurullarında ret oyu kullanan üyenin belirli şartlar çerçevesinde kararın iptali için dava açabilecek olmasını göstermektedir. Benzeri bir hüküm dernekler hukukunda mevcut değildir.

¹⁹ Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, 1983), 4.

²⁰ Yazar anonim ortaklık genel kurulundan söz etmektedir. Benzer bir yaklaşım dernek genel kurulu için de söz konusu olabilir.

²¹ Teoman, *Anonim*, 3-4.

Kanımca, bir organdaki üyelerin kullandıkları oy, bir hukuki işlem değil, sadece bir irade açıklamasıdır²². Tüzel kişilerin iradelerini organları aracılığıyla açıkladıkları ele alınırken dikkat edilmesi gereken husus, bu iradelerin ne şekilde oluştuğudur. Bu iradeler, organlar ister bir kişiden ister birden fazla kişiden oluşsunlar, organların kararları ile açıklanmaktadır. Bu sebeple kısaca kararlar üzerinde durulması gerekmektedir. Ardından oyun hukuki niteliğine ilişkin tartışmaya geri dönebilecektir.

Kararlar öğretide kabul edildiği üzere çok taraflı hukuki işlemlerdir²³ ve tüzel kişilerin iradelerini organları vasıtasıyla açıklamalarının görünümüdür²⁴. Bu sebeple de kararın oluşumu, gerçek kişilerin irade açıklamalarından farklı olmaktadır. Kararların alınması sırasında organın gündeminde olan öneriler hakkında oylama yapılır. Bu oylamalar sonucunda önerinin sonuçlandırılması ile karar alınmış olur. O halde, kararın alınmasını sağlayan organın üyelerinin oylarıdır. Başka bir deyişle, organların üyelerinin oyları ile organın iradesi şekillenmektedir²⁵. Bu oyların ne yönde olduklarının bir önemi bulunmamaktadır, karar yeter sayısına ulaşılması ile organ iradesini açıklamış olacaktır²⁶. Tüzel kişilerin iradelerini açıklayabilmeleri için,

²² Aynı yönde bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı* (İstanbul: Garanti Matbaası, 1968), 26-7; Oğuzman ve Barlas, *Medeni*, 173.; Haluk N. Nomer, *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar* (İstanbul: Beta Basım AŞ, 2008), 28; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar* (İstanbul, 1982), 200; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt 1- Cüz 1 – Umumi Esaslar* (İstanbul: Nur Ofset Matbaa ve Klşe Sanayii Kol. Şti., 1959), 288; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel kişiler) (1-2. Kitaplar)* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984), 484.

²³ Oğuzman ve Barlas, *Medeni*, 173; Rona Serozan, Yeşim Atamer ve Baki İlkey Engin, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), Birinci Başlık Üçüncü Bölüm 3 N. 6; Dural ve Sarı (Sarı), *Medeni*, 145-6; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 45; Nomer, *Kişi*, 14 vd.; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Marmara Hukuk Yorumu C. 1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 196-7; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 139; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 164.

²⁴ Organ (Örneğin genel kurul) öneri hakkındaki görüşünü o konuda karar almak suretiyle açıklamaktadır. Bkz. Yılmaz, *Kişiler*, 382.

²⁵ Bu durum, dernek üyeliğinin doğal bir sonucudur. Bkz. Serozan, Atamer ve Engin, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İkinci Başlık İkinci Bölüm N. 9.

²⁶ *Serozan/Atamer/Engin*, kararı tanımlarken oy verenlerin kendilerine oy hakkı veren bir ilişki çerçevesinde bu oyu kullanabildiklerini vurgulamaktadır. Bkz. Serozan, Atamer ve Engin, *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, Birinci Başlık Üçüncü Bölüm 3 N. 6.

organlarının gündemlerine aldıkları önerileri, karar nisaplarına uygun şekilde sonuçlandırmaları gerekmektedir²⁷.

Kararlar sözleşmeler ile kıyaslanarak daha iyi analiz edilebilir²⁸. Nasıl sözleşmelerde karşılıklı irade beyanı aranıyorsa, bu iki irade beyanı bir araya gelince sözleşme hukuki işlemi ortaya çıkıyorsa (TBK m. 1); kararlarda da bir veya birden fazla irade açıklaması bir araya gelerek karar hukuki işlemi ortaya çıkarmaktadır. Bu hukuki işlemde sadece sözleşmeden farklı bir şekilde bu irade açıklamaları karşılıklı değildir, aynı yönlüdür. Birbirinin karşıtı olan oylar kullanılsa da bunlar aynı yönlüdür; çünkü bu oylar ile amaçlanan, sözleşmelerdeki gibi birbirine uygunluk sonucunda yeni bir hukuki işlemi meydana getirmek değil; başlı başına yeni bir hukuki işlemin oluşumunda onun “rengini” belirlemektir. Bu durumda farklı oy türleri arasında karar yeter sayısı için tabir-i caiz ise bir tür yarış yapılmakta, galip olan oy türü karar hukuki işlemine rengini vermektedir. O halde, oylar organın iradesinin şekillenmesini sağlayan irade beyanları olmalıdır.

Bu noktada, gündemdeki öneriye ilişkin yapılan çekimser yöndeki irade açıklamalarının da oy olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bu sorunun olumlu yanıtlanması gerekmektedir, bir öneri hakkındaki çekimser irade açıklamaları, tıpkı kabul ya da ret oyları gibi bir irade açıklamasıdır. Bu irade açıklamasının anlamı ne kabulü ne de reddi uygun bulmaktır. Öyle ki, çekimser olan kişi, öneriyi kabul etmek için de reddetmek için de kendisini hazır ya da yeterli hissetmemektedir. O halde çekimser oy, çekimser oy kullanan kişinin gündemdeki öneriye ilişkin irade beyanıdır ve böylece bu kişi de organın iradesinin oluşumuna katkı sağlamaktadır.

Çekimser oyların birer irade açıklaması olmaları, aslında irade serbestisinden kaynaklanmaktadır. Tıpkı öneriye kabul ya da ret oyu veren üyeler gibi, çekimser oy kullanan üyeler de irade serbestisi çerçevesinde özgürce irade beyanında bulunabilirler. Bu noktadan itibaren, dernek genel kurullarında çekimser oyların kullanılıp kullanılmayacağı sorunu üzerinde durulabilir.

²⁷ Öneri ile karar arasındaki ilişki ileride daha detaylı olarak ele alınacaktır. Bu ilişki, işbu çalışmanın ele aldığı ana sorunun çözümünde önem taşımaktadır. Bkz. III, B. Genel Kurul Kararlarının Oluşumuna Bakış.

²⁸ Daha detaylı bir kıyas için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 113-4. Antalya ve Topuz, *Medeni*, 197-8.

D. Dernek Genel Kurullarında Çekimser Oy Kullanılabilir Mi?

1. Genel Olarak

Çekimser irade açıklamalarının genel kurulda öneriye ilişkin kullanılan kabul ya da ret oyları gibi birer oy olduğu sonucuna varılmasının üzerine ön sorun ele alınabilir. Bu sorun, dernek genel kurullarında çekimser oy kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur. Bir önceki bölümde görüldüğü üzere, pozitif hukukta, dernek genel kurullarında çekimser oylara izin veren ya da onları doğrudan ya da dolaylı olarak yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu sorunun çözümünde dört ihtimal üzerinden analiz yapılmalıdır. Bu ihtimaller (i) dernek tüzüğünde genel kurulda kullanılacak oylara ilişkin hiçbir hükmün bulunmaması, (ii) dernek tüzüğünde genel kurulda kullanılacak oyların kabul ve ret oyları olduklarının düzenlenmiş olması, (iii) dernek tüzüğünde genel kurulda çekimser oy kullanımının açıkça yasaklanmış olması ya da (iv) dernek tüzüğünde çekimser oyların kabul ve ret oylarının yanında genel kurulda kullanılacak oylardan birisi olarak belirtilmiş olmasıdır.

Dikkat edilecek olursa, ihtimallerin dernek tüzüğü üzerinden şekillendirildiği görülecektir. Bunun sebebi, dernek tüzüğünün genel kurulun işleyişini düzenleyen ana metin olmasıdır. Bu metinde genel kurulda karar alma usulüne ilişkin de hüküm bulunması gerekmektedir. Ancak, yukarıda da bahsedilen²⁹ ve uygulamada sık sık karşılaşılan durumlardan birisi, genel kurulun karar alma usulüne ilişkin dernek tüzüğünde bir hükme yer verilmemiş olması halidir. O halde, dernek tüzüğünde bu konunun hiç göz önünde tutulmaması ya da bu konuda bir tercih yapılmış olması şeklinde görülen iki hal üzerinden çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilecektir. İlk hal, birinci ve ikinci ihtimalde; ikinci hal ise üçüncü ve dördüncü ihtimalde somutlaşmaktadır.

Ancak bu ihtimaller çerçevesinde dernek genel kurullarında çekimser oyların kullanılabilir kullanılmayacağı sorununa ilişkin daha sağlıklı bir cevaba ulaşılabilecektir.

²⁹ Bkz. yukarıda II, A. Genel Olarak Dernek Genel Kurullarının İşleyişi.

2. Birinci İhtimal: Dernek Tüzüğünde Genel Kurulda Kullanılabilecek Oylara İlişkin Hiçbir Hükmün Bulunmaması

Bu ihtimalde dernek tüzüğünde genel kurulda kullanılacak oylara ilişkin bir ayrıma gidilmemiştir. Tüzük hazırlanırken bu konuda bir hüküm koyulmamış, genel kurula katılanların kullanabilecekleri geçerli oyların renklerinin ne olacaklarına dair bir belirleme yapılmamıştır. Acaba böyle bir durumda genel kurulda çekimser oy kullanılması mümkün müdür?

Bu konuda iki farklı yaklaşım ele alınabilir. İlk yaklaşıma göre, bu durumda çekimser oyun kullanılmaması gerekir; çünkü çekimser oylar sadece kendilerine izin verildiği durumlarda kullanılabilir. Tüzükte herhangi bir oydan söz edilmediği durumlarda, kullanılabilecek oyların sadece kabul ya da ret oyu olarak düşünülmesi gerekmektedir; çekimser oyların kullanılabilmesi için bu durumun özel olarak belirtilmiş olması gerekmektedir.

İkinci yaklaşıma göre ise, çekimser oylar bu durumda kullanılabilirler; tüzükte bu konuda herhangi bir kısıtlama bulunmadığı için çekimser oylar da kabul ve ret oyları gibi kullanılabilirler. O halde, bu yaklaşıma göre kullanılabilecek oylar kabul, ret ve çekimser şeklinde ortaya çıkacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu durumda tüzükteki boşluklar TMK m. 58/4 hükmüne göre kanun hükümleri ile doldurulacaktır³⁰. Kanunda anılan sorunun çözümüne ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak, kanımca tüzel kişilere ve özel hukukun geneline hâkim olan ilkeler ve bu ilkelere esas teşkil eden çeşitli temel haklar dikkate alınarak sorunun çözülmesi mümkündür ve anılan iki yaklaşımdan kanımca yerinde olan yaklaşım ikinci yaklaşımdır.

³⁰ Bu ifade, DerK m. 4 ve TMK m. 58/4'ün uygulanabilirliğine ilişkin yukarıda (bkz. II, B. Dernek Genel Kurullarının İşleyişi) savunulan fikir ile çelişiyor görünebilir. Aslında burada bir çelişki bulunmamaktadır, sorun DerY m. 6 hükmünün uygulanmamasıdır. DerK m. 4 'te yer verilen hususların tüzükte yer almaması halinde öngörülen yaptırım olan DerY m. 6'daki yaptırım uygulanacak, bu hususların yer alması halinde ise ortaya çıkan boşluklar TMK m. 58/4 ile doldurulacaktır. DerY m. 6'da yer alan yaptırımın uygulanmaması halinde ise, tüzüğünde DerK m. 4'te yer alan hususların olmadığı bir dernek kurulmuş ve faaliyetlerine başlamış olacaktır. Uygulamadaki durum çoğunlukla budur. Bu durumda tüzükte oluşan boşlukların doldurulması ise yine TMK m. 58/4 hükmü vasıtasıyla yapılacaktır; çünkü bu boşlukların doldurulması için TMK m. 58/4 hükmü, her ne kadar düzenlenme amacı o değil ise de, doğrudan uygulanabilir. İşbu bölümde yapılan tam olarak budur.

Bu ilkelerden ilki, AY m. 48’de düzenlenmiş olan irade (sözleşme) serbestisidir. İrade serbestisinin, Türk özel hukukuna hâkim olan liberal prensibi yansıttığı ve bunun Türk kanun koyucusu tarafından yapılan ekonomik tercihlerle de örtüştüğü düşünüldüğünde; bu prensibin kanundaki belirli sınırlar dışında kural olarak ekonomik hayatın her aşamasında uygulanmasının mümkün olduğu sonucuna varılacaktır. Hatta, sadece ekonomik hayatla sınırlı kalınmayacak ve bu özgürlük kural, sınırı istisna olarak kabul edileceği için, sivil toplumda da uygulanabilecektir. AY m. 33’te düzenlenmiş olan dernek kurma özgürlüğü de bunun bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Bu noktada ikinci ilke ele alınabilir.

İlkelerden ikincisi ise İHAS m. 11’de düzenlenmiş olan örgütlenme özgürlüğü ve AY m. 33’te düzenlenmiş olan dernek kurma hakkıdır. Bu haklar vesilesiyle sivil toplumun oluşturulması ve gerçek kişilerin de bunun oluşumuna katkı sunmalarına imkân tanınmıştır.

Bu ilkeler ve temel haklar bir arada yorumlandıklarında, sivil topluma katılma hakkının irade serbestisinden bağımsız olmadığı, ikisinin de birbiriyle ilişkili oldukları tespiti yapılabilecektir. Bu birliktliğin ya da ilişkili oluşun en çok belirginleşeceği an ise, sivil toplum kuruluşlarındaki karar alma mekanizmalarında bireylerin özgür iradeleri ile katılım sağlayabilmelerinin sağlandığı anlar olacaktır. Bu anlar ise sivil toplum kuruluşunun organlarının karar alma anları olacaktır ki, genel kurul toplantısında genel kurul kararının alınması da tam böyle bir andır³¹. O halde, Anayasa’da düzenlenmiş olan bu iki temel hakkın kesişim noktasında tıpkı kabul ya da ret oyları gibi çekimser oylar da durmaktadır³² ve çekimser oylara dernek tüzüğünde açıkça izin verilmemiş olsa dahi, bu tür oyların kullanılması mümkündür³³. Bir başka

³¹ *KÖPRÜLÜ*, bu bağlantıyı dernek üyelerinin oy hakları üzerinden kurmuştur. Yazar oy hakkını şu şekilde tanımlamaktadır: “*Kanunun temel nitelikte bir hak olarak üyelere tanıdığı oy hakkı, derneğin alacağı kararlara, uygulayacağı davranış tarzı ile göstereceği faaliyetlere olumlu (müsbet) veya olumsuz (menfi) bir şekilde veyahut çekimser (müstenkif) kalmak suretiyle özgür ve eşit bir ortamda irade açıklaması ile katılmadır.*”. bkz. Köprülü, *Medeni*, 484. Kanımca yazarın oy hakkı çerçevesinde geldiği nokta, örgütlenme/sivil topluma katılma hürriyeti ile irade serbestisinin kesiştiği noktadır. Oy hakkının başlı başına bir hak olarak özünün tespit edilebilmesi için anılan diğer iki temel hakla ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

³² Oy hakkı çerçevesinde ve aynı yönde bkz. Köprülü, *Medeni*, 484.

³³ Bu sonuca Anayasa’nın özel hukuka uygulanması sonucu ile varıldığı düşünülebilir. Bu uygulanma sürecinin detaylı analizi işbu çalışmanın kapsamını aşacak düzeydedir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 9 vd.

deyişle, yukarıda anılan iki yaklaşımdan çekimser oy kullanma özgürlüğünün karine olduğu sonucunu Anayasa'da anılan temel haklardan hareketle temellendirilebilecek olan ikinci yaklaşım, yerinde olan yaklaşımdır.

3. İkinci İhtimal: Dernek Tüzüğünde Genel Kurulda Kullanılabilecek Oyların Kabul ve Ret Oyları Olduklarının Düzenlenmiş Olması

Bu ihtimalde, dernek tüzüğünde genel kurullarda kullanılabilecek oylara ilişkin bir ayrıma gidilmiştir. Tüzükte genel kurulda kullanılabilecek oyların sadece kabul ve ret oyları olduğu belirtilmiştir. Acaba bu durumda genel kurulda çekimser oyların kullanılması mümkün müdür, yoksa çekimser oylar kullanılabilecek oylar arasında sayılmadıkları için kullanılsalar dahi geçersiz oy olarak mı ele alınacaklardır?

Bu konuda iki farklı yaklaşım düşünülebilir. İlk yaklaşıma göre bu durumda çekimser oyun kullanılmaması gerekir; çünkü çekimser oylar sadece kendilerine izin verildiği durumlarda kullanılabilir. Tüzükte kullanılabilecek oylar sadece kabul ve ret oyları olarak ele alınmışlardır ve çekimser oyların kullanılabilmesi için bu durumun özel olarak belirtilmiş olması gerekmektedir. Durum bu olmadığı için de çekimser oyların kullanılmaması gerekir.

İkinci yaklaşıma göre ise çekimser oylar bu durumda kullanılabilirler, tüzükte bu konuda herhangi bir kısıtlama bulunmadığı için çekimser oylar da kullanılabilirler. O halde, bu yaklaşıma göre kullanılabilecek oylar kabul, ret ve çekimser şeklinde ortaya çıkacaktır.

Birinci ihtimaldekine benzer şekilde; tüzükteki boşluklar TMK m. 58/4 hükmüne göre kanun hükümleri ile doldurulacaktır. Kanunda anılan sorunun çözümüne ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak, kanımca tüzel kişilere ve özel hukukun geneline hâkim olan ilkeler eliyle sorunun çözülmesi mümkündür ve bu iki yaklaşımdan kanımca yerinde olanı ikincisidir. Gerekçe ise yine birinci ihtimaldeki gerekçe ile aynı gerekçe olacak ve çekimser oyların kullanımının yasaklanmadığı hallerde bunların kullanımının mümkün olması olacaktır. Başka bir deyişle, çekimser oylar lehine, Anayasa'da düzenlenmiş olan temel haklardan hareketle oluşan karine burada da işlev gösterecektir.

4. Üçüncü İhtimal: Dernek Tüzüğünde Genel Kurulda Çekimser Oy Kullanımının Açıkça Yasaklanmış Olması

Bu ihtimalde dernek tüzüğünde genel kurulda çekimser oy kullanımı açıkça yasaklanmıştır. Bu açıkça yasaklamanın sonucu elbette bu türden oyların kullanılmamaları, bir şekilde kullanılmalari halinde ise geçersiz oy olarak değerlendirilecek olmalarıdır. Bu sonuç bu haliyle sorgulanması gereken bir noktayı barındırmaktadır: acaba çekimser oyların kullanılması, birinci ve ikinci ihtimalde göz önünde tutulan temel haklar ekseninde ele alınırsa, dernek tüzüğü ile yasaklanabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilmeksizin, üçüncü ihtimale ilişkin yukarıda işaret edilen açık sonuca varmak mümkün değildir.

Çekimser oyların kullanılmasının yasaklanabilme imkânı, DerK m. 4'teki dernek tüzüğünde genel kurulun karar alma usulünün gösterilmesinin gerekmesine ilişkin kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. Kanunun verdiği bu yetkiye dayanarak derneğin genel kurulunda karar alma usullerinin belirlenmesi de aslında irade serbestisinin bir görünümüdür; ancak bu belirleme ile çekimser oylar yasaklandığında, üyelerin hem irade serbestileri hem de örgütlenme özgürlüklerinin bir görünümü olarak sivil toplum kuruluşlarının faaliyetlerine katılabilmek üzere özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Kanımca bu durum, temel hakların AY m. 13'e aykırı şekilde kanun yerine dernek tüzüğü ile sınırlandırılabilmesinin önünü açmaktadır. Bir başka deyişle, çekimser oy kullanmanın bir temel hakkın görünümü olduğu göz önüne alınırsa, bu temel hakkın, bir başka temel hak olan irade serbestisinin dernek tüzüğü hazırlama aşamasında kullanılması ile sınırlandırılması hatta yasaklanması durumu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, çekimser oy kullanma hakkı bir kanun ile değil, kanunun verdiği yetkiye dayanarak dernek kurucularının iradeleri ile kısıtlanmaktadır ve bu da AY m. 13'e aykırılık teşkil etmektedir. İşbu çalışmanın konusunu ve çözmeye çalıştığı ana sorunları aşacak olması sebebiyle detayına girilmeyecektir. Bu tartışmanın anayasa hukuku çerçevesinde detaylıca ele alınması yerinde olacaktır.

Bu tartışmaya girilmeksizin mevcut hukuk düzeni çerçevesinde sorun ele alınırsa, dernek tüzüğünde yapılan kısıtlamanın Dernekler Kanunu'nun, dolayısıyla bir kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebebiyle hukuka uygun olduğu ve bu sebeple de bu kısıtlamanın çekimser oyların genel kurulda kullanılmasına engel olduğu sonucuna varılacaktır. Böylelikle de üçüncü ihtimal açısından sorun çözülmüş olmakta ve bu ihtimalde kullanılan

çekimser oyların geçersiz oy olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

5. Dördüncü İhtimal: Dernek Tüzüğünde Çekimser Oyların Kabul ve Ret Oylarının Yanında Genel Kurulda Kullanılabilecek Oylardan Birisi Olarak Belirtilmiş Olması

Bu ihtimalde, dernek tüzüğünde genel kurulda üyelerin üç çeşit oy kullanabilecekleri, bunlardan birisinin de çekimser oy olduğu düzenlenmiştir. Bu durumda genel kurulda çekimser oyların kullanılabileceğine ilişkin hiçbir şüphe yoktur; zira DerK m. 4 hükmüne göre tüzükte yapılan bu düzenleme, Anayasa'nın önceki ihtimallerde anılan temel ilkeleri ile uyumludur.

E. Çekimser Oyların Hükmü Nedir? (Çekimser Oyların Oy Sayımındaki Değerlerinin Ne Olduğu Sorunu)

Bir genel kurulda oylanan öneriye ilişkin yapılan çekimser irade açıklamalarının oy oldukları ve bunların kullanılabilecekleri sonuçlarına varıldıktan sonra, çekimser oyların genel kurul oylamasının sonucunun belirlenmesinde ne şekilde değerlendirileceklerinin ortaya koyulması gerekmektedir. Bu noktada sorun, oylar sayıldıktan sonra önerinin sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığının tespit edilmesi aşamasında çekimser oyların kabul ve ret oyları karşısında durumunun ne olacağıdır. Bu konuda üç farklı yaklaşım söz konusudur: çekimser oyları geçersiz oy olarak ele alan görüş, çekimser oyların ret oyu hükmünde olarak ele alınması gerektiğini savunan görüş ve çekimser oyların çekimser oy olarak sayılması gerektiğini savunan görüş.

İlk yaklaşıma göre çekimser oylar geçersiz oy olarak ele alınmalıdır³⁴. Bu görüşü, şirketler hukuku çerçevesinde savunan *ÇOŞTAN*'a göre çekimser oylar toplantı yeter sayısının hesaplanmasında dikkate alınmalı; fakat karar yeter sayısının hesabında kabul ya da ret oyu olarak kabul edilmemeli, geçersiz oy şeklinde ele alınmalıdırlar. Yazar, oylamanın sonucunda oylar sayıldıktan sonra çekimser oyların hesap dışında tutulması ve kalan oyların karar nisabına uygun olup olmadığının araştırılması, organın karar alıp almadığının da bu araştırmanın sonucuna göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir³⁵.

³⁴ Hülya Coştan, "Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, 3 (2012): 181.

³⁵ Coştan, "Yönetim Kurulu," 182.

Kanımca birinci yaklaşım, yukarıda açıklandığı üzere çekimser oyların oy kullanan üyenin irade açıklaması olmasını dışlamaktadır. Bu görüş savunulduğunda, çekimser oy kullanan üyelerin irade beyanında bulunmadıkları neticesi ortaya çıkacaktır, bunun da iki farklı sonucu ortaya çıkabilecektir. İlk sonuca göre bu üyeler çekimser oy kullanmak yerine aslında gerçek iradeleri olmasa da kabul veya ret oyu vermeyi tercih edebileceklerdir, ki bu da organın kararlarının sağlığında şüphe uyandırabilecektir. Üyenin ortaya çıkan iradesi ile gerçek iradesi uyum sağlamış olacaktır. İkinci sonuç ise çekimser oy kullanan üyelerin sayısı arttıkça kararın organının gerçek iradesini yansıtmaya gücünün düşecek olmasıdır. Böyle bir durumda da kararın organın iradesini ne denli yansıttığına ilişkin soru işaretleri ortaya çıkabilecektir.

İkinci yaklaşıma göre çekimser oylar, oylamanın sonucu belirlenirken ret oyu olarak ele alınmalıdır³⁶. Bu yaklaşım öğretisi ve içtihatlarında yer bulmakta ve farklı gerekçelerle savunulmaktadır.

Bu yaklaşıma gerekçe olarak kimi yazarlarca yabancı hukuklarda bu yönde görüşler olması gösterilmektedir. Örneğin ÖZSUNAY³⁷, toplantı sonucunda oyların sayımı aşamasında çekimser oyların ret oyları ile ele alınması gerektiğini savunurken, Alman hukukunda çekimser oyların ret oyu sayıldığını vurgulamıştır³⁸.

Bir diğer gerekçe olarak genel kurullarda kararların sadece kabul oyları ile alınacakları, kabul oylarının yeter sayıya ulaşmaması halinde karar alınmamış olacağı savunulabilir. Bu gerekçeye göre yapılan oylamada kabul oylarının sayısı önem taşımaktadır, diğer oylar önem taşımamaktadır³⁹. Bu

³⁶ Ersin Çamoğlu, (Reha Poroy / Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 377, N. 532; Burak Sabuncu, “Derneklerde Genel Kurul Organı” (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi, 2021), 312; Ebru Tüzemen Atik, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinde ‘Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi’ Koşulu ve Özellikle ‘Peşinen Muhalefet’in Geçerliliği Sorunu,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 1 (2022): 1020; Levent Uysal, “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu – I.” *TBB Dergisi*, 80 (2009): 327; Esat Şener, *Kişinin (Şahsın) Hukuku – Dernekler ve Vakıflar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997), 180.

³⁶ Özsunay, *Medeni*, 202.

³⁷ Özsunay, *Medeni*, 202.

³⁸ Özsunay, *Medeni*, 202, dn. 66.

³⁹ Bu görüş aşağıda genel kurulun ret kararı alıp alamayacağına ilişkin tartışmada da rol oynayacaktır. Bu görüşteki yazarlar ve detaylı bilgi için bkz. aşağıda III, C. Ana Sorunun Teorik Çözümü.

gerekçenin ardında alınacak kararların pratik etkisinin olduğu düşünülebilir. Kabul oylarının karar yeter sayısına ulaşması halinde organ alınan karar çerçevesinde harekete geçecek ve pratik düzlemde bir sonuç meydana getirecektir; aksi halde yani kabul oylarının yeter sayıya ulaşmaması halinde öneri reddedilmelidir. Çekimser oylar da bu çerçevede kabul oyları olmayan, kabul oyu olmadıkları için de onların karşısında olan ve dolayısıyla ret oyları ile değerlendirilmesi gereken oylardır ve bu sebeple çekimser oyların ret oyu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çekimser oylar konusu, mahkeme kararlarında da ele alınmıştır. Kooperatifler hukuku ile ilgili kararlarında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, çekimser oyların aleyhte oy (ret oyu) olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁰. Kararlarda bu yaklaşıma ilişkin bir gerekçe bulunmamaktadır, sadece çekimser oyların ret oyu olarak kabul edilmeleri gerektiği belirtilmiştir.

Kanımca ikinci yaklaşım kabul edilirse ret beyanında bulunabilecekken böyle bir beyanda bulunmamış üyelerin, böyle bir beyanda buldukları kabul edilmiş olacaktır. Her oyun olumlu yönden bir irade beyanında bulunmak, olumsuz yönden ise diğer irade beyanı ihtimallerini dışlamak olduğu düşünüldüğünde, ret oyu kullanabilecekken ret oyu vermemiş bir üyenin iradesini ret olarak ele almak, organının kararının oluşumunun yeterince sağlıklı olmadığı yönünde çeşitli şüpheler ortaya çıkarabilecektir.

Kanımca yerinde olan üçüncü yaklaşıma göre ise çekimser oyların çekimser oy olarak ele alınması gerekmektedir⁴¹. Yukarıda anılan ve dernek

⁴⁰ Y11HD, E. 1982/5096, K. 1982/4999 (Kazancı); Y11HD, E. 1989/8948, K. 1991/849 (Kazancı); Y11HD 1982 E. 1982/4028, K. 1982/4182 (Kazancı).

⁴¹ Anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptali çerçevesinde de çekimser oylar öğretide ele alınmıştır. Bu kararların iptalini TTK m. 446/1/a hükmüne göre karara olumsuz oy veren üyeler iptal davası açabileceklerdir. İptal şartlarından birisi olan bu olumsuz oy kullanılması şartının çekimser oyları içerip içermediği ticaret hukuku öğretisinde tartışmalıdır. *KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT)* (İsmail Kırcı, Feyzan Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, 2017), 182), *MOROĞLU* (Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 271), *TÜZEMEN ATİK* (Tüzemen Atik, "Anonim," 1020), *GÖKDEMİR TAMER* (Tülay Gökdemir Tamer, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 3, dn. 10 ve 66, dn. 236), *OKÇUOĞLU* (Yavuz Okçuoğlu, "Anonim ve Kooperatif Şirketler Genel Kurul Kararlarının İptali İçin Gerekli Olan Muhalefet ve Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi (TTK 381/1 ve Koop K. 53/1)," içinde: *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II (11-12 Ocak 1985)* (Ankara, 1985), 273-4),

tüzüğü üzerinden çekimser oyların kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin ihtimallerde de ortaya koyulduğu üzere çekimser oylar da tıpkı kabul ve ret oyları gibi birer irade açıklamalarıdır ve örgütlenme hürriyeti ile irade hürriyetinin kesişim noktasının yansımalarından birisidir. Bu sebeple, çekimser oyların, oyların sayımında çekimser oy olarak sayılması ve çekimser oy olarak hüküm doğurması gerekmektedir.

Ana sorun pratik olarak ele alınırken bu üç yaklaşıma yer verilecektir ve özellikle birinci ve ikinci yaklaşıma işbu bölümde yapılan eleştiriler somutlaşacaktır.

Bu noktadan itibaren çalışmanın ana sorunu ele alınabilir.

III. ANA SORUN: DERNEK GENEL KURUL GÜNDEMLERİNDEKİ ÖNERİNİN RET İLE SONUÇLANDIRILMASI İÇİN RET KARARI GEREKLİ MİDİR?

A. Genel Olarak

Dernek genel kurul gündemindeki önerinin ret ile sonuçlandırılması için ret kararının gerekip gerekmediği sorununun çözümü için karar kavramının derinlemesine incelenmesi gerekmektedir. Bu incelemede, kararın ne tür bir hukuki işlem olduğundan ya da onun sözleşmelerle kıyaslanmasından⁴² ziyade tüzel kişinin organı olan genel kurul için bir irade açıklaması olmasından hareket edilecektir. Böylece kararın oluşumu ve onun gerçek kişi irade açıklamaları ile olan ilişkisi kavranmış olacaktır. Bu nokta, ana sorunun çözümündeki ilk aşama olacaktır.

İMREGÜN (Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (İstanbul: Yasa Yayıncılık A.Ş., 1989), 171) ve *TEKİNALP* (Ünal Tekinalp, "Olumlu veya Çekimser Oy Kullanan Paysahibi İptal Davası Açabilir mi?," *İktisat ve Maliye* 29, 7 (1982): 278) çekimser oyların olumsuz oy kapsamında ele alınamayacağını, çekimser oyun olumsuz irade beyanı olmadığı görüşündedirler. *ARSLANLI* (Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler II – Anonim Şirketin Organizasyonu* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959), 80) ve *DOMANIÇ* (Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi C. 2* (İstanbul: 1988), 885) ise çekimser oyların muhalefet / olumsuz oy olarak ele alınması gerektiği görüşündedir. Kanımca, yazarların bu noktada belirttikleri görüşleri, ana metinde alınan soruna ilişkin birer cevap niteliği taşımaktadır, bu sebeple dernekler çerçevesinde de dikkate değerdir.

⁴² Bkz. yukarıda II, C. Gündemdeki Öneriye İlişkin Çekimser Yöndeki İrade Açıklamaları Oy Mudur?

Ana sorunun çözümündeki ikinci aşama, ana sorunun teorik çözümüdür. Bu çözümde soruna ilişkin iki temel yaklaşım ortaya koyulacak ve bunlar üzerinden sorunun teorik boyutu tartışılacaktır.

Ana sorunun çözümündeki üçüncü aşama ise ana soruna ilişkin teorik görüşlerin pratik ile birleştirilmesi olacaktır. Bu aşamada çeşitli sayısal örnekler üzerinden, sorun ele alınacaktır ve yerinde olan çözümler ortaya koyulacaktır.

B. Genel Kurul Kararlarının Oluşumuna Bakış

Önceki bölümlerde genel kurul kararının hukuki işlem olduğu ve oyun oy kullananların irade açıklaması olduğu ve böylece kararın, organın ve hatta tüzel kişinin irade açıklaması olduğu tespitleri yapılmıştır. Bunlara ek olarak genel kurul kararı ile ilgili birtakım hususların daha ortaya koyulması gerekmektedir. Bu hususlar kararların gerçek kişi irade açıklamalarından farkının ortaya koyulması ile daha iyi bir şekilde ortaya çıkacaklardır.

Genelde tüzel kişiler özelde ise dernekler iradelerini organları yoluyla açıklarlar. Organın işleyiş süreci ve mekanizması, iradenin oluşumunda ve şekillenişinde rol oynamaktadır. Öyle ki, organın iradesi, onun işleyiş sürecinin sınırları ile bağlıdır, o sınırları aşamaz. Bu sınırlar usule ilişkin konular bir kenara bırakılırsa içerik olarak gündemdeki önerilerdir. Organ, iradesini gündemdeki öneriler ile sınırlı bir şekilde açıklayabilmektedir⁴³. Gündemdeki önerilerin dışında organın irade açıklaması mümkün değildir, açıklanacak olan irade mutlaka gündeme öneri olarak alınmalı ve oylanmalıdır.

Öğretideki kimi yazarlar, dernek genel kurul kararlarının derneğin iç ilişkilerini ilgilendirdiğini vurgulamaktadırlar⁴⁴. Yukarıda gündem ve öneri ile ilgili açıklamalar, organın (genel kurulun) iradesinin şekillenmesi sürecine ilişkindir ve dolayısıyla şekillenmiş bir iradenin etkisinin ne olacağından bağımsızdır. Organın iradesi ister iç ilişkiyi isterse de dış ilişkiyi ilgilendiriyor olsun, şekilleniş süreci değişmemektedir. Bu iradenin iç ilişkiye dönük olması ile dış ilişkiye dönük olması arasında bir fark yoktur.

Gerçek kişiler ise iradelerini herhangi bir organa ihtiyaç duymaksızın, doğrudan açıklarlar. Onların iradelerini açıklamaları için bir öneriyi

⁴³ Öneri kavramı hakkında bkz. Nomer, *Kişi*, 25 vd.

⁴⁴ Kocayusufoğlu, *Borçlar*, 113 N. 36; Oğuzman ve Barlas, *Medeni*, 173.

düşünceleri ya da bunun üzerinde karar almaları gerekmemektedir. Gerçek kişilerin iradelerini açıklamaları için usulüne uygun bir şekilde gündeme eklenmiş bir öneriye ihtiyaçları bulunmamaktadır. O halde onların iradelerini açıklayabilmeleri için bu anlamda bir sınır bulunmamaktadır⁴⁵. Onlar iradelerini bir soruya cevap vererek açıklamazlar, iradelerini doğrudan açıklarlar. Bu açıdan iradesini açıklama sonucuna gerçek kişiler ile tüzel kişiler farklı yollardan ulaşmaktadırlar.

Bu noktada karar kavramı devreye girebilir. Karar, kanımca organın (genel kurulun) gündeminde olan bir önerinin sonuçlandırılmasıdır⁴⁶. Bu sonuçlandırmanın olup olmadığı ise karar yeter sayısı ile anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle karar yeter sayısı olmaksızın genel kurul öneri hakkında irade beyanında bulunamayacak, karar alamayacaktır. Karar alabilmesi için, öneriyi sonuçlandıracak bir oy renginin karar yeter sayısına ulaşmış olması gerekmektedir. Aksi durumda, genel kurulun karar alamadığından söz edilecektir; genel kurul bu durumda herhangi bir irade beyanında bulunmuş olmayacaktır ve kararın yokluğundan söz edilecektir.

Sonuç olarak, genel kurulun karar mekanizmasının çeşitli aşamalarının bulunduğundan söz edilebilir. Bunlar (i) gündemin belirlenmesi (ii) gündemdeki önerinin oylanması, (iii) oylamanın sonucunun belirlenmesi, (iv) oylamanın sonucuna göre öneriyi sonuçlandırabilme gücünü haiz herhangi bir oy türünün karar yeter sayısına ulaştığının tespiti ve böylece (v) genel kurulun iradesini açıklaması. Başka bir açıdan bakılırsa, organ (genel kurul), bir konuda bir öneri yoksa ya da o konuda bir öneri olsa bile öneriyi sonuçlandırabilme gücü bulunan oy türleri karar yeter sayısına ulaşamamışsa iradesini açıklayamamaktadır.

Bu çerçevede, ana sorun farklı görüşler ışığında teorik olarak çözülebilir.

C. Ana Sorunun Teorik Çözümü

Dernek genel kurullarında bir önerinin reddi için ret kararının gerekip gerekmediğine ilişkin görüşler ikiye ayrılmaktadır. İşbu alt bölümde bu görüşlere yer verilecek ve sonra görüşlerden hareketle soruna çözüm bulunacaktır. İlk olarak sadece TMK m. 81'in ilk cümlesinden hareketle genel

⁴⁵ Borçlar hukukundan kaynaklanan irade serbestisinin sınırları (TBK m. 27 gibi sınırlar) bu anlamda sınırlar değildir.

⁴⁶ Önerinin, kabul ya da ret oyları ile sonuçlandırılabilir nitelikte olması gerektiği yönünde bkz. Nomer, *Kişi*, 27.

kural üzerinde durulacaktır. İkinci olarak ise TMK m. 81'in ikinci cümlesi analiz edilecektir.

İlk yaklaşım, önerinin reddi için ret kararının gerekmediği, önerinin kabul edilmemesinin bu sonucun doğması için yeterli olduğu şeklindedir. Bu görüşteki yazarlara⁴⁷ göre oylamada kabul oylarının yeter sayıya ulaşması gerekmektedir, kabul oyları yeter sayıya ulaşmadıklarında öneri kabul edilmemiş olacaktır. O halde, kabul oylarının yeter sayıyı aşması ile kabul, aşmaması ile ret yönünde irade oluşmuş olacaktır⁴⁸. Dernek genel kurullarında TMK m. 81'e göre karar yeter sayısının oyların salt çoğunluğu olduğu göz önüne alındığında, bu yaklaşıma göre kabul oyları salt çoğunluğa ulaşmamış ise öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiş⁴⁹ olacak; buna karşın kabul oyları salt çoğunluğa ulaşmış ise öneri kabul edilmiş olacaktır. Eşitlik halinde ise kabul oyları çoğunluğa ulaşmadığı için öneri yine reddedilmiş olacaktır⁵⁰. Görüldüğü üzere bu yaklaşım, öneriye ilişkin yapılan oylamada kullanılan oylar ne olursa olsun, sonucun önerinin kabul edilmemesi ya da kabul edilmesi şeklinde olacağını savunmaktadır⁵¹.

Bu yaklaşımın bir varyasyonu daha söz konusu olabilir. Bu varyasyona göre de öneri sonucunda yapılan oylamada kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşip ulaşmadığına bakılmalıdır; fakat kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşması halinde karar alınmış olmalı, kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşmadığı durumlarda ise karar alın(a)mamış olmalıdır. Başka bir ifade ile, TMK m. 81'de yer alan genel kurul kararı ifadesi ile kastedilen, sadece ve sadece önerinin kabulüdür. Öneri kabul edilmiş ise karar vardır; değilse karar yoktur, genel kurul bu konuda bir hukuki işlem yapmamıştır. Kararın olmaması da önerinin kabul edilmediği sonucunu doğurmaktadır; öneri ya

⁴⁷ Antalya ve Topuz, *Medeni*, 197; MOROĞLU, anonim ortaklıklar hukukunda benzeri soruna ilişkin benzeri görüşü savunmaktadır. Bkz. Moroğlu, *Hükümsüzlük*, 16-7, 138-9.

⁴⁸ Antalya ve Topuz, *Medeni*, 197; Moroğlu, *Hükümsüzlük*, 16-7, 138-9.

⁴⁹ Antalya ve Topuz, *Medeni*, 197; Moroğlu, *Hükümsüzlük*, 16-7, 138-9.

⁵⁰ Moroğlu, *Hükümsüzlük*, 16-7. Yazar ayrıca, red kararının başlı başına bir karar olduğunu, iptal davasına da konu edilebileceğini belirtmekle birlikte (Moroğlu, *Hükümsüzlük*, 139) bir önerinin reddi için red kararının gerekmediğini vurgulamaktadır. Bkz. Moroğlu, *Hükümsüzlük*, 138.

⁵¹ Hemen belirtmek gerekir ki, bu görüş açıkça belirtilmese de çekimser oyların ret oyu hükmünde olması gerektiği görüşünü onaylamaktadır. Önerinin kabul ile sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığına bakan bu görüşe göre kabul oyu olmayan bütün oylar kabul oyu olmamaları sebebiyle ret oyu hükmünde olmalıdır. Çekimser oylar da kabul oyu olmamaları sebebiyle ret oyu olarak ele alınmalıdır.

kabul edilir ve karar olur ya da kabul edilmez. Kabul edilmeme de karar alınmaması eliyle önerinin reddidir.

Hangi varyasyon olursa olsun, ilk yaklaşım önerinin kabul ile sonuçlanmadığını odağına almaktadır. Kabul ile sonuçlanması için de öneriye ilişkin, TMK m. 81'e göre, kullanılan oyların salt çoğunluğunun kabul oyu şeklinde ortaya çıkması gerekmektedir. Durum bu değilse iki varyasyon arasında bir fark oluşmakta, ilk varyasyona göre öneri reddedilmiş olmakta, diğer varyasyona göre ise öneri kabul edilmediği için genel kurul karar alamamış olmaktadır.

Bu yaklaşıma gerekçe ise oylamanın sonucunun ekonomik düzleme nasıl etki ettiğinden hareketle bulunabilir. Gerçekten, önerinin kabul edilmediği durumda ekonomik düzlemde herhangi bir sonuç ortaya çıkmamakta, tüzel kişi herhangi bir şekilde infaz edebileceği bir neticeye varamamaktadır. Dolayısıyla, kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşmadığı durumlarda ister ilk varyasyona göre öneri reddedilmiş olsun ister ikinci varyasyona göre karar alınmamış olsun, ekonomik bir sonuç doğuracak bir davranış tüzel kişi tarafından gerçekleştirilmeyecektir.

Birinci yaklaşımın karşısında kanımca yerinde olan ikinci bir yaklaşım söz konusu olabilir. Bu yaklaşıma göre ise önerinin sonuçlandırılması için öneriyi sonuçlandırma gücüne sahip olan bir oy türünün kanunda öngörölmüş olan karar yeter sayısına ulaşmış olması gerekmektedir⁵². TMK m. 81'e göre kural olarak bu sayı, salt çoğunluktur. Çekimser oyların öneriyi sonuçlandırma gücünün bulunmaması sebebiyle, öneri ancak kabul veya ret oylarının karar yeter sayısı olan salt çoğunluğa ulaşması ile sonuçlandırılabilir⁵³. Kabul veya ret oyunun salt çoğunluğa ulaşmadığı

⁵² Aynı yönde bkz. Nomer, *Kişi*, 38.

⁵³ Aynı yönde bkz. Nomer, *Kişi*, 26 ve 37. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, bu durumu farklı bir şekilde şöyle ifade etmektedirler: "... toplantıya katılan üyelerin yarısından bir fazlasının belirli bir konu hakkında olumlu veya olumsuz yöndeki irade açıklamalarıyla ortaya bir dernek kararı çıkmış olur." bkz. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 616. Kanımca bu ifade, anılan ikinci yaklaşım ile tamamen aynı doğrultudadır; çünkü olumlu ya da olumsuz oyların salt çoğunluğa erişememeleri halinde dernek kararının olmayacağını belirtmektedir ki bu ikinci yaklaşımda varılan sonuçtur; ancak bu ifade, ikinci yaklaşımın karar ile önerinin sonuçlandırılması arasında kurduğu bağı ve çekimser oyların bu bağın neticelenmesindeki rolünü içermemektedir. Kimi yazarlar ise karar yeter sayısına ilişkin olarak "*Oy eşitliği halinde karar alınmamış sayılacaktır.*" şeklinde bir sonuca varmaktadırlar. Bkz. Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 324,

durumda öneri sonuçlandırılmış olmayacağı için, genel kurul bir irade açıklamasında bulunamayacaktır⁵⁴. Bir önceki başlıkta açıklandığı üzere, genel kurulun irade beyanında bulunmasının sınırı öneridir; önerinin sonuçlandırılması ile genel kurul bir irade beyanında bulunabilecek, aksi durumda ise irade beyanında bulunamayacak, dolayısıyla karar alamayacaktır.

O halde, bir önerinin reddi için, onun kabul edilmemesi yetmeyecek, onun reddedilmesi gerekecektir. Onun reddedilmesi ise ancak onun ret ile sonuçlandırılması ile söz konusu olabilecektir, ki bu da ret oylarının salt çoğunluğa ulaşması anlamına gelmektedir. Kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşmaması başlı başına önerinin reddedilmiş olması sonucunu doğurmayacaktır.

Bu noktada kanımca ilk yaklaşım, iki varyasyonu ile ele alınabilir ve eleştirilebilir. İlk yaklaşımın ilk varyasyonunda önerinin oylanması sonucunda iki sonuç ortaya çıkabilmektedir: kabul ya da kabul etmeme. Kabul etmeme ret ile eş tutulmaktadır. İkinci varyasyonda ise önerinin oylanması sonucunda yine iki sonuç ortaya çıkmaktadır: kabul ya da kabul etmeme. Kabul ihtimalinde karar alınmakta, kabul etmeme ihtimalinde ise karar alınmamaktadır.

N. 1405; Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul, 1995), 91; Baygın ve Nar, *Medeni*, 606. Bu yaklaşım ise kanımca anılan ikinci yaklaşım ile aynı doğrultuda değildir, zira olumsuz oyların salt çoğunluğa ulaşmasının da karar alınması sonucu doğuracağını ve dolayısıyla önerinin ret ile sonuçlanması için ret kararı alınması gerektiğini belirtmemektedir. Öte yandan, bu görüş birinci yaklaşım ile de tam olarak uyumlu değildir, zira kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşmamasının tekil olarak etkisinin ne olduğu tam olarak anlaşılammamaktadır. Birinci yaklaşımın ilk varyasyonunda olduğu gibi kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşmamasının tekil olarak ret anlamına geldiği ya da ikinci varyasyonunda olduğu gibi kararın alınıp alınmadığının sadece kabul oylarına bakılarak belirlenebileceği sonuçlarına varılamamaktadır. Oyların eşitliği halinde karar alınmaması, başlı başına ilk varyasyondaki gibi önerinin reddedildiği çıkarımını içermemektedir. Öte yandan bu hal, yine tek başına karar alınması için sadece kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşması gerektiği sonucuna da varmamaktadır. Kanımca bu ifade, çalışmada ele alınan sorunların çözümünde rol oynamamakta, sadece TMK m. 81 hükmünün mefhum-u muhalifindeki olasılıklardan birisini teşkil etmektedir. TMK m. 81 hükmüne göre salt çoğunlukla karar alınabileceksen, bu karar karar alma gücünü haiz oy renklerinden birisinin lehine eşitliğin bozulması ile ancak alınabilecektir; diğer durumlarda ise alınamayacaktır. Bu diğer durumlardan birisi de oyların eşitliğidir. Bu eşitlik ister kabul-ret şeklinde isterse de kabul-çekimser-ret şeklinde ortaya çıkabilir. Her iki durumda da karar alınmamış olacaktır. Bu ihtimaller detaylı olarak aşağıda çeşitli örnekler halinde ele alınmışlardır. Bkz. aşağıda III, D. Ana Sorunun Pratik Çözümü – Sayısal Örnekler.

⁵⁴ Benzer yönde bkz. Nomer, *Kişi*, 38.

Kanımca bu iki varyasyon da yerinde değildir. Yukarıda açıklanan ikinci yaklaşım çerçevesinde bir önerinin oylanması sonucunda üç sonuç ortaya çıkabilmektedir: kabul, ret ya da karar alınmaması. Kabul ihtimalinde kabul oyları, ret ihtimalinde ise ret oyları karar yeter sayısı olan salt çoğunluğa ulaşmaktadır. Karar alınmamasında ise öneriyi sonuçlandırma gücü bulunan iki oy türü olan kabul ve ret oyları salt çoğunluğa ulaşamadığı için karar alınamamakta, dolayısıyla genel kurul iradesini açıklayamamaktadır.

Dikkat edilecek olursa, TMK m. 81'deki genel kuralda herhangi bir oy renginin salt çoğunluğu aranmamaktadır. Örneğin, hükümde genel kurulun karar alınması için kabul oylarının salt çoğunluğa erişmesi gerektiği veya bunun bir sonucu olarak kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşmamasının tek başına önerinin reddedilmiş sayılması sonucunu doğurabileceği düzenlenmemektedir. Bu sebeple birinci yaklaşımın kabul oylarından hareket etmesi, kanımca kanunun düzenleme tarzı ile uyumlu değildir. Birinci yaklaşımın kabul oylarından hareket edilmesinin savunulabilmesi için, kanunun açıkça genel kurul kararını kabul oylarının salt çoğunluğa ulaşması ile ilişkilendirmesi gerekirdi, ki durum bu değildir.

Bu analize ek olarak, birinci yaklaşıma gerekçe teşkil edebilecek olan noktanın da ele alınması gerekmektedir. Bu nokta, önerinin kabul edilmemesi halinde dış dünyada hiçbir değişikliğin meydana gelmeyeceği noktasıdır. Bu nokta ilk bakışta, yukarıda da belirtildiği üzere, ekonomik olarak yerinde gözükmemektedir, gerçekten tüzel kişi dış dünyada onu harekete geçirecek bir irade beyanında bulunmamaktadır; ancak hukuk teorisi açısından durum öyle değildir. Bir durumun hukuk teorisi ile uyumlu olması, onun pozitif normlar ışığında ele alınmasını ve pozitif normlara uygun olmasını gerektirir. Kabul dışındaki diğer sonuçların ekonomik düzlemde hiçbir sonuç doğurmaması ya da infaz edilebilir olmamaları ile onların hukuken irade beyanı olup olmadıkları sorunları arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Birisinin sonucu diğerinin düzleminde çeşitli sonuçlar doğurabilir; ancak birisinin sonucu diğerinin de sonucunu doğrudan belirtmez. Başka bir ifadeyle, kabul etmemenin ekonomik olarak herhangi bir sonuç doğurmaması, başlı başına kabul etmemeyi hukuk düzleminde irade beyanı olmaktan çıkarmaz ya da onun irade beyanı olmasını sağlamaz. Onun irade beyanı olup olmaması, pozitif normlar ışığında tespit edilecektir ve bu tespit de kanımca TMK m. 81 ışığında ikinci yaklaşım çerçevesinde yapılmalıdır. Bu tespit yapıldıktan sonra ekonomik düzlemdeki sonuçları araştırılabilir ve ret kararı ile karar alınmamasının aynı sonucu doğurduğu gözlemlenebilir. Buna bir engel

yoktur; ancak tekrar belirtmekte fayda vardır ki, bu ekonomik düzlemdeki sonuç, hukuk alanındaki bir sonuca doğrudan varılmasını sağlayamaz.

İşbu alt bölümde değinilmek istenen son husus TMK m. 81 hükmünün ikinci cümlesidir. Bu cümleye göre dernek tüzük değişikliği ve derneğin feshi kararları nitelikli çoğunlukla alınmalıdır. Bu nitelikli çoğunluk, oyların üçte ikisidir. İlk yaklaşımın ilk varyasyonuna göre üçte iki kabul oyu yoksa öneri reddedilmiş sayılacak, ikinci varyasyonuna göre ise karar alınmamış olacaktır.

Kanımca ikinci yaklaşımdaki ana kurala, bu cümle ile sadece kabul oyları açısından bir istisna getirilmiştir; zira maddede anılan kararlar önerinin kabul ile sonuçlandırılmasını işaret etmektedirler⁵⁵. O halde, anılan kararları almak için kabul oylarının üçte iki çoğunluğa ulaşması aranmalı, bu önerilerin reddi için ise birinci cümledeki genel kural uygulanmalı ve salt çoğunlukla ret kararı aranmalıdır. Diğer bütün durumlarda ise karar alınmamış ve dolayısıyla genel kurul irade beyanında bulunmamış olmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında konuyla ilgili örnekler ele alınabilir. Örneklerde görüleceği üzere çekimser oylar, sorunun çözümünün berraklaşmasında büyük rol oynayacaklardır.

D. Ana Sorunun Pratik Çözümü - Sayısal Örnekler

Ana sorunun, teorik olarak birinci yaklaşımın iki varyasyonu ve ikinci yaklaşımın tartışılması ile çözümü üzerine, pratik olarak ele alınması gerekmektedir. Bu noktada, varsayımsal bir genel kurul toplantısı üzerinden soruna mercek tutulacaktır.

Varsayımsal olarak çözümlenecek genel kurul toplantısında toplam 100 kişi katılmakta ve 100 geçerli oy kullanılmaktadır. 100 kişi ile toplantı yeter sayısı sağlanmaktadır. TMK m. 81'deki genel kural çerçevesinde 51 oy karar yeter sayısıdır. Bu 100 oyun ne şekilde ortaya çıktığına göre birbirinden ayrışacak olan çeşitli varsayımsal oylama sonuçları üzerinden sorun analiz edilecektir⁵⁶.

⁵⁵ Salt çoğunluğun kabul oylarını belirttiği ile aynı yönde bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 396 N. 1189.

⁵⁶ Oylama sonuçlarında belirtilmeyen oy türüne hiç oy çıkmamıştır. Çekimser oyların olduğu ihtimallerde çekimser oylara ilişkin görüşlere yer verilmiştir; çekimser oyların olmadığı ihtimallerde ise çekimser oylara ilişkin tartışmalara girilmemiştir.

1. Oylama Sonucunun 99 Çekimser ve 1 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 99 Çekimser ve 1 Ret oyunun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-1’de görülebilir.

Oylama sonucu: 99 Çekimser 1 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 1 Ret oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(ii) Geçerli 1 Ret oyu olduğu için öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 100 Ret oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 100 Ret oyu olduğu için öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 1 Ret oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-1		

Görüldüğü üzere; (i), (ii), (iii), (iv) ve (v) numaralı sonuçlarda önerinin reddedildiği sonucuna varılmaktadır. Halbuki genel kurulda önerinin reddedilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiş olan sadece bir üye bulunmaktadır, diğer üyelerin tamamı ne ret ne de kabul yönünde oy kullanmışlardır. Bir üyenin iradesi, bu beş sonucun tamamında genel kurulun iradesini tek başına şekillendirebilmektedir. Bu sonuçlardan herhangi birisi kabul edilirse, gerçekte öneriyi reddetmeyen genel kurulun iradesi önerinin reddi/kabul edilmemesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu durum da kanımca

genel kurulun iradesinin ne denli sağlıklı olduğu açısından soru işaretleri ortaya çıkaracaktır.

Kanımcıca varılması gereken doğru sonuç (vi) numaralı sonuçtur. Bu sonuca göre genel kurulda öneriyi sonuçlandırma gücü olan kabul ve ret oyları 51 oya ulaşamadıkları için genel kurul karar alamamıştır, bir irade beyanında bulunamamıştır. Dolayısıyla öneri henüz sonuçlandırılmamıştır.

2. Oylama Sonucunun 99 Çekimser ve 1 Kabul Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 99 Çekimser ve 1 Kabul oyunun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-2’de görülebilir.

Oylama sonucu: 99 Çekimser 1 Kabul	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli bir oy vardır ve o da 1 Kabul oyudur. Öneri kabul edilmiştir.	(ii) Geçerli 1 Kabul oyu olduğu için öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 99 Ret 1 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 99 Ret oyu olduğu için öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 1 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-2		

Görüldüğü üzere (iii) ve (v) numaralı sonuçlarda öneri reddedilmektedir. Bu sonucun sebebi, çekimser oylara ilişkin yaklaşımlar ne olursa olsun, genel kurul kararlarına ilişkin görüşün sadece kabul oylarına odaklanmasıdır. Sebep bu ise de, oylama sonucunda hiçbir üyenin önerinin reddi yönünde iradesini bildirmediği sabit iken, genel kurulun iradesinin önerinin reddi/kabul edilmemesi şeklinde çıkması, kanımca genel kurulun gerçek iradesini yansıtmayan bir sonuçtur. Bu sebeple genel kurulun iradesinin sağlıklı olup olmadığı yönünde sorunlar doğabilecektir.

(i), (ii), (iv) ve (vi) numaralı sonuçlarda ise çekimser oylara ilişkin yaklaşımlardaki farklılıklar belirginleşmektedir. Bunun sebebi de genel kurul kararlarına ilişkin savunulan yaklaşımdır. (i) ve (ii) numaralı sonuçlarda çekimser oyların geçersiz sayılması sebebiyle öneri sadece bir üyenin kabul oyu sonucunda kabul edilmektedir. Halbuki oylamaya yüz üye katılmıştır. Sadece bir üyenin oyu ile genel kurulun kabul kararı alması kanımca genel kurulun gerçek iradesini yansıtmamaktadır. Benzeri bir durum (iv) numaralı sonuç için de söz konusudur. Bu sonuçta da çekimser oylar ret oyu olarak ele alındığı için, genel kurul 99'a 1 oy ile öneriyi reddetmektedir. Halbuki genel kurula katılan üyelerin bir tanesi dahi iradesini ret yönünde belirtmemiştir. Bu iki sonuçta da genel kurula katılan üyelerin oylama sonucu ile genel kurulun açıklanan iradesi arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

Kanımca (vi) numaralı sonuç varılması gereken sonuçtur. Bu sonuca göre öneriyi sonuçlandırma gücü bulunan oy türleri olan kabul ve ret oylarından herhangi birisi karar yeter sayısına ulaşamadığından genel kurul bir irade açıklamamaktadır. Dolayısıyla öneri sonuçlandırılmamıştır.

3. Oylama Sonucunun 51 Kabul ve 49 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 51 Kabul ve 49 Ret oyunun sayıldığı durumda, genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım iki sonuç vermektedir. Bu sonuçlar Tablo-3'te görülebilir.

Oylama sonucu: 51 Kabul 49 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Görüşlerin çıktıkları	(i) 51 Kabul oyu vardır, karar alınmıştır ve öneri kabul edilmiştir.	(ii) 51 Kabul oyu vardır, öneri kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Tablo-3		

Görüldüğü üzere genel kurul kararlarına ilişkin hangi görüş savunulursa savunulsun, bu ihtimalde varılan sonuçlar aynı olmaktadır. Öneri kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır.

4. Oylama Sonucunun 51 Kabul ve 49 Çekimser Oy Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 51 Kabul ve 49 Çekimser oyun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-4’te görülebilir.

Oylama sonucu: 51 Kabul 49 Çekimser	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) 51 Kabul oyu vardır, karar alınmıştır ve öneri kabul edilmiştir.	(ii) 51 Kabul oyu vardır, öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).

Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 51 Kabul oyu vardır, karar alınmıştır ve öneri kabul edilmiştir.	(iv) 51 Kabul oyu vardır, öneri kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 51 Kabul oyu vardır, karar alınmıştır ve öneri kabul edilmiştir.	(vi) 51 Kabul oyu vardır, öneri kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Tablo-4		

Görüldüğü üzere çekimser oylara ve genel kurul kararlarına ilişkin hangi görüş savunulursa savunulsun, bu ihtimalde varılan sonuç aynı olmaktadır. Öneri kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır.

5. Oylama Sonucunun 50 Kabul, 49 Ret ve 1 Çekimser Oy Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 50 Kabul, 49 Ret ve 1 Çekimser oyun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-5'te görülebilir.

Oylama sonucu: 50 Kabul 49 Ret 1 Çekimser	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 50 Kabul oyu ve 49 Ret oyu vardır. Öneri kabul edilmiştir.	(ii) Geçerli 50 Kabul ve 49 Ret oyu olduğu için öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 50 Ret 50 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 50 Kabul ve 50 Ret oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı

		olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 50 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 50 Kabul, 49 Ret ve 1 Çekimser oy vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-5		

Görüldüğü üzere altı sonuç arasındaki ana ayrışma genel kurul kararlarına ilişkin yaklaşım tercihinde ortaya çıkmaktadır. Kabul oyları eksenli olan birinci yaklaşım kabul edildiğinde, kural olarak 51 Kabul oyuna ulaşılmadığı için öneri kabul edilmemiş/reddedilmemiş olmaktadır. Bunun tek istisnasını çekimser oyların geçersiz sayıldığı yaklaşım oluşturmaktadır, o durumda da öneri kabul edilmektedir.

Diğer yaklaşıma göre ise öneri ya oyçokluğu ile kabul edilmekte ya da sonuçlandırılmamış olmaktadır. Kanımca, öneri sonuçlandırılmamıştır ve (v) numaralı sonuçtaki gibi oyların eşitliği söz konusu değildir. Bu sebeple (vi) numaralı sonuca varılması gerekmektedir.

6. Oylama Sonucunun 50 Kabul, 49 Çekimser ve 1 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 50 Kabul, 49 Çekimser ve 1 Ret oyunun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermekteler. Bu sonuçlar Tablo-6'da görülebilir.

Oylama sonucu: 50 Kabul 49 Çekimser 1 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 50 Kabul ve 1 Ret oyu vardır. Öneri kabul edilmiştir.	(ii) Geçerli 50 Kabul ve 1 Ret oyu olduğu için öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 50 Ret 50 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 50 Kabul ve 50 Ret oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 50 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 50 Kabul, 1 Ret ve 49 Çekimser oy vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-6		

Görüldüğü üzere bir önceki ihtimale benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Kabul edilecek görüşlere göre ret, önerinin sonuçlandırılmaması ve kabul sonuçları ortaya çıkmaktadır. Kanımca, öneriyi sonuçlandırma gücü bulunan oy türlerinden (kabul/ret) birisinin 51 yeter sayıya ulaşamaması sebebiyle ortaya çıkan (vi) numaralı sonuç yerinde olan sonuçtur.

7. Oylama Sonucunun 50 Çekimser ve 50 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 50 Çekimser ve 50 Ret oyunun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-7’de görülebilir.

Oylama sonucu: 50 Çekimser 50 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 50 Ret oyu vardır. Öneri reddedilmiştir.	(ii) Geçerli 50 Ret oyu olduğu için öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 100 Ret vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 100 Ret oyu olduğu için öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 50 Çekimser ve 50 Ret oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 50 Çekimser ve 50 Ret oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-7		

Görüldüğü gibi varılan sonuçlardan beş tanesinde farklı görüşlerden hareketle de olsa önerinin kabul edilmemesi/reddedilmesi sonucu doğmaktadır. Genel kurula katılan üyelerin yeter sayı kadar çoğunluğu, ret oyu vermemesine rağmen bu sonuca varılması kanımca yerinde değildir. Bu sebeple (vi) numaralı sonuç öne çıkarılmalı ve öneriyi sonuçlandırabilme

gücü olan oy türlerinden (kabul/ret) birisinin salt çoğunluğa ulaşamaması sebebiyle genel kurulun irade beyanında bulunamadığı kabul edilmelidir. Bu sebeple, öneri henüz sonuçlandırılmamıştır.

8. Oylama Sonucunun 50 Çekimser ve 50 Kabul Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 50 Çekimser ve 50 Kabul oyunun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-8’de görülebilir.

Oylama sonucu: 50 Çekimser 50 Kabul	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 50 Kabul oyu vardır. Öneri kabul edilmiştir.	(ii) Geçerli 50 Kabul oyu olduğu için öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 50 Ret ve 50 Kabul oyu bulunmaktadır. 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 50 Ret ve 50 Kabul oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 50 Çekimser ve 50 Kabul oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 50 Çekimser ve 50 Kabul oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.

Tablo-8

Görüldüğü üzere altı sonucun içerisinde önerinin kabulü, önerinin reddi ve önerinin sonuçlandırılmaması sonuçlarının tamamı ortaya çıkmaktadır. Kanımca, (vi) numaralı sonuç yerindedir, zira öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türleri (kabul/ret) karar yeter sayısına ulaşamamışlardır. (i) ve (ii) numaralı sonuçlarda kabul sonucuna varılması kanımca yerinde değildir; çünkü kabul oyları genel kurulda oy kullanan üyelerin salt çoğunluğuna ulaşamamıştır. (iii) ve (v) numaralarda ortaya çıkan ret sonucu da kanımca yerinde değildir; zira genel kurul üyelerinden bir tanesi dahi ret yönünde irade göstermemişlerken, önerinin reddedilmesi genel kurulun gerçek iradesini yansıtmayacaktır. Bu sebeple kanımca önerinin sonuçlandırılmadığı, genel kurulun bir irade açıklamasında bulunamadığı sonucuna varılmalıdır.

9. Oylama Sonucunun 50 Kabul ve 50 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 50 Kabul ve 50 Ret oyunun sayıldığı durumda, genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım iki sonuç vermektedir. Bu sonuçlar Tablo-9’da görülebilir.

Oylama sonucu: 50 Kabul 50 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Görüşlerin çıktıkları	(i) 50 Kabul oyu vardır. 51 Kabul oyu bulunmamaktadır, öneri kabul edilmemiştir.	(ii) 50 Kabul ve 50 Ret oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-9		

Görüldüğü üzere bu durumda oy eşitliği söz konusudur⁵⁷ ve iki sonuç ortaya çıkmaktadır. (i) numaralı sonuca göre öneri kabul edilmediği için reddedilmiş iken, (ii) numaralı sonuca göre öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türleri (kabul/ret) karar yeter sayısına ulaşamadıkları için karar alınamamış, genel kurul irade açıklayamamıştır. Kanımca (ii) numaralı sonuç yerindedir. Karar yeter sayısına her iki tarafın da ulaşamadığı durumda, bir taraf lehine sonuç doğurulması, kanunda karar yeter sayısının aranması ile bağdaşmayacaktır. Kanunda benimsenen çözüm, genel kurulun iradesini açıklayabilmesi için karar yeter sayısına ulaşılmasıdır. Somut olayda bu gerçekleşmemiştir. Bu sebeple genel kurul irade açıklayamamıştır.

10. Oylama Sonucunun 49 Kabul, 50 Çekimser ve 1 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 49 Kabul, 50 Çekimser ve 1 Ret oyunun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-10'da görülebilir.

Oylama sonucu: 49 Kabul 50 Çekimser 1 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 49 Kabul ve 1 Ret oyu vardır. Öneri kabul edilmiştir.	(ii) Geçerli 49 Kabul ve 1 Ret oyu olduğu için öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 51 Ret ve 49 Kabul oyu bulunmaktadır. 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 51 Ret ve 49 Kabul oyu bulunmaktadır. Öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).

⁵⁷ Oy eşitliğine ilişkin öğretilerdeki yaklaşımlar ve eleştirisi için bkz. yukarıda III, C. Ana Sorunun Teorik Çözümü dn. 53.

Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 49 Kabul 50 Çekimser 1 Ret oyu vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 49 Kabul 50 Çekimser 1 Ret oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-10		

Görüldüğü üzere altı sonuç geniş bir yelpazede oluşmaktadır: kabul, red ve karar alınamaması. (i) ve (ii) numaralı kabul sonuçları ve (iv) ve (v) numaralı ret sonuçları kanımca yerinde değillerdir; çünkü genel kurulda kabul ya da ret oyları kanunda aranan yeter sayıya ulaşamamışlardır. Hal bu iken genel kurulun kabul ya da ret yönünde irade belirttiğinin savunulması kanımca mümkün değildir. (vi) numaralı sonuç ise varılması gereken sonuçtur. Öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türleri karar yeter sayısına ulaşamamışlardır, bu sebeple karar alınamamıştır, genel kurul herhangi bir irade açıklayamamıştır.

11. Oylama Sonucunun 49 Kabul, 50 Ret ve 1 Çekimser Oy Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 49 Kabul, 50 Ret ve 1 Çekimser oyun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-11’de görülebilir.

Oylama sonucu: 49 Kabul 50 Ret 1 Çekimser	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 49 Kabul ve 50 Ret oyu vardır. Öneri kabul edilmemiştir.	(ii) Geçerli 49 Kabul ve 50 Ret oyu olduğu için öneri alınan ret kararı ile

		sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 51 Ret ve 49 Kabul oyu bulunmaktadır. 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 51 Ret ve 49 Kabul oyu bulunmaktadır. Öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 49 Kabul 50 Ret 1 Çekimser oy vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 49 Kabul 50 Ret 1 Çekimser oy vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-11		

Görüldüğü üzere bir önceki ihtimaldekine benzer bir şekilde ret, kabul ve karar alınamaması şeklinde üç farklı sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanımca, yine bir öncekine benzer bir şekilde (vi) numaralı sonuç yerindedir.

12. Oylama Sonucunun 49 Kabul ve 51 Çekimser Oy Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 49 Kabul ve 51 Çekimser oyun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler. Bu sonuçlar Tablo-12’de görülebilir.

Oylama sonucu: 49 Kabul 51 Çekimser	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 49 Kabul oyu vardır. Öneri kabul edilmiştir.	(ii) Geçerli 49 Kabul oyu olduğu için öneri alınan kabul kararı ile sonuçlandırılmıştır (kabul edilmiştir).
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 51 Ret ve 49 Kabul oyu bulunmaktadır. 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 51 Ret ve 49 Kabul oyu bulunmaktadır. Öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 49 Kabul 51 Çekimser oy vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 49 Kabul 51 Çekimser oy vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-12		

Görüldüğü üzere, sonuçlar kabul, ret ve karar alınamaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kanımca yerinde olan sonuç, öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinin (kabul/ret) karar yeter sayısına ulaşamamış olması sebebiyle (vi) numaralı sonuçtur. Her ne kadar çekimser oylar karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşmış olsalar dahi, çekimser oyların öneriyi sonuçlandırma gücü olmadığı için, genel kurul bir karar alamamış, herhangi bir irade beyanında bulunamamıştır.

13. Oylama Sonucunun 49 Kabul ve 51 Ret Oyu Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 49 Kabul ve 51 Ret oyunun sayıldığı durumda, genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım iki sonuç vermektedir. Bu sonuçlar Tablo-13'te görülebilir.

Oylama sonucu: 49 Kabul 51 Ret	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Görüşlerin çıktıkları	(i) 49 Kabul oyu vardır. 51 Kabul oyu bulunmamaktadır, öneri kabul edilmemiştir.	(ii) 49 Kabul ve 51 Ret oyu vardır. Öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Tablo-13		

Görüldüğü gibi, iki durumda da aynı sonuca varılmaktadır. (i) numaralı sonuçta öneri kabul edilmediği için reddedilmekte, (ii) numaralı sonuçta ise öneri genel kurulun iradesini ret kararı olarak açıklaması suretiyle alınan ret kararı ile sonuçlandırılmaktadır.

14. Oylama Sonucunun 33 Kabul, 33 Ret ve 34 Çekimser Oy Olduğu Varsayım

Yapılan oylama sonucunda 33 Kabul, 33 Ret ve 34 Çekimser oyun sayıldığı durumda, çekimser oylara ilişkin üç farklı yaklaşım ve genel kurul kararlarına ilişkin iki farklı yaklaşım bir arada düşünüldüklerinde toplam altı sonuç vermektedirler⁵⁸. Bu sonuçlar Tablo-14'te görülebilir.

⁵⁸ Benzeri bir ihtimal, *GÖKDEMİR TAMER* tarafından da dikkate alınmıştır. Yazar, böyle bir durumda önerinin reddinin adil olmayacağını vurgulamış, bu adaletsizliğin İsviçre hukukunda olan çekimser oyların dikkate alınmayacağını belirten hükme benzer bir hükmün tesis edilmesi eliyle çözülebileceğini belirtmiştir. Bkz. Gökdemir Tamer, *Anonim*, 66 dn. 236. Bu konu aşağıda ele alınacaktır. Bkz. aşağıda III, E. Değerlendirmeler.

Oylama sonucu: 33 Kabul 33 Ret 34 Çekimser	“Kabul oyları karar yeter sayısına ulaşmamışsa öneri kabul edilmeme (reddedilme/karar alınmaması) ile sonuçlandırılmıştır” görüşü	“Genel kurulun irade açıklayabilmesi (karar alabilmesi) için oylanan öneriyi sonuçlandırma gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisinin karar yeter sayısına ulaşması gereklidir” görüşü
Çekimser oyları geçersiz oy olarak değerlendiren görüş	(i) Geçerli 33 Kabul ve 33 Ret oyu vardır. Öneri, kabul oyları salt çoğunluğa erişemedikleri için kabul edilmemiştir.	(ii) Geçerli 33 Kabul ve 33 Ret oyu vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan salt çoğunluğa ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Çekimser oylara ret oyu hükmü atfeden görüş	(iii) 64 Ret ve 33 Kabul oyu bulunmaktadır. 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(iv) 64 Ret ve 33 Kabul oyu bulunmaktadır. Öneri alınan ret kararı ile sonuçlandırılmıştır (reddedilmiştir).
Çekimser oylara çekimser oy hükmü atfeden görüş	(v) 33 Kabul, 33 Ret ve 34 Çekimser oy vardır ve 51 Kabul oyu yoktur. Öneri kabul edilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir.	(vi) 33 Kabul, 33 Ret ve 34 Çekimser oy vardır. Öneriyi sonuçlandırabilme gücü olan oy türlerinden (kabul/ret oyları) birisi karar yeter sayısı olan 51 oya ulaşamamıştır. Genel Kurul karar alamamıştır, öneri sonuçlandırılmamıştır.
Tablo-14		

Görüldüğü üzere, altı sonuç ihtimalinden üç farklı sonuç ortaya çıkmaktadır: kabul, ret ve karar alınmaması. Kabul ve ret ihtimallerinde, 33'er oy alan bu oy türlerinin iradesi, bütün genel kurulun iradesi olarak şekillenmektedir ki bu kanımca yerinde bir sonuç değildir. Bu sebeple, çekimser oyları da geçersiz saymamasının da etkisiyle, (vi) numaralı sonuç yerindedir, öneri sonuçlandırılmamıştır. Genel kurul herhangi bir irade beyanında bulunamamıştır.

E. Değerlendirmeler

Genel kurul kararları çekimser oyları ekseninde gerek teorik olarak gerekse de pratik olarak anılan ihtimaller çerçevesinde analiz edilmişlerdir. İhtimaller elbette çoğaltılabilir, bu ihtimallerden başka bir somut olayla da karşılaşmak mümkündür. Bu noktada ihtimallere ve çıkan sonuçlara ilişkin değerlendirmeler yapılabilir.

İlk olarak ihtimallerin gerçekleşme olasılıkları üzerinde durulmalıdır. İhtimallerin bazıları, gerçekleşmesi çok güç ihtimaller olarak göze çarpabilir. Bu gerçekten de böyledir. Bir oylamada üyelerin çok büyük bir çoğunluğunun çekimser oy vermesi olasılığı neredeyse sıfır olabilir; ancak bu durum olasılığın sıfır olduğu anlamına gelmemektedir. Hukuk düzenince açıkça yasaklanmadığı müddetçe her somut olaya hukuk düzeni bir şekilde çözüm bulmak zorundadır, hukukun gerçekleşme ihtimali düşük olayları dışlaması söz konusu olamaz. Bu sebeple, varılacak teorik sonucun ya da savunulacak fikirlerin gerçekleşme ihtimalleri düşük olsun ya da olmasın bütün ihtimalleri kapsamaması gerekmektedir. Bu sebeple yapılan analizlerde bu türden ihtimallere de yer verilmiştir.

İkinci olarak, ihtimallerin çözümlerinden de görüleceği üzere, önerinin sonuçlandırılmaması ile karşılaşmaktadır. Kanımca, bu duruma kanun koyucu tarafından bir çözüm bulunması gerekmektedir. Önerinin sonuçlandırılmadığı durumların ne kadar sürebileceği, bir başka deyişle önerinin bir noktada sonuçlandırılmasının gerekip gerekmediği üzerine kanun koyucunun bir tercih yapması uygun olacaktır.

Nitekim, TTK m. 390/3'te Anonim Ortaklık yönetim kurulu kararlarına ilişkin olarak kanun koyucu şöyle bir düzenleme getirmiştir: *“Oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır.”*. Görüldüğü gibi kanun koyucu, sadece oyların eşitliği ihtimaline ilişkin de olsa, önerinin sonuçlandırılmamasının yalnızca bir oylama sürebileceğini düzenlemiştir. Bu hükmün kıyasen dahi olsa diğer özel hukuk tüzel kişilerine uygulanabilmesi kanımca mümkün değildir; zira TMK m. 5 çerçevesinde özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin temel hükümler TTK'daki anonim ortaklık hükümleri değildir. Bu sebeple benzeri amaca dönük bir düzenlemenin TMK'da tüzel kişilerin tamamına ve dolayısıyla diğer tüzel kişilerin organlarına da uygulanabilir bir şekilde getirilmesi yerinde olacaktır. Takdir, şüphesiz kanun koyucundur.

IV. SONUÇ

Çalışmada çekimser oylara ilişkin ve dernek genel kurul kararlarına ilişkin ayrı ayrı çeşitli sonuçlara ulaşılmış, bunlar çeşitli pratik örnekler üzerinden analize tabi tutulmuşlardır.

Çalışmada ilk olarak çekimser oylar etraflıca ele alınmışlardır. Bu çerçevede yapılan incelemelerde genel kurulda oylanana öneriye ilişkin çekimser yöndeki irade açıklamalarının tıpkı kabul ve ret yönlü olanlar gibi birer oy oldukları sonucuna varılmıştır. İzleyen bölümde, bunların kullanılıp kullanılmayacakları dernek tüzükleri ve Anayasa'daki temel ilkeler çerçevesinde incelenmiş ve karine olarak bunların kullanılmasının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. Son olarak ise çekimser yöndeki irade açıklamalarının oylamanın sonunca yapılan oy sayımında çekimser oy olarak ele alınması gerektiği, ret ya da geçersiz olarak sayılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Bu sonuçlar ışığında ana sorun çeşitli şekillerde ele alınmıştır. İlk olarak genel kurul kararlarının gündemdeki öneri üzerinden anlaşılması gerektiği, kararın sınırının bu öneri olduğu ve dolayısıyla kararın bu öneriyi sonuçlandırmak anlamına geldiği tespit edilmiştir. İkinci olarak ise ana sorunun teorik çözümü yapılmış ve önerinin reddedilmesi için mevcut pozitif hukuka göre ret kararı alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Son olarak ise ana soruna ilişkin çeşitli varsayımsal genel kurul oylama sonuçları üzerinden hem çekimser oylar hem de genel kurul kararlarına ilişkin ele alınan görüşler tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda önerinin sonuçsuz kalacağı pek çok durum olduğu görülmüş, bu sonuçsuzluğun giderilmesi gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır.

KAYNAKÇA

1. Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
2. Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul, 1995.
3. Altaş, Hüseyin. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*. Ankara: Yetki Yayınları, 2020.
4. Antalya, Gökhan ve Murat Topuz. *Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Marmara Hukuk Yorumu C. 1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
5. Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler II – Anonim Şirketin Organizasyonu*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959.
6. Baygın, Cem ve Ahmet Nar. *Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
7. Boyar, Oya. *Anayasa ve Özel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
8. Coştan, Hülya. “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, 3 (2012): 155-190.
9. Çeker, Mustafa. *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, 2000.
10. Dağ, Üner. *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1996.
11. Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi C. 2*. İstanbul: 1988.
12. Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku C. II: Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
13. Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku C. I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
14. Evren, Çınar Can. “İdare Hukukunda Kurul Üyesinin Çekimsiz Oy Kullanması.” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 1 (Nisan 2020): 1551-1562.
15. Gökdemir Tamer, Tülay. *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

16. İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Yasa Yayıncılık A.Ş., 1989.
17. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (kazanci.com.tr)
18. Kılıçoğlu, Ahmet. *Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
19. Kırca, İsmail, Feyzan Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, 2017.
20. Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*. İstanbul: Garanti Matbaası, 1968.
21. Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
22. Köprülü, Bülent. *Medeni Hukuk Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler) (1-2. Kitaplar)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Acar Matbaacılık Tesisleri, 1984.
23. Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
24. Nomer, Haluk N. *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*. İstanbul: Beta Basım AŞ, 2008.
25. Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk: Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
26. Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
27. Okçuoğlu, Yavuz. “Anonim ve Kooperatif Şirketler Genel Kurul Kararlarının İptali İçin Gerekli Olan Muhalefet ve Muhalefeti Tutanağa Geçirilmesi (TTK 381/1 ve Koop K. 53/1).” içinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II (11-12 Ocak 1985)*, 269-283. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1985.
28. Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar*. İstanbul 1982.
29. Paslı, Ali. “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan ‘Oy’un Hukuki Niteliği (Bölüm I: Kavram).” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXVII, 1-2 (2009): 167-182.
30. Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
31. Sabuncu, Burak. “*Derneklerde Genel Kurul Organı*.” Doktora tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.

32. Serozan, Rona, Yeşim Atamer ve Baki İlkay Engin. *Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2022.
33. Süleymanlı, Server. *Anonim Şirketlerde Oy Hakkı*. Bakı: 2005.
34. Şener, Esat. *Kişinin (Şahsın) Hukuku – Dernekler ve Vakıflar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.
35. Tekinalp, Ünal. “Olumlu veya Çekimsiz Oy Kullanan Payscale İptal Davası Açabilir mi?” *İktisat ve Maliye* 29, 7 (1982): 278-280.
36. Teoman, Ömer. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü T. İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, 1983.
37. Tüzemen Atik, Ebru. “Anonim şirket Genel Kurul Kararlarının İptalinde ‘Muhalefetin Tutanağa Geçirilmesi’ Koşulu ve Özellikle ‘Peşinen Muhalefet’in Geçerliliği Sorunu.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 1 (2022): 1006-1046.
38. Uysal, Levent. “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu – I.” *TBB Dergisi*, 80 (2009): 315-366.
39. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku C. 1- Cüz 1 – Umumi Esaslar*. İstanbul: Nur Ofset Matbaa ve Klişe Sanayii Kol. Şti., 1959.
40. Yılmaz, Süleyman. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.

KAT MALİKLERİNİN ORTAK GİDERE KATILMA PAYININ DEĞİŞTİRİLMESİ

*Changing the Share of Communal Charges and Costs
of the Condominium Owners*

Musa Furkan ŞAHİN*

Öz

Bağımsız bölüm maliklerinin ortak gidere katılma yükümlülüğü Kat Mülkiyeti Kanunu madde 20’de düzenlenmektedir. Bu maddede bazı ortak giderler bakımından eşit dağılım, bazıları bakımından ise arsa payı oranında katılma esası yer almaktadır. Ancak kat malikleri anlaşarak ortak gidere katılma payında değişiklik yapabilirler. Bu anlaşma, kat malikleri kurulu kararı ile veya yönetim planında bu konuda bir hüküm varsa bunun değiştirilmesi ile sağlanabilir. Kat malikleri ortak giderlerin tamamı veya bazıları bakımından farklı bir katılma payını esas alabilirler. Bunun yanında, kat maliklerinin bağımsız bölüm maliklerinden bazıları için katılma payını değiştirmeleri veya kaldırmaları mümkündür. Hâkim, kat maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yapmalarına kural olarak müdahale edemez. Ancak bu kararın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması veya karar için gerekli çoğunluğun sağlanamaması hâllerinde hâkimin müdahalesi mümkündür. Bu makalede, kat maliklerinin ortak gidere katılma payının değiştirilmesi, katılma payının belirlenmesinde esas alınabilecek unsurlar, katılma payının değiştirilmesi usulü ve hâkimin müdahalesi incelenmektedir. Bu hususlar, İsviçre Medeni Kanunu’nun 712h maddesi ile karşılaştırılmalı olarak ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti, Ortak Yer, Ortak Gider, Ortak Gidere Katılma Payının Değiştirilmesi, Kat Malikleri Kurulu Kararı

Makalenin Geliş Tarihi: 12.10.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 13.03.2024.

* Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: musafurkan.sahin@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7277-1013.

Abstract

The obligation of condominium owners to bear communal charges and costs is regulated in Article 20 of the Condominium Law. According to this article, for some communal charges and costs, the principles of equal allocation and for others, the principles of sharing in proportion to the land share are applied. However, the condominium owners can make changes in the allocation of communal charges and costs by consensus. This consensus can be provided by the decision of the assembly of condominium owners or by amending the deed of constitution if there is a provision in this regard. As a rule, judge cannot intervene in the changes made by the condominium owners in the allocation of communal charges and costs. However, the judge may intervene if the changes can be considered as an abuse of the right or if the majority required for the decision is not met. In this article, the changing the share of communal charges and costs of the condominium owners, the elements that can be taken as a basis for determining the allocation of communal charges and costs, the procedure for the change in allocation and the intervention of the judge in changes in allocation are examined.

Keywords: Condominium, Communal Part, Communal Charges and Costs, Changing the Share of Communal Charges and Costs, Decision of the Assembly of Condominium Owners

GİRİŞ

Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m. 2/I-b'de “*ortak yer*”, “*Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarıyan yerler*” olarak tanımlanmıştır. Bağımsız bölümlerin malikleri, ortak yerleri kullanabilirler ve bu yerlerden faydalanabilirler. Buna karşılık, kat maliklerinin ortak yerlere ilişkin yükümlülükleri de bulunmaktadır. Nitekim ortak yerler ve anagayrimenkul için birtakım harcamalar yapılmaktadır. Ortak yerlere ilişkin bu masraflar ortak gider niteliğindedir ve bunlara anagayrimenkulü oluşturan bağımsız bölümlerin maliklerinin katlanmaları gerekir. Ortak gidere ilişkin borç, eşyaya bağlı borç niteliğindedir¹.

¹ Arthur Meier-Hayoz ve Heinz Rey, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. IV/1/5: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum IV* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1988),

KMK m. 20/I'in a bendinde “kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderleri”, b bendinde ise “anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderler ve ortak tesislerin işletme giderleri” ortak gider olarak sayılmaktadır. Hükmün a bendindeki ortak giderler sınırlı olarak sayılmışken, b bendinde yer alan ortak giderler sınırlı sayıda değildir². Diğer bir ifadeyle, bu iki bentte belirtilmemiş olan giderlerin tamamı b bendi kapsamındaki ortak giderler olarak kabul edilir³. Hangi ortak giderin hangi

Art. 712h ZGB, N. 9; Renè Bösch, *BSK - Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Art. 712h ZGB, N. 4; Amédéo Wermelinger, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB* (Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 712h ZGB, N. 1; Michel Pellascio, *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch): ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), Art. 712h ZGB, N. 7; Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), İkinci Bölüm/§2/IV/B/3/b; Ekrem Kurt, “Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 4, no. 14 (2013): 301; Ahmet Ayar, “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Paylaşılması Sorunu,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 863. “Ortak gider” kavramı ile kira sözleşmelerindeki “yan gider” kavramı arasındaki fark için bkz. Seda Öktem Çevik, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 2 (2012): 220-221.

² KMK m. 20/I-a'da eşit olarak paylaştırılan ortak giderler sınırlı olarak sayılmıştır. Zira bu hükümde diğer giderlerin de bu hükme dâhil edilebileceğine ilişkin bir ifade (mesela “gibi” ifadesi) bulunmamaktadır. Bu sebeple, a bendinde yer almayan hizmetlere ilişkin giderler eşit olarak değil, b bendine göre bağımsız bölümlerin arsa payı oranına göre paylaştırılmalıdır, bkz. Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 380. Yargıtay, bir kararında, bahçeden bütün kat maliklerinin yararlanması yönünde karar alındığı için bahçenin bakımı, korunması, onarımı ve bahçıvan parası gibi giderlerin ortak gider olduğunu kabul etmiştir, bkz. Y. 5. HD, E.1980/9214, K.1981/918, 05.02.1981 (Kazancı).

³ Şengül, *Toplu Yapı*, 383; Ayar, “Ortak Gider,” 865. Yargıtay kararlarında da KMK m. 20/I'de sayılmayan ortak giderlerin b bendinde yer alan arsa payı oranında paylaşılması kuralına tabi olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bir Yargıtay kararında bağımsız bölümlerin “anataşınmazın çatı onarımı, merdiven kovanının badanası ve boyanması, giriş kapısına vastas takılması, elektrik panosunun içindeki santralin değiştirilmesi, bina rögarlarının değiştirilmesi, pimaş borusu alınıp pis su giderinin tamamen ana kanalizasyona bağlanması” işlerinin yaptırılması ve “binanın bodrum katına dolan yağmur sularının boşaltılması için dalgıç su pompası ve hortumunun satın alınması”na ilişkin ortak giderlere arsa payı oranında katılmaları gerektiği belirtilmiştir, bkz. Y. 18. HD, E.2011/4849, K.2011/8903, 19.09.2011 (Kazancı).

bent kapsamında olduğu, bağımsız bölüm maliklerinin bu gidere hangi esasa göre katılacağı hususunda önem arz etmektedir. Nitekim KMK m. 20/I'de a ve b bentlerindeki ortak giderlere ilişkin farklı paylaşım esasları düzenlenmiştir. Bu maddedeki a bendinde yer alan ortak giderlere kat malikleri eşit olarak katlanmakla yükümlüdürler. Kat malikleri, b bendinde yer alan ortak giderlere ise kendi arsa payı oranında katlanmalıdırlar⁴.

İsviçre hukukunda ortak gidere ilişkin düzenlemeler, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 712h'de yer almaktadır. İMK m. 712h/II'de dört bent hâlinde ortak giderler sayılmıştır. Birinci bentte, anagayrimenkulün ortak yerlerinin ve tesislerinin bakımı, onarımı ve yenilenmesi için yapılan harcamaların; ikinci bentte, yönetim masraflarının; üçüncü bentte, vergi ve diğer resmî ödemelerin; dördüncü bentte ise, faiz ve amortisman ödemelerinin ortak gider olduğu düzenlenmektedir. Bu hükümdedekiler dışındaki masraflar da ortak gider olabilir⁵. Doktrinde bunlara örnek olarak, ortak televizyon ve radyo yayın sistemlerinin bakımı, zil ve kapı açma sisteminin bakımı, ortak alanların aydınlatma masrafları gibi harcamalar verilmektedir⁶. İsviçre hukukunda ortak gidere katılma payı hususunda İMK m. 712h'de herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu hükümde, bütün ortak giderlere kat maliklerinin kendi arsa payı oranında katlanmaları gerektiği düzenlenmektedir⁷.

Yakıt ve demirbaş giderlerini bağımsız bölümlerin maliklerinin arsa payı oranında ödemeleri gerektiğine ilişkin bkz. Y. 5. HD, E.1990/26550, K.1991/8730, 14.03.1991 (Kazancı). Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda anagayrimenkule çatı yapılmış ve bağımsız bölüm maliklerinden ortak gidere eşit miktarda katlanmaları istenmiştir. Yargıtay, bu ortak gider bakımından bağımsız bölümlerin arsa payı oranında sorumlu olduklarını belirtmiştir, bkz. Y. 20. HD, E.2019/4681, K.2020/37, 13.01.2020 (Kazancı).

⁴ Yargıtay kararına konu olan bir olayda anagayrimenkulde onarım yapılmış ve kat malikleri masraflara eşit miktarda katılmışlardır. Yargıtay, onarım giderlerine ilişkin yönetim planında bir hüküm bulunmadığını, bu sebeple KMK m. 20/I-b bendine göre bağımsız bölümlerin arsa payı oranında ödeme yapması gerektiğini belirtmiştir, bkz. Y. 18. HD, E.2001/11379, K.2002/561, 23.01.2002 (Kazancı).

⁵ Bösch, *BSK*, Art. 712h ZGB, N. 7; Hans-Peter Friedrich, *Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer* (Bern: Verlag Stampfli & Cie, 1965), §17, N. 4; Lena Anna Manz, "Unterhalt und Ersatzneubau im Stockwerkeigentum Elemente zur Bewältigung von Sanierungsblockaden," *Zürcher Studien zum Privatrecht* 305 (2021): N. 350. Aynı yönde bkz. Bundesgericht, 5A_373/2021, E. 2.5.

⁶ Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §17, N. 5.

⁷ Ortak giderlere arsa payı oranında katılmanın acil önlemler bakımından da uygulanacağına ilişkin bkz. BGE 147 III 553, 559.

KMK m. 20/I-c bendinde kat maliklerinin ortak gidere katılma yükümlülüğünden kurtulamamasına ilişkin bir kural bulunmaktadır. Bu hükme göre, kat maliki ortak yeri kullanma hakkından vazgeçse veya ortak yerden yararlanmasına lüzum ve ihtiyacı bulunmadığını ileri sürse dahi ortak gidere katlanmalıdır⁸. Ancak kat malikleri dilerlerse bu kuralın aksini kararlaştırabilirler⁹. Böylece bir ortak yeri kullanmayan kat maliki, o ortak yere ilişkin giderlere katlanmama imkânına sahip olabilir.

⁸ Kat malikinin objektif sebeplerle ortak yerden faydalanamaması hâlinde KMK m. 20/I-c bendinin lafzına rağmen, ortak gidere katılmasının istenemeyeceğine ilişkin bkz. Safa Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti* (Ankara: 1969), 73; Şengül, *Toplu Yapı*, 405; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, İkinci Bölüm/§2/IV/B/3/c/aa/ccc. Yargıtay da bir kararında, iskân ruhsatında merkezi ısıtma sisteminden ayrık tutulan bağımsız bölümlerin yakıt giderine katlanmaması yönünde karar vermiştir, bkz. Y. 18. HD, E.2001/12052, K.2002/1807, 15.02.2002 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Y. 18. HD, E.2002/3247, K.2002/3777, 08.04.2002 (Kazancı). Yargıtay kararına konu olan bir olayda davalı bağımsız bölüm malikinden ısınma dâhil aidat borcu, çatı izolasyonu ve yağmur olukları onarım gideri talep edilmektedir. Yargıtay, kat malikinın kalorifer peteklerini sökmesinin ve ısıtma sistemini kullanmıyor olmasının ısıtma giderlerinden muaf olması sonucunu doğurmayacağını kabul etmiştir. Bu sebeple, davalı kat malikinın diğer ortak giderlerle birlikte ısıtma giderlerinden de sorumlu tutulmasına karar verilmiştir, bkz. Y. 18. HD, E.2001/3889, K.2001/4418, 03.05.2001 (Kazancı). Dolayısıyla bu kararında Yargıtay, somut olay bakımından objektif sebeplerle ortak yerden faydalanamama şartının gerçekleşmediği kanaatine varmıştır. Aynı yöndeki bir görüşe göre, tesisdeki arıza sebebiyle ortak yerden yararlanamayan kat maliki ortak gidere katılmaktan kaçınmaz. Kalorifer tesisatındaki bozukluk sebebiyle üst katta yer alan kat malikinın yeterince ısınamamasının indirime sebep olmayacağı, bu kişinin sadece onarım talep edebileceğine ilişkin bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 69; Mahir Ersin Germeç, “Kat Mülkiyetli Taşınmazlarda Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri,” *Terazi Hukuk Dergisi* 10, no. 104 (2015): 41.

⁹ Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 73; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022) N. 2248; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 791-792; Kurt, “Ortak Gider,” 302; Şengül, *Toplu Yapı*, 404; Ayar, “Ortak Gider,” 866; İlknur Arslan ve Mustafa Kırmızı, *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 136. Yargıtay kararlarına konu olan bazı olaylarda yönetim planında zemin katta bulunan bağımsız bölümlerin maliklerinin asansör masraflarına katlanmayacağını kararlaştırıldığı görülmektedir. Örnek karar için bkz. Y. 18. HD, E.2014/8293, K.2014/10378, 12.06.2014 (Kazancı). Yargıtay, bir kararında yönetim planına konulan “ortak taşınmazdaki dükkanların kirada oldukları sürece genel giderlere katılacağı” hükmünün kanuna aykırı olduğunu belirtmiş ve bu hükmü iptal etmiştir, bkz. Y. 5. HD, E.1989/19304, K.1989/20832, 23.10.1989 (Kazancı).

İsviçre hukukunda ise KMK m. 20/I-c'den farklı bir kural bulunmaktadır. İMK m. 712h/III'e göre, bağımsız bölümün maliki ortak yerden yararlanamıyorsa veya çok sınırlı yararlanabiliyorsa, bu kat malikinin ortak gidere katılması konusunda bu durumun dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için kat malikinin ortak yerden faydalanmaması objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Doktrinde ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kat malikinin bir ortak yeri kullanmayacağını belirtmesi hâlinde değil, bu ortak yerden faydalanması imkânının bulunmaması hâlinde ortak gidere katlanmayacağı kabul edilmektedir¹⁰. Böylece bir ortak yerden hiç yararlanamayan bağımsız bölümün malikinin ortak yerin masraflarına katılması talep edilemez. Üstelik bu hüküm emredici niteliktedir; diğer bir ifadeyle, kat maliklerinin bu kuralın aksini kararlaştırmaları mümkün değildir¹¹.

KMK m. 72'de toplu yapılarda ortak gidere katılmaya ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Toplu yapıdaki kat malikleri de kullanımlarına ve yararlanmalarına tahsis edilmiş ortak yer ve tesislerin giderleri bakımından katılma payında değişiklik yapabilirler. Ortak gidere katılma payının değiştirilmesine ilişkin yapılan açıklamalar toplu yapıdaki kat malikleri açısından da geçerlidir¹².

¹⁰ Bösch, *BSK*, Art. 712h ZGB, N. 9; Wermelinger, *CHK*, Art. 712h ZGB, N. 6; Christoph Thurnherr, *Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum* (Zürich: Schulthess, 2010), N. 447; Cornelio Zraggen, "Verschiedene Fragen zur Kostenverteilung im Stockwerkeigentum," iç. *Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2021*, editör Amédéo Wermelinger (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021), 195. Aynı yönde bkz. BGE 112 II 312, 315.

¹¹ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 27; Wermelinger, *CHK*, Art. 712h ZGB, N. 6; Pellascio, *OFK*, Art. 712h ZGB, N. 13; Heinz Rey ve Lukas Maetzke, *Schweizerisches Stockwerkeigentum* (Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2009), N. 571; Hans-Peter Friedrich, "Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt?," *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 67, no. 65 (1986): 79; Rolf H. Weber, "Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum Zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergeinschaft," *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 60, no. 144 (1979): 154; Jörg Schmid, "Renovation von Stockwerkeigentum - Konfliktpunkte und Lösungen," iç. *Schweizerische Baurechtstagung 2005* (Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2005), 45; Thurnherr, *Bauliche Massnahmen*, N. 446; Zraggen, "Verschiedene," 194. Aynı yönde bkz. BGE 117 II 251, 253; BGE 112 II 312, 314; BGE 107 II 141, 143.

¹² Şeref Ertaş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), 287; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 790; Şengül, *Toplu Yapı*, 372; Germeç, "Yükümlülükler," 40.

I. ORTAK GİDERE KATILMA PAYININ DEĞİŞTİRİLMESİ İMKÂNI

KMK m. 20/I'de kat maliklerinin ortak giderin türüne göre (KMK m. 20/I-a, b hükümlerine göre) ortak gidere eşit olarak veya kendi arsa payı oranında katılması yükümlülükleri düzenlenmektedir. Ancak KMK m. 20/I'de bulunan “aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça” ifadesi, kat maliklerinin ortak gidere katılma paylarını bu hükümde düzenlenen farklı olarak kararlaştırabileceklerini göstermektedir. Buna göre, KMK m. 20/I hükmü emredici nitelikte değildir¹³. Ayrıca bu hüküm tamamlayıcı hukuk kuralıdır.

İsviçre hukukunda kat maliklerinin ortak gidere katılma payı İMK m. 712h'de düzenlenmektedir. İMK m. 712h/I'e göre kat maliklerinin ortak giderlere kendi arsa payı oranında katlanmaları gerekir. Kat malikleri hem bu maddenin ikinci fıkrasında örnek olarak dört bent hâlinde sayılan hem de bunlar dışındaki ortak giderlere arsa payları oranında katlanmalıdırlar¹⁴. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi İMK m. 712h/I hükmü de emredici

¹³ Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 67; Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 70; Oğuzman, Seliçi, ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2247; Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim* (İstanbul: Türkiyat Matbaacılık ve Neşriyat, 1984), 77; Ertaş, Şerh, 286; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 787; Kurt, “Ortak Gider,” 301; Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 460; Şengül, *Toplu Yapı*, 373; Ayar, “Ortak Gider,” 865; Öktem Çevik, “Kira Bedeli,” 222; Arslan ve Kırmızı, *Kanun*, 135; Şerife Aksan Nar, *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabii Olduğu Hukuki Rejim* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 107. Aynı yönde bkz. Y. 20. HD, E.2020/743, K.2020/1236, 09.03.2020 (Kazancı); Y. 18. HD, E.2013/2413, K.2013/3073, 05.03.2013 (Kazancı).

¹⁴ Kanun koyucunun ortak gidere eşit katılımı değil, bağımsız bölümün arsa payına göre göreceli eşit katılım ilkesini kabul ettiğine ilişkin bkz. Amédéo Wermelinger, *ZK - Zürcher Kommentar: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB* (Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), Art. 712h ZGB, N. 3; Amédéo Wermelinger, *SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft: Das Stockwerkeigentum, Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2014), Art. 712h ZGB, N. 61; Cornelio Zraggen, “Kostenverteilung und Haftung für Beiträge im Stockwerkeigentum,” *LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft* 149, (2020): N. 849; Zraggen, “Verschiedene,” 190. Bu dağılımın kat mülkiyetinin yapısıyla uyumlu olduğuna ilişkin bkz. Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 15; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 559; Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §18, N. 1; Manz, “Unterhalt und Ersatzneubau,” N. 365.

nitelikte değildir. Bu sebeple kat malikleri usulüne uygun olarak farklı bir ortak gidere katılma payı kararlaştırabilirler¹⁵.

Kat malikleri, irade özerkliği ilkesi uyarınca KMK m. 20/I'de düzenlenen ortak gidere katılma paylarında özgürce değişiklik yapabilirler. Ancak bu özgürlük sınırsız değildir. Kat malikleri, Türk Borçlar Kanunu m. 27 hükmünü göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Buna göre “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız*” bir anlaşma yapmamaları gerekir. Aksi takdirde kat maliklerinin katılma payına ilişkin yaptıkları anlaşma kesin hükümsüz olur. Ayrıca kat maliklerinin ortak gidere katılma payına ilişkin yaptıkları değişikliklerin dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı olmaması da gerekir¹⁶. Doktrinde buna örnek olarak bütün masrafların bir veya birkaç bağımsız bölüm malikine yükletilmesi, otel işletmecisi ile onunla aynı çamaşırhaneyi kullanan dairenin çamaşırhane giderlerine eşit miktarda katlanmaları, bir odalı daire ile 2000 metrekairelik perakende satış mağazasının ortak gidere eşit miktarda katlanmaları gibi hâller gösterilmektedir¹⁷. Ortak giderlere katılma payında yapılan dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı değişikliğe ilişkin karara KMK m. 33 uyarınca iptal davası açılabilmesi mümkündür.

Kat malikleri, KMK m. 20/I'deki katılma paylarını değiştirerek farklı bir dağılım ilkesi kabul edebilirler. Yapılan bu değişiklik bütün ortak giderler bakımından geçerli olabilir. Kat malikleri isterlerse bu değişikliğin bazı ortak gider kalemleri için geçerli olmasını da kararlaştırabilirler¹⁸. Mesela bağımsız bölüm malikleri, sadece KMK m. 20/I-a'da yer alan ortak giderlere ilişkin farklı bir katılma payı belirleyebilirler. Hatta KMK m. 20/I-

¹⁵ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 16; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 6; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 63; Wermelinger, *CHK*, Art. 712h ZGB, N. 5; Bösch, *BSK*, Art. 712h ZGB, N. 6; Pellascio, *OFK*, Art. 712h ZGB, N. 11; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 560; Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §18, N. 3; Friedrich, “Hat sich,” 79; Zraggen, “Kostenverteilung,” N. 850; Zraggen, “Verschiedene,” 192. Aynı yönde bkz. BGE 117 II 251, 254; BGE 112 II 312, 317.

¹⁶ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 31; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 84; Friedrich, “Hat sich,” 75; Zraggen, “Verschiedene,” 197; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 790; Şengül, *Toplu Yapı*, 373. Aynı yönde bkz. BGE 131 III 459, 464.

¹⁷ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 33.

¹⁸ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 28; Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §19, N. 6; Zraggen, “Kostenverteilung,” N. 859. Otoparkın, ortak radyo ve televizyon yayın sistemlerinin bakımının ve asansörün masraflarına ilişkin farklı bir katılma payı kararlaştırılabilir, bkz. Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §19, N. 6.

a'da yer alan ortak giderlerden sadece biri (mesela bekçi giderleri) bakımından katılma payını değiştirip diğer ortak giderler bakımından KMK m. 20/I'deki katılma payını esas alabilirler. Kat malikleri dilerlerse her bir ortak gider için farklı bir dağılım ilkesi üzerinde de anlaşabilirler.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda kat malikleri, sahip oldukları radyatör dilimleri oranında ortak gidere katılma hükmünü yönetim planına eklemiştir. Ancak Yargıtay, kat maliklerinin "*kanunda yükletilen külfetten daha fazlasını kabule zorlanamayacağını*" belirterek yönetim planındaki ortak gidere katılma payının KMK m. 20 doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğine ilişkin karar vermiştir¹⁹. Ancak KMK m. 20 hükmü emredici nitelikte değildir ve kat malikleri dilerlerse bu hükümden farklı bir katılma payı oranı kararlaştırabilirler. Yargıtay, kat maliklerinin anlaşarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yönetim planında yapmış oldukları değişikliği kabul etmemiştir. Bu bakımdan söz konusu Yargıtay kararı, irade özerkliği ilkesine aykırıdır²⁰.

Kat maliklerinin anlaşarak aralarından bazılarının ortak giderlere katılma payını tamamen veya bazı kalemler bakımından kaldırmaları da mümkündür. Böylece bazı kat malikleri, bazı ortak gider kalemlerini ödeme yükümlülüğünden muaf tutulabilir²¹. Hatta bazı ortak gider kalemleri bakımından irade özerkliği ilkesinin sınırlarına uygun olmak ve dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla bir kat maliki haricindeki diğer bütün kat maliklerinin katılma payının kaldırılmasına ve bu giderlere tamamen bir kat malikinin katılmasına ilişkin bir anlaşma yapılması dahi söz konusu olabilir²².

Yargıtay, bir kararında, fırın niteliğindeki bağımsız bölümün ortak giderlere katılmayacağına ilişkin hükmün geçerli olduğunu belirtmiştir²³. Buna karşılık başka bir kararında ise Yargıtay, kapıcı parası, sigorta ve kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğünün sadece mesken niteliğindeki bağımsız bölümlere yükletilip dükkanların bu ortak giderlerden hariç

¹⁹ Bkz. Y. 5. HD, E.1968/1742, K.1968/2359, 19.04.1968 (Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 70).

²⁰ Aynı yönde bkz. Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 71.

²¹ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 28 Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 65; Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §19, N. 4; Zraggen, "Kostenverteilung," N. 902; Zraggen, "Verschiedene," 198.

²² Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 28 Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 66.

²³ Bkz. Y. 5. HD, E.1982/2155, K.1982/2630, 22.03.1982 (*Yargıtay Kararları Dergisi* 8, no. 7 (1982): 941).

tutulmasını kanuna ve hakkaniyete aykırı bulmuştur²⁴. Ancak kanaatimizce kat maliklerinin KMK m. 20/I'de düzenlenen ortak gidere katılma payında değişiklik yaparak böyle bir karar almaları hâlinde kapıcı masraflarının sadece mesken niteliğindeki bağımsız bölümlere yükletilmesi mümkündür. Özellikle kapıcı hizmetinden daha çok meskenlerin yararlandığı durumlarda bu karar hakkaniyete aykırı da olmayacaktır..

II. ORTAK GİDERE KATILMA PAYININ DEĞİŞTİRİLMESİNDE ESAS ALINABİLECEK UNSURLAR

Kat malikleri başka bir anlaşma yapmadılarsa ortak giderlere KMK m. 20/I hükmüne göre katılmalıdırlar. Ancak kat malikleri bu hükümdeki katılma payını değiştirebilirler. İsviçre hukukunda da İMK m. 712h'de düzenlenen ortak gidere katılma payında değişiklik yapılabilir. Kat malikleri, kanunda düzenlenen katılma paylarının somut olaya uygun olmadığını²⁵, tatmin edici olmadığını, yetersiz olduğunu veya adaletsiz olduğunu düşünüyor olabilirler²⁶. Böylece kat malikleri ortak gidere katılma payında değişiklik yaparak bu sakıncaları gidermek isteyebilirler²⁷.

Doktrinde, ortak gidere katılma payında değişiklik yapılırken esas alınacak unsurun makul olması gerektiği tavsiye edilmektedir²⁸. Buna göre kat malikleri, dürüstlük kuralını göz önüne bulundurmalarıdır. Ayrıca doktrinde, bu değişikliğin kat maliklerinin ortak gidere katılma paylarının hesaplanmasında karışıklığa sebep olmayacak şekilde yapılması tavsiye

²⁴ Bkz. Y. 5. HD, E.1986/11370, K.1986/12120, 29.09.1986 (*Yargıtay Kararları Dergisi* 13, no. 3 (1987): 398-399).

²⁵ Kat maliklerinin ortak yerlerden aynı şekilde hizmet alamaması örneği için bkz. Bösch, *BSK*, Art. 712h ZGB, N. 11.

²⁶ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 21; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 34.

²⁷ Değişikliğin ardından çok az bir farklılık ortaya çıkacaksa kanundaki katılma payının değiştirilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 34.

²⁸ Bu özgürlüğün ihtiyatlı ve ölçülü bir şekilde kullanılmasına ilişkin tavsiye için bkz. Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 75; Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §19, N. 2. Doktrinde kat maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yaparken dikkatli olmaları gerektiği ifade edilmektedir. Zira ortak giderlere katılma payında değişiklik yapılması hâlinde, kat malikleri arasında hâlihazırda kanunda yer alan hükümler ile oluşturulmuş olan uyumun tehlikeye düşme ihtimali bulunmaktadır. Bu sebeple, ortak gidere katılma payında yapılacak değişikliğin makul bir gerekçeye dayanması tavsiye edilmektedir, bkz. Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 27; Zraggen, "Kostenverteilung," N. 858.

edilmektedir²⁹. Başka bir tavsiye de ortak yerin kullanılmasında çok az değişiklik olduğu takdirde dahi yapılacak ödemelerde önemli ölçüde değişiklikler ortaya çıkması ihtimali bulunmamasına dikkat edilmesidir³⁰.

Kat maliklerinin ortak gidere katılma payına ilişkin esas alabilecekleri unsurlara özellikle İsviçre doktrininde yer verilmektedir. Kat malikleri, ortak gidere katılma payını eşit dağılım, arsa payı oranı, bağımsız bölümlerin alanı, bağımsız bölümlerin amacı, fiili kullanım, bağımsız bölümlerin konumu, bağımsız bölümlerin değeri, bağımsız bölümlerde ikamet edenlerin sayısı gibi unsurları esas alarak belirleyebilirler. Kat maliklerinin bunlar dışında başka unsurları da esas almaları mümkündür.

A. Kat Malikleri Arasında Eşit Dağılım

KMK m. 20/I-a, b bentlerinde kat maliklerinin ortak giderlere katılma payına ilişkin hükümler yer almaktadır. KMK m. 20/I-a bendinde yer alan ortak giderlere kat maliklerinin eşit olarak katlanması düzenlenmektedir. KMK m. 20/I-b bendinde yer alan ortak giderlere ise kat maliklerinin arsa payı oranında katlanmaları öngörülmüştür. Kat malikleri KMK m. 20/I-b bendinde yer alan ortak giderler için aralarında eşit dağılım yapılmasına yönelik anlaşma yapabilirler. Nitekim Yargıtay kararlarına konu olaylarda da kat maliklerinin bütün ortak giderler için eşit dağılım kararlaştırdığı görülmektedir³¹. Böylece hem a bendi hem b bendi hem de bu bentlerde bulunmayan giderlerin hepsi için eşit dağılım ilkesi söz konusu olur.

B. Kat Maliklerinin Arsa Payı Oranı

KMK m. 20/I-b'de bu bentteki ortak giderlere kat maliklerinin arsa payları oranında, KMK m. 20/I-a'da ise bu bentteki ortak giderlere kat maliklerinin eşit olarak katılmaları düzenlenmiştir. Kat malikleri, aralarında anlaşarak KMK m. 20/I-a'daki ortak giderler bakımından da arsa payları oranında katılmayı esas alacak şekilde değişiklik yapabilirler. Bu değişiklik KMK m. 20/I-a'daki bir gider için olabileceği gibi birkaç gider veya giderlerin tamamı bakımından da yapılabilir. Mesela kat malikleri, bahçıvan giderlerine veya hem bahçıvan hem bekçi giderlerine arsa payı oranında katılacakları yönünde anlaşabilirler.

²⁹ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 29.

³⁰ Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 568.

³¹ Örnek kararlar için bkz. Y. 18. HD, E.2013/2413, K.2013/3073, 05.03.2013 (Kazancı); Y. 18. HD, E.1997/7944, K.1997/9861, 28.10.1997 (Kazancı).

C. Bağımsız Bölümlerin Alanı

Kat malikleri, ortak gidere katılma payının belirlenmesinde bağımsız bölümlerin alanlarını veya yüzölçümlerini esas alabilirler³². Zira bazı ortak giderler bakımından bağımsız bölümün alanı, onun malikinin ortak gidere hangi oranda sebep olduğunun göstergesi olabilir. Mesela Yargıtay, kat maliklerinin yakıt giderleri bakımından bağımsız bölümlerin yüzölçümlerini esas almalarını mümkün kabul etmiştir³³. Ancak katılma payı bağımsız bölümlerin alanına göre belirlenecekse anlaşmazlık çıkmaması için esas alınacak alanın bağımsız bölümlerin net alanı mı yoksa brüt alanı mı olduğu da kararlaştırılmalıdır. Aksi takdirde bazı kat malikleri kendileri için avantajlı olduğunu düşünerek brüt alanın, bazıları ise net alanın esas alınarak ödeme miktarının hesaplanmasını talep edebilirler.

D. Bağımsız Bölümlerin Amacı

Kat maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yaparlarken esas alabilecekleri unsurlardan biri bağımsız bölümlerin amacıdır³⁴. Bağımsız bölümlerin amacı, bunların niteliklerine göre belirlenebilir. Ortak gidere katılma payının bağımsız bölümlerin amacına göre belirlenmesi, bağımsız bölümlerin tamamının aynı nitelikte olmaması hâlinde söz konusu olabilir. Mesela bir binadaki bağımsız bölümlerin tamamı mesken niteliğindeyse ortak gidere katılma payının bağımsız bölümlerin amacına göre belirlenmesi herhangi bir etki doğurmayacaktır. Ancak binadaki bağımsız bölümlerden bazıları mesken, bazıları iş yeri niteliğinde ise bağımsız bölümlerin amacı esas alınarak katılma payı belirlenebilir³⁵. Mesela zemin katında lokanta bulunan bir binanın arka bahçesinde de müşterilerin oturmaları için masalar bulunuyorsa, arka bahçenin temizliği ve bakımından doğan giderlere lokanta olarak işletilen bağımsız bölümün malikinin daha fazla katlanması kararlaştırılabilir.

³² Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 25; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 35; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 68; Pellascio, *OFK*, Art. 712h ZGB, N. 11; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 568; Zraggen, “Verschiedene,” 202.

³³ Bkz. Y. 18. HD, E.1995/680, K.1995/1454, 07.02.1995 (Kazancı).

³⁴ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 36; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 69; Zraggen, “Verschiedene,” 202.

³⁵ Muayenehane olarak kullanılan bağımsız bölümün malikinin merdiven ve asansörün temizliği ve bakımı masraflarına diğer maliklerden daha fazla katlanacağıının kararlaştırılabileceğine ilişkin bkz. Weber, “Minderheitenschutz,” 166.

E. Fiili Kullanım

Bazı ortak yerlerden her bir kat maliki aynı ölçüde faydalanmayabilir. Bu ortak yerlerin masrafları için kat maliklerinin fiili kullanımlarına göre katılma payının hesaplanması kararlaştırılabilir³⁶. Ancak katılma payının fiili kullanıma göre hesaplanabilmesi için kullanım miktarının ölçülebilir olması gerekmektedir. Doktrinde ortak yerin özellikle jeton, kart, kod gibi araçlar vasıtasıyla kullanıldığı durumlarda katılma payının fiili kullanıma göre hesaplanabileceği belirtilmektedir³⁷. Mesela bir binanın ortak yerinde bulunan çamaşır makinesinin jetonla kullanılmasında veya otoparka girerken ve çıkarken kart okutulmasında kat maliklerinin fiili kullanımlarının tespit edilmesi ve katılma paylarının buna göre hesaplanması mümkündür³⁸. Bu gibi ortak giderler için katılma payı bakımından fiili kullanım esas alınabilir.

Doktrindeki bir görüş, İMK m. 712h'nin ortak giderlere ilişkin olduğunu, kat maliklerinin kendi bağımsız bölümleriyle ilgili ödeme yükümlülüğü altında oldukları giderlerin bu hüküm kapsamında olmadığını ileri sürmektedir. Buna göre su, elektrik, doğalgaz sayaçları vasıtasıyla bağımsız bölümlerin bunları ne kadar kullandığı hesaplanarak her bir kat malikine ayrı ayrı fatura edilmesi sebebiyle bu giderler ortak gider sayılmaz³⁹. Ancak bu giderler anagayrimenkul bakımından toptan olarak hesaplanıyor ve ilgili kurum veya şirkete ödeme anagayrimenkul adına yapılıyorsa, payölçer veya sayaç gibi araçlarla bağımsız bölümlerin fiili kullanımları belirlenerek ortak gidere (anagayrimenkul adına yapılan ödemeye) bu oranda katlanmaları kararlaştırılabilir.

³⁶ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 25; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 37; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 70; Pellascio, *OFK*, Art. 712h ZGB, N. 11; Zraggen, "Verschiedene," 202; Ayar, "Ortak Gider," 866. KMK m. 20/I'deki hükmün; kullanım esasını kabul edecek şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak "*anagayrimenkule yatırım şeklinde bir ortak gider*" mevcutsa arsa payı oranında katılım uygundur. Açıklamalar için bkz. Ayar, "Ortak Gider," 865-866.

³⁷ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 37; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 70.

³⁸ Doktrinde, bir binada bağımsız bölümlerin bulunduğu kat esas alınarak asansör giderlerine katılma payının belirlenmesine yönelik eleştiri bulunmaktadır. Bu eleştiriye göre, asansörün gittiği mesafeden ziyade asansörün harekete geçmesi ve durması masrafa sebep olmaktadır. Bu örnekte olduğu gibi ortak gidere katılma payı esas alınırken durumun özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır, bkz. Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 37.

³⁹ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 37; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 71.

Her ne kadar fiili kullanımı tam olarak göstermese de kullanıma işaret edebilecek hususlar esas alınarak katılma payının belirlenmesi de mümkündür. Mesela uygulamada kat malikleri her bir bağımsız bölümdeki radyatör dilimlerine göre ısınma giderleri için katılma payı belirleyebilmektedirler⁴⁰. Bu örnek bakımından radyatör diliminin daha fazla veya daha büyük olması, daha fazla kullanıma yönelik bir gösterge olarak kabul edilebilir.

F. Bağımsız Bölümlerin Konumu

Ortak gidere katılma payında değişiklik yapılırken kat malikleri, bağımsız bölümlerin konumlarını da esas alabilirler⁴¹. Böylece daha çok masraf gerektiren konumda yer alan bağımsız bölümün maliki, ortak gidere diğerlerine göre daha fazla katlanabilir. Mesela dağlık bölgede yer alan bir toplu yapıda uzak tarafta kalan bağımsız bölümün kar temizleme masrafı, halka açık erişimde bulunan bölgedeki bağımsız bölümlere oranla daha fazla olur. Bu durumda kat malikleri anlaşarak uzak bölgedeki bağımsız bölümlerin kar temizleme masrafına daha yüksek oranda katılmasını kararlaştırabilirler⁴².

G. Bağımsız Bölümlerin Değeri

Kat malikleri, ortak gidere katılma payında değişiklik yaparlarken bağımsız bölümlerin değerini de esas alabilirler⁴³. Ancak bağımsız bölümlerin değerinin niteliği konusunda da belirleme yapılmalıdır. Buna göre, kat malikleri bağımsız bölümün vergi değerini, sigorta değerini veya piyasa değerini esas alabilirler⁴⁴. Bazı somut olaylarda hangi değer esas alınacağına göre kat maliklerine farklı miktarda yükümlülükler doğabilir. Bu sebeple, muhtemel anlaşmazlıkları önlemek için kat maliklerinin bu hususta aldıkları kararda bağımsız bölümün hangi değerini esas aldıklarını belirtmelerinde yarar vardır.

⁴⁰ Bkz. Y. 5. HD, E.1968/1742, K.1968/2359, 19.04.1968 (Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 70).

⁴¹ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 38; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 72.

⁴² Örnek için bkz. Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 38.

⁴³ Ortak giderin bağımsız bölümlerin değerine göre paylaştırıldığı olay için bkz. Bundesgericht, 5A_972/2020, E. 6.2.

⁴⁴ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 25; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 40; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 74; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 568; Zraggen, "Verschiedene," 202.

H. Bağımsız Bölümlerde İkamet Edenlerin Sayısı

Kat malikleri, ortak gidere katılma payını bağımsız bölümde ikamet edenlerin sayısına göre belirleyebilirler⁴⁵. Bir bağımsız bölümde ne kadar çok kişi ikamet ediyorsa bu bağımsız bölümün ortak yerlerden o kadar fazla faydalanma ihtimali bulunmaktadır. Böylece bu bağımsız bölümün malikinin de ortak gidere daha fazla katlanması gerekir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda da bağımsız bölümlerdeki su kullanımının nüfusa göre hesaplanması ve işyerlerinde çalışanların fazla olmasından dolayı işyeri niteliğindeki bağımsız bölümlerin diğerlerinden bir buçuk kat fazla ödeme yapmaları kararlaştırılmıştır⁴⁶.

III. ORTAK GİDERE KATILMA PAYININ DEĞİŞTİRİLMESİNİN USULÜNE İLİŞKİN HUSUSLAR

A. Ortak Gidere Katılma Payının Değiştirilmesinin Yöntemleri

KMK m. 20/I'de kat maliklerinin ortak gidere katılma payı düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm emredici değildir. Kat malikleri, bu hükümde düzenlenen ortak gidere katılma payını değiştirebilirler. Yönetim planında ortak gidere katılma payına ilişkin bir hüküm yoksa ortak gidere katılma payı, kat malikleri kurulu kararı ile değiştirilebilir. Yönetim planında bu konuda bir hüküm bulunduğu takdirde ise kat maliklerinin yönetim planındaki bu hükmü değiştirmeleri gerekir. Bunların dışında, uygulamada pek karşılaşılmasa da kat mülkiyeti kurulurken düzenlenen resmî senette de ortak gidere katılma payına ilişkin hüküm bulunması mümkündür⁴⁷.

1. Kat Malikleri Kurulu Kararı ile Ortak Gidere Katılma Payında Değişiklik Yapılması

KMK m. 27'ye göre binanın yönetiminde kat malikleri kurulu yetkilidir. Kat malikleri kurulu, ana taşınmazın yönetimi ile ilgili kararlar alabilir. KMK m. 30/I'e göre kat malikleri kurulunun kural olarak oy çokluğuyla karar vermesi gerekir. Ancak KMK m. 30/III'te bu kuralın istisnalarının olabileceği düzenlenmektedir. Nitekim KMK'deki bazı

⁴⁵ Zraggen, "Verschiedene," 202.

⁴⁶ Bkz. Y. 5. HD, E.1987/15919, K.1987/17368, 02.11.1987 (*Yasa Hukuk, Mevzuat ve İçtihat Dergisi* 11, no. 2 (1988): 223-224).

⁴⁷ Zraggen, "Kostenverteilung," N. 889; Ertaş, *Şerh*, 286; Mahir Ersin Germeç ve Ezgi Tanrıverdi, *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 324; Kurt, "Ortak Gider," 305-306.

hükümlerde kat malikleri kurulu kararı alınabilmesi için farklı oranlar öngörülmüştür.

Yönetim planında ortak gidere katılma payına ilişkin bir hüküm kararlaştırılmamış olabilir. Bu durumda, kat maliklerinin KMK m. 20/I'de düzenlenen katılma payında değişiklik yapmak için kat malikleri kurulu kararı almaları gerekir. Bu karar oybirliği ile alınmalıdır⁴⁸. Zira KMK m. 20/I'de bulunan “*anlaşma*” kelimesi, bütün kat maliklerinin iradelerinin ortak gidere katılma payının değiştirilmesi yönünde olması gerektiğini göstermektedir. Kat maliklerinden biri bile katılma payında değişiklik yapılmasını istemezse, artık bir “*anlaşma*”dan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Kat malikleri kurulu, hem katılma payının değiştirilmesini hem de yeni katılma payı oranlarının hangi esasa göre belirleneceğini karara bağlamalıdır.

İsviçre hukukunda ortak gidere ilişkin İMK m. 712h'de ise “*anlaşma*” gibi bir ifadeye yer verilmemektedir. Diğer bir deyişle, bu hükümden katılım payında değişiklik için oybirliği gerektiğine dair bir çıkarım yapılamamaktadır. Bu sebeple, kat malikleri kurulu kararı alınması için gereken orana ilişkin kural, ortak gidere katılma payı için alınacak karara da uygulanır. İsviçre hukuku bakımından yönetim planında ortak gidere ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa kat malikleri kurulunun salt çoğunlukla aldığı karar ile ortak gidere katılma payı değiştirilebilir⁴⁹.

⁴⁸ Abdülkadir Arpacı, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması* (İstanbul: Temel Yayınları, 2002), 80; Ertaş, *Şerh*, 286; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 788; Germeç, *Kat Mülkiyeti*, 461; Şengül, *Toplu Yapı*, 375; Aksan Nar, *Ortak Yerler*, 107. Aynı yönde bkz. Y. 20. HD, E.2019/3963, K.2019/6069, 21.10.2019 (Kazancı); Y. 18. HD, E.2003/7074, K.2003/8543, 04.11.2003 (Kazancı); Y. 5. HD, E.1989/23877, K.1990/12563, 16.04.1990 (Kazancı). Yargıtay kararına konu olan bir olayda kat malikleri, su kullanımına ilişkin masraflara katılma payına ilişkin oy çokluğuyla karar almışlardır. Yargıtay, bu masrafın ortak gider niteliğinde olmadığı, bu sebeple oybirliğinin gerekmediği, bağımsız bölümlerin maliklerinin oy çokluğu ile bu masraflara ilişkin karar alabilecekleri yönünde karar vermiştir, bkz. Y. 5. HD, E.1987/15919, K.1987/17368, 02.11.1987 (*Yasa Hukuk, Mevzuat ve İçtihat Dergisi* 11, no. 2 (1988): 223-224). Bir görüşe göre KMK m. 20/I'de “*kat malikleri arasında başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça*” ifadesi bulunsaydı kat malikleri kurulunun salt çoğunlukla vereceği kararla ortak gidere katılma payında değişiklik yapabilirdi, bkz. Germeç, *Kat Mülkiyeti*, 461; Şengül, *Toplu Yapı*, 375.

⁴⁹ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 27; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 18; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 79; Pellascio, *OFK*, Art. 712h ZGB, N.

Kat malikleri kurulunun aldığı kararla birlikte ortak gidere katılma payı değişir⁵⁰. KMK m. 32/II'ye göre kat malikleri kurulunun aldığı bu değişiklik kararına hem kat maliklerinin her biri hem de bu kişilerin külli ve cüzi halefleri uymak zorundadırlar⁵¹.

2. Yönetim Planındaki Ortak Gidere Katılma Payına İlişkin Hükümde Değişiklik Yapılması

Kat malikleri, yönetim planında ortak gidere katılma payına ilişkin bir hüküm kararlaştırmış olabilirler. KMK m. 28/I'e göre yönetim planı bütün kat maliklerini bağladığı için her birinin bu hükme uyması zorunludur. Bu durumda ortak gidere katılma payı KMK m. 20/I'e göre değil, yönetim planındaki hükme göre belirlenir.

KMK m. 28/III'e göre yönetim planının kat malikleri tarafından değiştirilmesi mümkündür. Bu hükme göre yönetim planında değişiklik yapılması için kat maliklerinin beşte dördünün oyu gerekir. Yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hükmün değiştirilmesi için aranacak çoğunluk bakımından ise tartışma bulunmaktadır.

Bir görüşe göre yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hüküm, kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile değiştirilebilir⁵². Bu görüş, yönetim planının değiştirilmesi için gereken çoğunluğu düzenleyen KMK m. 28/III'ü esas almaktadır. Bu görüşe göre yönetim planındaki katılma payının diğer kat maliklerinin aleyhine olacak şekilde veya dürüstlük kuralına aykırı olarak değiştirilmesi hâlinde ise diğer malikler KMK m. 33'e göre mahkemeye başvurabilirler. KMK m. 33/I uyarınca aykırı oy kullanan veya

11; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 569; Zraggen, "Kostenverteilung," N. 894; Schmid, "Renovation," 43.

⁵⁰ Kat malikleri kurulu kararı hukuken sakat olsa dahi iptal edilene kadar kat malikleri tarafından uygulanmalıdır, bkz. Ertaş, *Şerh*, 286.

⁵¹ Bir görüşe göre bağımsız bölümü edinen kişiler, durumlarını ağırlaştırarak kat malikleri kurulu kararı ile bağlı değillerdir. Buna karşılık "onların yararına olan, yükümlülüklerini azaltan yahut yükümlülüklerini hakkaniyete aykırı şekilde artırmayan kararlar" geçerlidir. Yeni malik, edinme anına kadar kat malikleri kurulu kararını öğrenirse her hâlükârda bu karara uygun davranmalıdır. Açıklamalar için bkz. Kurt, "Ortak Gider," 311.

⁵² Germeç, *Kat Mülkiyeti*, 460; Şengül, *Toplu Yapı*, 376; Ayar, "Ortak Gider," 872; Aksan Nar, *Ortak Yerler*, 108. Toplu yapılarda çok sayıda kişinin yaşaması sebebiyle oybirliğinin aranmasının "hayalî bir yaklaşım" olacağı, beşte dört çoğunluğun sağlanmasının anlaşma için yeterli olduğuna ilişkin bkz. Ayar, "Ortak Gider," 872.

toplantıya katılmayan kat malikleri sulh mahkemesine kararın iptali için dava açabilirler⁵³. Mahkemece yönetim planındaki değişikliğe ilişkin kararın iptal edilmesi hâlinde yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hüküm değiştirilmemiş sayılır ve katılma payı eski hükümde yer alan şekilde belirlenir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda yönetim planında yönetim giderlerinin bağımsız bölümlerin arsa payı oranında ödeneceği yer almaktadır. Kat maliklerinin beşte dördü, yönetim planında bulunan bu hükmün değiştirilmesi yönünde irade göstermiş, yakıt giderleri bakımından bağımsız bölümlerin yüzölçümlerinin esas alınmasını kabul etmiştir. Yargıtay, yakıt giderlerinin kat maliklerinin yaptığı bu değişikliğe uygun olarak tahsil edilmesi yönünde karar vermiştir. Yargıtay, bu kararında, kat maliklerinin beşte dördünün oyunu, yönetim planındaki ortak gidere ilişkin hükmün değiştirilmesi için yeterli bulmuştur⁵⁴.

Katıldığımız görüşe göre ise yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hüküm oybirliği ile değiştirilebilmelidir. Bu görüş, KMK m. 20/I'de bulunan “*anlaşma*” kelimesinden yola çıkmakta ve anlaşma olabilmesi için bütün kat maliklerinin oyuna ihtiyaç duyulduğunu kabul etmektedir⁵⁵.

Kanaatimizce yönetim planında ortak gidere katılma payına ilişkin bir hüküm yer alıyorsa bunun değiştirilebilmesi için kat maliklerinin tamamının değişiklik yönünde iradeleri bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hüküm kat maliklerinin oybirliğiyle değiştirilebilir. Her ne kadar KMK m. 28/III'te yönetim planının değiştirilmesi için kat maliklerinin beşte dördünün oyu aransa da bu hükümde yer alan kuralın istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri olan KMK m. 20/I hükmünde yer alan “*anlaşma*” kelimesi, yönetim planında değişiklik yapılması bakımından da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, yönetim planında ortak gidere katılma payı düzenlenmiyorsa, kat malikleri oybirliği ile KMK m. 20/I'den farklı bir oran kararlaştırabilmektedir. Kanaatimizce, tarafların iradesiyle yönetim planına eklenen bir hükmün

⁵³ Germeç, *Kat Mülkiyeti*, 460.

⁵⁴ Bkz. Y. 18. HD, E.1995/680, K.1995/1454, 07.02.1995 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Y. 18. HD, E.1995/5176, K.1995/6902, 09.06.1995 (Kazancı).

⁵⁵ Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 68; Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 70; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 788.

değiştirilmesinin de yeni bir hüküm eklenmesi ile aynı çoğunluk şartına tabi tutulması yerinde olacaktır.

İsviçre hukukunda ise İMK m. 712h'de Türk hukukunda olduğu gibi “*anlaşma*” gibi bir ifade bulunmadığından, yönetim planında değişiklik yapılmasına ilişkin olarak İMK m. 712g/III hükmü uygulanmaktadır. Buna göre, yönetim planındaki ortak gidere ilişkin hükmün değiştirilmesi, İMK m. 712g/III'te düzenlenen yönetim planını değiştirmek için gereken nitelikli çoğunluğun sağlanması ile gerçekleşir⁵⁶.

Yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hüküm değişiklikleri KMK m. 28/V'e göre kat mülkiyeti kütüğünde gösterilmelidir. Bu da söz konusu değişikliğin her bir bağımsız bölümün sayfasındaki “Beyanlar” kısmına kaydedilmesi ile gerçekleştirilir. KMK m. 28/IV'e göre ortak gidere katılma payı hükmündeki değişiklik bütün kat maliklerini ve onların külli ve cüzi haleflerini⁵⁷ bağlar⁵⁸.

B. Kat Maliklerinin Ortak Gidere Katılma Payında Değişiklik Yapılması Bakımından Kanunda Belirtilenden Farklı Bir Çoğunluk Aranacağına Kararlaşdırılmaması

KMK m. 20/I'de ortak gidere katılma payının değiştirilmesi için kat maliklerinin aralarında anlaşmaları gerektiği düzenlenmektedir. Buna göre, ortak gidere katılma payının değiştirilebilmesi için kat malikleri kurulunun oybirliği ile karar alması gerekir. KMK m. 20/I'de düzenlenen ortak gidere katılma paylarında değişiklik yapılabilir; ancak katılma payında değişiklik yapabilmek için bu hükümde aranandan farklı bir nisap kararlaşdırılmaz. Bu

⁵⁶ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 27; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 18; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 80; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 569; Friedrich, *Das Stockwerkeigentum*, §18, N. 10; Zraggen, “Kostenverteilung,” N. 888.

⁵⁷ Bizim de katıldığımız görüşe göre yapılan değişikliğin “Beyanlar” kısmına kaydedilmemesi hâlinde bağımsız bölümü kazanan ve yapılan değişikliği bilmeyen cüzi halefler bu değişiklikte bağımlı olmaz, bkz. Oğuzman, Seliçi, ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2276. Yargıtay'ın da aynı yöndeki kararına göre, tapu siciline tescil edilmeyen yönetim planı değişikliğinin hükmü bulunmaz, bkz. Y. 18. HD, E.2013/1470, K.2013/5144, 01.04.2013 (Kazancı). Diğer bir görüşe göre ise değişikliğin “Beyanlar” kısmına kaydedilmesi açıklayıcı niteliktedir. Bu sebeple, bu kısma kaydedilmese dahi yapılan değişiklik cüzi halefleri de bağlar, bkz Arpacı, *Yönetim*, 74; Ayar, “Ortak Gider,” 871.

⁵⁸ Reisoglu, *Kat Mülkiyeti*, 70; Arpacı, *Yönetim*, 77; Kurt, “Ortak Gider,” 310; Şengül, *Toplu Yapı*, 376; Ayar, “Ortak Gider,” 870.

bakımdan, ortak gidere katılma payında değişiklik yapılması için oybirliği aranması kuralı emredicidir⁵⁹.

Kat malikleri, ortak gidere katılma payında değişiklik yapabilmek için gereken nisabı değiştirmeyi kararlaştırırlarsa kanuna karşı hile söz konusu olur⁶⁰. Nitekim kanuna karşı hile, geçerli bir hukuki işlemle kanunun yasakladığı bir sonucun dolaylı olarak meydana getirilmesidir. Kanuna karşı hile niteliğindeki bir hukuki işlem, hükmün amacı göz önünde bulundurularak aşılacak istenen yaptırıma uğrar⁶¹. Kat maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yapabilmek için oybirliğinden farklı bir nisap kararlaştırmaları hâlinde de değişikliğe ilişkin karar geçersiz olur.

C. Kat Maliklerinin Kendi Aralarındaki Anlaşma ile Ortak Gidere Katılma Paylarında Değişiklik Yapmaları

Ortak gidere katılma payı, kat malikleri kurulunun oybirliğiyle aldığı karar ile değiştirilebilir ve bu karar bütün kat maliklerini ve onların külli ve cüzi haleflerini bağlar. Ancak kat malikleri, kendi aralarında anlaşarak kat malikleri kurulu kararı olmaksızın ortak gidere katılma paylarını değiştirmek isteyebilirler. Kat maliklerinin kendi aralarında anlaşarak ortak gidere katılma paylarını değiştirmeleri veya başka bir paylaşım yapmaları hâlinde nispi hak söz konusu olur. Buna göre, anlaşma yapan kat malikleri, yeni paylaşımı sadece birbirlerine karşı ileri sürebilirler. Diğer bir ifadeyle kat malikleri kurulu kararı olmaksızın ortak gidere katılma payında değişiklik yapma konusundaki anlaşma, sadece buna taraf olan kat malikleri ve bunların külli haleflerini bağlar. Buna karşılık, kat maliklerinin yaptığı bu anlaşma, üçüncü kişileri ve kat maliklerinin cüzi haleflerini bağlamaz⁶².

IV. HÂKİMİN ORTAK GİDERE KATILMA PAYININ DEĞİŞTİRİLMESİNE MÜDAHALESİ

Ortak gidere katılma payının değiştirilebilmesi için kat malikleri kurulunun oybirliği ile karar alması gerekir. Kat maliklerinden en az bir

⁵⁹ Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 789.

⁶⁰ Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 789.

⁶¹ Kanuna karşı hile kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), N. 1228-1229; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt I Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 147-148.

⁶² Arpacı, *Kanun*, 80; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 790; Şengül, *Toplu Yapı*, 377; Ayar, "Ortak Gider," 872.

tanesi bu değişikliğe onay vermediği takdirde katılma payı değiştirilemez. Biri hariç diğer bütün kat maliklerinin değişiklik istemesi hâlinde, buna onay vermeyen kat maliki karara katılmaya zorlanamaz. Bu durumda kat malikleri, ortak gidere katılma payının değiştirilmesi için kural olarak hâkimin müdahalesini de talep edemezler⁶³.

Yargıtay kararına konu bir olayda bağımsız bölümlerden birinin maliki, yakıt giderlerinin arsa payına göre değil de her bir bağımsız bölümün alanı oranında paylaşılmasını talep etmiştir. Yargıtay, bu kararı kat maliklerinin vermesi gerektiğini belirtmiş; kanunun emredici hükümlerine veya hakkaniyete aykırı olmayan bir durumda hâkimin kat maliklerinin yerine geçerek katılma payını değiştirmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁶⁴. Yargıtay kararına konu başka bir olayda kat maliklerinden biri, kat malikleri kurulunda ısınma giderinin arsa payına göre paylaşılmasına itiraz etmiş, kat malikleri kurulu ise ısınma giderine katılma payının aynı şekilde devam etmesine yönelik karar almıştır. Kat malikinin dava açması üzerine yerel mahkeme, ısınma giderleri bakımından katılma yöntemi belirlemiş ve bütün kat maliklerini kapsayan düzenleyici bir karar vermiştir. Ancak Yargıtay, hâkimin müdahalesinin KMK m. 32 ve 33 kapsamında olduğunu ve sadece davacı yönünden ısınma giderine katılma oranının belirlenebileceğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶⁵.

KMK m. 20/I-b bendinde yer alan ortak giderlere kat malikleri arsa payı oranında katlanmakla yükümlüdürler. Doktrinde bir görüş, bağımsız bölümün arsa payı ile değeri arasında açıkça dengesizlik bulunduğu takdirde kat maliklerinden bazılarının başvurusu hâlinde hâkimin müdahalesinin mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bağımsız bölümün arsa payı ile değeri arasında açıkça dengesizlik varsa ortak gidere katılma payının arsa değerine göre hesaplanması hakkaniyete aykırıdır. Zira bağımsız bölümün değerinin fazla olması, onun ortak gidere daha fazla katılmasını gerektirir. Bu görüş, bu gibi bir durumda hâkimin, bağımsız bölümlerin değerlerini göz önünde bulundurarak dürüstlük kuralına ve

⁶³ Wermelinger, ZK, Art. 712h ZGB, N. 20; Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 68; Aksan Nar, *Ortak Yerler*, 108. Somut olayda ortak gidere katılma payının değiştirilmesi gerekliyse ancak bazı kat maliklerinin olumsuz oyu sebebiyle bir karara varılamıyorsa, hâkimin ortak gidere katılma payını ve esas alınacak unsuru kendisinin belirleyebileceğine ilişkin bkz. Meier-Hayoz ve Rey, BK, Art. 712h ZGB, N. 27; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 570.

⁶⁴ Bkz. Y. 18. HD, E.2001/6129, K.2001/7027, 09.07.2001 (Kazancı).

⁶⁵ Bkz. Y. 18. HD, E.1996/7294, K.1996/7444, 19.09.1996 (Kazancı).

hakkaniyete uygun olacak şekilde bir katılma payı oranı belirleyebileceğini savunmaktadır⁶⁶. Kanaatimizce hâkimin bu durumda müdahalede bulunmasına imkân tanımak, uygulamada karışıklıklara yol açacaktır. Öncelikle, hangi durumlarda açıkça dengesizlik bulunduğu, hangilerinde bulunmadığı konusunda tartışmalar ortaya çıkabilecektir. Ayrıca bağımsız bölümün arsa payı oranı diğerlerine göre ne kadar fazlaysa, ortak yerden veya anagayrimenkuldeki değer artışından bu bağımsız bölümün malikinin faydalanma oranının da daha fazla olması muhtemeldir. Bu bakımdan arsa payı oranı fazla olan kat malikinin ortak gidere daha yüksek oranda katılması, genellikle adil bir sonuç ortaya çıkarır. Buna karşılık, bağımsız bölümün değerinin yüksek olması, ortak yerlerden daha fazla faydalandığını göstermez. Bu sebeple, böyle bir durumda dahi kat malikleri ortak gidere KMK m. 20/I-b hükmüne göre arsa payı oranında katlanmalıdırlar.

Bağımsız bölüm maliklerinin kat malikleri kurulu kararı ile ortak gidere katılma payında değişiklik yapmaları hâlinde de hâkim bu değişikliğe kural olarak müdahale edemez. Kat malikleri, istedikleri unsuru esas alarak ortak gidere katılma payını belirleyebilirler. Hâkim, kat maliklerinin iradi olarak belirledikleri bu unsurun uygun olup olmadığını denetleyemez⁶⁷.

Hâkimin kat maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yapmalarına müdahale etmesi istisnai hâllerde mümkün olabilir⁶⁸. Ortak gidere katılma payında yapılan değişiklik dürüstlük kuralına aykırı ise hâkim, yapılan değişikliği iptal edebilir⁶⁹. Özellikle kat maliklerinden birine veya birkaçına haksız olarak yüksek oranda katılma payı yüklenmesi hâlinde dürüstlük kuralına aykırılık olduğu kabul edilebilir. Ancak ortak gidere

⁶⁶ Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti*, 72.

⁶⁷ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 67; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 20; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 85; Arpacı, *Yönetim*, 73. Aynı yönde bkz. Bundesgericht, 5A_768/2015, E. 2.3.

⁶⁸ Yönetim planına veya kanun hükümlerine aykırı olan ortak gidere dair kat malikleri kurulu kararına karşı iptal davası açılabilirliğine ilişkin bkz. Y. 5. HD, E.2021/9370, K.2021/13182, 15.11.2021 (Kazancı). Bağımsız bölüm maliklerinin ortak yerden faydalanamaması hâlinde bu durumun ortak gidere katılma payında dikkate alınacağı düzenlendiği İsviçre Medeni Kanunu m. 712h/III hükmünün kat malikleri tarafından yapılan değişiklikle ihlal edilmesi hâlinde de hâkimin müdahalesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 20; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 86.

⁶⁹ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 20; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 86; Zraggen, “Kostenverteilung,” N. 888; Schmid, “Renovation,” 43; Arpacı, *Yönetim*, 73; Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 67; Ertaş, *Şerh*, 287; Şengül, *Toplu Yapı*, 377-378.

katılma payının değiştirilmesi oybirliği ile gerçekleştiğinden, bu yönde oy kullanan kat maliklerinin bu karara karşı iptal davası açması kural olarak mümkün değildir⁷⁰. Bu sebeple, ortak gidere katılma payında yapılan değişiklik dürüstlük kuralına uygun değilse kural olarak cüzi halefler KMK m. 33'e dayanarak iptal davası açabilirler⁷¹.

Yargıtay kararlarında da hakkaniyete göre ortak gidere katılma payında değişiklik yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bir karara konu olayda ısıtma dışındaki bütün giderler için “*mütesaviyen (eşit olarak) ödenmesi usulü*” kararlaştırılmıştır. Yargıtay, bu usulün değiştirilmesinin tarafların menfaatleri de göz önünde bulundurularak hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷². Yargıtay kararına konu başka bir olayda kat malikleri, yönetim planında bütün ortak giderlerin eşit ödeneceğini kararlaştırmışlardır. Bağımsız bölümlerden birinin maliki, bu katılma payının değiştirilmesi talebiyle dava açmıştır. Yargıtay öncelikle bu anlaşmanın kanuna uygun olduğunu kabul etmiştir. Ardından davacının arsa payının diğerlerine göre daha düşük olmasına rağmen daha az yakıt kullandığını ispatlayamaması sebebiyle yönetim planındaki bu hükmün değiştirilmesi talebini reddetmiştir⁷³.

Hâkimin ortak gidere katılma payının değiştirilmesine müdahale edebileceği diğer durum ise, değişiklik için gerekli olan nisabın sağlanmamasıdır⁷⁴. Kat malikleri kurulunda oybirliği olmaksızın ortak gidere katılma payında değişiklik yapıldıysa ve kat malikleri bu kararı esas alarak katılma payını hesaplıyorlarsa, buna karşı dava açıldığı takdirde hâkim bu kararı iptal eder.

⁷⁰ Bir Yargıtay kararında ortak gidere katılma payının hakkaniyete aykırı olması sebebiyle değiştirilmesi talebi bulunmaktadır. Yargıtay, ortak gidere katılma payının oybirliği ile kararlaştırıldığını vurgulamış, bu talebi reddetmiştir, bkz. Y. 5. HD, E.1989/26095, K.1989/20048, 16.10.1989 (Kazancı).

⁷¹ Şengül, *Toplu Yapı*, 378.

⁷² Bkz. Y. 5. HD, E.1974/3464, K.1974/5940, 06.05.1974 (Arpacı, *Yönetim*, 72-73).

⁷³ Bkz. Y. 18. HD, E.1997/7944, K.1997/9861, 28.10.1997 (Kazancı).

⁷⁴ Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 20; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 86. Aynı yönde bkz. Y. 20. HD, E.2019/3963, K.2019/6069, 21.10.2019 (Kazancı). On üç bağımsız bölüm bulunan anataşınmazda ortak gidere ilişkin kararın yedi kat maliki tarafından imzalanması sebebiyle bu hükmün iptal edilmesine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y. 18. HD, E.2011/10563, K.2011/10872, 31.10.2011 (Kazancı). Yönetim planındaki ortak gidere katılma payına ilişkin hükmün yeterli kat malikinin katılımıyla olmaması sebebiyle iptal edilmesine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y. 18. HD, E.1999/7080, K.1999/8197, 21.06.1999 (Kazancı).

Hâkimin iptal kararı verirken ortak gidere katılma payı için başka bir unsurun esas alınmasını belirleme yetkisi bulunmamaktadır⁷⁵. Hâkimin ortak gidere katılma payı değişikliğini iptal etmesi hâlinde, yapılan değişiklikten önceki paylaşım oranı uygulanır. Buna göre, kat malikleri daha önce bu konuda bir karar almadıysa, değişikliğin iptalinin ardından KMK m. 20/I'deki paylaşım kuralları esas alınır. Daha önce kat maliklerinin belirlediği başka bir ortak gidere katılma payı olduğu takdirde ise, iptal kararının ardından bu paylaşım uygulanmaya devam eder.

SONUÇ

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre bağımsız bölüm maliklerinin yükümlülüklerinden biri ortak gidere katılma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük KMK m. 20'de düzenlenmektedir. Bağımsız bölüm malikleri, KMK m. 20/I-a bendine göre “*kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine*” eşit olarak, b bendine göre ise “*anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderler ve ortak tesislerin işletme giderlerine*” arsa payı oranında katılmalıdırlar. Ancak kat malikleri anlaşarak ortak gidere katılma payında değişiklik yapabilirler. Kat malikleri, ortak giderlerden bazıları veya tamamı için farklı bir katılma payı kararlaştırabilirler. Ayrıca kat maliklerinin, ortak giderlere katılma konusunda aralarından biri veya bazıları bakımından değişiklik yapmaları veya onları katılma payından muaf tutmaları da mümkündür.

Bağımsız bölüm malikleri, ortak gidere katılma payında yaptıkları değişikliği bir veya birden fazla unsura bağlayabilirler. Diğer bir ifadeyle bazı ortak giderler için bir unsur, diğer bazı giderler bakımından farklı bir unsur esas alınması mümkündür. Doktrinde veya yargı kararlarında karşılaşılan ve ortak gidere katılma payı için esas alınan unsurlar; eşit dağılım, arsa payı oranı, bağımsız bölümlerin alanı, bağımsız bölümlerin amacı, fiili kullanım, bağımsız bölümlerin konumu, bağımsız bölümlerin değeri, bağımsız bölümlerde ikamet edenlerin sayısıdır.

⁷⁵ Meier-Hayoz ve Rey, *BK*, Art. 712h ZGB, N. 67; Wermelinger, *ZK*, Art. 712h ZGB, N. 21; Wermelinger, *SVIT*, Art. 712h ZGB, N. 87; Rey ve Maetzke, *Stockwerkeigentum*, N. 572; Zraggen, “Kostenverteilung,” N. 927. Aynı yönde bkz. Y. 18. HD, E.2013/2413, K.2013/3073, 05.03.2013 (Kazancı); Y. 18. HD, E.2012/9381, K.2012/11154, 15.10.2012 (Kazancı).

Bağımsız bölüm maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yapabilmeleri için yönetim planında bu konuda bir hüküm yoksa kat malikleri kurulu kararı almaları gerekir. Bu karar bağımsız bölüm maliklerinin oybirliği ile alınabilir. Yönetim planında ortak gidere katılma payına ilişkin bir hüküm bulunduğu takdirde ise kat malikleri yönetim planındaki bu hükümde değişiklik yapmalıdırlar. Yönetim planındaki bu hükümde değişiklik yapmak için de kat maliklerinin oybirliği gerekir. Ortak gidere katılma payında yapılan değişiklik hem kat maliklerini hem de onların külli ve cüzi haleflerini bağlar. Değişiklik yapmak için aranan çoğunluk, kat malikleri kurulu kararı ile değiştirilemez. Aksi takdirde kanun karşı hile söz konusu olur ve alınan karar hükümsüz olur. Kat maliklerinin ortak gidere katılma payına ilişkin kendi aralarında yaptıkları anlaşmalar ise nispi hak doğurur ve sadece anlaşmaya taraf olan kat maliklerini ve onların külli haleflerini bağlar. Bu anlaşma, anlaşmaya taraf olan kat maliklerinin cüzi haleflerine karşı ileri sürülemez.

Bağımsız bölüm maliklerinin ortak gidere katılma payında değişiklik yapmamalarına ilişkin iradelerine veya değişiklik yapılmasına yönelik kararlarına hâkim müdahale edemez. Ancak kat maliklerinin aldıkları karar hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse hâkimin müdahalesi mümkündür. Ayrıca yeterli çoğunluk sağlanmadan alınan kat malikleri kurulu kararı veya yapılan yönetim planı değişikliği de hâkim tarafından iptal edilebilir. Hâkimin iptal kararının ardından, kat maliklerinin ortak gidere katılma payı konusunda önceden aldığı bir karar varsa bu karar geçerli hale gelir. Kat maliklerinin daha önce bu konuda aldığı bir karar bulunmadığı takdirde ise, ortak gidere katılma payına ilişkin KMK m. 20/I hükmü uygulama alanı bulur.

KAYNAKÇA

- Aksan Nar, Şerife. *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Arpacı, Abdülkadir. *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması*. İstanbul: Temel Yayınları, 2002.
- Arpacı, Abdülkadir. *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*. İstanbul: Türkiyat Matbaacılık ve Neşriyat, 1984.
- Arslan, İlknur ve Mustafa Kırmızı. *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- Ayar, Ahmet. “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Paylaşılması Sorunu.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 861-873.
- Bösch, René. *BSK - Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Ertaş, Şeref. *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2014.
- Friedrich, Hans-Peter. *Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer*. Bern: Verlag Stampfli & Cie, 1965.
- Friedrich, Hans-Peter. “Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt?.” *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 67, no. 65 (1986): 65-83.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin. “Kat Mülkiyetli Taşınmazlarda Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri.” *Terazi Hukuk Dergisi* 10, no. 104 (2015): 32-42.
- Germeç, Mahir Ersin ve Ezgi Tanrıverdi. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kurt, Ekrem. “Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 4, no. 14 (2013): 299-328.
- Manz, Lena Anna. “Unterhalt und Ersatzneubau im Stockwerkeigentum Elemente zur Bewältigung von Sanierungsblockaden.” *Zürcher Studien zum Privatrecht* 305 (2021): 163-193.
- Meier-Hayoz, Arthur ve Heinz Rey. *BK - Berner Kommentar Band/Nr. IV/1/5: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum IV*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1988.

- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Öktem Çevik, Seda. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 2 (2012): 203-227.
- Özmen, Etem Sabâ ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. *Kat İrtifakı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Pellascio, Michel. *OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch): ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021.
- Reisoğlu, Safa. *Uygulamada Kat Mülkiyeti*. Ankara: 1969.
- Rey, Heinz ve Lukas Maetzke. *Schweizerisches Stockwerkeigentum*. Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Schmid, Jörg. “Renovation von Stockwerkeigentum - Konfliktpunkte und Lösungen.” İç. *Schweizerische Baurechtstagung 2005*, 33-50. Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2005.
- Şengül, Mehmet. *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Thurnherr, Christoph. *Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum*. Zürich: Schulthess, 2010.
- Weber, Rolf H. “Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum Zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergeinschaft.” *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 60, no. 144 (1979): 144-177.
- Wermelinger, Amédéo. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*. Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Wermelinger, Amédéo. *SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft: Das Stockwerkeigentum, Kommentar der Artikel 712a bis 712t des schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Wermelinger, Amédéo. *ZK - Zürcher Kommentar: Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB*. Zürich - Basel - Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2019.

Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt I Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Zraggen, Cornelio. “Kostenverteilung und Haftung für Beiträge im Stockwerkeigentum.” *LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft* 149, (2020): 296-310.

Zraggen, Cornelio. “Verschiedene Fragen zur Kostenverteilung im Stockwerkeigentum.” İç. *Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2021*, editör Amédéo Wermelinger, 163-212. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2021.

İŞ HUKUKU BOYUTUYLA TARIMDA İŞ VE İŞÇİ BULMA ARACILIĞI

*Job and Employment Intermediation in Agriculture
in Terms of Labor Law*

Münevver TEMİR*

ÖZ

Tarım aracı, tarımda iş ve işçi bulma aracılığı faaliyetini yürütmek üzere Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişidir. Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği ile tarım aracılara; işverenle sözleşme yapmak, işçilere iş, ücret ve ilgili konularda bilgi vermek, ücretlerin zamanında ödenmesini sağlamak, ulaşımın güvenli seyri için önlem alınmasını takip etmek gibi birtakım görevler yüklenmiştir. Anılan yükümlülüklerden bazılarının gerçekçi ve makul nitelikte olmadığı söylenebilir. Ayrıca aracılardan önemli bir bölümünün yasal koşulları sağlamaksızın kayıt dışı faaliyet yürüttüğü bilinmektedir. Bu yönüyle, tarımda iş ve işçi bulma aracılığı faaliyeti hukuken istenilen düzeyde değildir. Tarım aracılığında işçi, işveren ve aracı ilişkilerinin henüz hiçbir yönden esaslı bir şekilde düzenlenmemiş olması, yapılan bazı düzenlemelerin ise denetiminin olmaması, mevsimlik tarım işçileri için emniyetsiz bir çalışma hayatına sebebiyet vermektedir. Bu çalışma, tarımda iş ve işçi bulma aracılığının mevcut durumunu, yasal çerçevesini ve aracı yükümlülüklerinin mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşullarına etkisini iş hukuku boyutuyla açıklığa kavuşturmayı amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: Tarım Aracı, Mevsimlik Tarım İşçisi, Tarım İşçi, İş Aracılığı.

Makalenin Geliş Tarihi: 18.03.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 29.01.2024.

* Arş. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: munevertemr@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6974-4759.

Bu araştırma makalesi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde savunulan “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar” başlıklı yüksek lisans tezinden genişletilerek türetilmiştir.

ABSTRACT

An agricultural intermediary is a natural or legal person who is authorized by the Turkish Employment Agency to conduct employment intermediary activities in agriculture. The Regulation on Labor Intermediation in Agriculture imposes a number of duties on agricultural intermediaries, including making contracts with employers, informing workers about jobs, wages, and related issues, ensuring that wages are paid on time, monitoring that safe transportation measures are taken. It can be argued that some of the aforementioned obligations are unreasonable. It is also observed that a significant portion of the intermediaries operate without registration and without meeting the legal requirements. In this respect, employment intermediary activities in agriculture are not at the desired level legally. The fact that the relations of worker, employer, and intermediary in agricultural intermediation have not yet been regulated in any way and that some arrangements have not been supervised, cause an unsafe working life for seasonal agricultural workers. This study aims to clarify the current situation of employment intermediation in agriculture, its legal framework, and the impact of intermediary obligations on the working conditions of seasonal agricultural workers from a labor law perspective.

Keywords: Agricultural Intermediary, Seasonal Agricultural Worker, Agricultural Labor, Job Intermediation.

GİRİŞ

Küreselleşme ve teknolojik gelişmelere paralel olarak çalışma hayatındaki ihtiyaçların değişmesi ve zaman içerisinde karmaşıklaşması, çağın niteliklerine uygun yeni bir iş gücü piyasasını ortaya çıkarmış ve buna bağlı olarak iş ve işçi bulma aracılığı faaliyetleri gelişmiştir. Günümüzde iş aracılığı faaliyetinin geçici veya sürekli, ücretli veya ücretsiz, devlet eliyle veya özel kişi ve kuruluşlarca, gerçek veya tüzel kişilerce yürütülmesi mümkündür¹. İşçinin iş, işverenin de işçi bulmasına yönelik aracılık faaliyeti,

¹ Orhan Ersun Civan, “Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi” (Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2008), 231; Seçkin Nazlı, *Özel İş Aracılığı* (İstanbul: Vedat Yay., 2009), 178; Ali Kemal Sayın, *Emek Piyasasında Aracılık ve Özel İstihdam Büroları* (Ankara: Türkiye İş Kurumu Yay., 2002), 161; Banu Uçkan, “Türkiye’de İş Aracılığı Hizmetlerinin Tarihsel Gelişim Sürecinde Kamu Tekelinin Kırılması,” *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, sy. 1 (Mart 2005): 162; Murat Özveri, “İş Bulmaya Aracılık Bordro Şirketleri Özel İstihdam Büroları,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 17, sy. 5 (Mart 2008): 69; Mustafa Divana, “Mevsimlik Tarımsal Üretimde Çalışma İlişkileri Düzenleyicisi Olarak Tarım Aracıları” (Yüksek Lisans tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, 2018), 10.

mevsimlik iş gücü talebinin yoğun olduğu tarım sektöründe de yaygın uygulama alanı bulmaktadır. Zira tarımsal üretimin yılın birçok ayına ve ülkemizin çeşitli bölgelerine yayılan yapısı, belirli üretim aşamalarında çok sayıda işçiye ihtiyaç duyulması gibi nedenler mevsimlik iş gücü ihtiyacını ortaya çıkarmış, bu ihtiyaç da mevsimlik tarım işçileri ile işverenleri bir araya getiren geleneksel bir ara mekanizma olarak tarımda iş ve işçi bulma aracılığını doğurmuştur.

İş ve işçi bulma aracılığı faaliyetinin tarihsel gelişimi çok uzun olmakla birlikte günümüzde mevsimlik tarım işçileri ile işverenleri bir araya getiren hukuki müesseseler; Türkiye İş Kurumu, özel istihdam büroları, takım kılavuzları ve tarım aracılığı olarak karşımıza çıkmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun² 90. maddesine göre, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir. Ancak Türkiye İş Kurumunun aracılık görevini yerine getirmekte yetersiz kaldığı, bu faaliyetin uygulamada en aktif şekilde tarım aracılığı tarafından yürütüldüğü bilinen bir gerçektir. Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliğinin³ 5. maddesinde de anılan durum dile getirilerek, Kurum il veya şube müdürlüğü olmayan ya da olmasına rağmen haberleşme, ulaşım ve koordinasyon güçlüğü yaşanan yerlerde, Kurum tarafından gerçek veya tüzel kişilere aracılık yapmaları için izin verilebileceği düzenlenmiştir. Yine bu kapsamda, işverenlerin mevsimlik tarım işçilerini özel istihdam büroları ve tarım aracılığı vasıtasıyla istihdam etmelerini teşvik etmeye yönelik faaliyetler yapılması planlanmaktadır. Nitekim Mevsimlik Tarım İşçileri ile İlgili 2017/6 sayılı Başbakanlık Genelgesine⁴ göre, “Çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince, işverenlerin mevsimlik tarım işçilerini özel istihdam büroları veya İŞKUR’a kayıtlı tarım aracılığı aracılığı ile istihdam etmelerine yönelik tanıtıcı ve teşvik edici faaliyetler gerçekleştirilecektir” (m. 13).

Çalışmamızda tarım sektöründeki yaygın kullanımı nedeniyle sadece tarımda iş ve işçi bulma aracılığı yapmak üzere Türkiye İş Kurumu tarafından yetkilendirilen tarım aracılığı ele alınmıştır. Tarım aracılığı kurumunun gereği gibi anlaşılabilmesi için öncelikle mevsimlik iş, tarım işi ve mevsimlik tarım işçisi kavramlarına açıklık getirilmiş; akabinde tarım aracılığının mevcut durumu ve yasal çerçevesi ele alınmıştır. Bu kapsamda araçlarda aranan

² RG, 10.06.2003, S. 25134.

³ RG, 27.05.2010, S. 27593.

⁴ RG, 19.04.2017, S. 30043.

nitelikler, araçların yükümlülükleri, denetim ve sorumlulukları değerlendirilmiş; tarımda iş ve işçi bulma aracılığı, birlikte işverenlik, geçici iş ilişkisi ve takım kılavuzu gibi benzer hukuki kurumlar ile karşılaştırılarak konu hakkında şahsi görüş ve kanaatimize yer verilmiştir.

I. MEVSİMLİK İŞ

Mevsimlik iş, işin niteliğine ve yapısına göre yılın sadece belirli dönemlerinde sürdürülen veya tüm yıl boyunca sürdürülmekle birlikte yılın belirli dönemlerinde yoğunlaşan işler olarak tanımlanabilir⁵. İş hukuku bakımından mevsimlik olarak nitelendirilen işler, her zaman aynı sayıda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan işlerdir. Örneğin; tarlanın ekilmesi, ürünlerin hasadı, tarım arazilerinin ilaçlanması, av sezonunda balıkçılık faaliyeti yürütülmesi gibi işler mevsimlidir. Bu tür işlerin görüldüğü işyerlerinde yılın belirli dönemlerinde yoğun bir çalışma olmasına karşılık, diğer dönemlerinde ya çok az işçi çalıştırılır ya da faaliyet tamamen durdurulur. Uygulamada işlerin yoğun olduğu döneme *faal sezon*, az olduğu veya hiç olmadığı döneme *ölü sezon* adı verilmektedir⁶.

Öte yandan mevsimlik işlere bazen geçici iş denildiği de görülmektedir. Ancak geçici iş ile mevsimlik iş birbirinden farklı kavramlar olup aralarındaki ayrımı ortaya koymak gerekir. Mevsimlik iş, bir işyerinde her yıl düzenli olarak belirli sürelerle tekrarlanan bir çalışma olduğu halde, geçici işler her yıl düzenli olarak tekrarlanmaz. Geçici iş, ihtiyaç halinde başvuru ve bazen birkaç gün bazen de aylarca devam eden iştir⁷. Örneğin bir tarım arazisinde arızalanan sulama sisteminin tamir edilerek tekrar çalışabilir hale getirilmesi geçici iş niteliğindedir, yetişen ürünlerin hasat edilmesi mevsimlik iştir. O

⁵ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 2022), 270; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 92; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 107; Öner Eyrenci v.dğr., *İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 2020), 95; Sevil Büyüktarakçı, *İş Hukukunda Mevsimlik İşler ve Kampanya İşleri* (Ankara: Seçkin Yay., 2010), 25; Baki Oğuz Mülayim, *Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği* (Ankara: Adalet Yay., 2021), 106; Mehtap Yücel, "Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş" (Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi 2012), 30.

⁶ Erol Akı, "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları," *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan* içinde, (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yay., 2000), 250; Bektaş Kar, "Mevsimlik İş," *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4 (2006): 70.

⁷ Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 108.

halde, bir işyerinin mevsime dayalı çalışması olsun veya olmasın, o işyerinde geçici işler söz konusu olabilir.

II. TARIM İŞİ

Tarım işinin biri geniş diğeri dar anlamda olmak üzere iki farklı tanımı bulunmaktadır. Geniş anlamda tarım işi, bitkisel ve hayvansal ürünlerin elde edilmesi için toprağın işlenmesi, iyileştirilmesi ve hayvan yetiştiriciliğinin yapılmasıdır⁸. Dar anlamda tarım işi ise hayvan yetiştiriciliğini barındırmadığı gibi topraktan ürün elde edilmesini sağlayan bütün faaliyetleri de kapsamına almaz. Bu itibarla ormancılık, bahçivanlık, çiçekçilik, ipek kozacılığı, balıkçılık, hayvancılık, çobanlık, yemişçilik, avcılık dar anlamda tarım işi olarak kabul edilmez⁹.

İş Kanunu m. 111/3 ile tarım ve orman işlerinin neler olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Aynı şekilde Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik¹⁰ ekinde hangi işlerin tarım ve orman işlerinden sayılacağı Kanunun 111. maddesi ile uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir¹¹. Gerek İK m. 111/3 hükmüne gerekse yönetmelik ekinde

⁸ İhsan Erkul, *Türkiye’de Ziraat İşçileri ve Bunlara İlişkin Çalışma Hukuku* (Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yay., 1967), 2; Mehmet Bülbül, “Tarım İşçileri, Sorunları ve Çözüm Önerileri,” *Tarım ve Orman İşçilerinin Sorunlarına İlişkin Çözüm Önerileri Semineri* içinde, (Ankara: MPM Yay., 1982), 15; Yücel Çağlar, “Tarım ve Ormancılık Kesimlerinde İş Yaşamıyla İlgili Tarımsal Sorunlar ve Çözümlemesine Yönelik Öneriler,” *Tarım ve Orman İşçilerinin Sorunlarına İlişkin Çözüm Önerileri Semineri* içinde, (Ankara: MPM Yay., 1982), 57.

⁹ Erkul, *Ziraat İşçileri*, 2; Ferit Hakkı Saymen, *Türk İş Hukuku* (İstanbul: Hak Kitabevi, 1954), 229; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (İstanbul: Beta Yay., 2014), 82.

¹⁰ RG, 03.09.2008, S. 26986.

¹¹ İK m. 111/3 hükmü ile tarım ve orman işlerinden sayılacak işler, “a) Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyaflı bitkiler; turunçgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süt bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması.

b) Ormanların korunması, planlanması (amenajman), yetiştirilmesi, işletilmesi, sınırlandırılması çalışmaları, bunlara ait alt yapı çalışmaları ile tohum toplama, fidanlık, ağaçlandırma, erozyon kontrolü, etüt proje ve rehabilitasyonu, ormancılık

bakıldığında tarım işlerinin bitkisel ve hayvansal ürün elde edilmesine yönelik üretme, yetiştirme, bakım faaliyetleri ile koruma ve düzenleme faaliyetleri olarak değerlendirildiği görülmektedir¹². Ayrıca kara ve su avcılığı ile üreticiliği sonucu elde edilen ürünlerle sınırlı olmak üzere taşıma ve saklama işleri de tarım işi olarak kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler neticesinde tarım işlerini tek tek sayma yoluna giden İş Kanununun geniş anlamda tarım işi tanımını benimsediğini söyleyebiliriz¹³. O halde zeytin toplama, mantar üretimi, tarlayı traktörle sürme, fidan dikme ve hipodromda yarış atı bakıcılığı işleri, arıcılık, seracılık, balıkçılık ve çobanlık faaliyetleri birer tarım işidir.

Bununla birlikte dalyancılığın tarım işlerinden sayılıp sayılmayacağı hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Dalyan; deniz, göl gibi sularda, balıkların toplu olarak geçtikleri yerin üç tarafı ağ ile kapalı, dördüncü tarafı balıkların girmesi için açık bırakılan ve balıklar girince kapatılan su altı işyeri olarak tanımlanabilir¹⁴. Bu işyerinde yapılan faaliyetler dalyancılık olarak adlandırılır. Bir görüşe göre, dalyanlarda çalışan su ürünleri yetiştiricilerinin yaptığı işin, tarım işi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁵. Bir diğer görüşe göre, dalyanlarda yapılan balık üretim ve avlama

araştırma ile milli park, orman içi dinlenme yerleri ve kent ormanlarının kurulması, bakım ve geliştirilmesi.

- c) *Her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdümler, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması ile bu hayvanların hastalık ve asaklalarıyla mücadele.*
- d) *854 sayılı Deniz İş Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması” olarak kabul edilmiştir.*

¹² Hamdi Mollamahmutoğlu v.dğr., *İş Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 307; Mülayim, *Tarım Sektöründe Çalışanlar*, 122.

¹³ Münevver Temir, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar* (Ankara: Yetkin Yay., 2020), 14.

¹⁴ Mefnun Baykal, *İş Hukuku Sözlüğü* (Ankara: Başnur Matbaası, 1969), 37. Su Ürünleri Kanunu m. 2'ye göre, “Dalyan yeri: Bir veya mütaaddit sabit yahut muvakkat dalyan kurmaya elverişli istihsal sahalarıdır.

Sabit dalyan: Denizlerde ve içsularda su ürünleri istihsal etmek için kazık, çit, çubuk, tel, taş veya beton ve benzeri manialarla çevrilmek suretiyle, sınırları değişmeyecek şekilde kurulan veya tabii olarak çevrilmiş su sahalarından meydana getirilen diple irtibatlı tesislerdir.

Muvakkat dalyan (Yüzer): Şamandıra, duba, tekne ve saireye bağlı ağlarla çevrilmek suretiyle kurulan su mahsulleri istihsaline mahsus tesislerdir.”

¹⁵ Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yay., 2006), 234.

işleri de nihayetinde tarım işi olarak kabul edilmelidir¹⁶. İş Kanunu m. 111/3-d bendi gereği, “854 sayılı Deniz İş Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması” işleri tarım işlerinden sayılmaktadır. Kanaatimizce gerek İş Kanunu m.111/3-d gerek bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümleri doğrultusunda “su avcılığı, üreticiliği ve bu yolla elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması” işleri tarım işi olarak kabul edildiğinden, dalyanlarda yapılan balık avlama ve üretim işleri de tarım işi sayılmalıdır.

Ülkemizin bazı bölgelerinde mevsimlik olarak çalışan ve tarlayı korumakla görevli bağ, tarla bekçilerinin yaptıkları işin tarım işi olup olmadığı hususu üzerinde ayrıca durmak gerekir. İş Kanununun 111. maddesinde “toprak ve su korunması” işleri tarım işi olarak kabul edilmekle birlikte, maddede yer alan toprak korunması ifadesini toprağın fiziksel yapısının düzeltilmesi amacıyla gübreleme işlerinin yapılması ve böylece toprağın su tutma kapasitesinin artırılması, besin maddelerince zenginleştirilmesi olarak anlamak gerekir. Görevi dışarıdan gelecek tehlikelere karşı tarlayı korumak olan tarla bekçisinin yaptığı işin anılan nedenlerle tarım işi olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Bu noktada ele alınması gereken bir diğer husus, koruma bekçilerinin faaliyetleridir. 4981 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun¹⁷ 12. maddesinde koruma bekçilerinin görevleri, çiftçi mallarını korumak ve çiftçi mallarına zarar verilmesi halinde zarar verici eylemin devam etmesini önleyici tedbirleri almak, ortaya çıkan zararın belirlenebilmesi için delil toplayarak durumu koruma ve ihtiyar meclisine bildirmek olarak sayılmıştır. Dolayısıyla koruma bekçilerinin söz konusu faaliyetlerinin de İş Kanununun 111. maddesinde sayılan tarım işlerinden olmadığı muhakkaktır.

III. MEVSİMLİK TARIM İŞÇİSİ

Türkiye’de iklimin ve dolayısıyla tarımsal üretimin çeşitliliği, yılın birçok ayına yayılan yapısı, üretim süreçlerinden özellikle hazırlık ve hasat dönemlerinde çok sayıda işçiye gereksinim duyulması, tarımsal üretimde gezici ve mevsimlik olarak istihdam edilebilen dinamik bir iş gücü havuzuna

¹⁶ Fatih Uşan, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kanunu Açısından Tarım İşleri,” *Kamu-İş* 7, sy. 2 (2003): 13.

¹⁷ RG, 10.07.1941, S. 4856.

sürekli olarak ihtiyaç doğurmaktadır¹⁸. Tam da bu noktada anılan iş gücü talebini karşılamak üzere mevsimlik tarım işçileri karşımıza çıkar. Ülkemiz tarım arazisi koşullarının çalışanlara devamlı iş sağlayamaması da tarım işçiliğinin çoğunlukla mevsimlik olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, tarım iş gücünün çeşitli bölgelerde ve tarım kollarında sürekli hareket halinde olması sonucunu doğurur¹⁹.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2010 yılında hazırlanan ve mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşullarını iyileştirmeyi amaçlayan eylem planında²⁰ mevsimlik tarım işçiliğinin nedenleri şu şekilde ifade edilmiştir: “Kırsal alanda topraksız çiftçilerin yanı sıra tarım işletmelerinin başta miras hukuku olmak üzere çeşitli nedenlerle giderek küçülmesi ve parçalanması birçok işletmeyi kendine yeterli olmaktan uzaklaştırmıştır. Bunun sonucu olarak, tarımsal faaliyet ile uğraşan birçok aile, geçimini sağlayabilmek amacıyla daha fazla tarımsal iş olanağı bulunan yörelere gezici (yerleşik olmayan) ve mevsimlik (geçici) işçi olarak gitmek durumunda kalmaktadır. ... Genellikle işleyecek toprağı bulunmayan, yetersiz toprağına sahip olan ya da çeşitli nedenlerle bu toprakları işleyemeyen aileler, tarımsal işgücü talebi yoğun olan yerlere giderek, gezici veya geçici olarak çalışmaktadırlar”.

Anılan eylem planında da belirtildiği üzere mevsimlik tarım işçileri, gezici ve geçici mevsimlik tarım işçileri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mevsimlik gezici tarım işçileri, sürekli yaşadıkları yerleşim alanlarından mevsimlik tarım işlerinin yoğun olduğu bölgelere çalışmak amacıyla giden ve iş bitene kadar o bölgede kalan işçilerdir. Mevsimlik geçici tarım işçileri ise daha ziyade günübirlik çalışan, tarımsal üretimin yapıldığı alanda veya yakınlarında yaşayan işçilerdir. Tarım araçları çoğunlukla işveren ile

¹⁸ Kalkınma Atölyesi, *Bir Yevmiye, Bir Yevmiyedir: Tarım Araçları ve Türkiye’de Tarımsal Üretimde Çocuk İşçiliği* (Ankara: Kalkınma Atölyesi Yay., 2018), 43; Çetin Yılmaz ve Ayşe Seda Yıldırım İşler, “Fındık Tarımı Özelinde Tarım İş Aracılığının Sosyolojik Analizi,” *Emek Araştırma Dergisi* 11, sy. 18 (Aralık 2020): 124; Divana, “Tarım Araçları,” 22.

¹⁹ Rüçhan Işık, “Türkiye’de Tarım Sektöründe Sendikacılık Hareketleri,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, sy. 3 (Mayıs 1970): 58.

²⁰ Mevsimlik Gezici Tarım İşçilerinin Çalışma ve Sosyal Hayatlarının İyileştirilmesi Stratejisi ve Eylem Planı, <https://docplayer.biz.tr/1493-T-c-calisma-ve-sosyal-guvenlik-bakanligi-mevsimlik-gezici-tarim-iscilerinin-calisma-ve-sosyal-hayatlarinin-iyilestirilmesi-stratejisi-ve-eylem-plani.html>, erişim tarihi: 28.01.2023.

mevsimlik gezici tarım işçileri arasında iş sözleşmesi kurulmasına aracılıkta etkin bir rol üstlenir.

IV. TARIM ARACISI

Tarım aracılığı, tarım işlerinin yoğun olduğu dönemlerde, işverenlerin geçici bir dönem için ihtiyaç duydukları mevsimlik iş gücünü karşılamak üzere mevsimlik tarım işçileri ile işverenleri bir araya getiren ara mekanizma olarak tanımlanabilir. Mevsimlik tarım işçiliği geçmiş dönemlerden beri içinde geleneksel anlamda bir iş aracılığı kurumunu barındırmaktadır. Tarım araçları çeşitli adlarla anılmaktadır; ilk dönemlerde “elci başı”, ilerleyen dönemlerde ise Ege Bölgesinde “dayıbaşı”, Çukurova’da “elçi başı”, Nazilli’de “enar”, incir işletmelerinde “baladur”, Trakya’da “dragoman”, Balıkesir ve çevresinde “kâhya”, “çavuş”, Gaziantep ve Maraş’ta “başcıl” kavramları ve genel olarak “elçi”, “dayıbaşı” sözcükleri tarım araçlarını ifade eder. Mevsimlik tarım işçilerinin farklı şekillerde anılan bu iş ve işçi bulma araçları ile iletişim kurmaksızın iş bulabilmelerine neredeyse olanak yoktur²¹. İşveren hiçbir zaman tüm işçilerle tek tek anlaşıp sözleşme imzalamaz, ihtiyacı olduğu sayıda tarım işçisi için yalnızca aracı ile irtibata geçer.

Tarım araçlarının yasal tanımına Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliğinde yer verilmiştir. Buna göre aracı, tarımda iş ve işçi bulma aracılığını yapmak üzere Kurumca izin verilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (m. 4). Maddede anılan kurum ise Türkiye İş Kurumudur.

V. TARIMDA İŞ VE İŞÇİ BULMA ARACILIĞININ MEVCUT DURUMU

A. Tarım Aracısının Tarımsal İş Gücü Piyasasındaki Rolü

Tarım araçları, işverenle görüşüp aralarında kararlaştırdıkları esaslar dahilinde işvereni istihdam edeceği mevsimlik gezici tarım işçisi ile bir araya getirirler. Araçlar bu süreçte iki farklı yöntem izleyebilmektedir. İlk yöntem, araçların bir grup mevsimlik tarım işçisi ile sürekli olarak irtibat halinde olması ve iş geldiği zaman bu gruptakilerle çalışmasıdır. Böylece işverenlerle yaptıkları anlaşmalar neticesinde bu işçileri ve gerekirse başka işçileri işe yerleştirir²² ve işin devamı süresince de yönetmeliğin kendisine yüklediği

²¹ Erkul, *Ziraat İşçileri*, 84; Murat Şeker, *Türkiye’de Tarım İşçilerinin Toplumsal Bütünleşmesi* (Ankara: Değişim Yay., 1986), 131.

²² Erkul, *Ziraat İşçileri*, 105.

yükümlülükleri yerine getirir. Bu yöntemde aracılarn iş gücü ihtiyacını öncelikli olarak akrabalar, hemşehriler, komşular ve tanıdıklar üzerinden karşılamaya önem verdikleri ifade edilmektedir²³. İkinci yöntemde, aracı işverenden aldığı emir ve talimat gereğince mevsimlik tarım işçilerinin yoğun olarak yaşadığı bölgelere giderek işçilerle görüşür, anlaştığı yeni işçileri işyerine getirir²⁴ ve işin devamı süresince de yönetmelik gereğince üstlendikleri görevleri yerine getirir. Bazen de aracı henüz faal sezon başlamadan önce ekonomik olarak zor durumda olan mevsimlik tarım işçilerine borç para verir ve böylece bu kişilerin gelecek mevsim döneminde kendi çalışacağı işverenden başka bir işveren yanında çalışması ihtimalini ortadan kaldırır²⁵. Her iki yöntemde de işçiler, işverenle doğrudan temasa geçerek çalışma koşullarını belirleme konusunda bir anlaşma yapma imkânına sahip olmazlar. İşçilerin muhatabı aracıdır ve ancak aracıyla görüşülerek çalışma koşulları hakkında bilgi sahibi olunabilir²⁶.

Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde işleyen bir tarım aracılığı sistemi, mevsimlik tarım işçilerinin daha elverişli koşullarda çalışması bakımından önemli bir işleve sahiptir. Zira Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği aracılara; işverenle sözleşme yapılması, işçilere iş, ücret ve ilgili konularda bilgi verilmesi, ücretlerin ödenmesi ve ulaşım konusunda gerekli önlemlerin alınmasının sağlanması, işçilerin konaklama yerlerinin sağlığa uygun hale getirilmesi için uygun koşulların hazırlanması gibi pek çok yükümlülük getirmiştir. Bununla birlikte aracı olmaksızın mevsimlik tarım işçilerinin iş bulabilmesinin neredeyse olanaksızlığı, işçilerin aracılardan istismar edilmesine kapı aralamaktadır.

2015 yılı Mart ayında hazırlanarak TBMM'ye sunulan meclis araştırması komisyon raporunda tarım aracılarnın işçilerden sadakat beklentisinin olduğu ve normal çalışma yaşamından farklı olarak işçilerde, işverene değil tarım aracısına duyulan bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Rapora göre, bağımlılık ilişkisinin oluşmasının temelde iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, aracılarn iş gücü ihtiyacını ilk olarak daha çok akrabalar,

²³ Sidar Çınar ve Kuvvet Lordoğlu, "Mevsimlik Tarım İşçiliğinde Tekil Bir Analiz: Karasu Fındık Toplama İşçileri," *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi* 10, sy. 38 (2015): 7; Yılmaz ve Yıldırım İşler, "Tarım İş Aracılığı," 134.

²⁴ Cemil Çalgüner, *Türkiye'de Ziraat İşçileri* (Ankara: T.C. Ziraat Vekaleti Ankara Yüksek Ziraat Enstitüsü Yay., 1943), 47; Şeker, *Bütünleşme*, 132.

²⁵ Çınar ve Lordoğlu, "Karasu Fındık Toplama İşçileri," 8; Divana, "Tarım Aracıları," 41.

²⁶ Erkul, *Ziraat İşçileri*, 105.

hemşehriler ve komşular üzerinden karşılımları ve çalışma ilişkilerinde mevzuat düzenlemelerinin değil; dayanışma, karşılıklı güven gibi duyguların önemli olmasıdır. Bağımlılık ilişkisinin oluşmasının ikinci nedeni ise yukarıda da ifade edildiği üzere, işçilerin çalışmadıkları dönemlerde daha sonra ödemek üzere araçlardan aldıkları borçlardır. İşçiler çalışmadıkları dönemde araçlardan aldıkları borç para ile geçimlerini sürdürmekte ve çalışma dönemi geldiğinde kendisine borç veren araçlıdan başka bir aracıyla çalışamaz duruma düşmektedir. Her iki nedenle ortaya çıkan bağımlılık ilişkisi tarım işçilerinin çalışma ilişkilerini etkilemekte ve işçilerin ücret, çalışma süreleri ve diğer çalışma koşullarına yapacakları her türlü itiraz sadakatsizlik olarak görülmektedir²⁷.

B. Tarafları Tarım Aracısından Hizmet Almaya Yönelten Nedenler

Mevsimlik tarım işçisi ve işvereni tarım aracısından hizmet almaya yönelten pek çok neden bulunmaktadır. Her şeyden önce aracılık faaliyeti neticesinde işverenler, ihtiyaç duydukları sayı ve nitelikte mevsimlik tarım işçisine ulaşmak için çok fazla zaman harcamadıkları gibi işçilerin işe alınması sürecinde yapmaları gereken harcamalardan da tasarruf ederler. Zira ihtiyaç duydukları mevsimlik iş gücünü karşılamak üzere araçlılardan hizmet alan işverenler, her bir işçi ile tek tek görüşüp çalışma koşullarını ayrıca belirleme ve pazarlık yapmanın getirdiği maliyetlerden kurtulurlar²⁸. İşçiler de bilmedikleri bir bölgede iş arama zorluğu ve iş bulamama ihtimalinden kurtulmak için tarım aracı ile çalışmayı tercih ederler.

Tarım aracısının istenilen zamanda işçiye ulaşma imkânının bulunması, işverenin ise tarla veya bahçesinde çalıştırabileceği tarımsal iş gücüyle irtibat kuracak ilişkilerden yoksun olması, işveren - aracı ilişkisinin ortaya çıkmasının temel nedenidir. Doğru zamanda, yeterli sayı ve nitelikte işçiye ulaşıldığı takdirde tarım ürünleri yerde kalmaz, ürün istenilen kalitede olur. Dolayısıyla işveren açısından bir aracıyla ilişkili olmak ve bunu uzun bir zaman dilimine taşıyabilmek işletmenin devamlılığı açısından oldukça önemlidir. Böylece işveren, tarım işlerinin yoğun olduğu dönemler bakımından ihtiyaç duyduğu mevsimlik iş gücünü garanti altına almış olur.

²⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyon Raporu, 86-87, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasavi/donem24/yil01/ss.716.pdf>, erişim tarihi: 21.01.2023.

²⁸ Divana, "Tarım Aracıları," 43-44.

Öte yandan araçların mevsimlik iş gücü ihtiyacını öncelikle akrabalar ve hemşehrileri üzerinden karşılama, işçi ile aracı arasında karşılıklı dayanışma ve güven ilişkisi kurulmasını sağlar²⁹. Bu güven ilişkisi sebebiyle araçlar sadece tek bir üretim sezonunda değil, gelecek üretim sezonunda da tanıdığı işçilerle çalışır. Yine araçların daha öncesinde tanıdığı, iş görme şeklini bildiği mevsimlik tarım işçileri ile çalışması işverenin görülen işin kalitesinden emin olmasını kolaylaştırır.

VI. TARIM ARACILIĞININ BENZER HUKUKİ KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Birlikte İşverenlik

İşçi tarafı aynı olmakla birlikte işveren tarafının birden fazla olduğu ve işçinin tek bir iş sözleşmesiyle aynı nitelikteki iş görme edimini aynı zamanda tüm işverenlere karşı yerine getirdiği iş ilişkisi birlikte işverenlik olarak ifade edilmektedir³⁰. Bu ilişki, işçi ve işverenler arasında birlikte yapılan bir sözleşmeyle kurulabileceği gibi mevcut bir iş ilişkisine sonradan katılma yoluyla da kurulabilir. Birlikte işverenlerin işçiye karşı müteselsil sorumluluğuna yönelik herhangi bir yasal düzenleme mevcut olmasa da Yargıtay yerleşmiş içtihadıyla birlikte işverenlerin müteselsilen sorumlu olacağını kararlaştırmaktadır³¹.

Çalışma hayatının taraflarını iş ilişkisi kurulması amacıyla bir araya getiren aracı ise çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak ele alınacağı üzere işveren sıfatı taşımaz. Dolayısıyla aracının işçilerin hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak işverenle birlikte sorumlu tutulması mümkün değildir.

B. Takım Sözleşmesi

Takım kılavuzu ve takım sözleşmeleri ile oluşturulmuş iş sözleşmelerine 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmiştir. Buna göre, birden çok işçinin

²⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyon Raporu, 87, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss.716.pdf>, erişim tarihi: 21.01.2023.

³⁰ Süzek, *İş Hukuku*, 157.

³¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehtap Yücel Bodur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik* (İstanbul: Beta Yay., 2018), 310 vd.

meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir (m. 16/1). Maddenin ikinci fıkrasında yazılı şekilde yapılması zorunlu olan takım sözleşmelerinde yer alması gereken hususlar, üçüncü fıkrasında takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla o işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi yapılmış sayılacağı ve takım kılavuzunun sorumluluğu, dördüncü ve son fıkrasında ise takım kılavuzu ile çalışan işverenin işçilere karşı sorumluluğu düzenlenmiştir.

Çok sık rastlanmamakla birlikte bazen bir tarım işçisinin, kendisinin de aralarında bulunduğu bir takım adına hareket ederek çalışma koşullarını işverenle görüşüp, belirlemesi mümkündür. İşverenle kendisi ve takıma dahil diğer işçiler adına sözleşme imzalayan bu takım kılavuzu, takım arkadaşları ile birlikte iş görme edimini yerine getirerek ücret alır. Takım kılavuzunun kendisiyle beraber çalışan arkadaşları adına imzalamış olduğu sözleşme, takım sözleşmesidir.

Tarım araçlarının yükümlülüklerinin ve bu yükümlülüklerle bağlı olarak ortaya çıkan sorumluluklarının gereği gibi ortaya konabilmesi ve uygulamada ortaya çıkan kavram kargaşasının sona erdirilebilmesi için tarım aracısı - takım kılavuzu ayrımının açıklığa kavuşturulması gerekir. Her şeyden önce takım kılavuzu takıma dahil arkadaşlarıyla birlikte iş görme edimini yerine getirirken; tarım aracısı işçilerle birlikte çalışmaz. Başka bir ifadeyle takım kılavuzu aynı işe alınan işçilerden biri olduğundan iş sözleşmesiyle çalışan bir tarım işçisidir³²; ancak tarım araçları işçilerle birlikte çalışmaz ve bu kişilerin işçi olarak kabulü mümkün değildir. Bu itibarla takım kılavuzu ile tarım aracısına uygulanacak mevzuat hükümleri de farklılık göstermektedir.

Bununla birlikte takım kılavuzu kavramı uygulamada pek bilinmemekte, tarımda iş ve işçi bulma aracılığı faaliyetini yürüten ve “elçi” olarak anılan tarım araçları ile karıştırılmaktadır. Yargıtay uygulamasında dahi bu ayrımın tam olarak ortaya konulmadığı ve taraflarca “elçi” olarak tabir edilen kişilere,

³² Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 110; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 165-166; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 50; Arıcı, *Türk İş Hukuku*, 100; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2020), 70; Eyrenci v.dğr., *İş Hukuku*, 94-95; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi* (İstanbul: Legal Yay., 2013), 225; Durmuş Özcan, *İş Kanunları Şerhi* (Ankara: Adalet Yay., 2014), 224; Fatih Uşan v.dğr., *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması* (Ankara: İntes Yay., 2021), 114.

işçilerle birlikte çalışıp çalışmadıklarına bakılmaksızın takım kılavuzuna ilişkin İK m. 16'nın uygulandığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre³³, “Öte yandan kabule göre de dava dilekçesinde “elçi” tabiri İş Kanununun 16. maddesinde yer alan takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinde yer alan takım kılavuzunu karşılamaktadır”. Yine Yargıtay’ın başka bir kararına göre³⁴, “Davada uyuşmazlık konusu olan husus, dayıbaşı tabir edilen aracılardan temin ettiği kişilerle davacı arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve sonuçta bu kişilerin sigortalı sayılıp sayılmayacaklarıdır. Davacı ile dayıbaşı ve çalışanlar arasındaki hukuki ilişki, mevcut özelliklerine göre 1475 sayılı İş Kanununun 10. Maddesinde öngörülen “takım sözleşmesi”ne dayanmaktadır”.

C. Geçici İş İlişkisi

Geçici iş ilişkisi, mesleki olan ve olmayan geçici iş ilişkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mesleki olmayan geçici iş ilişkisinde işveren, devir esnasında yazılı rızasını aldığı bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devreder³⁵. Devreden işveren olmayı sürdürdüğü bu ilişki, devreden işverenlerin niteliği itibarıyla tarım sektöründe uygulama alanı bulmaz.

Mesleki geçici iş ilişkisi ise sadece Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilen özel istihdam büroları tarafından kurulabilir (İK m. 7/2). 4904 sayılı Kanun m. 17/3 hükmünde özel istihdam bürolarının mesleki geçici iş ilişkisi kurabilme şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³⁶. Bu koşullara ilaveten,

³³ Y. 9. HD, E. 2007/16864, K. 2008/11046, 02.05.2008, (Legalbank). Aynı doğrultuda, Y. 9. HD, E. 1989/7889, K. 1989/11134, 21.12.1989, (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁴ Y. 10. HD, E. 1985/6406, K. 1985/7244, 24.12.1985, (Lexpera). Aynı doğrultuda, YHGK, E. 2000/13-77, K. 2000/63, 09.02.2000, (Legalbank).

³⁵ Süzek, *İş Hukuku*, 295; Nuri Çelik v.dğr., *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yay., 2021), 253; Çağlar Çopuroğlu, *Türk İş Hukukunda Mesleki Geçici İş İlişkisi* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 22; Arıcı, *Türk İş Hukuku*, 101; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 144; Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, 112; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 170.

³⁶ Buna göre, “Başvuru tarihinden önceki iki yıl süresince kesintisiz faaliyet gösteren Kuruma kayıtlı özel istihdam bürolarına; a) Kurumca yapılacak inceleme sonucunda olumlu rapor düzenlenmiş olması b) Geçici iş ilişkisi kurma yetkisi almak üzere Kuruma başvuru tarihinde brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verilmiş olması c) Kurum alacağı bulunmaması d) Özel istihdam bürosunun; vadesi geçmiş vergi borcunun bulunmaması, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun

mesleki geçici iş ilişkisi kurma yetkisi almak isteyen özel istihdam bürolarının, Kuruma başvuru tarihinden önceki iki yıl boyunca kesintisiz olarak iş aracılığı faaliyeti yürütmesi gerekir (m. 17/3).

Mesleki geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosu, geçici işçi ve geçici işçi çalıştıran işveren arasında kurulan üçlü bir hukuki ilişkiye dayanır³⁷. İşçi, bir hizmet bedeli karşılığında işçi vermeyi meslek edinmiş özel istihdam bürosu tarafından, başka bir işverene ödünç verilmek üzere işe alınır³⁸. Özel istihdam bürosu bu amaçla iş sözleşmesi imzaladığı işçilerini kendi işyerinde çalıştırmaz, ihtiyacı olan başka işverenlere geçici bir süreliğine ödünç verir. Geçici işçi ise belirli ve geçici bir süre için geçici işçi çalıştıran işverenin emir ve talimatı altında çalışır³⁹. Dolayısıyla, bu ilişkide işveren özel istihdam bürosudur.

Mesleki geçici iş ilişkisinin tarımda çalışma ilişkileri bakımından önem arz ettiği nokta, mevsimlik tarım işlerinde herhangi bir süre sınırı bulunmaksızın bu ilişkinin kurulabilmesidir (İK m. 7/2-b). Bahse konu düzenlemenin esas nedeni, mevsimlik tarım işlerinin niteliği itibarıyla belirli süreyle sınırlı olması ve kayıt dışı çalışmanın oldukça yaygın olduğu tarım sektörünün olabildiğince kayıt altına alınması isteğidir⁴⁰.

bulunmaması veya vergi dairesine ve Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borcunun 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre tecil edilmiş, taksitlendirilmiş veya ilgili diğer kanunlar uyarınca yeniden yapılandırılmış olması ve bu tecil, taksitlendirme ve yapılandırmaların devam etmesi e) Uygun bir işyerine sahip olması, hâlinde Kurum tarafından geçici iş ilişkisi kurma yetkisi verilebilir”.

³⁷ Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin tarafları olan özel istihdam bürosu, geçici işçi çalıştıran işveren ve geçici işçi tanımlarına Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinin 3. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre özel istihdam bürosu, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya geçici iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan büroları; geçici işçi çalıştıran işveren, özel istihdam bürosundan geçici işçi sağlama sözleşmesi ile geçici iş ilişkisi kapsamında işçi temin eden işvereni; geçici işçi ise, geçici işçi sağlama sözleşmesi kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla başka bir işverene ait işyerinde çalıştırılan işçiyi ifade eder.

³⁸ Çopuroğlu, *Mesleki Geçici İş İlişkisi*, 22; İlhan Serin, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 7 (2005): 1062; Civan, “Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi,” 37, 70.

³⁹ S. Esra Baskan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy. 2 (Nisan 2017): 10-11.

⁴⁰ Çopuroğlu, *Mesleki Geçici İş İlişkisi*, 132.

Özel istihdam büroları aracılığıyla yürütülen mesleki geçici iş ilişkisinin tarım aracılığı ile benzer bazı yönleri bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse gerek tarım aracısı gerek özel istihdam bürosu, söz konusu faaliyetlerini meslek edinmişlerdir. Yine tarım araçlarının fiziki bir işyeri bulunmadığı gibi özel istihdam büroları da çoğunlukla işe aldığı işçiyi çalıştırabileceği bir işyerine sahip olmayıp, bir ofiste faaliyet gösterir. Ancak mesleki geçici iş ilişkisinin tarım aracılığından ayrılan yönlerine de değinmek gerekir. Her şeyden önce aracı ile mevsimlik tarım işçisi arasında bir iş ilişkisi mevcut değilken, özel istihdam bürosu ile işçi arasında bir iş ilişkisi bulunur ve bu ilişki geçici iş ilişkisinin devamı süresince devam eder⁴¹. Zira bu ilişkide işveren özel istihdam bürosudur⁴². Tarım aracısı ise işverenlikten doğan hiçbir hakkı kullanamayacağı gibi işveren yükümlülüklerini de taşımaz. Yine iş sözleşmesi sona eren tarım işçisinin aracının yanında çalışması mümkün değilken, geçici iş ilişkisinde söz konusu ilişkinin sona ermesi ile geçici işçinin özel istihdam bürosunun yanına dönmesi gerekir. Tarım aracılığı ile mesleki geçici iş ilişkisi, faaliyet izni alabilmeleri için aranan koşullar bakımından da farklılık arz etmektedir. Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliğinde yer alan basit koşulları sağlayan herkese talep etmeleri halinde aracı belgesi verilirken, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi kurabilmek için asgari ücretin iki yüz katı tutarında teminat verilmesi, vadesi gelmiş vergi, prim ve idari para cezası borcu bulunmaması, iki yıl süresince kesintisiz faaliyet gösterilmesi gibi pek çok koşulun yerine getirilmesi gerekir.

VII. TARIMDA İŞ VE İŞÇİ BULMA ARACILIĞININ YASAL ÇERÇEVESİ

A. Tarım Araçlarında Aranan Nitelikler

Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği çerçevesinde iş ve işçi bulma aracılığı yapabilmek için; Türk vatandaşı olmak, 18 yaşını bitirmiş olmak, kamu haklarından yoksun olmamak, detaylarına yönetmelikte yer verilen birtakım suçlardan dolayı ceza almamış olmak⁴³, en az ilkokul mezunu olmak, Kurum

⁴¹ Ercan Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin Yay., 2008), 385.

⁴² Çopuroğlu, *Mesleki Geçici İş İlişkisi*, 28.

⁴³ Yönetmelik m. 6/1-ç hükmünde bu suçlar, “*Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp,*

tarafından belirlenen masraf karşılığını yatırmak ve tüzel kişilerde şirket kuruluş sözleşmesinin yayımlandığı ticaret sicili gazetesinin bir örneğini Kuruma ibraz etmek gereklidir (m. 6). Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte “Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracısı” belgesi almış olanlar için, aracılık görevini devam ettirdikleri müddetçe ilkokul mezunu olma koşulu aranmaz (geç. m. 1). Yönetmelikte tüzel kişilerin de aracılık yapabileceği belirtilmiş olsa da uygulamada bu faaliyeti yürütenlerin tamamının gerçek kişiler olduğu bilinmektedir⁴⁴.

Tarım aracılığı faaliyeti için aranan koşullar incelendiğinde, aracıardan herhangi bir özel niteliğe sahip olmalarının beklenmediği, mesleğe başlamadan önce veya sonrasında eğitim almalarının gerekmediği görülmektedir. Yönetmelikte yer alan basit koşulları yerine getiren herkese talep etmeleri halinde aracı belgesi verilmektedir. Buna rağmen Kalkınma Atölyesi tarafından 2018 yılında yapılan bir araştırma kapsamında görüşülen aracıardan %38,8’inin yönetmeliğin aradığı ilkokul mezunu olma koşulunu dahi taşımadığı tespit edilmiştir⁴⁵.

Aracıların tarımsal iş gücü piyasasındaki aktif rolü ve Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği kapsamındaki yükümlülükleri dikkate alındığında, aracılık izni verilmeden önce İŞKUR yahut yetkilendirdiği başka bir kurum tarafından aracılara eğitim verilmesi ve bu eğitimlerin belirli aralıklarla yenilenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mevsimlik tarım işçilerinin sahip olduğu haklara ilişkin bilgilendirme yapılması da geleneksel aracılık sisteminin işleyişine katkıda bulunacaktır. Zira mevsimlik tarım işçilerinin sahip olduğu hakları bilmeyen aracıardan; işçilere iş, ücret ve ilgili konularda bilgi vermelerinin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasını ve işçi ücretlerinin doğrudan işçilere ödenmesini sağlamalarının, çocuk işçiliği ile mücadele edilmesinde etkin bir rol üstlenmelerinin beklenmesi gerçekçi bir yaklaşım değildir.

rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak” olarak düzenlenmiştir.

⁴⁴ Kalkınma Atölyesi, *Tarımda İş Aracıları Yasal Yükümlülüklerini Yerine Getirebilir Mi?* (Ankara: Kalkınma Atölyesi Yay., 2022), 5.

⁴⁵ Kalkınma Atölyesi, *Tarımsal Üretimde Çocuk İşçiliği*, 75.

B. Tarım Aracılığı Başvurusu ve Yetkinin Kazanılması

Tarımsal üretimde aracılık faaliyetinde bulunmak isteyen kişilerin ilgili kuruma başvuru yaparak her yıl yeniden belirlenen bir masraf karşılığında “Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracısı Belgesi” alması gerekir⁴⁶. Tarımda aracılık yapmak isteyenlerin şahsi ve yazılı başvuruları esas olmakla birlikte, Kurum bu konuda oldukça esnek düzenlemeler getirmiştir. Başvurular üç farklı şekilde yapılabilmektedir. Bunlar; resmî kurumlar aracılığı ile başvuru, şahsi başvuru ve toplu ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla başvurudur. Resmî kurumlar aracılığı ile başvuru, aracılık faaliyetinde bulunmak isteyenlerin faaliyette buldukları yerdeki kaymakamlık veya diğer resmi mahalli birimlere gerekli belgeleri vermeleri şeklinde yapılan başvurudur. Kaymakamlık veya diğer resmi mahalli birimin başvuru belgelerini toplu halde Kuruma göndermesi sonucunda uygun koşullara sahip olanların belgeleri düzenlenerek ilgili birime gönderilir ve bu birimlerce imza karşılığı belgeler hak sahiplerine dağıtılır. Şahsi başvuru, ilgililerin gerekli belgelerle doğrudan kurum ünitelerine yaptıkları başvuru şeklindedir. Toplu ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla başvuru ise gerekli belgelerin posta yoluyla kurum ünitelerine gönderilmesi şeklinde yapılan başvurudur. Bu yöntemde aracılardan kendi aralarında yetki verdikleri bir kişi aracılığı ile başvuruda bulunmaları ve belgelerini yine aynı kişi eliyle almaları da mümkündür.

Aracılık yapmak üzere başvuran ve tarımda iş ve işçi bulma aracılığı yapması uygun görülen kişilere, kurum il veya şube müdürlüklerince yazılı olarak bilgi verilir. Talepleri uygun bulunan kişilerden Kurumca belirlenen miktarda masraf karşılığının tahsil edilmesinin ardından “Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracısı Belgesi” verilir. Tüzel kişiler için bu belgede tüzel kişiliği idare, temsil ve ilzama yetkili kişiler de gösterilir (Yön. m. 7). Aracılık belgesi verilenler Kurum tarafından yerel gazetede ve Kurum internet sitesinde duyurulur (Yön. m. 14/2).

Aracılık belgesinin ne kadar süre geçerli olacağı Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, tarım aracılarının aracılık belgeleri üç

⁴⁶ Tarımda iş ve işçi bulma aracılığı izni başvurusu yapılırken Kurum tarafından belirlenen ve her yıl güncellenen masraf karşılığının, Kurum banka hesabına yatırılması gerekir. Bununla birlikte, tarımda iş aracılığı yapan yetkili kişi/kurum sayısını artırmayı desteklemek amacıyla 2023 yılı itibarıyla aracıardan izin verme masraf karşılığı talep edilmemektedir. 2021 yılında ise bu tutar 325,00 TL olarak belirlenmişti. <https://www.iskur.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/tarimda-is-araciligi/>, erişim tarihi: 28.01.2023.

yıl süre ile geçerlidir ve bu süre sonunda aracılık faaliyetini sürdürmek isteyenlerin belgeleri, “izin yenileme masraf karşılığı”nın yatırılması ve uygun görülmesi halinde üç yılda bir yenilenir⁴⁷. Her aracı için içeriği Kurumca belirlenen bir “Aracı Sicili” düzenlenir ve bu aracı sicilleri ilgili kurum il veya şube müdürlüğünde saklanır (m. 9). Aracılık faaliyeti sadece aracılık belgesini almış olan kişiler tarafından yerine getirilebileceğinden, bu yetki başkasına devredilemez yahut vekâlet yoluyla yürütülemez (m. 10).

Bununla birlikte, işverenler ile mevsimlik tarım işçileri arasında bir nevi köprü vazifesi üstlenen tarım aracılarının önemli bir bölümü, aracılık faaliyetini kayıt dışı yürütmektedir. Türkiye İş Kurumu kayıtlarında 2022 yılı sonu itibarıyla aktif statüde sadece 1.804 adet tarım aracıları bulunmaktadır⁴⁸. Kalkınma Atölyesi tarafından 2018 yılında yapılan bir araştırma sonucu da aracılardan önemli bir bölümünün kayıt dışı çalıştığı gerçeğini ortaya koymaktadır. Araştırma kapsamında görüşülen aracılardan %53,9’u aracılık belgesinin bulunmadığını; aracılık belgesi olanlardan %50,8’i ise belgelerini üç yılda bir yenilemediklerini ifade etmişlerdir⁴⁹. Aracıların söz konusu faaliyetlerini kayıt dışı yürütmeleri, mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşullarının keyfi olarak kötüleştirilmesi, denetim görevini yerine getirmekte yetersiz olan Kurumun da bu kötü çalışma koşullarından haberdar olmaması gibi olumsuzlukları beraberinde getirmektedir. Ancak aracılardan Yönetmelik gereği yılda bir kez Kuruma göndermek zorunda oldukları çalışma raporu işveren yükümlülüklerinin denetiminde önemli bir işleve sahip olabilecek niteliktedir. Nitekim bu çalışma raporunda; işveren tarafından bizzat işçiye verilmesi gereken ücretin zamanında ve tam olarak ödenip ödenmediği, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin her türlü önlemin alınıp alınmadığı gibi işveren yükümlülüklerine ilişkin pek çok bilginin yer alması istenmektedir.

C. Tarım Aracılarının Yükümlülükleri

Tarımsal üretimde aracılık yapma yetkisini kazanan aracılardan yükümlülükleri, Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliğinin 11. maddesi ile

⁴⁷ Tarımda iş aracılığı yapan yetkili kişi/kurum sayısını artırmayı desteklemek amacıyla 2023 yılı itibarıyla taraflardan izin yenileme masraf karşılığı talep edilmeyecektir. Kurum tarafından belirlenen ve her yıl güncellenen bu tutar 2021 yılında 175,00 TL olarak belirlenmişti. <https://www.iskur.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/tarimda-is-araciligi/>, erişim tarihi: 26.01.2023.

⁴⁸ <https://www.iskur.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/tarimda-is-araciligi/>, erişim tarihi: 28.01.2023.

⁴⁹ Kalkınma Atölyesi, *Tarımsal Üretimde Çocuk İşçiliği*, 78-79.

düzenlenmiştir. Aracılık yapmak üzere izin verilen gerçek ve tüzel kişiler bu yükümlülüklerle uymayı kabul ve taahhüt ederler. Buna göre aracılar, işveren ve işçiler ile örneği yönetmelik ekinde bulunan Kurumca hazırlanmış sözleşmeyi imzalayarak, bu sözleşmenin birer örneğini düzenleme tarihinden itibaren on iş günü içinde onaylanmak üzere Kuruma ulaştıracaklardır. Ücret ve diğer çalışma koşulları ile tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin aracı, işçi ve işveren arasında yazılı sözleşmeyle belirlenmesi zorunlu olup (m. 12/1), yönetmelik ekinde “Mevsimlik Tarım İşi Sözleşmesi” adıyla bir tip sözleşme de hazırlanmıştır. Anılan tip sözleşme örneği incelendiğinde işveren, aracı ve işçinin yükümlülüklerinin ayrı başlıklar altında düzenlendiği görülmektedir. Sözleşmenin sonunda mevsimlik tarım işi sözleşmesine taraf olan işçilerin listesi yer almalı ve bu listede işçilerin kimlik numaraları, adı, soyadı, çalışmaya başlayacağı tarih ve imzaları bulunmalıdır. Sözleşmenin değişen koşullara uyum sağlayabilmesini kolaylaştırmak adına özel koşullar başlıklı bir bölüm de oluşturulmuş ve bu bölümü doldurmak tarafların isteğine bırakılmıştır. Ayrıca işverenin aracıya yol masrafı için ödeyeceği miktar da mevsimlik iş sözleşmesinde belirlenmelidir.

Kanımızca, mevsimlik tarım işi sözleşmesi tarafların yazılı sözleşme yapmasını kolaylaştırmak ve onlara yardımcı olabilmek amacıyla yönetmelik ekine konulmuştur. Tarafların söz konusu sözleşmeye bağlı kalmaksızın farklı bir yazılı sözleşme yapması halinde herhangi bir yazılı şekil eksikliği söz konusu olmamalı ve sözleşme geçerli olarak kurulmuş kabul edilmelidir. Yönetmeliğin 12. maddesinde tarım aracısının bulunmadığı yerlerde sözleşmenin işçi ve işveren arasında imzalanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı sözleşme imzalanırken tarım aracısının hazır bulunmaması halinde, işçi ve işveren arasında yazılı sözleşme yapılarak tarafların üzerinde anlaşmış oldukları çalışma koşullarının kayıt altına alınması isteğidir. Ancak Yönetmeliğin öngördüğü yazılı şekil koşulu uygulamada yerine getirilmeyip işin niteliği ve ücrete ilişkin sözlü bir anlaşma yapılmaktadır. Hatta çoğu durumda aile reisi olarak kabul edilen erkekler bu anlaşmayı kadın ve çocukları kapsayacak şekilde yapmaktadır⁵⁰.

Aracılar iş bulmalarına aracılık ettikleri mevsimlik tarım işçilerinden hizmet karşılığı herhangi bir bedel talep etmemek, hizmetlerinin karşılığını yalnızca işverenden talep etmekle yükümlüdürler. Yine aracılar Kurumca

⁵⁰ Kalkınma Atölyesi, *Türkiye’de Mevsimlik Tarımsal Üretimde Yabancı Göçmen İşçiler Politika Önerileri* (Ankara: Kalkınma Atölyesi Yay., 2016), 13.

onaylanmış sözleşmelerde gösterilenler dışında harç, pul, masraf ve ücret alamazlar. Bununla birlikte, anılan mevzuat hükümleri ile uygulamanın birbiriyle örtüşmediği ifade edilebilir⁵¹. Aracılar faaliyetlerinin karşılığı olarak, işçi ücretlerinin belirli bir oranında işverenden komisyon almaktadır. İşverenden alınan bu komisyona ek olarak uygulamada bazı aracılardan yönetmeliğe tamamen aykırı bir şekilde işçi ücretlerinden de pay aldıkları ifade edilmektedir⁵². Buna göre işverenler işçi ücretlerinin tamamını mevsim bittikten sonra aracıya vermekte, aracı da ücretleri öderken genellikle ulaşım ve konaklama gibi bazı harcama kalemlerini gerekçe göstererek işçi ücretlerinden kesinti yapmaktadır⁵³. Ancak konaklama alanında kullanılan elektrik ve su harcamaları ne işçi ücretlerinden ne de aracı komisyonlarından karşılanmalı, bu giderler yalnızca işverenlere yüklenmelidir.

İşçilere işe başlamadan önce çalışmaya gidilen yer, çalışılacak ürün, ücret ve çalışma koşulları hakkında bilgi verilmesi aracılardan bir diğer yükümlülüğüdür. Mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşulları hakkında hazırlanan araştırma raporları incelendiğinde, bilgilendirme yükümlülüğünün genel olarak yerine getirildiği söylenebilir. Aracılar, arazi sahibi ile yaptığı görüşmeler neticesinde işin zamanı, büyüklüğü, süresi, fazla çalışma koşulları, ücret tipi ve miktarı, ücretin ödenme zamanı hakkında görüşükten sonra nihai sonuç hakkında mevsimlik tarım işçisi adaylarını bilgilendirmekte ve bu koşulları kabul eden adaylar işe başlatılmaktadır⁵⁴.

Yönetmeliğin 11. maddesi ile aracılardan, işçilerin konaklama yeri ile işyeri arasında uygun araçlarla güvenilir bir şekilde ulaşımının sağlanması hususunda da işverenle birlikte doğrudan kontrol ve gözetim yapmakla yükümlü kılınmıştır. Ancak çalışmaya gittikleri bölgelerde çoğunlukla çadırlarda konaklayan mevsimlik tarım işçilerinin ulaşım ihtiyaçlarının

⁵¹ Merve Yılmaz v.dğr., “Mevsimlik Gezici Tarım İşçiliğinde Tarım Aracılığının Rolü: Giresun İli Fındık Örneği,” *Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi* 34, sy. 2 (Aralık 2021): 190.

⁵² Yılmaz ve Yıldırım İşler, “Tarım İş Aracılığı,” 145; Pikolo Derneği, *Tarım Aracılarının Veri Tabanının Oluşturulması ve Farkındalık Oluşturma Yöntemiyle Çocuk İşçiliğinin Sonlandırılması Projesi Faaliyet Raporu* (Ordu: Pikolo Derneği Yay., 2018), 11, 38.

⁵³ Kalkınma Atölyesi, *Yevmiyeci, Yarıcı veya Kürekçi; Hepsi Çocuk Tarımsal Üretimde Ücret Tipleri ve Çocuk İşçiliğinin Görünümleri* (Ankara: Kalkınma Atölyesi Yay., 2018), 33.

⁵⁴ Kalkınma Atölyesi, *Tarım Aracısı Ne Yapar?* (Ankara: Kalkınma Atölyesi Yay., 2021), 1.

yeterince karşılandığı söylenemez. Tarım işçilerini konu alan çalışmalarda yol masraflarını en aza indirebilmek için 14 kişilik minibüslere 20-25 işçinin alındığı, işçilerin konakladıkları yerlerden çalışacakları tarım arazisine traktör kasaları üzerinde veya kamyonetlerle taşındıkları belirtilmektedir⁵⁵.

Aracıların bir diğer yükümlülüğü ise daha önceden kararlaştırılan ücretlerin işveren tarafından işçilere ödenmesini takip etmektir. Bununla birlikte, anılan yükümlülük bakımından da uygulamanın farklı olduğu söylenebilir. İşverenler genellikle işin devamı süresince mevsimlik tarım işçileri ile görüşmemekte, işçi ücretlerini toplu olarak tarım araçlarına vermektedirler. Araçlar da çalışan kadın ve çocuk işçilerin ücretlerini aile reisi olarak kabul edilen erkeklere vermekte ve bu ücretlerden de mevzuata aykırı olarak çeşitli adlar altında kesinti yapmaktadırlar.

Tarım araçlarının konumuz bakımından dikkat çeken bir diğer yükümlülüğü asgari ücrete ilişkindir. Buna göre araçlar işçilere ödenecek olan ücretlerin 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen asgari ücretin altında olmayacağını kabul ve taahhüt ederler. Ancak aracının anılan yükümlülüğünü iş hukuku kuralları ile bağdaştırmak güçtür. İşveren konumunda olmayan aracının, işçi ücretlerinin ödenmesi, ödenen ücretlerin de asgari ücretin üzerinde olması konularında herhangi bir yetki ve hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır. Anılan nedenlerle söz konusu yükümlülüğün araçlar tarafından yerine getirilmesinin gerçekçi ve makul nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Burada araçlar en fazla, işverenlerin asgari ücretin üstünde ödeme yapıp yapmadığını kontrol etmek ve asgari ücretin altında ödeme yapıldığının tespiti halinde İŞKUR'a bildirimde bulunmakla yükümlü kılınabilirdi.

Tarım araçları; işçilerin konaklama yerlerini, temiz suya erişimlerini, besin ve gıda ihtiyaçlarını, sağlık kuruluşlarına erişimlerini sağlamak için yerel idareciler ve kurumlar ile görüşerek gerekli işlemleri takip etmekle de yükümlü kılınmıştır. Yönetmeliğin araçlarda aradığı nitelikler göz önünde bulundurulduğunda, araçların mahalli idare ile iletişime geçme yükümlülüklerinin gerçekçi olmadığı kabul edilebilir. Zira araçların konaklama alanıyla ilgili olarak idareyi harekete geçirecek bir gücü bulunmamaktadır⁵⁶. Hal böyle olunca işçilerin konaklama yerlerinin insan

⁵⁵ Müge Artar, *Mevsimlik Tarımda Çocuk Olmak* (Ankara: Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yay., 2014), 28.

⁵⁶ Kalkınma Atölyesi, *Tarımda İş Araçları Yasal Yükümlülükleri*, 12.

sağlığına uygun olmadığı, çok sayıda işçinin küçük mekânlarda topluca yaşadığı, temiz suya erişimde ve temel temizlik ihtiyaçlarını karşılamada güçlük çekildiği belirtilmektedir⁵⁷.

Çalışma koşullarına ilişkin bilgi edinilmesinde taşıdığı önem sebebiyle araçların kayıt tutma yükümlülüğü üzerinde ayrıca durmak gerekir. Araçlar, yaptıkları çalışmalara ilişkin olarak yılda bir kez Kuruma rapor vermek zorundadır. Bu raporun içeriği ve biçimi ile verileceği tarih Kurumca belirlenir (m. 13). Üç yıllık izin süresi boyunca yılda bir kez verilen çalışma raporunda; işveren tarafından işçiye verilen ücretin ödenip ödenmediği, işçilere işe başlamadan önce yapılacak iş, ücret ve diğer hususlar hakkında gerekli bilgi verilip verilmediği, işverenin işçilerin iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı her türlü önlemi alıp almadığı, iş sözleşmelerinin Kuruma onaylatılıp onaylatılmadığı ve onay tarihleri, işçilerin çalıştığı günleri gösterir puantaj kaydı⁵⁸ ile işçilere ödenen ücrete ilişkin kaydın tutulup tutulmadığı, işçilerin konaklama yeri ile işyeri arasında ulaşımının, barınma yerleri ve yeme ihtiyaçlarının nasıl karşılandığı, sözleşmeye rağmen yükümlülüklerini yerine getirmeyen işçi olup olmadığı ve varsa kim olduğuna ilişkin bilgilerin yer alması gerekir. Kurumca örneği belirlenmiş çalışma raporu verilirken varsa puantaj kayıtlarının ve işçiye ödenen ücretlerle ilgili kayıtların da eklenmesi gerekir. Yine işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alıp almadığının rapor edilmesi de araçtan beklenmektedir.

Görüldüğü üzere, araçlarda aranan nitelikler ile kendilerinden beklenen yükümlülüklerin birbiriyle örtüştüğü pek söylenemez. Eğitim seviyesi genellikle düşük olan araçlardan planlı ve koordine bir şekilde her türlü işveren yükümlülüğünün takibini yapmaları, işveren ve yerel idareyi harekete geçirmeleri beklenmemelidir. Zira anılan denetimler esasen Türkiye İş Kurumunun görev alanına girmekte olup, Kurumun gerçekleştirmekte yetersiz kaldığı denetim yükümlülüğü tarım araçları vasıtasıyla yerine getirilmeye çalışılmaktadır. Ancak anılan ağır yükümlülükler aracılığın

⁵⁷ Kalkınma Atölyesi, *Göçmen İşçiler*, 17.

⁵⁸ Tarım işçilerinin çalışma süreleri de tamamıyla yerel örf ve adete göre düzenlenmektedir. Bu doğrultuda işçiler günlerin uzun veya kısa olmasına bakılmaksızın gün doğumundan gün batımına kadar günde 13-15 saat çalıştırılmaktadır. Şeker, *Bütünleşme*, 119; Reşat Nalbandoğlu, "Türkiyede Ziraat İşçilerinin Durumu," *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 1, (1948): 18; Suat Aksoy, *Tarımda İş Hukuku* (Ankara: Türk Zirai Ekonomi Derneği Yay., 1969), 43, 86.

çoğunlukla kayıt dışı yürütülmesi ve işçilerin kimi zaman kötü niyetli aracılar tarafından istismar edilmesi sonucunu da beraberinde getirmektedir.

D. Taraflar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

1. Tarım Aracısı ile İşveren Arasındaki İlişki

Tarım aracısı ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespiti, bu ilişkiye uygulanacak kuralların belirlenmesi bakımından son derece önemlidir.

Kanaatimizce, mevcut Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde işverenle aracı arasındaki ilişkinin iş ilişkisi yönünün ağır bastığı söylenemez. Zira iş sahibinin işletmesi dışında aracılık faaliyeti gerçekleştirilmesi her zaman ve doğrudan iş sözleşmesinin varlığını zorunlu kılmaz. İş sözleşmesinin mevcut olması için iş görme, ücret ve kişisel/hukuki bağımlılık unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Gerçekten aracı, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içinde yer almakta, kural olarak onun kişisel bağımlılığı altında çalışmaktadır. Ancak aracı, işverenin iş organizasyonu ile bir şekilde ilişki içinde olmasına karşın, işveren ile çok zayıf bir bağımlılık ilişkisi içerisindedir. Aracı, işverenin yanında çalıştıracağı işçileri kendisi serbestçe belirleyebilmekte, tek bir işveren için değil aynı anda birden fazla işveren için bu faaliyeti yürütebilmekte, iş sürecinde çoğunlukla işverenden ayrı karar alma özgürlüğü bulunmakta, haftalık belirli bir çalışma süresi olmadığı gibi çalışma zamanını da kendisi belirleyebilmektedir. İşveren, işçi ve aracı arasında sözleşme kurulup işçiler çalışmaya başladıktan sonra, aracının görevi denetim şeklinde devam eder. Ancak yönetmelik gereğince yapılacak denetim işçilerin çalışmalarının denetlenmesi amacını değil; işçilerin bilgilendirilmesi, ücret güvencelerinin, güvenli ulaşımlarının sağlanması amacını taşımaktadır. Dolayısıyla aracılar gözetim, denetim ve iş düzenini sağlama görevlerini üstlenseler de bu görevi, daha ziyade işçilerin korunması amacıyla kamusal bir yükümlülük olarak yerine getirirler. Aracıların işverenden aldığı ücret; işçilerin bilgilendirilmesi, ücret güvenceleri ve güvenli ulaşımlarının sağlanması gibi yükümlülükleri üstlenmelerinin karşılığı değil, yürütmüş oldukları iş aracılığı faaliyetlerinin karşılığıdır. Dolayısıyla, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi iş görme borcunun ihlali niteliği taşımaz, yönetmelikte öngörülen idari yaptırımların uygulanmasına sebebiyet verir. Sonuç olarak aracılar birtakım denetim görevlerinin verilmesi, İŞKUR'un gerçekleştirmekte yetersiz kaldığı denetim yükümlülüğünün tarım aracıları vasıtasıyla yerine getirilmesini

sağlamaktır. Anılan nedenlerle, aracı ile işveren arasında iş ilişkisi kurulduğunu kabul edecek yoğunlukta bir kişisel bağımlılığın olmadığı kabul edilmelidir.

Tarım aracıları ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliği simsarlık sözleşmesi olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Nitekim simsarlık sözleşmesinin konusu, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânını hazırlaması veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi üstlenmesi faaliyetidir (TBK m. 520/1). Bu sözleşme ile iş sahibi, simsara onun araştırıp bulacağı üçüncü kişi ile kendisi arasında tasarladığı sözleşmenin kurulması konusunda aracılık yapma işini vermekte ve sözleşmenin geçerli olarak kurulması halinde simsara ücret vermeyi taahhüt etmektedir. Simsar ise sözleşmenin konusu üçüncü kişiyi araştırıp bulma ve iş sahibi ile aralarında sözleşme kurulmasını sağlamak için aracılık yapma yükümlülüğünü üstlenmektedir⁵⁹.

Simsar sadece sözleşmenin kurulmasına aracılık etmekle yükümlü olduğundan onun kanun gereği temsil yetkisine sahip olması söz konusu değildir. Bu sebeple, simsarın aracılık faaliyeti sonucunda kurulmasını sağladığı sözleşme ile ilgili olarak herhangi bir hak, borç veya sorumluluğu söz konusu değildir⁶⁰. Ancak klasik anlamda simsarlıktan farklı olarak, işveren ile işçiyi bir araya getirmek suretiyle iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık eden tarım aracılarının görevi, işverenden aracılık ücretini almalarının ardından sona ermez. Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği hükümleri gereğince aracıların yerine göre ücret, çalışma koşulları, konaklama, ulaşım gibi konularda işçilere yardımcı olma görevleri devam eder. Bunlara ilaveten aracı, işçi ile işveren arasında bir uyumsuzluk çıkması halinde taraflar arasında köprü vazifesini de üstlenir. Kanaatimizce tarım aracılarına klasik anlamda simsarlığa göre bu denli ağır yükümlülüklerin yüklenmesinde; mevsimlik tarım işçilerinin ekonomik, sosyal ve kültürel düzeylerinin düşük olması, haklarını arayacak örgütlerini kuramayışları, sanayi ve hizmet sektöründe çalışan işçilere oranla mücadele yeteneklerinin eksikliği gibi nedenlerle işçilerin kötü niyetli işveren ve aracılar tarafından istismar edilmesinin önüne

⁵⁹ Cevdet Yavuz v.dğr., *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta Yay., 2018), 709.

⁶⁰ Halil Arslanlı, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960), 209; Ekrem Edgü, *Ticaret Hukuku I, Umumi Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1964), 183; Tamer Bozkurt, *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllik* (Ankara: Yetkin Yay., 2007), 134.

geçilmek istenmesi etkilidir. İş hukukunun kendine özgü koşulları ve işçinin korunması ilkesi sebebiyle tarım araçlarına getirilen söz konusu ek yükümlülükler, iş ve işçi bulma aracılığı faaliyetinin hukuki niteliğinin simsarlık sözleşmesi olmasını etkilememelidir.

Aracı ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin simsarlık olması sebebiyle, anılan ilişki bakımından TBK'nın simsarlık sözleşmesini düzenleyen m. 520-525 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, tarımda iş ve işçi bulma aracılığı ile ilgili olarak hali hazırda özel bir uygulama yönetmeliği bulunduğundan, bu ilişkiye öncelikli olarak yönetmelik hükümleri uygulanmalı, burada düzenleme bulunmaması halinde Borçlar Kanunu hükümlerine gidilmelidir. Yönetmelik ile TBK m. 520-525 hükümlerinin çatışması halinde ise yönetmelik hükmüne öncelik verilmelidir. Nitekim özel hüküm varken genel hükme gidilememesi, temel bir hukuk ilkesidir. Örnek vermek gerekirse, simsarlık sözleşmesinde simsarın sözleşmenin her iki tarafı için de aracılık yapıp ücretini her iki taraftan ayrı ayrı istemesi mümkündür⁶¹. Ancak Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği m. 5/4 hükmünde yer alan, "Aracıların işçilerden ücret almaları yasaktır. Ücret yalnızca işverenden alınır" hükmü karşısında artık Borçlar Kanuna gidilemez. Aracılık ücretinin tarım işçisinden alındığının tespit edilmesi halinde bu yöndeki anlaşmalar geçersiz sayılır ve aracılık belgesi Türkiye İş Kurumu tarafından iptal edilir (Yön. m. 14/1-ç).

2. Tarım Aracısı ile İşçi Arasındaki İlişki

Aracı ile iş arayan mevsimlik tarım işçisi arasında bir iş ilişkisi bulunmayıp, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, araçların söz konusu faaliyet sebebiyle işveren konumunda olmaları mümkün değildir. Aracı çalışma hayatının taraflarını iş ilişkisi kurulması amacıyla bir araya getirmektedir. Bu niteliği itibarıyla aracılık bir kereye mahsus yapılabileceği gibi sonraki çalışma sezonlarını kapsayacak nitelikte de yapılabilir.

Aracı ile mevsimlik tarım işçisi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin de simsarlık sözleşmesi olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Zira bu ilişkide aracı; bağımsız bir şekilde, iki tarafa da eşit mesafede kalarak bir iş sözleşmesinin kurulmasına aracılık etmekte ve bunun karşılığında işverenden ücret almaktadır.

⁶¹ Bozkurt, *Tellâllik*, 119.

E. Tarım Araçlarının Denetimi ve Sorumluluğu

1. Tarım Araçlarının Denetimi

Aracılık faaliyeti yerine getirirken Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliğinde esaslar çerçevesinde hareket edilip edilmediğinin denetimi Kurum personeli ve mahalli mülki idare amirliklerince yapılmaktadır (Yön. m. 15). Denetim işlemi, “başvuru sırasında yapılan denetim” ve “faaliyet sürecinde yapılan denetim” olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir. Başvuru sırasında yapılan denetim, tarım aracı olmak üzere Kuruma başvuran kişilerin aracılık yapmaya uygun olup olmadıklarına yönelik yapılan denetimdir. Bu denetim şeklinde, kişilerin Yönetmeliğin 6. maddesinde belirtilen koşulları taşıyıp taşımadıkları evraklar üzerinden incelendikten sonra gerekli koşullara sahip olanlara aracılık belgesi verilir, gerekli koşulları taşımadığı anlaşılanların başvuruları reddedilir. Faaliyet sürecinde yapılan denetim araçlarının her yıl Kuruma vermek zorunda oldukları çalışma raporu aracılığıyla yahut bizzat tarım işyerlerinde gerçekleştirilir. İçeriğine ilişkin detaylara yukarıda yer vermiş olduğumuz çalışma raporunda, yönetmeliğin tarım araçlarına yüklemiş olduğu yükümlülükler ile işveren yükümlülüklerinin yerine getirip getirmediğinin denetlenebilmesine olanak sağlayan ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

2. Tarım Araçlarının İdari Sorumluluğu

Yönetmelik sadece tarım araçlarının yükümlülükleri ve denetimine ilişkin hükümler getirmekle kalmamış, söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeyen araçlara uygulanacak yaptırımları da ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Yönetmeliğin 16. maddesinde;

- Türkiye İş Kurumundan izin belgesi almadan veya üç yılda bir yeniletmesi gereken aracı belgesini yeniletmeden aracılık yaptığı tespit edilenlere,
 - İşverenler ve tarım işçileri ile Kurumda sözleşme imzalamayan ya da Kurum dışında imzaladığı sözleşmeyi Kuruma on işgünü içinde ibraz etmeyenlere,
- eylem başka bir idari ihlal oluştursa bile 4904 sayılı Kanun⁶² m. 20/1-d bendi uyarınca idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. 4904

⁶² Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun, RG, 05.07.2003, S. 25159.

sayılı Kanun m. 20/1-d bendinde ise, “19 uncu maddenin dördüncü fıkrasında yer alan geçersiz anlaşmaların herhangi birini düzenleyen özel istihdam bürosu ve geçici işçi çalıştıran işverene ayrı ayrı beş bin Türk lirası idari para cezası” verileceği hükmüne yer verilmiştir⁶³.

Yönetmeliğin 16. maddesinde sayılan hallerde 4904 sayılı Kanun m.20/1-d hükmünün uygulanacağını ifade edilmesi kanımızca isabetli değildir. Öyle ki, söz konusu hallerde 4904 sayılı Kanunun 20. maddesinde sayılan farklı idari ihlaller mevcuttur. 4904 sayılı Kanun m. 20/1-l bendine göre, Kurumdan izin almadan ya da izin yeniletmeden tarımda aracılık faaliyetinde bulunanlara on bin Türk lirası idari para cezası verilir. Yine 4904 sayılı Kanun m. 20/1-m bendine göre, tarım işçileri ile sözleşme imzalamayan veya imzaladığı sözleşmeyi Kuruma ibraz etmeyen tarım aracılara her bir işçi için beş yüz Türk lirası idari para cezası verilir. Bu çerçevede, yasa ile çelişen yönetmelik hükümlerinin dikkate alınmaması, anılan ihlal hallerinde 4904 sayılı Kanun m. 20/1-l ve m bentlerinin uygulanması gerekir.

Yönetmeliğin 14. maddesinde aracılık belgesinin iptaline ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre;

- Yönetmeliğin 6. maddesi ile düzenlenen araçlarda aranan niteliklerin kaybedilmesi veya aracının başlangıçta bu nitelikleri taşımadığının sonradan anlaşılması,
- Aracılık belgesinin başkasına devredilmesi,
- Çalışma raporunun toplam iki defa süresi içinde Kuruma ulaştırılmaması veya raporda gerçeğe aykırı bilgi verilmesi,
- Kurum tarafından yapılan denetim sonucunda aracılık yapılmasında sakınca görülmesi,
- Aracının iş bulduğu işçilerden ücret aldığı tespit edilmesi

⁶³ Öte yandan Türkiye İş Kurumu resmi internet sayfasında, Kurumdan izin almadan veya izin yeniletmeden tarımda iş ve işçi bulma aracılık faaliyetinde bulunanlara 59.714,00-TL; tarım işçileri ile sözleşme imzalamayan veya imzaladığı sözleşmeyi Kuruma ibraz etmeyen araçılara 2.974,00-TL idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. <https://www.iskur.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/tarimda-is-araciligi/>, erişim tarihi: 19.02.2023.

hallerinde aracılık belgesi Kurum tarafından iptal edilir. Aracılık belgesi iptal edilenler Kurum tarafından yerel gazetede ve Kurum internet sitesinde duyurulur. Aracılık belgesi iptal edilen aracılar en az bir, en çok üç yıl süreyle yeniden belge verilmez.

Öte yandan, etkili bir denetim ve yaptırım mekanizmasının kurulamaması nedeniyle çoğu tarım aracısı kayıt dışı çalışmaktadır⁶⁴. Yaygın kayıt dışı çalışmanın temelinde, öngörülen idari yaptırımların yetersizliği, hakları ihlal edilen işçiler açısından tazminata hükmedilmesine olanak sağlayan mevzuatın eksikliği, sadece aracılık belgesinin iptalinin caydırıcı bir yaptırım olmaması yatmaktadır⁶⁵. Bu sebeple her şeyden önce tarım işçisi, aracı ve işveren arasındaki ilişkilerin diğer ülkelerdeki gibi etkin bir şekilde yürütülmesi gerekir. Örneğin, ABD’de 1983 yılında Göçmen ve Mevsimlik Tarım İşçileri Koruma Kanunu⁶⁶ kabul edilmiştir. Kanunun amacı, göçmen ve mevsimlik tarım işçilerinin korunmasını sağlamak ve aracıları kayıt altına almaktır. Bu doğrultuda kurulan Tarım Aracıları Kayıt Sistemi⁶⁷, Kayıtlı Tarım Aracıları Listesi⁶⁸ ve Kayıtlı Tarım Aracısı İşçisi Listesini⁶⁹ içermektedir. Üç ayda bir güncellenen bu listelerde, geçerli sertifikaya sahip olanların ad, adres bilgileri ile sertifikanın son kullanma tarihi ve numarası yer almaktadır⁷⁰. Listede ayrıca aracının işçileri nakletmek için araç sahibi olmaya veya bu araçları kullanmaya yetkili olup olmadığı da belirtilmektedir. Ayrıca sertifikası olmayan ya da sertifika süresi geçmiş tarım aracıları için Yetersiz/Geçersiz Aracı Listesi⁷¹ oluşturulmuş, ancak son yıllarda bu uygulamadan vazgeçilmiştir. Kanun ayrıca tarım aracılarını eş işveren

⁶⁴ Tarım aracılarının kayıt altına alınmasını sağlamak amacıyla 2018 yılında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı desteğiyle “Tarım İş Aracılarının Veri Tabanının Oluşturulması ve Farkındalık Oluşturma Yöntemi ile Çocuk İşçiliğinin Sonlandırılması Projesi” yürütülmüştür.

⁶⁵ Kalkınma Atölyesi, *Tarım Aracısı Meslek Kriterleri Türkiye İçin Bir Model Arayışı* (Ankara: Kalkınma Atölyesi Yay., 2018), 24.

⁶⁶ Migrant and Seasonal Agricultural Workers Protection Act – MSPA.

⁶⁷ Farm Labor Contractor Registration.

⁶⁸ MSPA Registered Farm Labor Contractor Listing. Örnek liste için bkz. <https://www.dol.gov/whd/regs/statutes/FLCList.htm>, erişim tarihi: 29.01.2023.

⁶⁹ MSPA Registered Farm Labor Contractor Employee Listing. Örnek liste için bkz. <https://www.dol.gov/whd/regs/statutes/FLCEList.htm>, erişim tarihi: 29.01.2023.

⁷⁰ Bazı eyaletlerde ise Tarım Aracılığı Sertifikasına ek olarak aracıların ayrıca Tarım Aracılığı Lisansı (Farm Labor Contractor Licence)’na da sahip olması gerekmektedir. Örneğin, Kaliforniya’da durum tam olarak böyledir.

⁷¹ MSPA Ineligible Contractors Listing.

konumuna getirerek birlikte işverenliği kabul etmiş ve böylece işçilerin hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak aracılara işverenle birlikte yükümlü kılmıştır⁷².

Birleşik Krallıkta ise hükümete doğrudan bağlı olmayan bir kamu kurumu olan Aracılar ve Emek Sömürüsü Otoritesinin⁷³ kurumsal web sayfasında, ruhsat sahibi aracılardan bilgilerine erişim sağlanmakta, işçileri istismar ettiği düşünülen aracılarda elektronik posta, telefon veya web sayfası aracılığıyla bildirimler alınmaktadır⁷⁴. Aracılar ve Emek Sömürüsü Otoritesi tarafından yürütülen aracı ruhsat iptalleri ve denetimlerinin, işverenler için uyarı, olası şikâyetçiler için ise cesaretlendirici olduğu ve böylece yasa dışı aracılık faaliyetlerinin bildirilmesi konusunda etkili olduğu ifade edilmektedir⁷⁵.

3. Tarım Aracılarının Hukuki Sorumluluğu

Tarım aracılarının hukuki sorumluluğu bakımından ele alınması gereken ilk husus, Yönetmelik ile aracılara getirilmiş olan yükümlülüklerin ihlali halinde aracılardan bundan sorumluluğudur. Her şeyden önce aracılara verilen denetim yükümlülükleri işverene değil, Türkiye İş Kurumuna karşı olup; İŞKUR'un gerçekleştirmekte yetersiz kaldığı denetimin tarım aracılara vasıtasıyla yürütülmesini sağlamaya yöneliktir. Aracıların kamusal bir yükümlülük olarak yerine getirdikleri gözetim, denetim ve iş düzenini sağlama görevleri, bu gözetim ve denetim yükümlülüğünün asıl muhatabının işveren, bazı durumlarda da İŞKUR olduğu gerçeğini değiştirmez ve işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İşveren, anılan yükümlülüklerin aracı tarafından yerine getirilmesi gerektiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacağı gibi işçilerin haklarına ilişkin davaların muhatabı olmaya da devam eder. Kurum yükümlülüklerin ihlali nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek aracının hukuki sorumluluğuna gidemez; sadece yukarıda yer vermiş olduğumuz idari yaptırımları uygulayabilir.

⁷² Tarım aracılarının birlikte işveren konumuna dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Michael H. LeRoy, "Farm Labor Contractors and Agricultural Producers as Joint Employers under the Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act: An Empirical Public Policy Analysis," *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 19, no. 2 (1998): 175 vd.

⁷³ Gangmasters and Labour Abuse Authority – GLLA.

⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. <https://www.gla.gov.uk>, erişim tarihi: 26.01.2023.

⁷⁵ Kalkınma Atölyesi, *Model Arayışı*, 23.

Aracıların hukuki sorumluluğu bakımından ele alınması gereken bir diğer önemli mesele işçi alacaklarından işverenle birlikte sorumluluklarının bulunup bulunmadığıdır. Aracı ile tarım işçisi arasında bir iş ilişkisi bulunmadığından, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde aracılardan işveren statüsünde kabul edilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla aracılardan işçi alacakları bakımından işverenle birlikte sorumlu tutulamayacağı gibi işçilerin aracılardan ödenmeyen ücretlerini talep etmeleri de mümkün değildir. İşçi alacakları bakımından aracılardan işverenle birlikte sorumlu tutulması ancak mevzuatımızda bu yönde bir düzenleme yapılması ile mümkün olabilir. Örneğin, ABD’de 1983 yılında kabul edilen Göçmen ve Mevsimlik Tarım İşçileri Koruma Kanunu⁷⁶ ile tarım aracılardan eş işveren konumuna getirilerek, işçilerin hak ve özgürlüklerinden işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur.

Bununla birlikte işçi ücretleri toplu olarak kendisine verilen aracılardan mevzuata aykırı olarak bu ücretlerden kesinti yapması, hukuki sorumluluğunu gündeme getirecektir. Aracı, işçiye ücretini hiç veya tam ödemezse işçi, ücretini doğrudan işverenden talep edebilir. Zira ücretlerin aracıya ödenmiş olması işvereni işçilere karşı sorumluluktan kurtarmaz. Böylece ücretlerin aracıya verilerek ya da verilmiş gibi gösterilerek işçilerin istismar edilmesinin önüne geçilebilir. İşçiye ödemedeki bulunan işveren ise fazla ödediği miktarı aracılardan Türk Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir. Aracılardan işçilere ödeme yaptığına ilişkin belge sunamaması halinde bu miktar, işverenin aracıya yapması gereken ödemelerden de mahsup edilebilir.

İşverene vadettiği sayı ve zamanda mevsimlik tarım işçisi sağlayamayan aracılardan hukuki sorumluluğu ayrıca ele alınmalıdır. TBK m. 128/1 hükmüne göre, “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür”. İşçilerin işverenle kararlaştırılan şekilde çalışmaya başlamasını taahhüt eden aracılardan sorumluluğu bakımından da üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine gidilmelidir⁷⁷. İşveren ve aracı arasında yapılan anlaşma esnasında mevsim başında işe başlayacak işçilerinin kimliğinin henüz belirlenmemiş olması, üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine gidilmesini engellemez⁷⁸. Taahhüt

⁷⁶ Migrant and Seasonal Agricultural Workers Protection Act – MSPA.

⁷⁷ Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bakımından benzer yönde yapılan değerlendirmeler için bkz, Serkan Odaman, *Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi* (İstanbul: Legal Yay., 2007), 96; Civan, “Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi,” 430.

⁷⁸ Turan Şahin, *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt* (Ankara: Yetkin Yay., 2010), 96; Melek Bilgin Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Yay., 2007), 30.

edilen edim yerine getirilmediği takdirde aracı edimi değil, edimin ifa edilmemesinden doğan zararı tazmin borcu altına girmektedir⁷⁹. Dolayısıyla taahhüt edilen zaman ve sayıda işçinin işe başlamaması halinde aracının, işverenin sözleşmenin ifasından beklediği müspet zararı tazmin etmesi gerekir.

Bununla birlikte işe başladıktan sonra herhangi bir nedenle işi bırakan işçiler yönünden aracının işverene karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Çünkü aracı, işverene işçi bulacağını taahhüt etmektedir, işçilerin iş bitene kadar çalışacağını değil. Aynı değerlendirme işçilerin işi kötü ifası için de yapılabilir⁸⁰. Ancak aracı işverenle yaptığı anlaşmada belirli bir nitelikte işçi sağlamayı taahhüt ettiyse, artık bu niteliğin altında kalan işçilerin kötü ifasından sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte ABD’de tarım araçları bir yandan eş işveren statüsünde kabul edilerek işçilere karşı işverenle birlikte sorumlu kılınırken, diğer yandan işçilerin yasal yükümlülüklerinin ihlalinden de sorumlu kabul edilmektedir⁸¹.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması esasen işveren ve yetkilendirdiği işveren vekilinin yükümlülüğüdür⁸². Ancak aracı, kusuru ile iş kazasının oluşumunda etkili olduysa artık bundan genel hükümlere göre hukuki sorumluluğu doğacaktır. İşverenin yürüttüğü iş ile kaza arasında uygun nedensellik bağı kurulabildiği sürece, konaklama yerinde yahut konaklama yerinden işyerine topluca götürülürken meydana gelen kazalar bireysel iş hukuku anlamında iş kazası olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla işverenin ve kusuru bulunması halinde aracının iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir. Mevsimlik tarım işçilerinin henüz fiilen çalışmaya başlamadıkları, araçların gözetiminde çalışacakları bölgeye

⁷⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yay., 2020), 1280; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yay., 2021), 980; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 719; Yüce, *Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt*, 116; Şahin, *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt*, 108.

⁸⁰ Abdurrahman Benli ve Yusuf Yiğit, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları,” *Kamu-İş* 8, sy. 4 (Aralık 2006): 13; Odaman, *Ödünç İş İlişkisi*, 95; Civan, “Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi,” 430.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., U.S. Department of Labor, <https://www.dol.gov/agencies/whd/agriculture/mspa/farm-labor-contractors/employees>, erişim tarihi: 19.02.2023.

⁸² İşverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Levent Akın, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat* (Ankara: Yetkin Yay., 2001), 57 vd.

götürüldüğü esnada yolda geçirdikleri kazanın niteliğinin ise ayrıca ele alınması gerekir. İş ilişkisinin kurulduğu anın tespitinde yararlanılan teorilerden katılma teorisine göre iş ilişkisi işçinin işyerinde fiilen çalışmaya başlaması ile kurulur. Buna karşılık sözleşme teorisine göre, nihayetinde bir hukuki ilişki olan iş ilişkisinin doğumu iş sözleşmesinin yapılmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, iş ilişkisinin kurulması için taraflar arasında sözleşme yapılması gerekli ve yeterlidir⁸³. İş hukuku öğretisindeki genel kabul de iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesinin yapılması ile başlayacağı⁸⁴; ancak her olayın özelliği göz önünde bulundurularak bu teorilerden olaya uygun olanın seçilebileceği yönündedir⁸⁵. Anılan nedenlerle böyle bir durumda, mevsimlik tarım işçisi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilerek, iş ilişkisi nedeniyle yolda meydana gelen kazaların iş kazası olarak değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun bir çözüm yolu olabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca aracı TBK m. 116 gereği ifa yardımcısı konumundadır. Nitekim TBK m. 116 hükmüne göre ifa yardımcısının sürekli veya geçici olarak borcun ifasına borçlunun rızasıyla katılması yeterlidir; borçluya tabi olması yahut onun bağımlılığı altında çalışması şart değildir⁸⁶. Dolayısıyla aracının iş kazasına neden olan eylemlerinden farazi kusuru bulunan işveren de sorumlu olacaktır. Nihayet, iş kazasında kusuru bulunan aracının cezai sorumlulukları da bulunmaktadır⁸⁷. Kusurun derecesi, yerine göre uygun nedensellik bağıını keserek işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırılabılır.

SONUÇ

Mevsimlik tarım işçileri ile işverenleri bir araya getiren hukuki müesseseler; Türkiye İş Kurumu, özel istihdam büroları, takım kılavuzları ve tarım aracılardır. Bununla birlikte Kurumun aracılık faaliyetini yerine getirmekte yetersiz kaldığı, uygulamada bu faaliyetin en aktif şekilde aracılar tarafından yürütüldüğü bilinen bir gerçektir. Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliğinde de bu husus dile getirilerek Kurum il veya şube müdürlüğü

⁸³ Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Başterzi, *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi* (Ankara: Tasarım Basımevi, 2007), 57 vd.

⁸⁴ Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1984), 55; Çelik v.dğr., *İş Hukuku Dersleri*, 179.

⁸⁵ Çelik v.dğr., *İş Hukuku Dersleri*, 179; Başterzi, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, 59.

⁸⁶ Eren, *Genel Hükümler*, 1197.

⁸⁷ İş kazasından doğan cezai sorumluluk hakkında detaylı bilgi için bkz. Çağla Erdoğan, *İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yay., 2016), 71 vd.

bulunmayan ya da olmasına rağmen haberleşme, ulaşım ve koordinasyon güçlüğü olan yerlerde, Kurum tarafından gerçek veya tüzel kişilere aracılık yapmaları için izin verilebileceği düzenlenmiştir.

Yönetmelik tarım aracılara; işverenle sözleşme yapmak, işçilere iş, ücret ve ilgili konularda bilgiler vermek, ücretlerin zamanında ödenmesini ve asgari ücretin altında olmamasını, ulaşım konusunda tedbirlerin alınmasını sağlamak, işçilerin konaklama yerlerinin sağlığa uygun olmasını temin etmek gibi birtakım görevler yüklemektedir. Ancak araçlardan yerine getirmeleri beklenen yükümlülüklerden bazılarının gerçekçi ve makul nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Aracının ne konaklama alanıyla ilgili olarak yerel idareyi ne de ücretin ödenmesi ve çalışma saatleriyle ilgili olarak işvereni harekete geçirecek bir gücü bulunmaktadır. Burada araçlar en fazla, işveren yükümlülüklerini takibini yapmak ve bu yükümlülüklerin ihlalinin tespiti halinde İŞKUR'a bildirimde bulunmakla yükümlü kılınabilirdi. Öte yandan eğitimleri yeterli olmayan araçların yasal yükümlülüklerinin bilincinde faaliyet yürütmeleri pek olanaklı görünmemektedir. Üstelik İŞKUR tarafından araçlar için oluşturulmuş herhangi bir eğitim programı da mevcut değildir.

Tarım araçlarının önemli bir bölümü faaliyetlerini kanun ve yönetmeliklerde düzenlenen koşulları sağlamaksızın kayıt dışı olarak yürütmektedir. Bu yönüyle, tarımda iş ve işçi bulma aracılığı faaliyeti hukuken istenilen noktada değildir ve bu durum işçilerin kimi zaman aracı ve işverenler tarafından istismar edilmelerine sebebiyet vermektedir. Tarım aracılığında işçi, işveren ve aracı ilişkilerinin henüz hiçbir yönden esaslı bir şekilde düzenlenmemiş olması, yapılan bazı düzenlemelerin denetiminin yapılmaması mevsimlik tarım işçileri için emniyetsiz bir çalışma hayatına sebebiyet vermektedir.

Her ne kadar tarım işçilerinin kötü niyetli araçlar tarafından istismar edilmesi tehlikesiyle karşılaşılsa da aracı olmaksızın iş bulması oldukça zor olan, iş bulsa dahi daha elverişsiz şartlar altında çalışması muhtemel olan işçilerin çalışma şartlarının korunması amacıyla tarım araçlarının faaliyetlerine izin verilmesi kanımızca isabetlidir. Ancak araçlara hangi şartlarda izin verileceği ve gerektiğinde bu iznin geri alınabileceği, kendilerinde aranacak nitelikler, bu kişilerin görevlerini yapmalarında bağlı olacakları esaslar ve sadece işverenden sağlayabilecekleri yararların yönetmelik hükümlerinden ziyade çıkarılacak yasa ile açık bir şekilde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Araçların yasada düzenlenecek olan bu

yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin kontrol edilebilmesi için Türkiye İş Kurumu tarafından yürütülecek etkin bir denetim mekanizmasının kurulması, yasada belirtilen şartları yerine getirmeyen tarım araçlarına gerekli yaptırımların uygulanması ve belki de en önemlisi belgesi olmayan aracı ile çalışan işverenler için idari yaptırım öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Araçların mevzuatta düzenlenen yükümlülükleri devletin işçiden haberdar olmasına yardımcı olacak niteliktedir ancak devlet çalışma hayatını denetleme ödevini tümüyle araçlara yüklememelidir.

KAYNAKÇA

- Akı, Erol. "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları." *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan* içinde, 249-267. Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayınları, 2000,
- Akın, Levent. *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Aksoy, Suat. *Tarımda İş Hukuku*. Ankara: Türk Ziraî Ekonomi Derneği Yayınları, 1969.
- Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Akyiğit, Ercan. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Arıcı, Kadir. *Türk İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Arslanlı, Halil. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Artar, Müge. *Mevsimlik Tarımda Çocuk Olmak*. Ankara: Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, 2014.
- Baskan, S. Esra. "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy. 2 (Nisan 2017): 3-46.
- Başterzi, Süleyman. *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*. Ankara: Tasarım Basımevi, 2007.
- Baykal, Meftun. *İş Hukuku Sözlüğü*. Ankara: Başnur Matbaası, 1969.
- Benli, Abdurrahman ve Yusuf Yiğit. "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları." *Kamu-İş* 8, sy. 4 (Aralık 2006): 1-40.
- Bozkurt, Tamer. *Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Bülbül, Mehmet. "Tarım İşçileri, Sorunları ve Çözüm Önerileri." *Tarım ve Orman İşçilerinin Sorunlarına İlişkin Çözüm Önerileri Semineri* içinde, 13-25. Ankara: MPM Yayınları, 1982.
- Büyüktarakçı, Sevil. *İş Hukukunda Mevsimlik İşler ve Kampanya İşleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Civan, Orhan Ersun. "Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi." Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.
- Çağlar, Yücel. "Tarım ve Ormancılık Kesimlerinde İş Yaşamıyla İlgili Tarımsal Sorunlar ve Çözümlemesine Yönelik Öneriler." *Tarım ve Orman İşçilerinin*

- Sorunlarına İlişkin Çözüm Önerileri Semineri* içinde, 56-68. Ankara: MPM Yayınları, 1982.
- Çalgüner, Cemil. *Türkiye’de Ziraat İşçileri*. Ankara: T.C. Ziraat Vekaleti Ankara Yüksek Ziraat Enstitüsü Yayınları, 1943.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Çenberci, Mustafa. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1984.
- Çınar, Sidar ve Kuvvet Lordoğlu. “Mevsimlik Tarım İşçiliğinde Tekil Bir Analiz: Karasu Fındık Toplama İşçileri.” *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi* 10, sy. 38 (2015): 1-10.
- Çopuroğlu, Çağlar. *Türk İş Hukukunda Mesleki Geçici İş İlişkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Divana, Mustafa. “Mevsimlik Tarımsal Üretimde Çalışma İlişkileri Düzenleyicisi Olarak Tarım Aracıları.” Yüksek Lisans tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, 2018.
- Edgü, Ekrem. *Ticaret Hukuku I, Umumî Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1964.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Erdoğan, Çağla. *İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Erkul, İhsan. *Türkiye’de Ziraat İşçileri ve Bunlara İlişkin Çalışma Hukuku*. Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1967.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Işık, Rüçhan. “Türkiye’de Tarım Sektöründe Sendikacılık Hareketleri.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, sy. 3 (Mayıs 1970): 53-61.
- Kalkınma Atölyesi. *Bir Yevmiye, Bir Yevmiyedir: Tarım Aracıları ve Türkiye’de Tarımsal Üretimde Çocuk İşçiliği*. Ankara: Kalkınma Atölyesi Yayınları, 2018.
- Kalkınma Atölyesi. *Tarım Aracısı Meslek Kriterleri Türkiye İçin Bir Model Arayışı*. Ankara: Kalkınma Atölyesi Yayınları, 2018.

- Kalkınma Atölyesi. *Türkiye’de Mevsimlik Tarımsal Üretimde Yabancı Göçmen İşçiler Politika Önerileri*. Ankara: Kalkınma Atölyesi Yayınları, 2016.
- Kalkınma Atölyesi. *Yevmiyeci, Yarıcı veya Kürekçi; Hepsi Çocuk Tarımsal Üretimde Ücret Tipleri ve Çocuk İşçiliğinin Görünümleri*. Ankara: Kalkınma Atölyesi Yayınları, 2018.
- Kalkınma Atölyesi. *Tarım Aracısı Ne Yapar?*. Ankara: Kalkınma Atölyesi Yayınları, 2021.
- Kalkınma Atölyesi. *Tarımda İş Aracıları Yasal Yükümlülüklerini Yerine Getirebilir Mi?*. Ankara: Kalkınma Atölyesi Yayınları, 2022.
- Kar, Bektaş. “Mevsimlik İş.” *Sicil İş Hukuku Dergisi* 4 (Aralık 2006): 69-86.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. *İş Kanunu Şerhi*. İstanbul: Legal Yayınları, 2013.
- LeRoy, Michael H. “Farm Labor Contractors and Agricultural Producers as Joint Employers under the Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act: An Empirical Public Policy Analysis.” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 19, no. 2 (1998): 175-228.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Mülayim, Baki Oğuz. *Tarım Sektöründe Çalışanların Sosyal Güvenliği*. Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Nalbandoğlu, Reşat. “Türkiyede Ziraat İşçilerinin Durumu.” *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 1 (1948): 16-31.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Nazlı, Seçkin. *Özel İş Aracılığı*. İstanbul: Vedat Yayınları, 2009.
- Odaman, Serkan. *Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi*. İstanbul: Legal Yayınları, 2007.
- Özcan, Durmuş. *İş Kanunları Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2014.
- Özveri, Murat. “İş Bulmaya Aracılık Bordro Şirketleri Özel İstihdam Büroları.” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 5, sy. 17 (Mart 2008): 64-77.
- Pikolo Derneği. *Tarım Aracılarının Veri Tabanının Oluşturulması ve Farkındalık Oluşturma Yöntemiyle Çocuk İşçiliğinin Sonlandırılması Projesi Faaliyet Raporu*. Ordu: Pikolo Derneği Yayınları, 2018.

- Sayın, Ali Kemal. *Emek Piyasasında Aracılık ve Özel İstihdam Büroları*. Ankara: Türkiye İş Kurumu Yayınları, 2002.
- Saymen, Ferit Hakkı. *Türk İş Hukuku*. İstanbul: Hak Kitabevi, 1954.
- Senyen-Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- Serin, İlhan. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi.” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 7 (2005): 1055-1090.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Şahin, Turan. *Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Şeker, Murat. *Türkiye’de Tarım İşçilerinin Toplumsal Bütünleşmesi*. Ankara: Değişim Yayınları, 1986.
- Temir, Münevver. *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Uçkan, Banu. “Türkiye’de İş Aracılığı Hizmetlerinin Tarihsel Gelişim Sürecinde Kamu Tekelinin Kırılması.” *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, sy. 1 (Mart 2005): 149-178.
- Uşan, Fatih. “Yargıtay Kararları Işığında İş Kanunu Açısından Tarım İşleri.” *Kamu-İş* 7, sy. 2 (2003): 2-26.
- Uşan, Fatih, Ersin Erdoğan ve Canan Erdoğan. *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması*. Ankara: İntes Yayınları, 2021.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Yılmaz, Çetin ve Ayşe Seda Yıldırım İşler. “Fındık Tarımı Özelinde Tarım İş Aracılığının Sosyolojik Analizi.” *Emek Araştırma Dergisi* 11, sy. 18 (Aralık 2020): 119-150.
- Yılmaz, Merve, Cengiz Sayın ve Mehmet Bozoğlu. “Mevsimlik Gezici Tarım İşçiliğinde Tarım Aracılığının Rolü: Giresun İli Fındık Örneği.” *Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi* 34, sy. 2 (Aralık 2021): 189-194.
- Yüce, Melek Bilgin. *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Yayınları, 2007.
- Yücel Bodur, Mehtap. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Yücel, Mehtap. “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş.” Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2012.

INFLUENCER SÖZLEŞMESİ

Influencer Contract

Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ*

Aylin YILDIRIM DİNDAR**

ÖZET

Sosyal medyanın büyük kitlelere hitap etmesi, reklam ve diğer pazarlama faaliyetlerinin bu platforma yöneltilmesini sağlamıştır. Bu sayede yabancı literatürde “*Influencer Marketing*” olarak anılan, sosyal medyada etki gücüne sahip “*Influencer*” olarak adlandırılan kişiler aracılığı ile gerçekleştirilen yeni bir pazarlama türü ortaya çıkmıştır. Böylece *influencer* ile müşteri arasında kurulan *influencer* sözleşmeleri olarak adlandırdığımız bir sözleşme türü oluşmuştur. Bu sözleşmede *influencer*, belirli bir mal veya hizmetin ya da markanın tanıtımını veya pazarlamasını yapmayı üstlenmekte, bunun yanı sıra sosyal medya hesapları aracılığıyla takipçilerini yönlendirmekte ve etki gücünü kullanmaktadır. Bunun karşılığında ise, müşteri belirli bir bedel ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı üstlenmektedir. Sözleşmenin asli unsurları *influencer* tarafından reklam ve tanıtım faaliyeti yapılması, bu faaliyetin sosyal medya kullanılarak gerçekleştirilmesi ve bu faaliyet esnasında *influencer*'in marka değerinden faydalanılması, karşılığında (kural olarak) müşteri tarafından ücret ödenmesi yahut bir menfaat sağlanması şeklindedir. *Influencer* sözleşmeleri kural olarak kendine özgü yapısı olan (sui generis) iş görme sözleşmeleridir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, *Influencer*, *Influencer* Sözleşmesi, Sosyal Medya Pazarlaması

Makalenin Geliş Tarihi: 13.06.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 29.02.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: aycazorluoglu@gmail.com, azorluoglu@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7250-4097.

** Avukat, Doktora Öğrencisi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, E-posta: av.aylinyildirim@gmail.com, aylinyildirim@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0009-0001-0204-554X.

ABSTRACT

The appeal of social media to large masses, has enabled advertising and other marketing activities to be directed to this platform. In this way, a new type of marketing has emerged, which is called "Influencer Marketing" in the foreign literature and is carried out through people who have the power of influence in social media. Thus, a type of contract that we call influencer contracts between the influencer and the customer has emerged. In this contract, the influencer undertakes to promote or market a certain product or service or brand, as well as directing their followers through their social media accounts and using their power of influence. In return, the customer undertakes to pay a certain price or obtain some other benefit. The essential elements of the contract are advertising and promotion activities, which are carried out by the influencer. This activity is carried out using social media and the brand value of the influencer is used during this activity; in return (as a rule) the customer pays a fee or provides a benefit. As a rule influencer contracts are contracts for work and service with a unique structure (*sui generis*).

Keywords: Social Media, *Influencer*, *Influencer Contract*, Social Media Marketing

GİRİŞ

Günümüzde hızla gelişen ve değişen teknoloji; yeni bir dünya düzeni yaratmış, sosyal medyanın ortaya çıkışı ile insanlar sosyalleşmek, haber sahibi olmak, oyun oynamak, alışveriş yapmak gibi pek çok ihtiyacını sosyal medya aracılığı ile gidermeye başlamıştır. Sosyal medyanın etkisiyle, artık herkes bir konu veya ürüne ilişkin fikrini, kolaylıkla kitlelerle paylaşabilmektedir. Her gün milyarlarca kişinin sosyal medyayı aktif olarak kullanması pazarlama sektörünün ilgisini çekmiş böylece "*influencer marketing*" (sosyal medya pazarlaması) olarak adlandırılan yeni ve devasa bir endüstrinin ortaya çıkmıştır¹. Bu endüstri, bir güven pazarlama stratejisi niteliğindedir. Bu pazarlama modelinin cazibesi, geleneksel anlamdaki pazarlamacılığın tersine, doğrudan *influencer* ile takipçi arasındaki organik ilişkiye dayanmasıdır.

¹ Elvis E Asia, "Legal Issues In The Business Of A "Social Media Influencer," 1, https://www.academia.edu/40867255/Legal_issues_in_the_business_of_social_media_influencer, (son erişim: 22.03.2023); Constantin Willems, "Influencer als Unternehmer," *MMR- Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 11 (2018): 707.

Çünkü geleneksel pazarlamaya insanlar pek inanmazlarken, idolleri niteliğinde olan *influencer*'ların övdüğü ürün veya hizmeti kabul etmeleri ve inanmaları çok daha kolay olmaktadır². Bunun yanı sıra küçük işletmeler, pazar paylarını arttırmak amacıyla kısa sürede firmalarını tanıtabilme imkânı bulmuştur. Sosyal medya pazarlaması, "*influencer*" olarak adlandırılan ve sosyal medyada geniş kitleleri etkileme gücü olan kişiler ile iş birliği yapılarak gerçekleştirilmeye başlanmış böylece "*influencer* sözleşmesi" olarak adlandırılan yeni bir sözleşme türü ortaya çıkmıştır.

Çalışmanın amacı bu yeni sözleşme türünün incelenmesi olup, çalışmanın birinci bölümünde genel bir bilgilendirme yapılması amacı ile sosyal medya ve *influencer* kavramları açıklanmış, ikinci bölümünde "*influencer* sözleşmesi"nin amacı, tanımı ve ayırt edici unsurları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın üçüncü bölümünde sözleşmenin tarafları ile tarafların hak ve borçları değerlendirilirken, dördüncü bölümünde sözleşmenin özellikleri belirtilmiştir. Ardından çalışmanın beşinci bölümünde sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmış, bu kapsamda sözleşme, benzer sözleşmelerden de ayırt edilmiştir. Altıncı ve son bölümde ise sözleşmenin sona ermesi konusunda bilgi verilmiştir.

Her ne kadar literatürde "*influencer*" kavramı yerine "fenomen", "nüfuzlu/sosyal medya nüfuzlusu", "hatırlı kişi" "kanaat önderi" "etkileyici/sosyal medya etkileyicisi" gibi pek çok ifadenin kullanıldığı görülmüş ise de çalışmada bu kelimelerin kavramı her yönü ile karşılamadığı düşünüldüğünden, yabancı literatür de göz önünde bulundurularak, terimin aynen kullanılması uygun bulunmuştur.

Influencer sözleşmesi çok çeşitli içeriklerde kurulabilen ve sürekli olarak gelişen, oldukça geniş bir sözleşme türünü ifade etmektedir. Bu özelliği ile esasen farklı hukuk dallarını da ilgilendirmektedir. Ancak çalışmanın kapsamı *influencer* sözleşmelerinin hukuki niteliği ve sonuçları ile sınırlandırılmıştır.

² Asia, "Legal," 1; Zeynep Karagür *et al.*, "How, Why, And When Disclosure Type Matters For *Influencer* Marketing," *International Journal Of Research In Marketing* 39, 2 (2022): 314, <https://doi.org/10.1016/j.ijresmar.2021.09.006>, (son erişim: 11.04.2023).

I. SOSYAL MEDYA VE INFLUENCER KAVRAMLARI

A. Sosyal Medya Kavramı

Teknolojinin hızlı değişimi ile sosyal medya kavramı da giderek önem kazanmış ve adeta hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Gerçekten de internete erişimin artması, tablet ve mobil telefon kullanımının yaygınlaşması ile sosyal medyaya erişim de artmış, insanlar sosyalleşmek, bilgi edinmek, eğlenmek, alışveriş yapmak, araştırma yapmak, sanal ortam oyunları oynamak gibi çok çeşitli saiklerle sosyal medyayı kullanmaya başlamıştır³.

Sosyal medya, esasen Web 2.0 teknolojisi⁴ ile hayatımıza girmiştir. Bu teknoloji sayesinde kullanıcılar üst düzey teknik bilgiye gerek kalmadan içerik oluşturabilmekte, oluşturdukları içerikleri istedikleri şekilde paylaşabilmektedir⁵. Kullanıcılar sosyal medya araçları olan sosyal ağları sayesinde kendilerine ait profiller yaratmakta, diğer kullanıcılar ile iletişim kurmakta, çevrimiçi şekilde her an her konuya ilişkin paylaşım yapabilmektedir. Öyle ki, sosyal medya sayesinde bireyler, zaman ve mekan kısıtlaması bulunmadan eş zamanlı olarak birbirleri ile iletişim kurabilmekte, sosyal medyayı haber takip etmekten alışverişe, eğlenceden iş hayatına kadar her alanda kullanmaktadırlar⁶. Günümüzde en çok kullanılan sosyal ağlar

³ Nedim Bayuk ve Mustafa Aslan, “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama),” *The Journal of Academic Social Science* 6, 75 (2018): 175.

⁴ Cambridge Dictionary Web 2.0’ı, kullanıcılara internet içeriğini (bilgi, resim vb.) oluşturma, değiştirme ve paylaşma imkânı veren tüm internet özellikleri ve web sitelerinin adı olarak tanımlamıştır, “Cambridge Dictionary,” <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/web-20> (son erişim: 01.12.2022). Bir diğer tanıma göre ise Web 2.0 “ikinci nesil internet hizmetlerini - toplumsal iletişim sitelerini, vikileri, iletişim araçlarını, folksonomileri- yani internet kullanıcılarının ortaklaşa ve paylaşarak yarattığı sistem”dir, Tim O’Reilly, “What Is Web 2.0,” <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html> (son erişim: 11.04.2023); Tim O’Reilly, “Levels of The Game: The Hierarchy of Web 2.0 Applications,” <http://radar.oreilly.com/archives/2006/07/levels-of-the-game.html> (son erişim: 11.04.2023).

⁵ Gökçe Naz Tandoğdu, “Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu” (Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi, 2019), 11; Gülenda Atay, “Influencer Sözleşmesi” (Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi, 2021), 18.

⁶ Mehmet Canlı, “Hatırlı Pazarlama’nın Tüketicilerin Satın Alma Davranışlarına Etkisi: Bir Araştırma” (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, 2021), 32.

arasında *Facebook, YouTube, WhatsApp, Instagram, TikTok, X* (eski adıyla *Twitter*) yer almaktadır⁷.

Sosyal medya kavramı; pek çok yazar tarafından açıklanmaya çalışılmış ise de yakın geçmişte hayatımıza girmiş olmasının sonucu olarak, halen bu kavramın herkes tarafından kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır⁸.

Genel bir tanım yapmak gerekirse sosyal medyayı; Web 2.0 teknolojinden faydalanılarak kullanıcıların içerik oluşturmaya, değiştirmesine ve bu içerikleri başkaları ile paylaşmasına veya sosyal ağlara katılmasına imkân sağlayan, kullanıcıların birbirleriyle karşılıklı ve çevrimiçi iletişim kurabildikleri, web siteleri ve uygulamalar olarak tanımlamak mümkündür⁹.

Günümüzde sosyal medya; sosyal ağlar, *bloglar*, veri tabanları (*wikiler*), sosyal medya platformları, *podcastler*, forumlar, sanal dünyalar, sosyal haber siteleri gibi pek çok araçtan oluşmaktadır¹⁰. Sosyal medyanın milyonları bulan

⁷ Temmuz, 2022 verilerine göre; Facebook 2.9 milyar, YouTube 2.56 milyar, WhatsApp 2 milyar, Instagram 1.47 milyar, TikTok 1 milyar, Twitter 436 milyon, Twitch 140 milyon aylık aktif kullanıcıya sahiptir, “Most Popular Social Networks Worldwide as of January 2023, Ranked by Number of Monthly Active Users,” Statista, <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> (son erişim: 01.12.2022). Ülkemizde ise 2022 yılının başlarında yapılan araştırmaya göre en fazla kullanılan sosyal medya platformları 34.40 milyon kullanıcı ile Facebook, 57,40 milyon kullanıcı ile YouTube, 52,15 milyon kullanıcı ile Instagram, 26,56 milyon kullanıcı ile TikTok, 16,10 milyon kullanıcı ile Twitter (X), 12,90 milyon kullanıcı ile Snapchat ve 12 milyon kullanıcı ile LinkedIn olarak tespit edilmiştir, “Türkiye’de En Çok Kullanılan Sosyal Medya Platformu Hangisi?,” Marketing Türkiye, <https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/sosyal-medya-evreni/> (son erişim: 01.12.2022), Willems, 707.

⁸ Bayuk ve Aslan, “Influencer,” 174; Tandoğdu, “Sosyal Medya,” 12; Semih Sırrı Özdemir ve M. Zahid Doğanay, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, 13 (2019): 299.

⁹ Tandoğdu, “Sosyal Medya,” 13, diğer tanımlar için bkz. Andreas Kaplan ve Micheal Haenlein, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media,” *Business Horizons* 53, 1 (2010): 61; Selen Bilginer Halefoğlu, “Instagram Fenomenlerinin Kişisel Markalarını Nüfuz Pazarlama Aracı Olarak Kullanımları ve Farklı Kuşaklarca Algılanışlarının Şüphencilik Bağlamında İncelenmesi” (Doktora Tezi, Maltepe Üniversitesi, 2021), 10; Mine Kaya, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 119 (Temmuz- Ağustos 2015): 279; Özdemir ve Doğanay, “Reklam,” 300.

¹⁰ Tandoğdu, 13, Özdemir ve Doğanay, “Reklam,” 301, Hilal Betül Güngüneş Şahin, “Sosyal Medya Etkileyicileri Aracılığıyla Yapılan Reklamların Haksız Rekabet

aktif kullanıcı sayısı her geçen gün artarak büyümektedir¹¹. Sosyal medyanın bu denli büyük kitlelere hitap etmesi reklam ve diğer pazarlama faaliyetlerinin bu platforma yöneltilmesini sağlamıştır¹². Bu sayede yabancı literatürde “*Influencer Marketing*” olarak adlandırılan ülkemizde ise “Sosyal Medya Pazarlaması”, “Hatırlı Pazarlama”, “Nüfuz Pazarlaması” gibi çeşitli terimlerle ifade edilen, sosyal medyada etki gücüne sahip “*Influencer*” olarak adlandırılan kilit kişiler aracılığı ile daha geniş kitlelere ulaşmayı hedefleyen yeni bir pazarlama türü ortaya çıkmıştır¹³.

B. *Influencer* Kavramı

1. Genel Olarak

Sosyal medyanın artan kullanımı ile insanlar hayatlarının her anını paylaşmaya başlamış, zamanla farklı mecralarda paylaşımları ile ön plana

Kapsamında Değerlendirilmesi,” *Uluslararası Beşeri ve Sosyal Bilimler İnceleme Dergisi* 6, 1 (2022): 75.

¹¹ WeAreSocial ve Hootsuite tarafından 2022 yılında hazırlanan rapora göre; hali hazırda dünya genelinde 5.07 milyar internet kullanıcısı mevcut olup bu rakam dünya nüfusunun % 63.5’ine karşılık gelmektedir. Anılan internet kullanıcılarının 4.74 milyarı ise aktif şekilde sosyal medya kullanmakta olup bu rakam toplam nüfusun %59.3’üne karşılık gelmektedir, “Digital Around the World,” Datareportal, <https://datareportal.com/global-digital-overview> (son erişim 03.12.2022).

¹² Atay, “Influencer,” 17, Canlı, “Hatırlı,” 44.

¹³ “Influencer Marketing” hakkında detaylı bilgi için bkz. Keith Cooper, “Influencers: Not So Fluent in Disclosure Influencers,” *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 41, 1 (2021): 82 vd.; Monique Groen, “Swipe Up To Subscribe: The Law And Social Media Influencers,” *Texas Review Of Entertainment & Sports Law* 21, (2020): 115; Elizabeth A. Casale, “Influencing the FTC to Update Disclosure Rules for the Social Media Era,” *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice* 40, (2019): 2 vd.; Catalina Goanta ve Sofia Ranchordás, “The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction,” *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* 41, (2019): 4; Canlı, “Hatırlı,” 44 vd., Merve Özel, *Sosyal Medya Hukukunda Influencer (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 31 vd.; Kadir Canöz *et al.*, “Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma,” *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 23,1 (2020): 74 vd.; Bayuk ve Aslan, “Influencer,” 177 vd, Aaron Brooks, “(Timeline) A Brief History of Influencers,” <https://www.socialmediatoday.com/news/timeline-a-brief-history-of-influencers/554377/> (son erişim: 23.03.2023).

çıkan, takip edilen ve yüksek etkileşim oranına, takipçilerini ve diğer kullanıcıları etkileme ve yönlendirme gücüne sahip kişiler ortaya çıkmıştır. *Influencer* olarak isimlendirilen bu kişiler başlangıçta sosyalleşme amacı ile sosyal medyayı kullanırken zamanla düşünceleri, deneyimleri, tavsiyeleri, yaşam şekilleri diğer kişiler tarafından dikkate alınan ve hatta taklit edilen insanlar haline gelmiştir¹⁴. Daha geniş anlamı ile “*influencer*”ı, sosyal medyada yüksek takipçi kitlesine sahip, takipçileri ile arasında sürekli bir etkileşim bulunan, yaptığı paylaşımlar ile tüketicilerin ürün/hizmet hakkındaki algılarını şekillendirilebilen, tüketicileri bir ürün veya hizmet almaya teşvik eden ve ilham vermek suretiyle pazarlama aktiviteleri gerçekleştiren kişi olarak tanımlamak mümkündür¹⁵¹⁶.

¹⁴ Atay, “Influencer,” 34, Serenat Baytan Avkovan, “Influencer Sözleşmeleri,” içinde *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (2019), 78, Andreas Leupold, Andreas Wiebe ve Silke Glossner, *IT-Recht Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation* (München, Verlag C.H. Beck oHG, 2021), 1497. “Influencer” kelimesi İngilizce “etkilemek” anlamına gelen “influence” fiilinden türetilmiştir. Anılan kavram Cambridge Dictionary’de “diğer insanların davranışlarını etkileyen veya değiştiren kişi” olarak tanımlanmıştır. “Cambridge Dictionary,” <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/influencer> (son erişim:02.12.2022).

¹⁵ Atay, “Influencer,” 35, Oya Altar Yavuz ve Merve Yılmaz, “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar,” içinde *Dijital Reklamcılık Bize Ne Anlatır?* haz. Mehmet Yakın (İstanbul: Urzani Yay., 2019), 182; Meltem Karatepe Kaya, “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 3 (2021): 672; Cooper, “Influencers,” 79, Craig Carpenter ve Mark Bonin, “To Win Friends and Influence People: Regulation and Enforcement of Influencer Marketing after Ten Years of the Endorsement Guides,” *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 23, 2 (2021): 257; Karagür *et al.*, “How,” 317.

¹⁶ Bununla birlikte Ticaret Bakanlığı tarafından 5 Mayıs 2021 tarihinde yayınlanan “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” metninde “*influencer*” kavramının karşılığı olarak “sosyal medya etkileyicisi” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Sosyal medya etkileyicisi ise “Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişiminde bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır.

Influencer'ın diğer ünlülerden farkı, esasen takipçileri ile olan ilişkilerinin çok daha samimi olmasıdır¹⁷. *Influencer* çoğu kez paylaşımlarının içeriğini kendisi oluşturduğundan, yapmış olduğu tanıtımlar açık bir reklamdan ziyade samimi, şahsi bir öneri gibi görünmektedir¹⁸. Tüm bu sebepler takipçilerin, *influencer*'ı reklam yapan bir birey gibi değil, tavsiyede bulunan bir arkadaş gibi görmesine sebep olmaktadır¹⁹. Takipçiler *influencer*'ları samimi, güvenilir ve ulaşılabilir olarak nitelendirmektedir. Ayrıca kanaatimizce *influencer*'ların itibar kaybetmemek için yanlış bilgilendirmelerden kaçınacağı inancı da takipçiler tarafında bağlılık oluşturan bir diğer unsurdur.

Influencer'lar bahsi geçen özellikleri sayesinde ürün veya hizmetleri tanıtmakta ya da satın alma konusunda istek oluşturmada çok da zorlanmamaktadır. *Influencer* tanıtımını yaptığı ürün ve hizmet hakkında olumlu yorumlar yaparken, takipçilerini doğrudan ve açıkça ürünü veya hizmeti almaya yönlendirmemekte, esasen o ürüne karşı ilgi uyandırmaktadır²⁰. Aynı zamanda bir tüketici olan takipçi, herhangi bir ünlü ile gerçekleştirilen reklam kampanyasının gerçeği yansıtmadığı algısına sahipken, *influencer* yönünden çoğunlukla böyle bir algı taşımamakta, duyduğu güven sebebi ile satın alma davranışlarını *influencer*'ın tavsiyeleri doğrultusunda şekillendirebilmektedir²¹.

Influencer'ların yer aldıkları sosyal medya platformuna göre, “*blogger*”, “*instagrammer*”, “*twitter fenomeni*” “*youtuber*” “*gamer*” gibi çeşitli isimlerle

¹⁷ Tamany Vinson Bentz ve Carolina Veltri, “The Indirect Regulation of Influencer Advertising,” *Food and Drug Law Journal* 75, 2 (2020): 186; Groen, “Swipe up to Subscribe,” 115, Asia, “Legal,” 1, Ayşe Dilşad Keskin, “Influencer Sözleşmesi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, 1 (2022): 135.

¹⁸ *Influencer*, çoğu zaman şahsi hayatını veya en özel günlerini dahi takipçileri ile paylaşmakta, takipçileri tarafından adeta bir arkadaş olarak görülmektedir. Öyle ki, takipçileri bu kişilerin mutlulukları ile mutlu olup, üzüntüleri ile üzülmemektedir. Hatta çoğu *influencer*'ın takipçilerine “sanal ailem” diye seslendiği, sorularına cevap verdiği, takipçileri ile anlık olarak birebir iletişim kurduğu ve sevgisini ifade ettiği görülmektedir. Karatepe Kaya, “Sosyal Medya,” 672, Samantha Köhler, “Influencer-Marketing: Kennzeichnungspflichten nach UWG,” *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüterund Wettbewerbsrecht*, 15 (2019): 343.

¹⁹ Casale, “Influencing,” 16.

²⁰ Atay, “Influencer,” 38.

²¹ Daniel Belanche *et al.*, “Understanding influencer marketing: The role of congruence between influencers, products and consumers,” *Journal of Business Research*, (2021): 187, Leupold *et al.*, IT-Recht, 1497.

anıldığı görülmektedir²². Yine ilgi duydukları alana ve hitap ettikleri kitleye göre (alışveriş, moda, teknoloji, spor, makyaj, seyahat, yeme-içme, anne-çocuk, eğlence gibi) kategorize edilebilmeleri de söz konusudur²³. Ayrıca takipçi sayılarına göre ise *nano-influencers*, *micro-influencers*, *mid-tier influencers*, *macro-influencers*, *mega-influencers* şeklinde sınıflandırıldıkları anlaşılmaktadır²⁴.

Kullandıkları platformlar ve yöntemler farklı olsa da “*influencer*”lığın günümüzde bir meslek haline geldiği²⁵, temelde hedefin para kazanmak olduğu ve *influencer*’ların da ürün veya hizmetlere dair pazarlama faaliyeti yürüterek, takipçilerinin satın alma davranışlarını etkilediği bir gerçektir. *Influencer*’lar esasen takipçileri ile aralarında var olan güvene dayalı ilişkiyi pazarlama aracı olarak kullanmakta, kendi markalarını kurmakta ve bunlar üzerinden bir tür pazarlama faaliyeti yürütmektedirler²⁶. Nitekim bazı

²² Canlı, “Hatırlı,” 65-73, Altar Yavuz ve Yılmaz, “Sanal,” 183, Keskin, “Influencer,” 135.

²³ Forbes popüler *influencer*’lara ilişkin değerlendirmelerini evcil hayvanlar, ebeveynlik, moda, eğlence, seyahat, oyun, fitness, güzellik, ev, yemek, teknoloji, iş ve çocuklar olmak üzere on iki kategoride ele almaktadır, “Top Influencers,” Forbes, <https://www.forbes.com/top-influencers/#11e9b19f72dd> (son erişim: 24.03.2023).

²⁴ 1.000-10.000 takipçisi bulunan *influencer*’lar nano-influencers, 10.000-50.000 takipçisi bulunan *influencer*’lar *micro-influencers*, 50.000-500.000 takipçisi bulunan *influencer*’lar *mid-tier influencers*, 500.000- 1.000.000 takipçisi bulunan *influencer*’lar *macro-influencers*, 1.000.000’den fazla takipçisi bulunan *influencer*’lar ise *mega-influencers/celebrity*(ünlü) olarak adlandırılmaktadır, Rob Sanders, “The 5 Types of *Influencers* You Need to Know,” <https://www.simplilearn.com/types-of-influencers-article#GoTop> (son erişim: 02.12.2022), Bilginer Halefoğlu, “Nüfuz Pazarlama,” 49, Canlı, “Hatırlı,” 48-50, Cooper, “*Influencers*,” 85, Asia, “Legal,” 2, Karagür et al., “How,” 317.

²⁵ Peter Suci, “Is Being A Social Media Influencer A Real Career?,” <https://www.forbes.com/sites/petersuci/2020/02/14/is-being-a-social-media-influencer-a-real-career/?sh=3d4e8e15195d> (son erişim: 02.12.2022); Mya Sanders, “Is Being a Social Media Influencer a Sustainable Career?,” *Comm entary* 18, 2 (2022): 4-5.

²⁶ Alev Aslan ve Derya Gül Ünlü, “Instagram Fenomenleri ve Reklam İlişkisi: Instagram Fenomenlerinin Gözünden Bir Değerlendirme,” *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* 3, 2 (Güz 2016): 53; Derya Gül Ünlü ve Burcu Zeybek, “Sosyal Medya Fenomeni ve Marka İşbirliği Paylaşımlarına İlişkin Instagram Kullanıcı Yorumları Üzerinden Bir Değerlendirme,” *Bilişim Teknolojileri Online Dergisi* 11, 41 (2020): 75; Aybike Pelenk Özel, “Yeni Medya Etkileyenler ve Etkileyenli Pazarlama: Sektörel Bir Bakış Açısı,” *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi* 17, 57 (2022): 27,

influencer'ların sosyal medyada kullandıkları kullanıcı adlarını marka olarak tescil ettirmiş olması²⁷ da, bu görüşü destekler niteliktedir²⁸.

2. *Influencer*'ın Faaliyetleri

Influencer'ların gerçekleştirdiği pazarlama faaliyetleri ve anlaşmalar çok çeşitli görünümde karşımıza çıkabilmektedir. Bu durum *influencer* sözleşmelerinin de pek çok farklı mahiyette kurulmasına, konularının ve hukuki niteliklerinin farklılaşmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple *influencer* sözleşmelerini incelemeyen önce *influencer*'ların nasıl çalıştığını ve uygulamada en çok kullandıkları pazarlama faaliyetlerini incelemek yerinde olur.

a. Ücretli veya Sponsorlu İçerik Üretimi

Influencer'ların, bir marka veya müşteri ile ürün ya da hizmetin tanıtılması hususunda anlaştığı, karşılığında da belirli bir maddi menfaat elde ettiği hallerde ücretli içerik üretiminden söz edilebilir²⁹. Ücretli içerik üretiminde *influencer* çoğunlukla ürün veya hizmetin tanıtımına ilişkin içeriği kendisi oluşturmakta, içeriğin paylaşım şekli ise (hikâye olarak, *post* olarak, bir kere veya birden çok defa) taraflarca karşılaştırılmakta ve ücret de paylaşım şekline göre farklılık göstermektedir. Ancak doğrudan müşteri tarafından hazırlanan içeriğin *influencer* tarafından paylaşılması da mümkündür. Uygulamada genellikle içeriklerin *influencer* tarafından kendi kitlesine hitap edecek özgün şekilde hazırlandığı görülmektedir³⁰. Esasen kanaatimizce *influencer* sözleşmesinin doğasına da bu yöntem daha uygundur.

Sponsorlu içerik üretiminde ise, müşteri tanıtımının yapılmasını istediği ürün veya hizmetle ilgili *influencer*'a sponsor olmakta ya da menfaat

ayrıca sosyal medyada kişisel markalaşma hakkında detaylı bilgi için bkz. Bilginer Halefoğlu, "Nüfuz Pazarlama" 56 vd.

²⁷ Özellikle yüksek takipçi sayılarına sahip *influencer*'ların markalarını tescil ettirdiği gözlemlenmiştir. Örneğin "Danla Bilic" isimli 2017/09154 tescil numaralı marka, "Enes Batur Sungurtekin" isimli 2018/29705 tescil numaralı marka, "Aykut Elmas" isimli 2014/56652 tescil numaralı marka bunlar arasında gösterilebilecektir, detaylı inceleme için bkz. TPMK Marka Araştırma Sonuçları, https://online.turkpatent.gov.tr/trademark-search/pub/trademark_search (son erişim:03.12.2022).

²⁸ Özel, Sosyal Medya, 75.

²⁹ Goanta and Ranchordás, "The Regulation," 10.

³⁰ Bentz and Veltri, "The Indirect," 185, Groen, "Swipe up to Subscribe," 128.

sağlamakta, *influencer* da ilgili ürün yahut hizmetin tanıtımını yapmaktadır³¹. Uygulamada oldukça sık rastlanan bir durum da markalar tarafından *influencer*'lara, denemesi ve ürüne ilişkin fikirlerini takipçileri ile paylaşması amacıyla ücretsiz ürün gönderilmesidir³².

b. Sonuca Katılmalı İş Birliği

Sonuca katılmalı iş birliği (satış ve pazarlama ortaklığı) veya bir diğer adı ile “*affiliate marketing*” *influencer*'lar tarafından sıklıkla kullanılan bir diğer çalışma yöntemidir. Anılan iş birliği yönteminde müşteri tarafından *influencer*'a özel bir *link* veya kod tanımlanmaktadır. Bu *link* veya kod üzerinden yapılan satın alma işlemleri tespit edilerek, satılan ürün başına *influencer*'a komisyon ödenmektedir. Kimi durumda ise içeriğin görüntülenme sayısına bağlı olarak ödeme gerçekleştirilmektedir³³.

Son dönemde özellikle çevrimiçi pazaryeri olarak anılan e-ticaret şirketleri ile *influencer*'ların böyle bir çalışma modelini yaygın olarak kullandığı görülmektedir. Uygulamada *influencer*'ların önce bir ürünü kullandıklarından ve çok memnun kaldıklarından bahsettiklerine, ardından “*hyperlink*” kullanarak ilgili e-ticaret sitesine yönlendirme yaptıklarına ve hatta ilgili *linkleri* profillerinde sabitlediklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Anılan *linkler* aracılığı ile gerçekleşen her satış ise *influencer*'a komisyon kazandırmaktadır³⁴.

³¹ Özellikle *influencer*'ların otellerde ücretsiz konakladığı, bu sırada otelde geçirdiği vakitleri, yediği yemekleri, yaptığı etkinlikleri paylaştığı hallerde sponsorlu içerik üretimi karşımıza çıkmaktadır. *Influencer* günlük hayatını paylaşır gibi görünmekte ancak esasen ne kadar kaliteli hizmet aldığını, otelin ne kadar temiz olduğunu, yemeklerin ne kadar lezzetli olduğunu anlatarak otelin tanıtımını yapmaktadır. Böylece takipçilerin zihninde olumlu bir imaj inşa etmekte, ürün veya hizmete yönelik merak uyandırmaktadır.

³² Gerçekten de özellikle takipçisi sayısı nispeten yüksek olan *influencer*'lara PR paketi olarak isimlendirilen ürün gönderimleri yapıldığı, *influencer*'ların bazen yalnızca markanın adını ve ürünü profillerde hikâye olarak göstermekle yetindiği, bazen ise ürünleri hesaplarında incelediği ve hatta önerdiği görülmektedir, Özel, Sosyal Medya, 36.

³³ Özel, Sosyal Medya, 35, Canlı, “Hatırlı,” 63, Goanta and Ranchordás, “The Regulation,” 9.

³⁴ Uygulamada yoğun olarak *Trendyol* ve Hepsi Burada platformlarına yönlendirme yapıldığı görülmektedir. *Trendyol* komisyon oranlarını şu şekilde açıklamıştır; “Kazanç modelimizde link içi ve link dışı olmak üzere iki komisyon türü bulunur.

c. Sosyal Medya Mecralarında Yapılan Çekilişler

Uygulamada sıklıkla rastladığımız *influencer*'lar tarafından kullanılan bir diğer pazarlama faaliyeti çekilişlerdir³⁵. Anılan yöntem ile ortaya çıkan etkileşimin sonucu olarak marka ürününü ve kendi tanınırlığını, *influencer* ise takipçi kitlesini ve etkileşim oranını arttırmaktadır³⁶.

Paylaştığın linke tıklayan bir kişinin koleksiyonunda yer alan bir ürünü 24 saat içerisinde satın alması halinde %15 link içi komisyon, koleksiyonunda yer almayan bir ürünü 6 saat içerisinde alması halinde %5 link dışı komisyon elde edersin. Ek olarak günlük kazanabileceğin link dışı komisyon tutarı, aynı gün kazanılan link içi komisyon tutarının en fazla yarısı kadar olabilir.” <https://cdn.dsmcdn.com/mrktng/crm/DE/Influencer/Onboarding-SSS-1.jpg> (son erişim: 02.12.2022), Hepsi Burada platformu ise komisyon oranlarını her ürün grubu için farklı tespit etmektedir, detayı için bkz. “2023 Hepsi Burada Komisyon Oranları Ne Kadar?” Dopigo, <https://www.dopigo.com/hepsiburada-komisyon-oranlari-ne-kadar/> (son erişim: 3.12.2022).

³⁵ Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, sosyal medyada yapılan çekilişlerin Milli Piyango İdaresinden izin alınarak gerçekleştirilmesi zorunluluğudur. 06.06.1988 Tarih ve 19834 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 41. maddesi uyarınca karşılığı nakit olmayan her türlü eşya ve benzeri çekiliş düzenlenebilmesi için İdareden izin alınması zorunludur. Yine Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Karşılığı Olmayan Piyangolar ve Çekilişler Hakkında Yönetmelik’in 7/1. maddesi uyarınca çekiliş düzenlemeye karar veren kişi ve kuruluşların İdareden izin almalarının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Çekiliş yapılmasına karar verilmesi halinde, anılan çekilişin geçerli kabul edilebilmesi için Milli Piyango İdaresinden izin alınması bir zorunluluk olarak öngörüldüğünden, izin alınmadan gerçekleştirilen çekilişlerin, geçerlilik unsuru eksikliği sebebi ile kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda anılan çekilişler hukuken caiz olmayan şekilde gerçekleştirildiğinde, çekiliş gerçekleştirenlerin adli ve idari cezalarla karşılaşabileceği³⁵, çekiliş sonucu hak iddia edenlerin ise vaat edilenlerin teslim edilmemesi halinde geçerli bir talep hakkı bulunamayacağı hususlarının göz ardı edilmemesi gerekir. Ancak uygulamada bu yükümlülüğün çoğunlukla yerine getirilmediği bilinmektedir. Gerçekten de Milli Piyango İdaresi tarafından 18.12.2019 tarihli “Sosyal Paylaşım Sitelerinde Yapılan Çekilişler İçin Uyarı!” isimli duyuruda “Sosyal medya yeni bir mecra, burada yapılan çekilişlerde de yoğun artış yaşanıyor. İdare olarak biz de mevzuatımızı güncel teknolojik gelişmelere uyarlamak için çalışmalarımızı yürütüyoruz. İdare olarak bu konuda gereken yetkimiz var. Sosyal medyada yapılan çekilişler de bizim yönetmeliğimize tabi. Yani çekiliş yapmak isteyen sosyal medya fenomenleri, bize başvurarak bu yönetmelik kapsamında İdarenin değerlendirmesini almak zorundadır.” ifadelerine yer verildiği görülmektedir, <http://www.millipiyango.gov.tr/node/62> (Son Erişim:03.12.2022).

³⁶ Anılan çekilişlere katılım sağlayabilmek için takipçilerin belli bir sosyal medya hesabını takip etme (genellikle çekiliş sonucu verilecek ürünün markasına ait sosyal

II. INFLUENCER SÖZLEŞMESİNİN AMACI, TANIMI VE AYIRT EDİCİ UNSURLARI

A. Sözleşmenin Amacı

Sosyal medyanın yaygın kullanımı ve *influencer*'ların etki gücü, *influencer*'lar aracılığı ile yapılan pazarlamaya (*influencer marketing*) olan ilgiyi hızlı bir şekilde arttırmıştır³⁷. Gerçekten de markasını genişletmek, iş hacmini arttırmak isteyen büyük ve küçük pek çok marka *influencer*'larla çalışmak istemektedir³⁸. Bu ilginin ilk sebebini, tüketicilerin medya kullanımındaki değişiklikler oluşturur. Özellikle Covid-19 pandemisinde yaşanan karantinalar ile tüketicilerin tüketim alışkanlıkları elektronik ortamlara doğru daha hızlı kaymıştır. Pandemi sonucu ortaya çıkan sosyal mesafe ve karantina ihtiyacı; firmaların geleneksel pazarlama stratejilerinden uzaklaşarak, e-posta, sosyal medya ve *influencer*'lar aracılığıyla tanıtım yapmak gibi dijital pazarlama yöntemlerine odaklanmasına yol açmıştır³⁹.

medya hesabı), çekilişin yer aldığı gönderiyi beğenme ve/veya gönderiye yorum yapma, gönderinin altına diğer kişileri etiketleme gibi şartlar sunulduğu görülmektedir. Özel, Sosyal Medya, 38.

³⁷ Influencer marketing endüstrisi ülkemizde olduğu gibi tüm dünyada giderek büyümektedir. ABD'de 2016 yılında 1,7 milyar ABD doları olduğu belirtilen pazarın 2020 yılında 9,7 milyar ABD dolarına ulaşacağı tahmin edilmiştir (Cooper, "Influencers," 81), Data Bridge Pazar araştırmasında⁴, *influencer* pazarının 2021 yılında 7,36 milyar ABD Doları değerinde olduğu ve 2022-2029 döneminde yaklaşık yıllık bileşik büyüme oranının %32,50 beklendiği ve buna göre de 2029 yılında bu pazar payının 69,92 milyar ABD Dolarına ulaşması beklendiği ifade edilmiştir. Farklı analiz grupları tarafından yapılan tahminlerde *influencer* pazarının ekonomik değerinin daha da fazla olduğu anlaşılmaktadır, "Global Influencer Marketing Platform Market," Data Bridge Market Research," <https://www.databridgemarketresearch.com/reports/global-influencer-marketing-platform-market> (son erişim:11.04.2023); "Yahoo Finance," <https://finance.yahoo.com/news/influencer-marketing-platform-market-size-153000046.html?guccounter=1#:~:text=Data%20Bridge%20Market%20Research%20Analyses,forecast%20of%202022%2D2029>, (son erişim:11.04.2023).

³⁸ Karatepe Kaya, "Sosyal Medya," 675, Bentz and Veltri, "The Indirect," 186, influencer marketing başarısından dolayı ABD'de şirket bilançolarında kendine yer bulan tipik bir masraf kalemi haline gelmiştir, öyle ki 2022 yılına kadar şirketlerin influencer marketing için 15 milyar ABD dolarından fazla harcama yapmış olacağı ifade edilmektedir (Cooper, "Influencers," 84, Carpenter and Bonin, "Regulation," 258).

³⁹ Werner Geysler, "The State of Influencer Marketing 2023: Benchmark Report," <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report/> (son

Tüketiciler geleneksel medyadan uzaklaşıp, sosyal medyaya yöneldikçe markaların kitlelere ulaşımı zorlaşmış ve bu durum reklamcılığın yönünü tüketicilerin vakitlerinin çoğunu geçirdiği sosyal medyaya çevirmesini sağlamıştır⁴⁰.

Influencer'lara olan yoğun talebin sebeplerinden biri de sosyal medya reklam bütçelerinin geleneksel medyaya veya diğer reklam alanlarına göre daha ucuz olmasıdır. Aynı zamanda tek bir paylaşım ile dahi çok hızlı şekilde kitlelere ulaşılmasına, hızlı marka tanınırlığına imkân verdiği gibi, kullanılan linkler sayesinde markaya kolaylıkla erişim sağlanabilmektedir⁴¹. Gerçekten de *influencer*'lar tarafından önerilen bir ürünün stoklarının birkaç saat gibi kısa bir süre içerisinde tükenmesi de bu pazarın etkililiğini daha net bir biçimde ortaya koymaktadır. Yine *influencer*'ların kendilerine özgü takipçi kitleleri bulunması, pek çoğunun belli kategorilerde paylaşım yapması gibi sebeplerle, hedef kitleye ulaşmak çok daha kolaydır⁴². Influencer sözleşmelerinde içerik oluşturma yükünün de çoğunlukla *influencer* üzerinde olması ve dağıtım maliyetlerinin ortadan kalkması diğer tercih sebepleridir⁴³.

Kuşkusuz ki *influencer*'larla çalışılmasının en önemli sebeplerinden biri de pazarlamaya ilişkin içeriklerin *influencer*'lar tarafından reklam olduğu dahi anlaşılacak şekilde son derece doğal ve kendine özgü bir şekilde sunulması ve bu sayede tüketici davranışlarının kolaylıkla etkilenebilmesidir⁴⁴.

Tüm bu hususlar daha etkili pazarlama faaliyetleri yürütmek isteyen marka ve müşterileri *influencer*'larla anlaşmaya iter. Marka veya müşteri ile

erişim:11.04.2023), Michel Hoffmann ve Laura Lex, "Corporate *Influencer* & Social Media Guidelines Aktuelle Rechtsfragen aus der Praxis," *Recht Digital*, 5 (2021): 242.

⁴⁰ Carpenter and Bonin, "Regulation," 257, Groen, "Swipe up to Subscribe," 116.

⁴¹ Bayuk ve Aslan, "Influencer," 178, Canöz *et al.*, "Pazarlama," 77, Baytan Avkovan, "Influencer," 79, Groen, "Swipe up to Subscribe," 118.

⁴² Hayriye Dilara Abbasoğlu, *Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 34; Carpenter and Bonin, "Regulation," 254, Groen, "Swipe up to Subscribe," 116.

⁴³ Bayuk ve Aslan, "Influencer," 178, Keskin, "Influencer," 132.

⁴⁴ Ülkemizde 2019 yılında yapılan bir araştırmaya göre; araştırmaya katılanların %40,8'i bir markayı satın almadan önce *influencer*'ların tanıtım videolarını izleyip buna göre karar verdiklerini, %29,2'si ise buna göre karar vermemekle birlikte tanıtım videolarını izlediğini ifade etmiştir, Ümit Arkan ve Nilgün Tuzcu, "Dijital Çağın Bir Pazarlama ve Marka İletişim Aracı Olarak Etkileyiciler: Kanaatler, Kriterler ve Takip Nedenleri Üzerine Bir Araştırma," *Selçuk İletişim Dergisi* 12, 2 (2019): 911.

influencer arasında akdedilecek sözleşmenin temel amacı, ürün veya hizmete ilişkin olarak sosyal medya üzerinden gerçekleştirilecek pazarlama ve tanıtım faaliyetinin *influencer* tarafından gerçekleştirilmesi⁴⁵ ve bu esnada *influencer*'ın takipçileri üzerindeki etkisinin başka bir ifade ile bizzat kendi marka değerinin kullanılmasıdır.

B. Sözleşmenin Tanımı

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde *influencer* sözleşmesini; “*influencer*’ın, belirli bir mal veya hizmetin ya da markanın tanıtımı yahut pazarlamasını yapmayı üstlendiği, takipçilerinin ilgili ürün, hizmet veyahut markaya yönelmesini sağlamak amacıyla oluşturulan veya bizzat oluşturduğu içerikleri sosyal medya hesabından paylaştığı ve bu esnada takipçileri üzerindeki etki gücünü kullandığı, bunun karşılığında müşterinin de belirli bir bedel ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamak mümkündür⁴⁶.

C. Sözleşmenin Ayırt Edici Unsurları

1. Sözleşmenin Konusu

Influencer sözleşmeleri pek çok farklı konuyu ihtiva edebilen sözleşmelerdir. Her ne kadar tanıtımın yapılma şekli ve beklenen sonuca göre sözleşmelerin konuları değişiklik gösterebilirse de *influencer* sözleşmelerinde, sözleşmelerin pek çoğunda ortak olan bir takım temel konular üzerinde durulması faydalı olur.

a. Reklam ve Tanıtım Faaliyeti

Influencer sözleşmesinin en önemli konusu, reklam ve tanıtım faaliyetidir. Söz konusu faaliyet yürütülürken sözleşmenin amacına uygun olarak içerik çoğunlukla *influencer* tarafından bizzat hazırlansa da bazı hallerde müşterinin hazırladığı içeriğin paylaşıldığı da görülmektedir⁴⁷.

⁴⁵ Keskin, “Influencer,” 133.

⁴⁶ Literatürde yer alan diğer tanımlar için bkz. Baytan Avkovan, “Influencer,” 82, Atay, “Influencer,” 44, Keskin, “Influencer,” 133, Özel, Sosyal Medya, 62.

⁴⁷ Literatürde bazı yazarlarca, içeriğin bizzat meydana getirilmesinin, sözleşmenin unsurlarından biri olduğu edilmiştir (Baytan Avkovan, “Influencer,” 84, Özel, Sosyal Medya, 141-142). Bu görüşü iki noktada eleştirmek mümkündür. Uygulamada içeriğin *influencer* tarafından hazırlanmadığı, doğrudan müşteri tarafından hazırlandığı ve *influencer* tarafından paylaşıldığı durumlara rastlamak mümkündür. Anılan görüşün

Influencer reklam ve tanıtım faaliyetine ilişkin içeriği hazırlarken resim, video, müzik, fotoğraf gibi öğelerden yararlanabileceği gibi yalnızca kendi anlatımına da yer verebilir. İçeriğin basit ya da karmaşık bir kompozisyon içermesi de çoğunlukla *influencer* tarafından belirlenir. Nitekim bu sözleşmelerde amaç, *influencer*'ın kendi hitap ettiği kitle ile arasındaki ilişkinin kullanılması olduğundan söz konusu ilişkinin en doğru şekilde nasıl kullanılabilmesi hususu da en iyi bu etkileşimi sağlayan *influencer* tarafından tespit edilir⁴⁸. Bu noktada önemli olan müşterinin beklentilerine, hedeflerine ve menfaatlerine uygun olan içeriğin üretilmesidir.

b. Sosyal Medya Kullanımı

Sözleşmenin bir diğer temel konusu sosyal medya kullanımınıdır⁴⁹. Sosyal medya *influencer*'ın güçlü olduğu alandır ve esasen *influencer*'ın etki gücü çoğunlukla sosyal medya ve hitap ettiği toplulukla sınırlıdır⁵⁰. İçeriğin hangi mecrada ve hangi zaman aralığında, ne sıklıkla paylaşılacağı, anılan içeriğin

kabulü halinde bahsi geçen durumda *influencer* ile müşteri arasında akdedilen sözleşmenin *influencer* sözleşmesi olmadığını ifade etmek gerekecektir ki bunun kabulü mümkün değildir. İkinci olarak *influencer* sözleşmesi bakımından önem taşıyan husus esasen *influencer*'ın içerik hazırlama becerisi değil takipçileri üzerindeki etki gücüdür. Bu sebeple içeriğin *influencer* tarafından bizzat hazırlanmış olmasını anılan sözleşme yönünden ayırt edici bir unsur olarak belirlemek kanaatimizce pek de uygun görünmemektedir.

⁴⁸ ““*Influencer* marketing” in başarısı “*influencer*” in şeffaflığı ve özgünlüğüne dayanır. Bir “*influencer* marketing” projesi ancak markanın, “*influencer*” a en iyi yaptığı şeyi, takipçileriyle iletişim kurmayı, bildiği gibi, kendisine özgü şekilde yapmasına izin verdiğinde başarıya ulaşır. Marka, ürünlerinin veya hizmetlerinin tanıtımı sırasında “*influencer*” ı ne kadar özgün ve özgür bırakırsa markanın vermek istediği mesaj hedef kitlede o kadar iyi ve etkili yankılanır. Tıpkı arkadaşımızın kendine özgü üslubuyla bir ürünü veya hizmeti tavsiye ettiğinde, bu tavsiyenin bizde bıraktığı etki gibi. Bu nedenle “*influencer* marketing”, “*influencer*” ın bedeli marka tarafından ödenerek hazırlanmış olan senaryoların gereğini yaptığı klasik anlamda bir reklam değildir ve bu yönüyle “celebrity endorsement” denilen bir ünlünün yer aldığı reklamlardan veya markaların ünlülere sponsor olmak suretiyle ürünlerine veya hizmetlerine yönelik gerçekleştirdikleri reklamlardan da farklıdır. Eğer herhangi bir marka “*influencer* marketing” i bu şekilde kullanırsa, etkisiz, başarısız olur ve hedef kitesinden olumsuz geri dönüşler alır. Marka ile bu şekilde bir iş birliği yapan “*influencer*” da belki aylar hatta yıllar içerisinde oluşturduğu takipçilerini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalır.”, Baytan Avkovan, “Influencer,” 82, Leupold *et al.*, IT- Recht, 1497.

⁴⁹ Keskin, “Influencer,” 134.

⁵⁰ Age. 134.

müşterinin sosyal medya hesaplarında kullanılabilir olup olmadığı gibi hususlar *influencer*'ın iradesine bırakılabileceği gibi taraflarca sözleşmede de belirlenebilir⁵¹. Nitekim bir ürünün veya hizmetin tanıtımının, aynı mecra üzerinden ve eş zamanlı olarak birden fazla *influencer* tarafından yapıldığı örneklere rastlanılmaktadır. Bu gibi hallerde belirli bir kampanya yürütüldüğü, mecra ve zaman diliminin belirlenmesi hususunda *influencer*'a serbestlik tanınmadığı ve müşterinin etkili olduğu görülmektedir. Yine müşterinin etkileşim analizlerini göz önünde bulundurarak paylaşımların yapılacağı saatlere ilişkin taleplerde bulunması da oldukça olasıdır. Bu sebeple tüm bu hususların sözleşmede belirlenmesi esasen önem arz etmektedir.

c. *Influencer*'ın Marka Değerinden Faydalanılması Gerekliği

Sözleşmenin konusu olarak belirtebileceğimiz bir diğer husus ise, kanaatimizce *influencer*'ın marka değerinden faydalanılması gerekliliğidir. Bununla kastedilen *influencer*'ın takipçileri ile kurduğu güven ve sadakate dayalı ilişkinin müşteri lehine kullanılmasıdır. Esasen bu husus kanaatimizce *influencer* sözleşmelerinin en ayırt edici özelliğidir. *Influencer* özünde markanın satışlarını ve tanınırlığını arttırma gibi somut bir taahhütte bulunmamaktadır. *Influencer*, bu sözleşme ile yalnızca sahip olduğu takipçi kitlesinin, müşteriye ilişkin algısını olumlu yönde etkilemeye yönelik paylaşım yapma borcu altına girmektedir. Bunun sonucunda müşteri tanınırlığının artması, satışların ve müşteri itibarının yükselmesi gibi sonuçlar da elde edilebilir. Burada esasen *influencer*'ın kendine ait marka değeri sayesinde sahip olduğu nüfuzundan faydalanılmak amaçlanmaktadır.

Influencer sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli özellik, *influencer*'ın reklam faaliyetini adeta kendisini markalaştırarak yapmasıdır. Başka bir deyişle, yalnızca sözleşmenin bir tarafının *influencer* olması, tek başına o sözleşmenin *influencer* sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için yeterli olmamalıdır.

⁵¹ Groen, "Swipe up to Subscribe," 129, "Fenomenler tarafından gerçekleştirilen görsel paylaşımlarda, genellikle hafta içi sabah 09.00-11.00 arası, akşam ise, 19.00-22.00 saat aralıklarının tercih edildiği, Instagram fenomenlerinin paylaşımları üzerinde reklam verenlerin çoğu zaman etkili olmadıkları, etkili oldukları durumlarda ise, bunların hashtag paylaşımı, paylaşım zamanı ve fotoğrafın içeriği gibi konular düzeyinde olduğu ulaşılan diğer bilgiler arasında yer almaktadır", Aslan ve Gül Ünlü, "Instagram Fenomenleri," 62.

2. Bedel/Menfaat Temini Unsuru

Influencer sözleşmeleri kural olarak ivazlı sözleşmelerdir. *Influencer*'a faaliyetinin karşılığı olarak ücret ödenebileceği gibi farklı menfaatler de sağlanabilir. Örneğin *influencer*'a faaliyeti karşılığında yalnızca hediye gönderilmesi, bir ürün veya hizmetten ücretsiz ya da indirimli faydalandırılması, etkinlik davetiyesi sunulması, otelde misafir edilmesi yahut araç tahsis edilmesi gibi farklı menfaatler sağlanması mümkündür.

III. SÖZLEŞME TARAFLARININ HAK VE BORÇLARI

A. *Influencer*'ın Borçları

1. Genel Olarak

Influencer sözleşmesinin taraflarını, *influencer* ve müşteri oluşturur⁵². Esasen *influencer* sözleşmesi oldukça geniş bir yelpazeye sahip olup tarafların borçları belirlenen ilişki türüne göre her sözleşmede değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu nedenle çalışmamız kapsamında *influencer* sözleşmelerinin hepsi için ortak olduğumu düşündüğümüz borçlar incelenmiştir.

⁵² Uygulamada kimi *influencer*'ların reklam ajansları ile çalıştıkları görülmektedir. Özellikle *influencer* marketing üzerine çalışan bu ajansların görevi *influencer* ile reklam verenler arasında bir köprü vazifesi görmek, doğru *influencer* ile doğru müşteriye buluşturmak ve bu sayede reklam ve tanıtım faaliyetinin daha etkili olmasını sağlamaktır. Literatürde bazı yazarlar *influencer* marketing ajanslarını da *influencer* sözleşmesine taraf olabileceğini ifade etmektedir, bkz. Baytan Avkovan, "Influencer," 84, Özel, Sosyal Medya, 76. Kanaatimizce bu görüş pek de isabetli değildir. *Influencer* sözleşmesinin temel unsurlarından biri doğrudan *influencer*'ın nüfuzunu kullanarak takipçilerini etkilemesidir. Söz konusu unsurun herhangi bir ajans tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olan bir unsur değildir. Anılan ajansların asıl amacı yaptığı analizler ve ölçümler ile tarafları yönlendirmek, reklam süreçlerinin etkilerini ve geri dönüşleri analiz etmek, topladıkları veriler ışığında reklam vereni doğru *influencer* ile *influencer*'ı da doğru reklam verenle buluşturmadır. *Influencer*, sözleşmesi müşteri ve reklam ajandı arasında akdedilen bir sözleşme olmayıp sözleşmenin doğası gereği tarafları *influencer* ve müşteridir. Ancak gerek *influencer* gerekse müşteri reklam ajansları ile çalışabilir, ayrı ayrı sözleşmeler akdedebilirler. Benzer görüş için bkz. Atay, "Influencer," 46, Groen, "Swipe up to Subscribe," 117, Keskin, "Influencer," 136, Tandoğdu, "Sosyal Medya," 33.

2. Sosyal Medyada Tanıtım Amaçlı Paylaşım Yapma Borcu

İnfluencer'ın temel borcu belirli bir mal yahut hizmetin tanıtımı için kendisi tarafından veya üçüncü kişi tarafından hazırlanan içeriği, kararlaştırılan şartlara uygun olarak ve kendi marka değerinden yararlanarak sosyal medya hesabında paylaşmaktır.

Influencer'ın birden fazla platformda hesabı olabileceği gibi, aynı platformda birden fazla hesabı da olabilir. Bu sebeple paylaşımın hangi hesaptan veya hesaplardan yapılacağına taraflarca mutlaka sözleşmede düzenlenmiş olması gerekir. Ayrıca uygulamada *influencer*'ın hazırlayacağı paylaşımın türü, paylaşım şekli (resim, video, hikâye, post vb.), paylaşımın yayınlanacağı zaman dilimi ve ne kadar süre ulaşılabilir olacağı gibi hususlar sözleşmede detaylı olarak düzenlenmelidir. Buna ilaveten müşterinin, *influencer*'dan kanunen eklemekle yükümlü olduğu "*hashtag*"ler⁵³ dışında, başka bir *hashtag* kullanımı talebi mevcut ise bunların da sözleşmede yer alması gerekir⁵⁴. Bu çerçevede ilk olarak, içeriğin kime ait olduğunun belirlenmesi önemlidir. İçeriğin *influencer* tarafından hazırlanması ve reklam veren markanın yalnızca bu içeriği kullanmak için bir lisans alması halinde, içerik üzerindeki tüm haklar kural olarak *influencer*'a ait olacağından, müşteri içeriği ayrıca kullanmak istiyorsa buna ilişkin de sözleşmede özel bir düzenleme yapılması elzemdir⁵⁵. Bu bağlamda, içeriğin kullanımına ilişkin lisansın türü, kapsamı, reklam veren markanın bu lisansı nasıl ve hangi mecralarda kullanabileceği gibi hususların olabildiğince açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Bununla birlikte *influencer*, reklam veren markaya söz konusu içerikle bağlantılı olarak ismi, görüntüsü, hesap adı gibi hususlarda da kullanma lisansı vermelidir⁵⁶.

⁵³ Hashtag, “#” simgesinin ardından eklenen kelime veya kelime öbekleri aracılığı ile sosyal medya mecralarında paylaşılan gönderinin ne hakkında olduğunu belirtmek için kullanılan, gönderileri kategorize etmeye ve vurgulamaya yarayan, Türkçede başlık etiketi olarak isimlendirilen bir kavramdır “Britannica Dictionary,” <https://www.britannica.com/dictionary/hashtag> (son erişim 01.02.2023), Sandra Grauschopf, “What Does ‘Hashtag’ Mean & How Do You Use One Correctly?,” <https://www.liveabout.com/what-does-hashtag-mean-and-how-do-you-use-one-892814> (son erişim: 17.03.2023), Gerald Spindler ve Fabian Schuster, *Recht der elektronischen Medien* (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2019), 2128 vd.

⁵⁴ Groen, “Swipe up to Subscribe,” 129, Keskin, “Influencer,” 141, Köhler, “Influencer,” 345.

⁵⁵ Groen, “Swipe up to Subscribe,” 130, Keskin, “Influencer,” 142.

⁵⁶ Gehman, Lindsay, “Five essential provisions to ensure an effective *influencer* agreement,” *Los Angeles & San Francisco Daily Journal*,

Influencer'ın tanıtım amaçlı paylaşım yapma borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için paylaşım ile ilişkin sözleşmede belirlenen tüm şartları sağlayarak paylaşımı gerçekleştirmiş olması gerekir⁵⁷.

3. Influencer'ın Marka Değerini Kullanma Borcu

Influencer'ın en önemli borcu olan sosyal medyada tanıtım amaçlı paylaşım yapma borcunu yerine getirirken, kendine has özelliklerini devreye sokması, üzerinde nüfuz sahibi olduğu topluluğa hitap etmesi, eylem ve söylemlerinin bu toplulukta karşılık bulması gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere bir *influencer* aslında sosyal medya üzerinden kendine bir marka inşa etmekte ve pazarlama aracı olarak da bu markayı kullanmaktadır. Tıpkı diğer tüketim ürünlerinde olduğu gibi burada da tüketiciler bir ürün veya hizmet tercihinde bulunmadan önce güvendikleri bir markadan yani *influencer*'dan bilgi edinmeye çalışmakta, onun değerlendirmelerine ve görüşlerine dayanarak tercihlerde bulunmaktadırlar. Takipçiler satın almaya ilişkin bir araştırma yaparken, öncelikle güvendikleri *influencer*'ların hesaplarını ziyaret etmekte ve önerdikleri marka veya ürün/hizmetler yönünden araştırmalar yapmaktadır.

Müşteriler tam da bu sebeple *influencer* ile çalışmayı tercih etmekte olduğundan, *influencer*'ın reklam ve tanıtımını yaparken kendi marka değerini ve nüfuzunu kullanması önemli bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla *influencer*'ın edimi şahsa bağlı edim teşkil eder.

4. Özen ve Sadakat Borcu

Kanunda düzenlenen diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi *influencer* sözleşmesinde de işin özen ve sadakat borcuna uygun şekilde görülmesi gerekmektedir⁵⁸.

Özen borcu kapsamında *influencer*, işin görülmesi sırasında müşterinin menfaatlerini gözeterek elinden gelen çabayı göstermiş, hata yapmaktan

https://www.coblentzlaw.com/wp-content/uploads/2018/05/Five-Essential-Provisions-of-Effective-Influencer-Agreement_Gehman.pdf (son erişim:11.04.2023), Leupold *et al.*, IT-Recht, 1497 .

⁵⁷ Groen, "Swipe up to Subscribe," 131, Keskin, "Influencer," 142.

⁵⁸ Cevdet Yavuz *et al.*, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yay., 2022), 494, 495, Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yay., 2021), 550, Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Özel Hükümler), (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022) 405 .

kaçınmış, kendinden beklenen özeni göstermiş olmalıdır. Influencer sözleşmelerinin çok çeşitli oluşu ve pek çok içerikte yapılması sebebiyle, özen borcuna uygun davranılıp davranılmadığının her sözleşme bakımından ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Gerçekten de bazı hallerde *influencer*'ın özen borcuna uygun davrandığını söylemek için paylaşımlarının çeşitliliğine, sıklığına, takipçilerini etkilemek için çaba gösterip göstermediğine bakmak gerekirken, bazen yalnızca *influencer*'ın ürün veya hizmetin tek bir fotoğrafını paylaşmış olması ya da bir etkinliğe katılması dahi özen borcunun yerine getirildiğinin kabul edilmesi bakımından yeterli olabilir.

Influencer, sadakat borcunun sonucu olarak işin görülmesinin yanında ayrıca müşterinin menfaatlerine ve yararına uygun davranma, ona zarar verecek davranışlarda bulunmama ve sözleşme nedeni ile elde ettiği pozisyonu menfaati doğrultusunda kullanmama borcu altındadır⁵⁹. Reklam verenin bir sosyal medya politikası bulunuyorsa, *influencer* buna da uygun hareket etmelidir⁶⁰.

Sadakat borcu kapsamında rekabet etmeme borcunun ise *influencer* sözleşmeleri yönünden ayrıca ele alınması gerekir. Influencer genellikle aynı sosyal medya hesabında birden çok müşteri için faaliyet göstermektedir. Bu durum ise müşteriler için rekabet açısından sorun teşkil edebilir. Her ne kadar kural *influencer*'ın aynı anda birden fazla müşteri ile çalışabilmesi ise de müşteriler, *influencer*'dan sözleşme süresi boyunca rakip bir ürün veya hizmetin tanıtımının yapılmamasını ya da müşterinin onayı ile yapılmasını isteyebilirler. Müşteri, *influencer* tarafından tanıtımı yapılan tek marka olmayı da arzu edebilir. Tüm bu hususlara ilişkin hükümlerin sözleşmede yer alması gerekmektedir⁶¹. Buna ilaveten, reklam verenler *influencer*'ın kampanya süresince ve sonrasında da bir süre boyunca rakipleri ile çalışmasını istemiyorlarsa, bu kısıtlamanın süresi ve birlikte çalışılması yasaklanmak istenen rakiplerin listelendiği bir hüküm sözleşme içerisine açık olarak eklenmelidir⁶². Sözleşmede aksine bir hüküm yer almıyorsa, *influencer* sözleşmelerinde sadakat borcu gereği müşteri ile rekabet etmeme borcu her koşulda, sözleşmenin sona ermesi ile ortadan kalkmalıdır⁶³. Gerçekten de *influencer* sözleşmelerinin doğası gereği uzun süreleri bulan rekabet yasakları

⁵⁹ Atay, "Influencer," 89, Leupold *et al.*, IT-Recht, 1497.

⁶⁰ Gehman, "Influencer Agreement," (son erişim: 24.03.2023).

⁶¹ Groen, "Swipe up to Subscribe," 130, Keskin, "Influencer," 143.

⁶² Gehman, "Influencer Agreement," (son erişim: 24.03.2023).

⁶³ Atay, "Influencer," 91.

pek de uygulanabilir olmadığı gibi, *influencer*'ların uzun süren rekabet yasaklarına ilişkin hükümleri kabul etmeleri de olası değildir.

Influencer'lar yaptıkları işin doğası gereği takipçi kitlesini canlı tutmak, etkileşimini arttırmak ve yeni takipçiler kazanmak için sürekli paylaşım yapmaktadırlar. Ancak özen borcunun bir gereği olarak *influencer*'ın sözleşme kapsamında olmayan paylaşımlarında da müşteriye zarar verecek davranışlardan kaçınması gerekir. Örneğin *influencer* tarafından, müşterinin hitap etmek istediği kitlenin yaşam tarzı ve değerleri ile uyuşmayan, nefret söylemi içeren veya ırkçı paylaşımlar yapılması halinde müşterinin yaratmak istediği imaj zedelenebilir, sözleşmeden beklediği faydaya ulaşması zorlaşabilir⁶⁴. Bu sebeple *influencer* özen ve sadakat borcu kapsamında bu tür davranışlardan kaçınmalıdır. Bu durumda sözleşmeye, müşterinin talepte bulunması halinde, *influencer* tarafından sosyal medya hesaplarında yer alan müşteri ile ilişkili herhangi bir içeriğin kaldırılacağına ilişkin açık hüküm konulması yararlı olur⁶⁵.

Influencer'ın özen ve sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer borcu, oluşturulan içeriğin yasal mevzuata uygun olmasıdır. Oluşturulan içeriğin gerek fikri mülkiyet mevzuatına gerekse reklam mevzuatına, kişilik haklarına ve diğer mevzuata uygunluğunun sağlanması hususunda gerekli özenin *influencer* tarafından gösterilmesi gerekir. *Influencer* ortaya çıkardığı içeriğin özgün olduğunu, mevzuata uygun olduğunu, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmediğini taahhüt ve beyan etmelidir. Herhangi bir aykırılık halinde ortaya çıkabilecek taleplerin kimin tarafından karşılanacağını ve yaptırımların neler olacağını ise sözleşmede açıkça belirtilmesi faydalı olur⁶⁶.

B. Müşterinin Borçları

1. Genel Olarak

Müşteri, belirli bir mal veya hizmetin ya da markanın sosyal medyada tanıtılması amacıyla *influencer* ile sözleşme yapan kişidir. Müşteri mal veya hizmetin üreticisi ya da markanın sahibi olmak zorunda değildir. Ürünün pazarlanmasında menfaati bulunan herkes, müşteri olabilir. Örneğin

⁶⁴ Groen, "Swipe up to Subscribe," 131, Keskin, "Influencer," 143.

⁶⁵ Gehman, "*Influencer Agreement*," son erişim: 24.03.2023).

⁶⁶ Groen, "Swipe up to Subscribe," 131, Bentz and Veltri, "The Indirect," 185, Keskin, "Influencer," 144, Köhler, "Influencer," 345, Hoffmann ve Lex, "Influencer," 245.

elektronik pazar yerlerinin müşteri sıfatını taşıdığı sözleşmelerde elektronik pazar yeri, pazarlanan ürünün üreticisi veya marka sahibi olmadığı halde, ürünlerin *influencer*'lar vasıtasıyla tanıtımının yapılmasını sağlayarak hem markanın hem de kendi platformunun satışlarını arttırmaktadır. Bu sebeple müşterinin, belirli bir mal veya hizmetin ya da markanın pazarlanmasında menfaati olan, bu faaliyetin yürütülmesi için *influencer* ile sözleşme yapan ve karşılığında kural olarak bir bedel ödemeyi veya menfaat temin etmeyi üstlenen kişi olarak tanımlanması mümkündür⁶⁷.

2. Ücret Ödeme veya Menfaat Temin Etme Borcu

Müşterinin sözleşmeden kaynaklanan temel borcu, *influencer*'a belirli bir ücret ödemek veya faaliyeti karşılığında bir menfaat sağlamaktır. Müşterinin hangi borcu yüklendiği, kurulacak ilişkinin niteliğine göre belirlenir.

Müşterinin ücret ödemeyi üstlendiği hallerde, *influencer*'ın alacağı ücret çeşitlilik göstermektedir. Gerçekten de taraflar arasında götürü bir ücret belirlenebileceği gibi komisyona dayalı bir ücret de belirlenebilir.

Taraflar arasında belirlenen götürü ücretin miktarı ise *influencer*'ın takipçi sayısı, kampanya süresi, içerik türü, paylaşım türü, varsa ajans ücreti, çekim maliyeti, kullanım haklarının devri gibi çok çeşitli kriterlere göre belirlenmektedir⁶⁸.

Komisyona dayalı ücret tespiti ise genelde sonuca katılmalı iş birliği modeli⁶⁹ ile kurulan sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Bu yöntemde, *influencer*'ın alacağı ücret satılan ürün başına *influencer*'a ödenecek belirli bir komisyon şeklinde belirlenebileceği gibi görüntülenme sayısı gibi başka kriterlere göre belirlenebilir⁷⁰. Bunun dışında müşteri, *influencer*'ın

⁶⁷ Özel, Sosyal Medya, 74, Keskin, "Influencer," 136, Atay, "Influencer," 48.

⁶⁸ Goanta and Ranchordás, "The Regulation," 8, 2022 yılı için Instagram fiyatlarının genellikle, nano *influencer*'lar için 500-5 bin TL, mikro *influencer*'lar için 1000- 20 bin TL, makro *influencer*'lar için 3 bin-50bin TL, mega *influencer*'lar için 30 bin-300 bin TL arasında belirlendiği ifade edilmektedir, "Instagram Influencer Pazarlama Fiyatları 2023," Current Works, <https://currentworks.com.tr/influencer-pazarlama-fiyatlari/> (son erişim: 05.12.2022), ABD'de ise nano *influencer*'ların genellikle ücretsiz ürünler yahut her gönderi için 500 ABD Doları, mikro *influencer*'ların gönderi başına 200 ila 4 bin ABD Doları, makro *influencer*'ların 5 bin ila 25 bin ABD Doları, mega *influencer*'ların ise gönderi başına en az 500 bin talep ettiği belirtilmektedir (Cooper, "Influencers," 86).

⁶⁹ Bkz. I.B.2.b.

⁷⁰ Komisyonla ödeme uygulamasına ilişkin örnekler için bkz. dn. 29.

faaliyetinin karşılığı olarak ücret ödemek yerine menfaat temin etmek borcu altına girmiş olabilir.

Bunun yanı sıra müşterinin, *influencer*'ı markası veya ürünü hakkında doğru bir şekilde bilgilendirme borcu da vardır. Müşterinin, markası veya ürünü hakkında *influencer*'a yanlış bilgilendirme yapması ya da *influencer*'ın yanlış olduğunu fark ettiği halde onu uyarmaması, bu yanlış bilgilere güvenerek sözleşme akdeden *influencer*'ın takipçileri nezdinde itibar kaybetmesi halinde de sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir. Bu takdirde aydınlatma borcuna uymayan müşterinin, *influencer*'ın bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir.

C. Tarafların *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme kurulmadan önceki aşamada taraflardan birinin veya yardımcılarının, sözleşmenin diğer tarafına ya da onun koruma alanında bulunan kişilere karşı, taraflar arasındaki güven ilişkisine aykırı davranarak verdiği zarardan sorumlu olması olarak tanımlanabilir⁷¹. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu esasen pek çok olguyu kapsamaktadır⁷². Sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların birbirinin kişi veya mal varlığı değerlerine zarar vermeme yükümü *culpa in contrahendo* sorumluluğunu bir yönünü oluşturmaktadır. Ayrıca tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında, yapmayı planladıkları sözleşme ile ilgili olarak birbirlerini aydınlatma yükümü de vardır ve bunun temeli dürüstlük kuralıdır⁷³. Sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların kusurlu olarak birbirlerine eksik veya yanlış bilgi vermeleri de *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açabilir⁷⁴.

⁷¹ Mustafa Arıkan, "Culpa In Contrahendo Sorumluluğu," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, 1 (2009): 71, Rona Serozan, "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşınmasına Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlali" ve "Culpa In Contrahendo"," *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18, (1990): 40.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Arıkan, "Sorumluluk," 75 vd., Yasemin Durak, "Güven Sorumluluğu ve "Culpa In Contrahendo"," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, 1 (2017): 273 vd., Cem Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması," *AÜEHFD* IV, 1-2 (2000): 358 vd.

⁷³ Özge Erbek Odabaşı, "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleri ile Karşılaştırılması," *İzmir Barosu Dergisi*, (2020): 86, 155.

⁷⁴ Serozan, "1990", 40.

Sözleşme bir anda kurulup varlık kazanan bir hukuki işlem olmayıp, kurulması sürece yayılmıştır. Taraflar sözleşmenin kurulmasından önce sözleşmenin koşullarına ilişkin uzun veya kısa olabilecek görüşmeler yaparlar⁷⁵. Esasen taraflar arasındaki hukuki ilişki görüşmelerin başlaması ile kurulur⁷⁶. Birbirleri ile temas sağlayan taraflar, duydukları güven sebebi ile birbirlerine mahrem alanlarını, hukuki değerlerini açarlar ve tehlikeye daha açık hale gelirler⁷⁷. Bu sebeple tarafların birbirlerine karşı özen gösterme borçları daha da önem kazanır⁷⁸. Sözleşme kurma niyeti ile hareket eden taraf veya yardımcılarının, diğer tarafın ya da onun koruma alanında bulunan kişilerin haklarını korumaları gerekmektedir⁷⁹. Sözleşme öncesi dönemde taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek adına özen göstermek ve korumak borçlarına uygun davranmak zarureti altındadırlar⁸⁰. Aksi takdirde kusuru ile zarara sebebiyet veren taraf, bu davranış sonucu ortaya çıkan zararı tazmin

⁷⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yay., 2021), 30- 46, 1276 vd; Baygın, “Culpa in Contrahendo,” 345.

⁷⁶ Durak, “Güven Sorumluluğu” ve “Culpa In Contrahendo,” 265, Baygın, “Culpa in Contrahendo,” 345.

⁷⁷ Özgür Güvenç, “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, 3 (2014): 372, 373. Erbek Odabaşı, “Borç İlişkisi,” 84, Rona Serozan, “Culpa In Contrahendo, “Akdin Müsbet İhlali ve 3 Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Hükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 2, 3, (1968): 121, 123; Serozan, “1990,” 35, 39, Betül Tiryaki, “Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması,” *EÜHFD* XII, 3-4 (2008): 274, 277, Huriye Reyhan Demircioğlu, “Sorumluluk Hukukunun Açılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo ve Güven Sorumlulukları,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, (2009): 222, 223, Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk* (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu) (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.), 134.

⁷⁸ Durak, “Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo,” 261, 263, Güvenç, “Culpa In Contrahendo,” 373, Tiryaki, “Özen Yükümlülükleri,” 277.

⁷⁹ Arıkan, “Sorumluluk,” 69.

⁸⁰ Arıkan, “Sorumluluk,” 72,85, 86, Güvenç, “Culpa In Contrahendo,” 370, 373, Durak, “Güven Sorumluluğu,” 266, Serozan, “1968,” 117, 123, Demircioğlu, “Sorumluluk,”223, 224.

borcu altına girer⁸¹. İşte sözleşme öncesi görüşmelerin başladığı bu süreçte, tarafların dürüstlük ve özen gösterme borçlarına aykırı hareket etmesi durumunda ortaya *culpa in contrahendo* sorumluluğu çıkar⁸².

Her ne kadar Türk hukukunda bu yönde normatif bir düzenleme bulunmasa da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun edim yükümlülüğünden bağımsız kanuni bir borç ilişkisi olduğu ve güven sorumluluğuna dayandığı hâkim görüş⁸³ olup Yargıtay'ın da bu yönde kararları olduğu görülmektedir⁸⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğması için sözleşmenin batıl veya geçerli, kurulmuş ya da kurulmamış olması önem arz etmemektedir⁸⁵. Doktrinde ağırlıklı olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğundan doğan tazminat bakımından, bu sorumluluğun sahasına yaklaşması sebebi ile bu sorumluluğa sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Kanaatimizce inceleme konumuz olan *influencer* sözleşmesi yönünden de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ortaya çıkabileceği durumlar mevcuttur. Özellikle bilgilendirme borcunun sözleşme öncesi dönemde kusurlu şekilde ihlal edilmesi halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğabilir⁸⁷. Bu sebeple taraflar sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada

⁸¹ Arıkan, "Sorumluluk," 70, Güvenç, "Culpa In Contrahendo," 396, 397, Baygın, "Culpa in Contrahendo," 345, 346, Aylin Görener, "Güven Sorumluluğu," Yayınlanmamış Yüksekisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2019, 45.

⁸² Tiryaki, "Özen Yükümlülüğü", 274, Görener, Güven, 45, 46.

⁸³ Eren, Genel, 1280, Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık* (Ankara: Turhan Yay., 2007), 306; Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu," 356-358; Özkan Özyakışır ve Muhammed K. Ganbari, "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar," *SÜHFD* 28, 2 (2020): 752; Durak, "Güven Sorumluluğu," 265, Lale Ayhan İzmirli, "Culpa in Contrahendo in The Lex Mercatoria," *Milletlerarası Hukuk ve Milletler Arası Özel Hukuk Bülteni* 37, 2 (2017): 288; Necip Kocayusufpaşaoğlu *et al.*, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt* (İstanbul: Filiz Yay., 2017), 8-9.

⁸⁴ Özyakışır ve Ganbari, "Sözleşme Öncesi," dn. 20.

⁸⁵ Eren, Genel, 1281, Güvenç, "Culpa In Contrahendo," 366, Ateş, Ahlaka Aykırılık, 306. Demircioğlu, "Culpa," 184, Eren, Genel, 1280, Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası (İstanbul: Beta Yay., 2021), 459; Kocayusufpaşaoğlu *et al.*, Genel, 9.

⁸⁷ *Culpa in contrahendo* sorumluluğu tali nitelik göstermekte olup, sorumluluğa ilişkin sınırın iyi çizilmesi gerekir. Kanunda düzenleme alanı bulan bir hususta ise *culpa in contrahendo* hükümleri uygulama alanı bulamayabilir. Nitekim özellikle özen ve sadakat borcu, ayıba karşı tekeffül hükümleri, sözleşmenin müsbet ihlali gibi

da gerek sözleşmenin yapılması gerekse şartlarının belirlenmesi hususunda birbirlerini aldatmamak, aydınlatma borcu çerçevesinde gerekli bilgileri karşı tarafa vermek, karşı tarafın kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek adına özen göstermek borcu altındadırlar. Örneğin; *influencer*'ın yalnızca biri ile sözleşme yapma iradesi olmasına rağmen aynı anda rakip iki müşteri ile durumu gizleyerek ve sözleşme yapma iradesi olduğuna dair güven oluşturarak aynı anda görüşmesi veya müşterinin, *influencer*'ın rakip firma ile sözleşme yapmasını engellemek için sözleşme müzakereleri yürüterek risk ortadan kalkınca görüşmelere derhal son vermesi gibi haller, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu gündeme getirebilir.

D. Tüketicinin Korunması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁸⁸ (TKHK) gereğince mal veya hizmet piyasalarında, taraflarını satıcı-sağlayıcı (veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek/tüzel kişiler) ve tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi olarak kabul edilir (TKHK m. 3/I). Tüketici işleminin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle satıcı-sağlayıcı ve tüketici kavramlarının açıklanması gerekir. Anılan kavramlar TKHK'da ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre, satıcı kavramı ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde tüketiciye mal sunan (veya mal sunan adına ya da hesabına hareket eden) gerçek ya da kamu tüzel kişileri de dahil tüzel kişileri ifade ederken sağlayıcı kavramı ise ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde tüketiciye hizmet sunan (veya hizmet sunan adına ya da hesabına hareket eden) gerçek ya da kamu tüzel kişileri de dahil tüzel kişileri ifade eder (TKHK m. 3/1, i). Tüketici kavramı ise anılan kanunun 3/k maddesinde; ticari ya da mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun amacı; tüketicilerin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının korunmasını sağlamaktır. Bu kapsamda anılan kanunda ticari reklam kavramı da tanımlanmış⁸⁹ ve

durumlarda doğrudan sözleşmeden doğan sorumluluğa gidilmesi gerekir. Yine sözleşme hükümleri ile *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yarışması halinde ise sözleşme hükümlerine öncelik verilmeli, *culpa in contrahendo* sorumluluğu tali nitelik gösterdiğinden uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmelidir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Demircioğlu, "Culpa," 222.

⁸⁸ 7/11/2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG,28.11.2013, S. 28835)

⁸⁹ TKHK m. 61/I uyarınca; ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle ilgili olarak, bir ürün veya hizmetin satılmasını ya da kiralanmasını sağlamak amacıyla hedef kitleyi

tüketicilerin ticari reklamlara karşı korunması hedeflenmiştir. Bu kapsamda ticari reklamların taşınması gereken nitelikler belirlenmiş ve ticari reklamların; Reklam Kurulu tarafından düzenlenen ilkelere, bunun yanı sıra genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olmaları gerektiği, tüketicileri aldatıcı, onların tecrübe ve bilgi eksikliklerini kötüye kullanır nitelikte, can ve mal güvenliğini tehdit eden, kamu sağlığını bozan, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklamlar yapılması yasaklanmıştır (TKHK m. 61). Bunların yanı sıra Kanun ticari reklamların bir türü olan örtülü reklam kavramını da ayrıca ele almıştır.⁹⁰ Kanun ile örtülü reklam yapılması yasaklanmıştır.

Influencer, günlük yaşamı içerisinde sıradan bir şekilde bir ürünü veya hizmeti sosyal medya üzerinden, “normal” bir sohbet bağlamında beğendiğini ifade ederek, takipçi kitlesinin tüketim davranışlarını etkilemeyi amaçlamaktadır. Bu sayede aslında açıkça beyan edilmeyen örtülü bir reklam etkisi yaratmaktadır⁹¹. Başka bir deyişle, kendiliğinden hareket ediyor veya tarafsız bir fikir beyan ediyor gibi görünürken, aslında yorumları ve paylaşımı için kendisine, müşteri tarafından, nakit veya diğer türden menfaatler olarak ödeme yapılabilmektedir. Halbuki takipçilerin, *influencer*'dan gelen tavsiyeye uyup uymamaya bilinçli olarak karar verebilmeleri için, reklam koşullanmasına pasif bir şekilde maruz kalmadan *influncer*'ın yaptığı paylaşımın ticari bir amacı olup olmadığını anlayabilmeleri gerekir⁹².

bilgilendirmek yahut ikna etmek amacıyla herhangi bir mecrada yapılan pazarlama faaliyetleri ticari reklam olarak adlandırılmaktadır.

⁹⁰ Reklam olduğu açık bir şekilde belirtilmemekle birlikte, herhangi bir mecrada ürün ve hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici mahiyette ticari unvan veya işletme adlarının yer alması ve bunların tanıtıcı nitelikte ortaya konulması örtülü reklam olarak tanımlanmış ve örtülü reklam yapılmasının yasak olduğu da ayrıca düzenlenmiştir (TKHK m. 61/4). Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 22 ve 23'te de örtülü reklam yasağı düzenlenmiştir.

⁹¹ Gülenda Atay, “Örtülü “Influencer” Reklamlarının İdari Denetimi,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 1, (2023): 225- 226.

⁹² Maria Cristina Reale, "Digital Market, Bloggers, and Trendsetters: The New World of Advertising Law," *Special Issue The New Frontiers of Fashion Law* 8,3, (2019): 26, <https://doi.org/10.3390/laws8030021> (son erişim: 18.04.2023); Alperen Korkmaz, “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Tanıtları Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi,” *TBB Dergisi*, 160 (2022) : 193, Leupold *et al.*, IT-Recht, 1497, Spindler ve Schuster, *Medien*, 2128, 2129.

Influencer'lar, yaptıkları tanıtım faaliyeti ile bağlantılı olarak firmalardan bir maddi kazanç elde etmişlerse, bunun da takipçilere bildirilmesi gerekir⁹³. Bu durum tüketicinin, bir ürün veya hizmeti alırken ve kullanırken haksız ve aldatıcı eylemlerden korunmaları için pek çok hukuk sisteminde kabul edilmiş bir yükümdür⁹⁴. Türk hukukunda da Ticaret Bakanlığı tarafından 5 Mayıs

⁹³ 7 Kasım 2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanılarak hazırlanan ve sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara ilişkin olarak yürütülen incelemelerde esas teşkil etmek üzere Reklam Kurulu'nun 04 Mayıs 2021 tarihli ve 309 sayılı toplantısında 2021/2 numaralı ilke kararı olarak kabul edilen "Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz" m. 5/2 gereğince, "Reklam verenden maddi kazanç ve/veya ücretsiz ya da indirimli mal veya hizmet gibi faydaların sağlandığı paylaşımlarda, sosyal medya etkileyicisi tarafından bu durumun, ticari reklam ilişkisinin gerçekleştiği platforma bağlı olarak bu Kılavuzun 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerinde yer alan ifadelerden en az birisi ile açıkça belirtilmesi zorunludur."

⁹⁴ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) Federal Ticaret Komisyonu (the Federal Trade Commission - FTC), Federal Ticaret Komisyonu Kanunu (the Federal Trade Commission Act) kapsamında özellikle dijital ve sosyal medya üzerinden yapılan pazarlama faaliyetlerini düzenlemeye yönelik bir kılavuz hazırlamıştır. Bu düzenlemeye göre, eğer bir *influencer* tanıtımını yaptığı ürün, hizmet, marka veya şirket ile maddi bir bağı varsa, bunu açık ve dikkat çekici bir biçimde belirtmelidir. Bu maddi bağ; parasal, ailevi, arkadaşlık, iş ve/veya çalışan ilişkisi, indirimli ürün temini vs şeklinde olabilir. "The FTC's Endorsement Guides: What People Are Asking," Federal Trade Commission, <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/ftc-endorsement-guides-what-people-are-asking>, (son erişim: 24.03.2023); Asia, "Legal," 5. Benzer bir düzenleme Kanada hukukunda da bulunmaktadır. Kanada Rekabet Kanunu'nda, *influncer*'lara ilişkin açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Kanada Rekabet Bürosu, Kanunun tüm pazarlama yöntemleri bakımından geçerli olduğunu vurgulamaktadır. "Influencer Marketing: Understanding Disclosure Best Practices," Lexology, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=080a3831-b953-49e2-972e-ada68e04b93f>, (son erişim: 24.03.2023); Asia, "Legal," 5. Kanada Rekabet Bürosu, 2018 yılında *influencer*'lara ilişkin doğrudan düzenleme getiren Aldatıcı Pazarlama Uygulamaları Özeti-Cilt 4'ü yayınlamıştır. "The Deceptive Marketing Practices Digest," Government of Canada, <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04372.html> (son erişim: 24.03.2023); Asia, "Legal," 5. Birleşik Krallık'ta da Reklam Standartları Kurumu (The Advertising Standards Authority- ASA), Rekabet ve Piyasalar Kurumu (the Competition and Markets Authority- CMA) ile iş birliği içinde *Influencer* Rehberini hazırlamıştır. ASA'ya göre, *influencer* bir marka tarafından parasal ödeme, ücretsiz hediye vb bir şekilde ödüllendiriliyorsa, yapılan tüm sosyal medya gönderilerinin Tüketiciyi Koruma Kanunu'na tabi olacağı ifade edilmiştir.

2021 tarihinde yayınlanan “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” uyarınca *influencer*’lar aracılığıyla yapılan reklamların açık ve anlaşılır şekilde belirtilmesi zorunludur. Diğer mecralarda olduğu gibi sosyal medyada da örtülü reklam yapılması yasaktır⁹⁵. Bu kapsamda *influencer* reklam içerikli paylaşımlarında kelime başında *hashtag* (#) işareti olmak üzere” reklam”, “işbirliği”, ortaklık”, “sponsor” gibi bir ifadeye yer vermekle yükümlü kılınmıştır. Bunun yanı sıra reklam veren müşteri ise birlikte çalıştığı *influencer*’ı Kılavuz hükümleri hakkında bilgilendirmek, *influencer*’ın 6502 sayılı Kanun, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ve Kılavuz hükümleri ve ilgili mevzuata uymasını istemek, *influencer*’ın Kılavuza ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli önlemleri almak ile yükümlü kılınmıştır.

IV. INFLUENCER SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A. Kural Olarak Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Influencer sözleşmesinde, belli bir ürünün veya hizmetin ya da markanın tanıtımının yapılması karşılığında ücret ödenmesi veya menfaat temin edilmesi söz konusu olup, her iki tarafın birbirinin karşılığını oluşturan

<https://www.asa.org.uk/news/new-guidance-launched-for-social-influencers.html>, (son erişim: 24.03.2023); <https://www.asa.org.uk/static/790d2e01-e3f8-4fea-b3c99ef91a9f04dc/Influencerguidance2023v4-FINAL.pdf>, (son erişim: 24.03.2023); Asia, “Legal,” 5. Buna göre *influencer*, yaptığı tanıtım karşılığında markalardan doğrudan veya dolaylı bir kazanç sağlıyorsa, bunu gönderisinde “#reklam” veya “Reklam”, “Sponsorlu”, “Promosyon”, “Ücretli reklam”, “Ücretsiz ürün için [FİRMA ADI]’na teşekkürler”, “Hediye için [ŞİRKET ADI]’na teşekkürler” şeklinde belirtmelidir. <https://www.asa.org.uk/static/790d2e01-e3f8-4fea-b3c99ef91a9f04dc/Influencerguidance2023v4-FINAL.pdf>, (son erişim: 24.03.2023); Asia, “Legal,” 5, Karagür et al., “How,” 319, Spindler ve Schuster, *Medien*, 2128, 2129.

⁹⁵ Bu noktada Kılavuz, reklam yapan *influencer*’ın yanı sıra müşteri (reklam veren) yönünden de birtakım yükümlülükler öngörmüştür. Buna göre *influencer*, deneyimlediği bir ürün veya hizmet hakkında onaylama içeren ya da deneyimlediği izlenimi oluşturan şekilde paylaşımlarda bulunmamalı, kendisi tarafından ücreti ödenmemiş bir mal yahut hizmet hakkında satın aldığı algısı oluşturarak paylaşımlar yapmamalı, ücret veyahut menfaat temin ettiği bir mal veya hizmete ilişkin tüketici olduğu algısı oluşturmamalı, etkileşimini arttırmak için sahte hesaplardan yararlanmamalı ve paylaşımlarında tanıtımını yaptığı mal ya da hizmetin reklam olduğunu açıkça belirtmelidir.

edimleri bulunmaktadır. Bununla birlikte *influencer* sözleşmeleri çok geniş bir uygulama alanını kapsadığından, çok istisnai hallerde de olsa taraflardan yalnızca birinin edim yükümlendiği sözleşmelerin akdedilmesi ihtimal dahilindedir⁹⁶.

Influencer sözleşmelerinin kural olarak ivazlı sözleşmeler olduğunu da ayrıca ifade etmek gerekir. Ancak çok istisnai hallerde tarafların açık iradelerinin varlığı halinde bu sözleşmenin ivazsız olarak akdedilmesi de mümkündür⁹⁷. Örneğin henüz profilini yeni oluşturmuş ve düşük takipçi sayısına sahip bir *influencer*'ın takipçi sayısını arttırabilmek, markalarla çalıştığı imajı oluşturabilmek ve böylece kendisine duyulan güveni arttırabilmek ve profilini büyütebilmek için ivazsız olarak tanıtım faaliyeti yürütmesi mümkündür.

B. Kural Olarak Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Olması

Borçlu tarafından tek bir hareketle borçlanılan edimin ifasının sağlandığı sözleşmeler ani edimli sözleşmeler olarak nitelendirilirken, asli edim borcunun ifasının zamana yayıldığı sözleşmeler sürekli edimli sözleşmeler olarak nitelendirilir⁹⁸. Bir sözleşmenin ani edimli mi sürekli edimli mi olduğunun belirlenebilmesi için alacaklının edimine kavuşmasının bir anda mı yoksa zaman içerisinde mi gerçekleştiğinin tespiti gerekir⁹⁹. *Influencer* sözleşmelerinde bu tespitin yapılabilmesi için her sözleşme yönünden değerlendirmenin ayrı ayrı yapılması gerekir. Gerçekten de *influencer*'ın yalnızca bir fotoğraf paylaşması ve karşılığında ücret almasının kararlaştırıldığı sözleşmeler bakımından *influencer* sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak uygulamada *influencer* sözleşmelerinin çoğunlukla belirli bir süre zarfına yayılan faaliyetleri konu aldığı görülmektedir. Bu durumda alacaklının menfaatini elde etmesi de zamana yayılmakta olduğundan bu tür edimleri içeren *influencer* sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak

⁹⁶ Atay, "Influencer," 51.

⁹⁷ Atay, "Influencer," 50.

⁹⁸ Şeref Ertaş, "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, Özel Sayı (2014): 3094, Cem Baygın, "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler," *EÜHFD* XIV, 3–4 (2010): 134.

⁹⁹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık Yay., 2022), 1: 11, Ertaş, "Sürekli Borç", 3095, Baygın, "Borç İlişkisi," 134.

nitelenmesi uygun olur. Yaygın uygulama bu yönde olduğundan *influencer* sözleşmelerinin kural olarak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme özelliği gösterdiği söylenebilir¹⁰⁰.

V. INFLUENCER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kanun'da Düzenlenen İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması¹⁰¹

1. Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu¹⁰² (TBK) m. 470'te “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki eser sözleşmesi yönünden eserin meydana getirilmesi yüklenici bakımından borcun ifası anlamına gelmemektedir. Borcun ifası eserin iş sahibine teslimi ile gerçekleşir¹⁰³.

Söz konusu tanımdan eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır. İş görme sözleşmesi olmakla birlikte diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak burada yüklenicinin belirli bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesi söz konusudur. Bu sonuç, yeni bir eser ortaya çıkarmak olabileceği gibi, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı yahut ortadan kaldırılması amacıyla yönelik de olabilir¹⁰⁴.

Eser sözleşmesi sürekli nitelik göstermeyen ani edimli bir sözleşmedir¹⁰⁵. Kural olarak yüklenici meydana getirilecek eseri şahsen meydana getirmek yahut kendi yönetimi altında yaptırmak zorundadır (TBK m. 471/III).

¹⁰⁰ Atay, “Influencer,” 51-52.

¹⁰¹ Çalışmamızda bir iş görme sözleşmesi olarak tespit edilen *influencer* sözleşmesi kanunda düzenlenen sözleşme tipleri ile karşılaştırılmış ancak bu sözleşmelerden hizmet, yayım ve komisyon sözleşmeleri ile niteliği örtüşmediğinden bu sözleşmeler inceleme konusu dışında bırakılmıştır.

¹⁰² 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 04.02.2011, S. 27836).

¹⁰³ Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 562, Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 487, Eren, Özel, 629.

¹⁰⁴ Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 441, Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yay., 2019), 251; Mustafa Arıkan, “Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, 2 (2008): 272.

¹⁰⁵ Eren, Özel, 599; Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 442.

Literatürde kabul gören görüşe göre eser kavramı hem maddi hem de maddi olmayan iş görme sonuçlarını kapsamaktadır. Ancak maddi olmayan iş görme sonuçları yönünden bir sınır oluşturabilmek adına, maddi varlıkta kendini göstermek, objektif bir bütün oluşturmak ve iş sonucu olarak taahhüt edilebilmek gibi bir kısım ölçütler getirildiği görülmektedir¹⁰⁶.

İş sahibinin meydana gelecek eser karşılığı olarak bir bedel ödemesi asli edim borcudur. Aksi durumda eser sözleşmesinden değil vekâlet sözleşmesinden yahut isimsiz bir iş görme sözleşmesinden söz edilebilir¹⁰⁷.

Influencer sözleşmesi belirli bir mal ya da hizmetin reklam ve tanıtımına yönelik içerik üreterek bunu yayınlama borcu yönünden eser sözleşmesine yaklaşmaktadır. Ancak bu sözleşmede *influencer* çoğu zaman yalnızca bir eser ortaya çıkarmayı taahhüt etmemektedir¹⁰⁸. Influencer esas itibari ile nüfuzunu kullanarak ilgili mal/hizmete yönelik ilginin artması, markanın tanınması, ürün/hizmetin satın alınmasına yönelik bir fikir oluşturulması gibi bir edim fiili üstlenmektedir. Başka bir ifade ile *influencer*, belirli bir sonucun elde edilmesi için değil ve fakat belirli bir amacın gerçekleşmesi için çalışmayı taahhüt etmekte, edim sonunda amacın gerçekleşmesi mümkün olabileceği gibi gerçekleşmemesi de ihtimal dâhilinde bulunmaktadır¹⁰⁹. Gerçekten de *influencer*'ın takipçilerinin satın alma davranışlarını etkilemesi mümkün ise de onların iradelerine hükmetmesi mümkün değildir¹¹⁰. Ancak eser sözleşmesi edim sonucu içeren bir sözleşme olup taahhüt edilmesi mümkün olmayan sonuçlar eser sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağından *influencer* sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir¹¹¹.

Eser sözleşmesi ile *influencer* sözleşmesi bakımından ortaya çıkan bir diğer farklılık müşterinin borcu yönünden kendini gösterir¹¹². Eser sözleşmesinde iş sahibinin meydana gelecek eser karşılığı olarak bir bedel ödemesi asli edim borcudur¹¹³. Buna karşılık *influencer* sözleşmesinde

¹⁰⁶ Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 443, Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 544, Remzi ve Aydın, Özel Hükümler, 252, Eren, Özel, 604.

¹⁰⁷ Eren, Özel, 607, Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 449.

¹⁰⁸ Baytan Avkovan, "Influencer," 111, Atay, "Influencer," 56.

¹⁰⁹ Keskin, "Influencer," 139.

¹¹⁰ Baytan Avkovan, "Influencer," 111, Atay, "Influencer," 56.

¹¹¹ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık Yay., 2010), II:21, Atay, "Influencer," 57.

¹¹² Baytan Avkovan, "Influencer," 112, Atay, "Influencer," 56, Keskin, "Influencer," 139.

¹¹³ Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 573 vd, Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 494, Eren, Özel, 664, 665.

müşterinin karşı edimi her zaman belirli bir ücret ödenmesi değil ayrıca bazı menfaatler sağlanması olarak da ortaya çıkabilir. Hatta kural olarak ivazlı bir sözleşme olmakla birlikte tarafların açık iradesinin varlığı halinde ivazsız olarak dahi akdedilmesi mümkündür¹¹⁴.

Ayrıca *influencer* sözleşmelerinin ayırt edici özelliklerinden biri olan içeriğin sosyal medyada yayınlanma zorunluluğu, bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil eder¹¹⁵.

Her ne kadar literatürde özellikle *influencer*'ın içerik olarak yalnızca belirlenmiş bir içerik paylaşmayı, müşterinin de karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği hallerde ortaya çıkan *influencer* sözleşmesinin bazı hallerde eser sözleşmesi niteliği taşıdığından söz edilebileceği belirtilmekte¹¹⁶ ise de kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün görülmemektedir. Nitekim *influencer* sözleşmesinde *influencer*'ın asıl borcu esasen kendi marka değerini kullanarak ürün veya hizmetin tanıtımını gerçekleştirmektir. *Influencer*'ın yalnızca belirlenmiş bir içeriği paylaşması halinde dahi bu unsur varlığını sürdürmekte, bu noktada paylaşılan içerikten çok *influencer* tarafından içeriğin paylaşılması etkiye neden olmaktadır. Ancak eser sözleşmesi bu unsuru bünyesinde ihtiva etmediğinden bahsi geçen halde dahi *influencer* sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliği taşıdığını söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

2. Vekâlet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Vekâlet sözleşmesi vekilin zaman şartına bağlı kalmadan ve bir sonuç taahhüdünde bulunmadan, nispi bağımsızlık içinde, vekâlet verenin irade ve menfaatine uygun şekilde iş görmeyi yüklediği, güven ilişkisine dayanan bir sözleşmedir¹¹⁷.

Vekâlet sözleşmesinin konusunu bir edim sonucu değil, edim fiili oluşturur. Vekâlet sözleşmesinde vekil yararına bir iş görülmekte ancak sonuç borçlanılmadığı gibi garanti de edilmemektedir¹¹⁸. Vekil, işi sözleşmeye

¹¹⁴ Bkz. IV. B.

¹¹⁵ Keskin, "Influencer," 139.

¹¹⁶ Özel, Sosyal Medya, 69, Atay, "Influencer," 56, Keskin, "Influencer," 139, Baytan Avkovan, "Influencer," 112.

¹¹⁷ Eren, Özel, 717, Tandoğan, II, 355, Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 528, Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 638.

¹¹⁸ Eren, Özel, 720, Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 638, 643, Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 549, 550.

uygun olarak gördüğü ve beklenen amacın gerçekleşmesi için gerekli özen ve çabayı gösterdiği takdirde, sonuç gerçekleşmese bile borcundan kurtulur ve sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu olmaz¹¹⁹.

Vekil, edimini ifa ederken bağımsızdır¹²⁰. Anılan bağımsızlık vekilin, iş görme borcunu yerine getirirken belli ölçüde karar verme mecburiyetinde bulunmasından ve vekâlet verenin iş organizasyonuna dahil olmamasından kaynaklanır¹²¹. Bu sayede vekil faaliyetlerini yer, zaman ve iş görme şartları bakımından serbestçe organize eder. Ancak bu bağımsızlık mutlak değil nisbi bir bağımsızlıktır¹²². Vekil vekâlet verenin menfaatine ve TBK m. 505/I hükmü gereği vekâlet verenin açık talimatlarına uygun hareket etmek borcu altındadır¹²³.

Vekâlet sözleşmesinde, ücret sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir (TBK m. 502/III). Ancak sözleşmede öngörülmesi veya ücret ödenmesi yönünde teamül bulunması halinde vekil ücrete hak kazanır¹²⁴.

Vekil kural olarak işi şahsen yerine getirme borcu altındadır (TBK m. 506/I). Gerçekten de vekâlet sözleşmesi yoğun bir güven ilişkisine dayanır ve vekilin şahsı yahut şahsi becerileri vekâlet veren için önem arz eder. Esasen vekilin göreceği iş onun şahsi özellikleri ile yakın bir ilişki içindedir. Ancak belirtmek gerekir ki şahsen ifa borcu, vekilin tek başına yapamayacağı veya tali nitelikteki işler için yardımcı kullanamayacağı anlamına gelmez¹²⁵. Nitekim vekâlet veren tarafından yetkilendirildiği, durumun zorunlu kıldığı yahut teamülen mümkün olan hallerde işi başkasına yaptırabileceği TBK m. 506/I'de açıkça düzenlenmiştir.

Vekâlet sözleşmesinde hâkim olan güven ilişkisinin bir diğer sonucu, tarafların her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme imkânına sahip olmalarıdır (TBK m. 512). Güven temeline dayanan vekâlet sözleşmesinde

¹¹⁹ Tandoğan, II, 364, Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 531, Eren, Özel, 371, Atay, "Influencer," 58, Keskin, "Influencer," 140.

¹²⁰ Eren, Özel, 719, 728, Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 647, Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 551.

¹²¹ Eren, Özel, 719, 728.

¹²² Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 647, 648.

¹²³ Tandoğan, II, 734-735, Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 532, Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 647, 648, Atay, "Influencer," 58.

¹²⁴ Tandoğan, II, 364 vd., Eren, Özel, 729, Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 532.

¹²⁵ Tandoğan, II, 456 vd., Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 546, Eren, Özel, 720, Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 664.

taraflarının birbirlerine karşı güvenini yitirmesi halinde artık tarafların bu hukuki ilişkiye katlanması beklenemeyecek, esasen hukuki ilişki bir fayda da sağlamayacaktır. Bu çerçevede vekâlet sözleşmesinde, taraflardan her birine sözleşmeyi sebep göstermeksizin sona erdirme yetkisi tanınmıştır (TBK m. 512). Ancak sözleşmenin uygun olmayan bir zamanda sona erdirilmesi halinde, sözleşmeyi sona erdiren taraf diğer tarafın zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 512).

Vekâlet sözleşmesine ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer husus, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kanunda düzenlenmiş olmayan iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı hususudur (TBK m. 502/II)¹²⁶.

Influencer sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinin pek çok benzer özellik gösterdiğini söylemek kanaatimizce mümkündür. Gerçekten de vekâlet sözleşmesinde kendini gösteren sonuç taahhüdü içermeme kural olarak *influencer* sözleşmesi yönünden de geçerlidir¹²⁷. *Influencer*, müşterinin tanınırlığını arttırmak, ürün ve hizmete olan ilginin artmasını sağlamak için takipçilerine hitap edebilecek içeriği hazırlamışsa, takipçileri ile etkileşim kurup gerektiğinde sorularını cevaplamışsa, sözleşmenin amacına ulaşması için gerekli özeni ve çabayı göstermişse artık burada sonuçtan bağımsız olarak *influencer*'ın borcunu ifa ettiğini kabul etmek gerekir. *Influencer*'ın edimini yerine getirmesine rağmen başarı sağlanamamışsa, başarıya ulaşamama rizikosunu müşteriye aittir¹²⁸. Bu noktada başarıya ulaşmak esasında taahhüt edilebilir bir edim değildir. Nitekim sonuç *influencer*'a bağlı olmayıp, takipçilerin davranışlarına bağlıdır. Influencer sadece onların davranışlarını yönlendirmek için faaliyetlerde bulunabilir. Her iki sözleşmede de edim sonucu değil, edim fiili borçlanıldığından, işin özen ve sadakat borcuna uygun şekilde görülmesi borcun sona ermesi için yeterli olur¹²⁹. Kanaatimizce bu yönü ile her iki sözleşmenin kural olarak birbirine yaklaştığını söylemek mümkündür¹³⁰.

Vekâlet sözleşmesi ile *influencer* sözleşmesinin birbirine yaklaştığı bir diğer nokta vekil gibi *influencer*'ın da nispi bağımsızlık içinde çalışmasıdır¹³¹.

¹²⁶ Aral ve Ayrancı, Özel Borç, 533, 534, 535, Eren, Özel, 726.

¹²⁷ Atay, "Influencer," 59, Keskin, "Influencer," 140, Baytan Avkovan, "Influencer," 134.

¹²⁸ Atay, "Influencer," 60, Baytan Avkovan, "Influencer," 134.

¹²⁹ Baytan Avkovan, "Influencer," 134, Atay, "Influencer," 61.

¹³⁰ İstisnai de olsa *influencer* sözleşmesinde *influencer*'ın edim sonucu taahhüdünde bulunduğu haller olabilir. Bu hallerde elbette *influencer* sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinden uzaklaşmaktadır.

¹³¹ Atay, 60, Keskin, "Influencer," 140, Baytan Avkovan, "Influencer," 134.

Yapılan işin doğası gereği *influencer*'ın işini takipçi kitlesine hitap edebilecek kendine özgü yöntemlerle gerçekleştirmesi gerekir. Kanaatimizce *influencer* sözleşmesinde içeriklerin çoğunlukla *influencer* tarafından oluşturulmasının sebebi de esasen budur. *Influencer* kendine has üslubu ile etkili olduğuna kanaat getirdiği şekilde tanıtım faaliyetini yürütür¹³². Ancak *influencer* sözleşmelerinde de paylaşımın hangi gün ve saatte yapılacağı, hangi mecrada ve ne kadar süre ile paylaşımına devam edileceği, paylaşımın muhtevasının nasıl olacağı, özellikle hangi noktalara dikkat çekileceği gibi pek çok konuda müşteri *influencer*'a talimatlar verebilir¹³³. Bu kapsamda içeriğin çerçevesinin müşterinin talimatları ile belirlendiği ancak *influencer*'ın yaratıcılığı ile ortaya çıktığı söylenebilir¹³⁴. Bu noktada *influencer* sözleşmesinin ruhu gereği *influencer*'a geniş bir bağımsızlık alanı sağlanmasının daha etkili sonuç doğurabileceği unutulmamalıdır¹³⁵.

Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi *influencer* sözleşmesinde de işin şahsen görülmesi önem arz etmektedir¹³⁶. Esasen müşterinin herhangi biri ile değil ancak o *influencer* ile sözleşme yapmasının sebebi, *influencer*'ın etkili kişiliği ve sahip olduğu marka değeridir¹³⁷. Müşteri yaptığı analizler sonucu *influencer*'ın sahip olduğu takipçi sayısı¹³⁸, takipçilerini etkileme gücü, takipçilerin satın alma davranışları ve ilgi alanları gibi kriterleri göz önünde bulundurarak kendi ürün/hizmetinin tanıtımına en uygun *influencer*'ı seçer ve tüm bu özellikleri sebebi ile onunla anlaşır¹³⁹. Ancak görülecek işe ilişkin

¹³² Baytan Avkovan, "Influencer," 98.

¹³³ Uygulamada müşterilerin ilk aşamada *influencer*'a reklam konusuna ilişkin hedeflerini içeren bir "brief" (görev talimatı) verdiği, bu talimat doğrultusunda *influencer*'ın reklam planını hazırladığı ve genellikle müşterinin onayının ardından içeriği oluşturduğu ve yayınladığı belirtilmektedir. Söz konusu onay basit bir gözden geçirme şeklinde olabileceği gibi düzenleme önerilerinde bulunma ve içeriğin paylaşımına uygun olup olmadığı konusunda son sözü söylemek şeklinde de olabilir, Groen, "Swipe up to Subscribe," 129.

¹³⁴ Özel, Sosyal Medya, 141, Tandoğdu, "Sosyal Medya," 37, Atay, 61.

¹³⁵ Cooper, "Influencers," 88.

¹³⁶ Atay, "Influencer," 61, Keskin, "Influencer," 140.

¹³⁷ Atay, "Influencer," 61.

¹³⁸ Takipçi sayısı güvenilirlik konusunda oldukça etkili olmakla birlikte takipçi sayıları görece az olmasına rağmen hitap ettiği niş takipçi kitlesi sebebi ile oldukça etkili olan *influencer*'ın da olduğu göz ardı edilmemelidir.

¹³⁹ Aslan ve Gül Ünlü, "Instagram Fenomenleri," 62.

teknik hususlar veya kişiliğin önem taşımadığı bazı durumlarda *influencer*'ın yardımcı kullanabileceğini belirtmek gerekir¹⁴⁰.

Yine *influencer* sözleşmesinde vekâlet sözleşmesindeki kadar yoğun olmamakla birlikte güven ilişkisinin önem arz ettiği de bir gerçektir¹⁴¹. Müşteri etkili kişiliği sebebi ile iş birliği yaptığı *influencer*'a güven duymak isteyeceği gibi, *influencer* da müşteriye güven duymak ister. Nitekim *influencer*'ın yapacağı her iş birliği, kariyerini etkileyebilecek potansiyele sahiptir¹⁴². Kanaatimizce *Influencer*'ın elindeki en önemli güç, takipçileri ile arasında kurduğu güven ilişkisidir. Bu sebeple *influencer*'ın iş birliği yaptığı müşteriye güvenmesi oldukça önemlidir¹⁴³. Aksi durum *influencer*'ın itibarını zedeleyebileceği gibi, müşterinin de sözleşmeden beklediği amaca ulaşmasına engel olabilir. Bu durumda her iki sözleşmenin bu noktada da birbirine yaklaştığını söylemek yanlış olmaz¹⁴⁴.

Yukarıda belirtildiği gibi *influencer* sözleşmesi kural olarak ivazlı bir sözleşme ise de bazı hallerde ivazsız olarak ifa edilmesi de mümkündür¹⁴⁵. İstisnai de olsa kurulması mümkün olabilen ivazsız *influencer* sözleşmeleri bu yönü ile ücretin zorunlu unsur olmadığı vekâlet sözleşmesi ile benzerlik gösterebilmektedir¹⁴⁶. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta *influencer* sözleşmelerinde karşı edimin ücret dışında herhangi bir menfaat temini şeklinde de kararlaştırılabilecek olmasıdır¹⁴⁷. Oysa TBK m. 502/III'te vekilin sözleşme hükümlerine yahut teamüle göre ücrete hak kazanacağı belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, vekâlet sözleşmesinde kararlaştırılması veya teamül bulunması halinde vekil yalnızca ücrete hak kazanabilir; başka türden bir edim veya menfaat değil. *Influencer* sözleşmesi bu yönü ile vekâlet sözleşmesinden farklı bir özellik arz etmektedir¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Örneğin içeriğin bir video şeklinde hazırlanacağı durumda, video çekiminin yahut düzenleme (edit) işlerinin teknik bilgi sahibi kişilerce gerçekleştirilmesi şahsen ifa borcuna aykırılık teşkil etmemektedir.

¹⁴¹ Atay, "Influencer," 61, Keskin, "Influencer," 140.

¹⁴² Atay, "Influencer," 61.

¹⁴³ Keskin, "Influencer," 140.

¹⁴⁴ Atay, "Influencer," 61.

¹⁴⁵ Bkz. IV.B.

¹⁴⁶ Atay, "Influencer," 62.

¹⁴⁷ Bkz. III. B.2.

¹⁴⁸ Baytan Avkovan, "Influencer," 135.

Ayrıca *influencer* sözleşmesinde *influencer*'ın sosyal medya ve kendi marka değerini kullanması ona düşen borç bakımından kanaatimizce ayırt edici bir unsur iken, vekâlet sözleşmesinde böyle bir unsur yer almamaktadır.

Bu durumda *influencer* sözleşmesi, vekâlet sözleşmesine bazı unsurlar yönünden yakın olsa da *influencer* sözleşmesinin tipik bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁴⁹.

3. Pazarlamacılık Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Pazarlamacılık sözleşmesi TBK m. 448 hükmünde tanımlanmıştır. Bu hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: “*Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

Esasen pazarlamacılık sözleşmesinin temelini; pazarlamacının, bir işletmenin tanıtımını yapmak, müşterilerin işletmeye olan ilgisini ve işletmenin pazar payını arttırmak gibi amaçlarla yaptığı aracılık faaliyetleri oluşturur¹⁵⁰. Ancak bir sözleşmenin pazarlamacılık sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle işveren ile pazarlamacı arasında sürekli bir ilişkinin varlığı gereklidir¹⁵¹. Pazarlamacı işverenin talimatlarına uyma ve ona bilgi verme yükümlülüğü altında bulunan sürekli bir çalışandır¹⁵². Bunun sonucu olarak işveren, pazarlamacıya ücret verme yükümlülüğü altındadır. Pazarlamacılık faaliyetinin işletme dışında gerçekleştirilmesi, pazarlamacının işveren hesabına hareket etmesi ve karşılığında işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesi sözleşmenin diğer ayırt edici unsurlarını oluşturmaktadırlar¹⁵³.

¹⁴⁹ Atay, “Influencer,” 75, Baytan Avkovan, “Influencer,” 135.

¹⁵⁰ Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 530, Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 441, Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022), 477.

¹⁵¹ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 531, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 442, Eren, Özel, 588, Öz, Turgut, Ebru Ceylan, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenocak, Emre Cumalıoğlu, Selin Sert Sütçü. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 467.

¹⁵² Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 478, Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 532, 533, Eren, Özel, 588, 590, Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumalıoğlu ve Sert Sütçü, *Özel Hükümler*, *Özel Hükümler*, 471.

¹⁵³ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 531, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 442, Eren, Özel, 588.

Pazarlamacı, işveren yararına aracılık hizmeti görmeyi taahhüt etmekte ancak işverene müşteri garantisi sunmamaktadır¹⁵⁴. Diğer bir ifade ile pazarlamacı tarafından iş görülmekte ancak sonuç borçlanılmadığı gibi garanti de edilmemektedir.

İşveren, pazarlamacıyı belirli bir alanda veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma konusunda yetkilendirmişse, aksi yazılı anlaşma ile kararlaştırılmadıkça, bu alan ve müşteri çevresi için başka bir pazarlamacıya yetki vermesi mümkün değildir (TBK m. 453/I).

İşverenin izni bulunmadıkça, pazarlamacı kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz ya da aracılık faaliyeti yürütemez (TBK m. 450/I). Diğer bir ifade ile pazarlamacı işverene karşı rekabet etmeme borcu altındadır¹⁵⁵.

Pazarlamacının işin görülmesi sırasında yaptığı harcamaların tümünden işveren sorumludur. Pazarlamacı aynı anda birden fazla işveren için faaliyet göstermekteyse, aksi yazılı anlaşma ile kararlaştırılmadıkça, işverenler masraflardan eşit oranda sorumludurlar (TBK m. 457).

Pazarlamacılık sözleşmesi ile *influencer* sözleşmesi özellikle amaçları yönünden birbirine oldukça yaklaşmaktadır. Gerçekten de her iki sözleşmenin de amacı bir işletmenin tanıtımını yapmak ve tanınırlığını arttırmak, müşterilerde işletmeye karşı ilgi oluşturmak ve müşterileri işletmeye yönlendirmek, işletmenin pazar payını genişletmektir. Yine her iki sözleşmede de edim sonucu değil, fiilin kendisi taahhüt edilmektedir.

Ancak bu iki sözleşme arasındaki en temel farklılık, iş görme ediminin sürekliliği ve bağımlılığı yönünden ortaya çıkar. Pazarlamacılık sözleşmesinde pazarlamacı işverenin sürekli ve bağımlı çalışanıyken¹⁵⁶, *influencer* sözleşmesinin doğası gereği böyle bir süreklilik ve bağımlılıktan söz etmek mümkün değildir. Tam aksine *influencer*'ların uygulamada genellikle kısa süreli sözleşmeler yaptığı, tanıtım faaliyetini yerine getirirken çoğunlukla nispi bağımsızlık içinde çalıştığı görülmektedir.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 444, Yavuz, Acar ve Özen, Özel Hükümler, 534, Eren, Özel, 590, Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumaloğlu ve Sert Sütçü, Özel Hükümler, 472.

¹⁵⁵ Yavuz, Acar ve Özen, Özel Hükümler, 533, Öz, Ceylan, Doğan, Akipek Öcal, Özdemir, Şenocak, Cumaloğlu ve Sert Sütçü, Özel Hükümler, 471.

¹⁵⁶ Yavuz *et al.*, Özel Hükümler, 530, 531, 532, 533, Eren, Özel, 584, Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 442.

Her iki sözleşme yönünden ortaya çıkan bir diğer temel farklılık, sözleşmenin karşı edimi yönünden kendini gösterir. Pazarlamacılık sözleşmesinde pazarlamacı yerine getirdiği hizmet karşılığında ücrete hak kazanır (TBK m. 454). Ücret, pazarlamacılık sözleşmesi yönünden bir edim yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Bu sebeple ücret yerine başka bir edim öngörülen hallerde pazarlamacılık sözleşmesinden söz edilemez¹⁵⁷. Oysa *influencer* sözleşmesinde müşterinin karşı edimini her zaman ücret oluşturmamaktadır, tarafların açık iradesinin varlığı halinde ivazsız olarak dahi akdedilmesi mümkündür.

Pazarlamacılık sözleşmesinde; işveren, pazarlamacıyı belirli bir alanda veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma konusunda yetkilendirmişse, aksi yazılı anlaşma ile kararlaştırılmadıkça, bu alan ve müşteri çevresi için başka bir pazarlamacıya yetki vermesinin mümkün olmadığı açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 452). Ancak *influencer* sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı olan müşteri gerek belirli bir alanda gerekse belirli bir müşteri çevresinde bir ya da birden çok *influencer* ile çalışmakta serbesttir. Uygulamada müşterilerin, ürünlerini veya hizmetlerini tanıtmak için çoğunlukla birden çok *influencer* ile çalıştıkları görülmektedir. Yine pazarlamacılık sözleşmesinde aksine bir özel hüküm bulunmadığı müddetçe *influencer*, müşterinin iznine ihtiyaç duymadan bir veya birden çok müşteri ile çalışabilmektedir.

Her iki sözleşme arasındaki bir diğer farklılık, işin görülmesi sırasında yapılan harcamalar yönünden ortaya çıkmaktadır. Pazarlamacılık sözleşmesinde, pazarlamacının, işin görülmesi sırasında yaptığı harcamaların tümünden işveren sorumludur. *Influencer* sözleşmesinde ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Ayrıca kanaatimizce, *influencer* sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinden olan içeriğin sosyal medyada yayınlama zorunluluğu ve *influencer*'ın kendi marka değerini kullanması, pazarlamacılık sözleşmesi yönünden şart değildir.

Bu değerlendirmeler ışığında pazarlamacılık sözleşmesi ve *influencer* sözleşmesinin amaçları yönünden benzer olsa da diğer pek çok noktada farklılık gösterdiği açıkça görülmektedir.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 442.

4. Simsarlık Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Simsarlık sözleşmesi; taraflar arasında sözleşme imkânını hazırlama veya kurulmasına aracılık etme borcunu üstlenen simsarin, bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir (TBK m. 520). Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, sözleşmesin amacı, simsarin çeşitli işlere ilişkin sözleşmelerin gerçekleştirilmesi hususunda aracılık etmesidir¹⁵⁸.

Sözleşme yapmak isteyen kişi, bazı durumlarda karşı tarafı bulmakta güçlük çekebileceği gibi, bazı durumlarda ise daha çok sayıda insana ulaşmak isteyebilir¹⁵⁹. Bu noktada simsar, tarafların birbirine ulaşmasına imkân sağlar veya sözleşmenin kurulmasına aracılık eder. Simsar ile işveren arasındaki ilişki geçici nitelikte olup, sürekli bir hukuki bağlantı içermemektedir¹⁶⁰. Simsar işverenin işçisi olmayıp, bağımsız şekilde çalışır¹⁶¹.

Simsarlık sözleşmesinde ücret asli unsur olup, simsarlık işi karşılıksız yapılmışsa burada simsarlık sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir¹⁶². Bu sözleşme, sonuç taahhüdü içeren nitelik gösterdiğinden taraflar arasında sözleşme kurulmadığı hallerde simsar ücret talep edemez¹⁶³.

Simsarlık sözleşmesi gibi *influencer* sözleşmesinde de bir aracılık faaliyeti yürütüldüğünü söylemek yanlış olmaz. Başka bir deyişle gerek simsar gerekse *influencer* bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafları buluşturma edimini ifa etmektedir. Yine simsar gibi *influencer* da sözleşmenin karşı tarafının sürekli çalışanı olmayıp, faaliyetlerini bağımsız şekilde yürütmektedir.

Her iki sözleşmenin birbirine benzeyen yönleri bulunsa da birbirinden ayrılan yönleri de mevcuttur. Simsarlık sözleşmesinde sonuç taahhüt edilmekte, aracılık faaliyeti sonucu sözleşme kurulmazsa simsar ücrete hak kazanamamaktadır. Oysa *influencer* sözleşmesinde borçlanılan edim fiilinin gereği gibi yerine getirilmesidir.

¹⁵⁸ Yavuz, Acar ve Özen, Özel Hükümler, 723, Zevkliler ve Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, 649, Eren, Özel, 1036, Özdemir, Sütçü, Doğan, Akipek Öcal, Öz, Ceylan, Şenocak, Cumalıoğlu, Özel Hükümler, 406.

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 579, Yavuz, Acar ve Özen, Özel Hükümler, 723, 724.

¹⁶⁰ Yavuz, Acar ve Özen, Özel Hükümler, 723.

¹⁶¹ Özdemir, Sütçü, Doğan, Akipek Öcal, Öz, Ceylan, Şenocak, Cumalıoğlu, Özel Hükümler, 468.

¹⁶² Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 581, Zevkliler ve Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, 649.

¹⁶³ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, 583, Yavuz, Acar ve Özen, Özel Hükümler, 724.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus; *influencer* ile müşteri arasında sonuca katılmalı iş birliği modeli¹⁶⁴ üzerinden gerçekleştirilen sözleşmelerdir. Her ne kadar *influencer* kural olarak bir edim sonucu değil, bir edim fiili borçlanmaktaysa da sonuca katılmalı iş birliği ile kurduğu sözleşmeler bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten de sonuca katılmalı iş birliği modeline göre, *influencer*'a satılan ürün başına komisyon ödenmektedir. Kimi durumda ise, içeriğin görüntülenme sayısına bağlı olarak ödeme gerçekleştirilmektedir. Bu yönüyle her iki sözleşmenin birbirine çok benzediği görülmektedir.

Ancak *influencer* sözleşmesinin ayırt edici unsuru olan sosyal medyada yayınlanması zorunluluğu ve *influencer*'ın kendi marka değerini kullanması borcu, simsarlık sözleşmesi bakımından ayırt edici nitelik taşımamaktadır.

Simsarlık sözleşmesinde, sözleşmenin karşı edimi olarak ücret asli unsur iken, *influencer* sözleşmesinde ücret dışında başka edimlerin de belirlenmesi hatta sözleşmenin ivazsız yapılması dahi mümkündür.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde birtakım benzerlikler gösterse de her iki sözleşmenin asli unsurları yönünden birbirinde ayrıldığı anlaşılmaktadır.

B. Diğer İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması

1. Sponsorluk Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Sponsorluk sözleşmesi; sponsorun, desteklenene faaliyet gösterdiği alanda ihtiyaç duyduğu teşviği sağlama, bunun karşılığında desteklenenin de faaliyetini icra ederken sponsor hakkında kamuoyunda olumlu bir kanı uyanmasını ve bu sayede sponsorun iletişim amacına ulaşmasını sağlama borcu altına girdiği sözleşme olarak tanımlanabilir¹⁶⁵. Tanımdan da anlaşıldığı gibi sponsorluk sözleşmesinde esas olan sponsorun doğrudan tanıtımını yapmak değil, tüketici nezdinde iyi bir izlenim bırakmak suretiyle markanın tanınırlığını ve güvenilirliğini arttırmaktır¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Bkz. I, B, 2, b.

¹⁶⁵ Gülçin Elçin Grassinger, *Sponsorluk Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yay., 2003), 21; Atay, "Influencer," 64, Selma Hülya İmamoğlu, *Sponsorluk Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yay., 2003), 96; Alexander Gebele ve Kai-Steffen Scholz, *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht* (München: Verlag C. H. Beck oHG, 2022), 1292.

¹⁶⁶ Atay, "Influencer," 64.

Sponsorluk sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen, ivazlı, sürekli edimli ve isimsiz bir sözleşmedir¹⁶⁷. Sözleşmenin tarafları desteklenen ve sponsordur. Sözleşmede desteklenenin borcu sponsor hakkında olumlu bir intiba bırakmayı sağlamak iken, sponsorun edimi desteklediği kişi veya organizasyona maddi destek sağlamaktır¹⁶⁸.

Sponsorluk sözleşmesi ile *influencer* sözleşmesi, her iki sözleşmede de taraflardan birinin, diğer tarafın daha geniş kitlelere ulaşmasını sağlamak için edim borcu yüklenmeleri bakımından birbirine yaklaşırlar¹⁶⁹. Ancak bu iki sözleşme, amaç bakımından birbirine benzer değildir¹⁷⁰. Çünkü sponsorluk sözleşmesinde asıl amaç ticari kar elde etmekten öte tüketiciler yönünden olumlu bir imaj inşa etmek iken, kanaatimizce *influencer* sözleşmelerinde amaç *influencer*'lar tarafından gerçekleştirilecek reklam ve tanıtım faaliyetleri vasıtasıyla tüketicinin satın alma davranışlarını etkilemek ve bu yolla kar elde etmektir¹⁷¹.

Bir diğer farklılık sponsorluk sözleşmesinde desteklenenin sportif, bilimsel, sanatsal faaliyetleri sebebi ile teşvik alması, *influencer*'ın ise ürün ve hizmet tanıtımı neticesinde ücrete hak kazanması veya başkaca bir menfaat elde etmesidir¹⁷². Yine sponsorun asli borçları arasında yer alan para ve/veya malzeme yardımı sağlama ve yan edim borçları arasında yer alan destekleneni koruma ve gözetme borcu, *influencer* sözleşmesinin diğer tarafı olan müşteri yönünden asli bir edim borcu teşkil etmemektedir¹⁷³. Bir diğer önemli farklılık ise *influencer* sözleşmeleri yönünden sosyal medya ve marka değeri kullanımının asli borç olmasına rağmen sponsorluk sözleşmeleri yönünden böyle bir borç bulunmamasıdır¹⁷⁴.

Başka bir farklılık sözleşme süreleri bakımından karşımıza çıkmaktadır. Sponsorluk sözleşmesinde bir imaj inşası söz konusu olduğundan uzun vadeli ilişkiler kurulmakta iken, *influencer* sözleşmesinde bunun tam aksine müşteri hedefine daha kısa sürede ulaşmak için *influencer* ile iş birliği yapmakta,

¹⁶⁷ İmamoğlu, Sponsorluk, 118 vd., Grassinger, Sponsorluk, 72.

¹⁶⁸ Atay, "Influencer," 65, Baytan Avkovan, "Influencer," 143.

¹⁶⁹ Hazal Kayapınar, *Sponsorluk Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 118, 119.

¹⁷⁰ Kayapınar, Sponsorluk, 28, 37, 39, 121.

¹⁷¹ Atay, "Influencer," 65, Baytan Avkovan, "Influencer," 146.

¹⁷² Atay, "Influencer," 65, Keskin, "Influencer," 138, Baytan Avkovan, "Influencer," 145; Gebele ve Steffen, Sponsor, 1292 vd.

¹⁷³ Keskin, "Influencer," 137.

¹⁷⁴ Keskin, "Influencer," 138.

influencer ise başka markalarla da çalışabilmek adına uzun soluklu hukuki ilişkilerden kaçınmaktadır¹⁷⁵.

Tüm bu yönleri göz önünde bulundurulduğunda sponsorluk sözleşmeleri ile *influencer* sözleşmelerinin birbirine pek de benzemediği görülmektedir. Ancak özellikle *influencer*'ların paylaşımlarında "sponsorlu içerik" "sponsored" gibi ifadeler yer vermesi, aradaki ilişkinin sponsorluk sözleşmesi olduğu yönünde bir izlenim uyandırır da bu durumun sözleşmenin hukuki niteliğini yansıtmadığı oldukça açıktır.

2. Reklam Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Literatürde reklam sözleşmesinin geniş anlamda reklamla alakalı bütün sözleşmeleri kapsayabileceği belirtilmiş¹⁷⁶ ise de esasında reklam sözleşmesi; reklamın hazırlanması sözleşmesi ve yayınlanması sözleşmesi olmak üzere iki ayrı sözleşmeden oluşmaktadır. Buna göre reklam verenin belirli bir ücret karşılığında; reklamın hazırlanması için reklam ajansı ile yaptığı sözleşme "reklamın hazırlanması sözleşmesi"; reklamın yayınlanması için mecra sahibi olan mecra kuruluşu ile yaptığı sözleşme ise "reklamın yayınlanması sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır. Ancak uygulamada reklam hazırlayan reklam ajanslarının aynı zamanda reklamın yayınlanmasına ilişkin taahhütte bulunduğu sözleşmeler de bulunmakta ve bunlar da reklam sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁷.

Influencer sözleşmesi de reklam sözleşmesi gibi bir reklam faaliyetini konu olsa da esasen her iki sözleşme arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle reklam sözleşmesinde reklamın hazırlanması için ayrı, mecra kuruluşunda reklamın yayınlanması için ayrı sözleşmeler akdedilmekte iken, *influencer* sözleşmesinde *influencer* ile reklam veren müşteri arasında tek bir sözleşme akdedilmektedir. *Influencer* yapılacak tanıtıma ilişkin içeriği oluşturmanın yanı sıra, söz konusu içeriği veya kendisine iletilen içeriği yayınlamayı da taahhüt etmektedir¹⁷⁸.

Yine *influencer*'ın edimi ile reklam ajansı ve mecra kuruluşunun edimleri oldukça farklıdır. Reklam sözleşmesinde reklam ajansı mecra kuruluşlarında

¹⁷⁵ Atay, "Influencer," 65, Baytan Avkovan, "Influencer," 147.

¹⁷⁶ Numan Tekelioğlu, "Reklam ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği," *SDÜHFD* 8, 1 (2018): 20; Abdurrahim Altun, "Türk Borçlar Hukukunda Reklam Yapım Sözleşmesi" (Ankara: Adalet Yay., 2019), 70, 71; Keskin, "Influencer," 138.

¹⁷⁷ Tekelioğlu, "Reklam," 20-24, Atay, "Influencer," 62, Keskin, "Influencer," 138.

¹⁷⁸ Atay, "Influencer," 62, Keskin, "Influencer," 138.

yayınlanmaya elverişli, tüketicinin ilgisini çekebilecek, ekonomik değere sahip, reklam yapım tekniklerine uygun bir reklam hazırlamayı, mecra kuruluşu ise reklamı mecrasında yayınlamayı taahhüt eder. Her iki edimin de ani edimli birer edim sonucu içerdiği görülmektedir. Ancak *influencer* sözleşmesinde, *influencer*'ın taahhüdü yalnızca reklama ilişkin içeriği oluşturup yayınlamak ve ürün ya da hizmetin tanıtımını yapmak değildir. *Influencer* aynı zamanda sahip olduğu takipçi kitlesini etkilemek kendi marka değerini reklam veren müşteri için kullanmak borcunu üstlenmektedir. Böylece *influencer*'ın, ürün veya hizmete ilişkin detaylı bir tanıtım yapmasına gerek olmaksızın sadece o ürün yahut hizmeti tercih ettiğini göstermesi dahi sözleşmenin amacının gerçekleşmesini sağlayabilmektedir. Başka bir ifade ile *influencer* ürün/hizmet satışlarının artması, markanın genişlemesi ve müşteri veya marka itibarının artması gibi sonuçlara ulaşmak için gereken özeni göstererek bir iş görmeyi taahhüt etmektedir. Bu nedenle *influencer*'ın yaptığı iş çoğunlukla sürekli borç ilişkisi doğuran bir edim fiili içermektedir¹⁷⁹.

Her iki sözleşme bakımından bir diğer önemli farklılık reklamın yayınlanacağı mecraya ilişkindir. *Influencer* sözleşmesinde reklamın sosyal medya platformunda yayınlanması asli bir unsur olarak karşımıza çıkmakta iken reklam sözleşmesinde asli unsur özelliği gösteren böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.

Son olarak reklam sözleşmesinde reklam veren her zaman bir ücret ödeme borcu altındayken *influencer* sözleşmesinde müşterinin edimi her zaman ücret olmak zorunda değildir. Ücret yerine başka menfaatler sağlanması da söz konusu olabilir. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde *influencer* sözleşmesinin bir reklam sözleşmesi olmadığını ifade etmek gerekmektedir.

C. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Influencer sözleşmesi her ne kadar bazı unsurlar yönünden vekâlet sözleşmesine yaklaşmış gibi görünmekte ise de tipik bir vekâlet sözleşmesine vücut verdiğini söylemek mümkün değildir.

Esasen en uygun çözüm *influencer* sözleşmesinin hukuki niteliğini isimsiz sözleşmeler içerisinde değerlendirmektir. Gerçekten de bu çözüm, *influencer* sözleşmesinin sürekli değişen ve gelişen yapısına daha uygun düşmektedir.

¹⁷⁹ Atay, "Influencer," 64, Keskin "Influencer," 138.

Influencer sözleşmesinin isimsiz sözleşmeler içerisindeki yerinin tespitinde içerdiği unsurların niteliği önem kazanmaktadır. Daha önce de açıklandığı gibi *influencer* sözleşmesinin asli unsurları reklam ve tanıtım faaliyeti yürütülmesi, söz konusu faaliyetin sosyal medyada gerçekleştirilmesi ve bu faaliyet gerçekleştirilirken *influencer*'ın kendi marka değerini kullanması bunun karşılığında ise kural olarak bir ücret veya menfaat temin etmesidir. Görüldüğü gibi *influencer* sözleşmesi kanunda düzenlenen sözleşmelerde hiç yer almayan birtakım unsurlar içermektedir. Bu yönü ile *influencer* sözleşmesinin, kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşme olarak nitelendirilmesi kanaatimizce uygun olur¹⁸⁰.

Influencer sözleşmelerinin tamamlanması ve yorumlanmasında, bazı unsurları yönünden benzerlik gösterdiği vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini söylemek kanaatimizce mümkündür. Çünkü TBK m. 502/II uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, kanunda düzenlenmiş olmayan iş görme sözleşmelerine uygulanabilmektedir. Yine uygun düştüğü ölçüde diğer isimli sözleşmelere ilişkin hükümlerin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin de kıyasen uygulaması söz konusu olabilir. Tüm bunlara rağmen çözüm bulunamaması halinde örf ve adet hukukundan yararlanılır, buna rağmen bir çözüm bulunmaz ise hakim in hukuk yaratması ile uyuşmazlığa çözüm getirilebilir (TMK m. 1).

VI. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. Genel Sona Erme Sebepleri ile Sözleşmenin Sona Ermesi

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin sebepler niteliğine uygun düştüğü ölçüde *influencer* sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur. Bu kapsamda tarafların, sözleşmeden kaynaklanan edimleri gereği gibi yerine getirmesi halinde ifa yoluyla sözleşme ilişkisi son bulabileceği gibi sözleşmenin belirli bir süre ile akdedilmiş olması halinde sürenin dolması ile de sözleşme sona erebilir.

¹⁸⁰ Literatürde *influencer* sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin üzerinde uzlaşılan bir sonuca varılmadığı görülmektedir. Atay, *influencer* sözleşmesini çifte tipli karma sözleşme olarak nitelendirmiş, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini söylemiştir, Keskin *influencer* sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir, Baytan Avkovan hukuki nitelemeye etkili olan bazı sözleşme unsurlarının taraflar arasındaki anlaşmada değişebilmesi karşısında *influencer* sözleşmesinin hukuki niteliğinin her sözleşme bakımından ayrıca belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir, Özel ise sözleşmenin eser sözleşmesine çok yaklaşmakla birlikte isimsiz sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yine tarafların aralarında yapacakları bir ibra sözleşmesi ile borcu tamamen ya da kısmen ortadan kaldırması mümkündür¹⁸¹. Ayrıca tarafların yenileme yolu ile borcu sona erdirmesi de olasıdır¹⁸². Örneğin tarafların *influencer*'in edimine karşılık ücret ödenmesini kararlaştırdıkları bir sözleşmede, ücret ödeme borcunu yenileme yolu ile menfaat sağlama borcuna dönüştürmesinde durum böyledir¹⁸³.

Influencer sözleşmenin kurulmasından sonra bir ifa imkânsızlığı ortaya çıkarsa, burada da borcun sona ermesinden söz edilecektir. Söz konusu ifa imkânsızlığı *influencer*'in kusurundan ileri gelirse, TBK m. 112 uyarınca *influencer*'in tazminat borcu gündeme gelebilir. Ancak *influencer*'in ifanın imkânsızlaşmasında kusuru yoksa, müşterinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade etmeli, kendisine ifa edilmeyen edimleri de talep etmemelidir¹⁸⁴.

B. Sözleşmenin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi

Influencer sözleşmesinin güven bağı içeren ve şahsın özelliklerinin önem arz ettiği bir sözleşme olmasının sonucu olarak, tarafların her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı olduğu söylenebilir. Gerçekten de sosyal medyada yapılan tanıtım faaliyetleri çok hızlı değişimlere de uygundur. Bu sebeple müşteri veya *influencer* açısından sözleşmenin hızlı bir şekilde sona erdirilmesi gereken durumlar ortaya çıkması da olasıdır¹⁸⁵. Bu noktada TBK m. 512 hükmünün *influencer* sözleşmeleri yönünden kıyasen uygulanması mümkün görünmektedir. Gerçekten *influencer* ile müşterinin birbirlerine duyduğu güvenin zedelendiği, ilişkinin çekilmez hale geldiği ve devamının mümkün olmadığı bir durumda, *influencer*'in üstlendiği tanıtımı beklenen etki düzeyinde gerçekleştirmediği takdirde güç olabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus tarafların uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmesi ve bu nedenle diğer tarafın zararı oluşması halinde

¹⁸¹ Oğuzman ve Öz, Genel Hükümler, 561, Eren, Genel, 1439, Ahmet Kılıçoğlu, Genel Hükümler, 1074.

¹⁸² Oğuzman ve Öz, Genel Hükümler, 566, 567, Eren, Genel, 1431, Kılıçoğlu, Genel Hükümler, 1077.

¹⁸³ Atay, "Influencer," 100.

¹⁸⁴ Oğuzman ve Öz, Genel Hükümler, 578, Kılıçoğlu, Genel Hükümler, 1085 vd.

¹⁸⁵ Gehman, "Influencer Agreement," (son erişim: 24.03.2023), Influencer sözleşmesinin haklı sebeple feshinde daha ayrıntılı bilgi için bkz. Valentin Zipfel, "Fristlose Kündigung von Influencer-Verträgen gemäß § 627 BGB," *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis* 14, 6 (2022): 163 vd.

bu zararın karşılanması gerekliliğidir. Uygun olmayan zamanın ise her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

C. Ölüm, Ehliyet Kaybı veya İflas Sebebi ile Sözleşmenin Sona Ermesi

Influencer sözleşmesi şahsen ifa borcu doğuran ve güvene dayalı bir iş görme sözleşmesi olduğundan tarafların ölümü, ehliyetini kaybetmesi halinde veya iflası halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Bu noktada TBK m. 513/I'ın kıyasen uygulanması mümkündür.

D. İkale Yolu ile Sözleşmenin Sona Ermesi

Taraflar sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak mevcut sözleşmenin sonlandırılması için her zaman anlaşabilirler. İ kale olarak adlandırılan bu sözleşme ile tarafların sözleşmeden doğan tüm borçları son bulur. İ kale sözleşmesi kural olarak geçmişe etkili sonuç doğurmakla birlikte, sözleşmenin niteliğine göre yahut tarafların iradesi ile geleceğe etkili sonuç doğurması da mümkündür¹⁸⁶.

SONUÇ

Sosyal medyanın büyük kitlelere hitap etmesi reklam ve diğer pazarlama faaliyetlerinin bu platforma yöneltilmesini sağlamıştır. Sosyal medyanın yaygın kullanımı ve *influencer*'ların etki gücü, *influencer*'lar aracılığı ile yapılan pazarlamaya olan ilgiyi hızlı bir şekilde arttırmıştır ve sonuç olarak *influencer* sözleşmesi olarak adlandırdığımız bir sözleşme türü ortaya çıkmıştır.

Influencer sözleşmesini; “*influencer*'ın, belirli bir mal veya hizmetin ya da markanın tanıtımı yahut pazarlamasını yapmayı üstlendiği, takipçilerinin ilgili ürün, hizmet yahut markaya yönelmesini sağlamak amacıyla oluşturulan veyahut bizzat oluşturduğu içerikleri sosyal medya hesabından paylaştığı ve bu esnada takipçileri üzerindeki etki gücünü kullandığı bunun karşılığında müşterinin de belirli bir bedel ödemeyi veya başka bir menfaat sağlamayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamak mümkündür.

Bu tanımdan yola çıkarak *influencer* sözleşmesinin ayırt edici unsurlarını; *influencer* tarafından reklam ve tanıtım faaliyeti yapılması, bu

¹⁸⁶ Eren, Genel, 1424, Atay, “Influencer,” 108.

faaliyetin sosyal medya kullanılarak gerçekleştirilmesi ve bu faaliyet esnasında *influencer*'ın marka değerinden faydalanılması, karşılığında (kural olarak) müşteri tarafından ücret ödenmesi veya bir menfaat sağlanması şeklinde belirlemek mümkündür.

Influencer sözleşmesinin Kanunda tanımlanan ve tanımlanmayan diğer iş görme sözleşmeleri ile yakınlaşan unsurları bulunmakta ise de, özellikle sosyal medya kullanımını gerektirmesi ve faaliyetin *influencer*'ın marka değerinden yararlanılarak gerçekleştirilmesi unsurlarının bu sözleşme tiplerinden herhangi birine ait olmaması sebebiyle, kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme olarak nitelendirilmesi daha yerindedir.

KAYNAKÇA

- Abbasoğlu, Hayriye Dilara. *Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Altar Yavuz, Oya ve Merve Yılmaz. İçinde “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”. *Dijital Reklamcılık Bize Ne Anlatır?*”, haz. Mehmet Yakın, 179-212. İstanbul: Urzani Yayınları, 2019.
- Altun, Abdurrahim. “*Türk Borçlar Hukukunda Reklam Yapım Sözleşmesi*”. Ankara: Adalet Yayınları, 2019.
- Andreas Kaplan and Micheal Haenlein. “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”. *Business Horizons* 53, 1 (2010): 59-68.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Özel Borç)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Arikan, Mustafa. “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu” (Sorumluluk). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, 1 (2009): 69- 89.
- Arikan, Mustafa. “Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, 2 (2008): 265-285.
- Arkan, Ümit ve Nilgün Tuzcu. “Dijital Çağın Bir Pazarlama ve Marka İletişim Aracı Olarak Etkileyiciler: Kanaatler, Kriterler ve Takip Nedenleri Üzerine Bir Araştırma”. *Selçuk İletişim Dergisi* 12, 2 (2019): 969-1011.
- Asia, Elvis E. “Legal Issues In The Business Of A ‘Social Media Influencer’ (Legal), https://www.academia.edu/40867255/Legal_issues_in_the_business_of_social_media_influencer, (son erişim: 22.03.2023), 1.
- Aslan, Alev ve Derya Gül Ünlü. “Instagram Fenomenleri ve Reklam İlişkisi: Instagram Fenomenlerinin Gözünden Bir Değerlendirme” (Instagram Fenomenleri). *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi* 3, 2 (güz 2016):41-65.
- Atay, Gülenda. “*Influencer Sözleşmesi*” (Influencer). Yüksek Lisans Tezi, İbn Haldun Üniversitesi, 2021.
- Atay, Gülenda. “Örtülü “Influencer” Reklamlarının İdari Denetimi” (Reklam). *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 1, (2023): 209-235.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık (Ahlaka Aykırılık)*. Ankara: Turhan Yayınları, 2007.
- Ayhan İzmirli, Lale. “*Culpa in contrahendo in The Lex Mercatoria*”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletler Arası Özel Hukuk Bülteni* 37, 2 (2017): 170-229.

- Baygın, Cem. “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler” (Borç İlişkisi). *EÜHFD* XIV, 3–4 (2010): 119-144.
- Baygın, Cem. “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”. *AÜHFD* IV, 1-2 (2000): 345-377.
- Baytan Avkovan, Serenat. “Influencer Sözleşmeleri” (*Influencer*). İçinde *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (2019): 75-147.
- Bayuk, Nedim ve Mustafa ASLAN. “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)” (*Influencer*). *The Journal of Academic Social Science* 6, 75(2018): 173-185.
- Bentz, Tamany Vinson and Veltri, Carolina. “The Indirect Regulation of Influencer Advertising”(The Indirect). *Food and Drug Law Journal*, 75,2 (2020):185-194.
- Bilginer Halefoğlu, Selen. “Instagram Fenomenlerinin Kişisel Markalarını Nüfuz Pazarlama Aracı Olarak Kullanımları ve Farklı Kuşaklarca Algılanışlarının Şüphencilik Bağlamında İncelenmesi” (Nüfuz Pazarlama). Doktora Tezi, Maltepe Üniversitesi, 2021.
- Brooks, Aaron. “(Timeline) A Brief History of Influencers”. <https://www.socialmediatoday.com/news/timeline-a-brief-history-of-influencers/554377/> (son erişim: 23.03.2023).
- “Cambridge Dictionary”. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/web-20> (son erişim: 01.12.2022).
- Canlı, Mehmet. “Hatırlı Pazarlama’nın Tüketicilerin Satın Alma Davranışlarına Etkisi: Bir Araştırma” (Hatırlı). Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, 2021.
- Canöz, Kadir, Özge GÜLMEZ, Gizem EROĞLU. “Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma” (Pazarlama). *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi* 23, 1 (2020): 73-91.
- Carpenter, Craig and Bonn, Mark. “To Win Friends And Influence People: Regulation And Enforcement Of Influencer Marketing After Ten Years Of The Endorsement Guides” (Regulation). *Vanderbilt Journal Of Entertainment & Technology Law*, 23, 2 (2021): 253-278.
- Casale, Elizabeth A. “Influencing the FTC to Update Disclosure Rules for the Social Media Era”(Influencing). *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 40 (2019): 1-22.
- Cooper, Keith. “Influencers: Not So Fluent in Disclosure Compliance” (*Influencers*). *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 41, 1 (2021): 77-110.

- Current Works. “Instagram *Influencer* Pazarlama Fiyatları 2023”. <https://currentworks.com.tr/influencer-pazarlama-fiyatlari/> (son erişim: 05.12.2022).
- Daniel, Belanche, Luis V Casaló, Marta Flavián and Sergio Ibáñez-Sánchez, “Understanding *influencer* marketing: The role of congruence between *influencers*, products and consumers”, *Journal of Business Research* (2021): 186-195.
- Data Bridge Market Research. “Global *Influencer* Marketing Platform Market”. <https://www.databridgemarketresearch.com/reports/global-influencer-marketing-platform-market> (son erişim:11.04.2023).
- Datareportal. “Digital Around the World”. <https://datareportal.com/global-digital-overview> (son erişim 03.12.2022).
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)* (Culpa). Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Sorumluluk Hukukunun Açılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa In Contrahendo ve Güven Sorumlulukları” (Sorumluluk). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, (2009): 219- 230.
- Dimdik, Hakan. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi” (Değişikliklerin Değerlendirilmesi). *İzmir Barosu Dergisi* 77, 2 (2012): 95-118.
- Dopigo. “2023 Hepsiburada Komisyon Oranları Ne Kadar?”. <https://www.dopigo.com/hepsiburada-komisyon-oranlari-ne-kadar/> (son erişim: 3.12.2022).
- Durak, Yasemin. “Güven Sorumluluğu ve “*Culpa in Contrahendo*” (Güven Sorumluluğu). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, 1 (2017): 239-288.
- ErbekOdabaşı, Özge. “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleri İle Karşılaştırılması.” *İzmir Barosu Dergisi*, (2020): 61- 155.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Genel). Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Özel). Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ertaş, Şeref. “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*16, Özel Sayı (2014): 3093-3104.

- Federal Trade Commission. "The FTC's Endorsement Guides: What People Are Asking". <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/ftcs-endorsement-guides-what-people-are-asking>, (son erişim: 24.03.2023).
- Forbes. "Top *Influencers*". <https://www.forbes.com/top-influencers/#11e9b19f72dd> (son erişim: 24.03.2023).
- Gehman, Lindsay. "Five Essential Provisions To Ensure An Effective *Influencer Agreement*" (*Influencer Agreement*). Los Angeles & San Francisco Daily Journal, https://www.coblentzlaw.com/wp-content/uploads/2018/05/Five-Essential-Provisions-of-Effective-Influencer-Agreement_Gehman.pdf, (son erişim: 24.03.2023).
- Gebele, Alexander ve Kai-Steffen Scholz, *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht* (Sponsor). München: Verlag C. H. Beck oHG, 2022.
- Geysler, Werner. "The State of *Influencer Marketing 2023: Benchmark Report*". <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report/> (son erişim:11.04.2023).
- Gezder, Ümit. "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı Değişiklikler ve Yenilikler (YTBK M.4; M.7; M.8)" (Değişiklikler ve Yenilikler). *MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı* (2011); 33-68.
- Goanta, Catalina and Sofia Ranchordás. "The Regulation of Social Media *Influencers: An Introduction*" (The Regulation). *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* 41 (2019): 1-21.
- Government of Canada. "The Deceptive Marketing Practices Digest". <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04372.html> (son erişim: 24.03.2023).
- Görener, Aylin. "*Güven Sorumluluğu*" (Güven). Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2019.
- Grassinger, Gülçin Elçin. *Sponsorluk Sözleşmesi* (Sponsorluk). Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- Grauschopf, Sandra, "What Does 'Hashtag' Mean & How Do You Use One Correctly?", <https://www.liveabout.com/what-does-hashtag-mean-and-how-do-you-use-one-892814> (son erişim: 17.03.2023).
- Groen, Monique. "Swipe up to Subscribe: The Law and Social Media *Influencers*" (Swipe up to Subscribe). *Texas Review of Entertainment & Sports Law* 21 (2020): 113-136.

- Gül Ünlü, Derya ve Burcu Zeybek. “Sosyal Medya Fenomeni ve Marka İşbirliği Paylaşımlarına İlişkin Instagram Kullanıcı Yorumları Üzerinden Bir Değerlendirme”. *Bilişim Teknolojileri Online Dergisi* 11, 41 (2020): 72-95.
- Güngüneş Şahin, Hilal Betül. “Sosyal Medya Etkileyicileri Aracılığıyla Yapılan Reklamların Haksız Rekabet Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Uluslararası Beşeri ve Sosyal Bilimler İnceleme Dergisi* 6, 1(2022): 71-85.
- Güvenç, Özgür, “*Culpa in contrahendo* Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, 3 (2014): 363-406.
- Hoffmann, Michel ve Laura Lex, “Corporate *Influencer & Social Media Guidelines* Aktuelle Rechtsfragen aus der Praxis” (*Influencer*). *Recht Digital*, 5 (2021): 242-249.
- İmamoğlu, Selma Hülya. *Sponsorluk Sözleşmesi* (Sponsorluk). Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Karagür, Zeynep, Jan-Michael Becker, Kristina Klein, Alexander Edeling. “How, Why, And When Disclosure Type Matters For *Influencer Marketing*” (How). *International Journal Of Research In Marketing* 39,2 (2022): 313-335. <https://doi.org/10.1016/j.ijresmar.2021.09.006>, (son erişim:11.04.2023).
- Karatepe Kaya, Meltem. “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi” (Sosyal Medya). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, 3 (2021): 667-719.
- Kaya, Mine. “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 119 (Temmuz-Ağustos 2015): 277-306.
- Kayapınar, Hazal. *Sponsorluk Sözleşmesi* (Sponsorluk). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Keskin, Ayşe Dilşad. “*Influencer Sözleşmesi*” (*Influencer*). *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, 1 (2022): 129-147.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Genel Hükümler). Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Özel Hükümler). Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Genel), Birinci Cilt. 7. Bası. İstanbul: Filiz Yayınevi, 2017.

- Korkmaz, Alperen. “Sosyal Medya Etkileycilerinin Yaptığı Tanıtımları Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”. *TBB Dergisi* 2022 (160): 181-210.
- Köhler, Samantha. “Influencer-Marketing: Kennzeichnungspflichten nach UWG” (*Influencer*). *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüterund Wettbewerbsrecht*, 15 (2019): 343- 345.
- Leupold, Andreas, Andreas Wiebe ve Silke Glossner. *IT-Recht Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation* (IT- Recht). München: Verlag C.H. Beck oHG, 2021.
- Lexology. “Influencer Marketing: Understanding Disclosure Best Practices”. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=080a3831-b953-49e2-972e-ada68e04b93f>, (son erişim: 24.03.2023).
- Marketing Türkiye. “Türkiye’de En Çok Kullanılan Sosyal Medya Platformu Hangisi?”. <https://www.marketingturkiye.com.tr/haberler/sosyal-medya-evreni/> (son erişim: 01.12.2022).
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- O’Reilly, Tim , “What Is Web 2.0?”, <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html> (son erişim: 11.04.2023).
- O’Reilly, Tim, “ Levels of The Game: The Hierarchy of Web 2.0 Applications”, <http://radar.oreilly.com/archives/2006/07/levels-of-the-game.html> (son erişim: 11.04.2023).
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Genel Hükümler). Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Öz, Turgut, Ebru Ceylan, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, Hayrunnisa Özdemir, Kemal Şenoçak, Emre Cumalıoğlu, Selin Sert Sütçü. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Özel Hükümler). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özdemir, Semih Sırrı ve Doğanay, M. Zahid. “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (Reklam). *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, 13 (2019): 295-337.
- Özel, Merve. *Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri* (Sosyal Medya). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özyakışır, Özkan ve Muhammed K. Ganbari. “Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında *Culpa in contrahendo* Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar” (Sözleşme Öncesi). *SÜHFD* 28, 2 (2020): 745-775.

- Pelenk Özel, Aybike. "Yeni Medya Etkileyenler ve Etkileyenli Pazarlama: Sektörel Bir Bakış Açısı". *Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi* 17, 57 (2022): 21-49.
- Reale, Maria Cristina. "Digital Market, Bloggers, and Trendsetters: The New World of Advertising Law". *Special Issue The New Frontiers of Fashion Law* 8, 3, (2019): 21-35. <https://doi.org/10.3390/laws8030021> (son erişim:18.04.2023).
- Remzi, Mehmet ve Sezer Aydın. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Özel Hükümler). Ankara: Adalet Yayınları, 2019.
- Sanders, Mya. "Is Being a Social Media *Influencer* a Sustainable Career?". *Commentary* 18, 1, (2022): 1-6.
- Sanders, Rob, "The 5 Types of *Influencers* You Need to Know", <https://www.simplilearn.com/types-of-influencers-article#GoTop> (son erişim: 02.12.2022).
- Serozan, Rona. "Culpa In Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve" 3 Kişiyi Korumucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Hükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi." *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 2, 3, (1968): 108-129.
- Serozan, Rona. "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşınmasına Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlali" ve "Culpa In Contrahendo" (1990). *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18, (1990): 27-42.
- Spindler, Gerald ve Fabian Schuster. *Recht der elektronischen Medien* (Medien). München: Verlag C. H. Beck oHG, 2019.
- Statista. "Most Popular Social Networks Worldwide as of January 2023, Ranked by Number of Monthly Active Users". <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> (son erişim: 01.12.2022).
- Suciu, Peter. "Is Being A Social Media *Influencer* A Real Career?". <https://www.forbes.com/sites/petersuciu/2020/02/14/is-being-a-social-media-influencer-a-real-career/?sh=3d4e8e15195d> (son erişim: 02.12.2022).
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (II). Cilt II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Cilt I/1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

- Tandoğdu, Gökçe Naz. “*Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu*” (Sosyal Medya). Yüksek Lisans tezi, Koç Üniversitesi, 2019.
- Taşatan, Caner. *Sözleşmenin Kurulması* (Sözleşmenin Kurulması). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Tekelioğlu, Numan. “Reklam ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği” (Reklam). *SDÜHFD* 8, 1 (2018): 1-34.
- Tiryaki, Betül. “Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması.” *EÜHFD* XII, 3-4 (2008): 267- 279.
- Willems, Constantin. “*Influencer als Unternehmer,*” *MMR- Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 11 (2018): 707-711.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (Özel Hükümler). İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Özel Borç İlişkileri). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022.
- Zipfel, Valentin. “*Fristlose Kündigung von Influencer-Verträgen gemäß § 627 BGB,*” *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis* 14, 6 (2022): 163-166.

ULUSLARARASI HUKUK SUJELERİNE UYGULANAN YAPTIRIMLARIN SINIRLARI VE ETKİLERİ

*The Limits and Effects of the Sanctions Imposed on the Subjects of
International Law*

A. Füsün ARSAVA*

ÖZ

Yaptırımlar modern diplomasinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmekle beraber Uluslararası Hukuk'ta yeterince ele alınmış bir konu değildir. Yaptırımlar hukuki dayanak ve sınırları itibarı ile oldukça heterojen karakterlidir. Uluslararası politikanın ayrılmaz bir parçası olan yaptırımlar uluslararası politikanın yürütülmesinde öngörülen amaca erişmeyi temin eden bir araç olarak değerlendirilse de etkinliği bakımından tartışılmaktadır. Bugün çok sayıda devletin ve uluslararası örgütün değişik nedenlerle yaptırım uyguladığı görülmektedir. Uluslararası Hukukta yaptırım olarak alınan önlemler çeşitlilik göstermektedir. Bu çerçevede anlaşma hükümlerine istinat eden yaptırımlar ve uluslararası teamül hukukuna istinat eden yaptırımlar arasında ayırım yapılmaktadır. Yaptırımların Uluslararası Hukuk ihlallerine reaksiyon olarak ilân edilmesi nedeni ile bu bağlamda uluslararası sorumluluk kuralları esas alınmaktadır. Uluslararası ilişkilerde ancak Uluslararası Hukuk ihlallerinden etkilenmeyen devletler ve uluslararası örgütler de sık şekilde yaptırım ilân etmektedir. Yaptırımların etkinliği yaptırım uygulanan devletin tutumunda değişikliğe yol açıp açmadığına göre değerlendirilmektedir. Yaptırımların etkisi somut ekonomik, siyasi, konjonktürel koşullara bağlıdır. Bu çerçevede yaptırımların, yaptırım muhatabı olmayan bireyler üzerinde doğurduğu etkinin ve bumerang etkinin de gözardı edilmemesi gerekmektedir. Makalede uluslararası ilişkilerde yaptırım kavramı, yaptırımın Uluslararası Hukuk'taki dayanağı, sınırları, Uluslararası Hukuk süjelerine ve kişilere

Makalenin Geliş Tarihi: 07.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 15.03.2024.

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr; ORCID: 0000-0003- 2275-7664.

yönelik yaptırımlar arasındaki farklar, “targeted sanctions” yaptırım mağdurları ve yaptırımların etkisi ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yaptırım, Karşı Önlem, Targeted Sanctions, Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu Anlaşması Tasarısı, Ülke dışında yargı yetkisi kullanılması

ABSTRACT

Although sanctions are an integral part of modern diplomacy, they are not fully addressed in international law. Despite being considered as a means to achieve the envisaged goal in execution of international policy, sanctions are quite heterogeneous in terms of their legal basis and limits, and are open to discussion in terms of their effectiveness. Many states and international organizations impose sanctions for various reasons. Due to the variability of sanctions in International Law, a distinction is made between sanctions based on treaty provisions and sanctions based on customary international law. Since the sanctions are declared as a reaction to the violations of International Law, the rules of international responsibility are taken as basis in this context. The effectiveness of sanctions is evaluated according to the change in the attitude of the sanctioned state, and depends on economic, political and cyclical conditions. In this context, the impact of sanctions on individuals who are not subject to sanctions and the boomerang effect should not be ignored. In this article, sanctions in international relations, basis of sanctions in international law, its limits, differences between sanctions against international law subjects and individuals, targeted sanctions, victims of sanctions, and effects of sanctions are examined.

Keywords: Sanction, Countermeasures, Targeted sanctions, Draft Articles on the International Responsibility of States, Extraterritorial jurisdiction

GİRİŞ

Genel olarak bir hukuk sisteminde yaptırımdan belli bir davranışa yahut hareketsizliğe reaksiyon olarak ihdas edilen zorlama tasarrufu anlaşılmaktadır¹. Kıta Avrupa’ında hakim olan görüşe göre bir hukuk düzeni ancak yaptırımlarla temin edilebilir². Yaptırımlarla ilgili bu yaklaşımın

¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.baskı (Tübingen: Mohr-Sieberg Verlag, 1960), 55

² Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (Oxford: University Press, 1961), Kap.V, 314; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of positive Law* (New

uluslararası ilişkilere uyarlanması Uluslararası Hukuk doktrininde tartışma konusudur. Uluslararası Hukuk doktrini farklı şekillerde yaptırımlardan söz etmektedir³. Hukukçuların bir kısmı yaptırımlarla ilgili genel yaklaşımı doğrudan Uluslararası Hukuka uygulamaktadır⁴. Bu bağlamda hukuka aykırılıklara askeri güç kullanılarak reaksiyon gösterilmesi de tartışılmaktadır⁵. Çağdaş Uluslararası Hukukta uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanma yasağı kabul edilmiştir. Bu kuralın istisnası yasal savunma hakkı ve BM Güvenlik Konseyi'nin BM Anlaşması'nın VII. bölümüne istinaden aldığı kuvvet kullanma kararlarıdır. Bu yaklaşımın sonucu olarak çağdaş Uluslararası Hukukta represallie (zararla karşılık) ve retortion (misilleme) dışında yaptırım kalmamaktadır. Yaptırımlar ve karşı önlemler arasında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısı metni lâfzında açık bir ayırım yapılmıştır⁶.

Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının ilk okuma metninde Kelsen'in yaptırımları karşı önlemlerle eşit tutan yaklaşımı benimsenmemiştir⁷. İkinci okuma metni çağdaş doktrin ışığında yaptırımlarla karşı önlemleri değişik nedenlerle birbirinden ayırmıştır. Buna göre yaptırımlar yaptırımlara neden olan Uluslararası Hukuk ihlâlinden veya davranışından etkilenen devlet tarafından değil, diğer devletler tarafından

York: Henry Holt and Company, 1885), 88vd.; Josef L.Kunz, "Sanctions in International Law," *American Journal of International Law*, Cilt 54, Sayı 2 (1960), 324-347

³ Josef L.Kunz, "Sanctions in International Law," 300; Gabriella Blum, "The Crime and Punishment of States," *The Yale Journal of Int'l Law*, Cilt38 (2013), 57-121

⁴ *this is not a unique feature of international law, but is common to all primitive, highly decentralized legal orders, whether municipal or international [...]. There are no collective but only individual sanctions, carried out by way of self-help; there is no monopoly of force at the disposal of a central law-enforcing organ; there is no distinction between criminal and civil sanctions; the sanctions are based on collective, not on individual, responsibility*, Josef L.Kunz, "Sanctions in International Law", 324-347;

⁵ Grotius'a göre Portekiz'lilerin Macao'da Hollandalı tacirlere davranışları nedeniyle Hollandalı Jacob van Heemskerck'in 1603 yılında Portekiz gemisi Santa Catarina'ya el koyması yaptırım teşkil etmektedir, Peter Borschberg, *Hugo Grotius, The Portuguese, and Free Trade in the East Indies* (Singapore: NUS Press, 2011), 65

⁶ (ilk ve ikinci okuma metni için bkz.: James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), 281

⁷ Thomas Olechowski, "Biographie eines Rechtswissenschaftlers," *Hans Kelsen, eine politikwissenschaftliche Einführung*, editör Tamara Ehs (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009), 54

uygulanmaktadır⁸. Yaptırımlar önleyici, cezalandırıcı, kurallara riyeti sağlayıcı, dayanışmayı zorlayan, sembolik yahut uyarı amaçlı olabilir⁹. Buna karşılık, karşı önlemler devletlerin uluslararası sorumluluğuna yol açan uluslararası yükümlülüklerle riyetini sağlamaya matuftur¹⁰. Bunun sonucu olarak karşı önlem uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesi halinde karşı önlem alan devlet tarafından geri alınabilmektedir. Yaptırımların ihdasında Uluslararası hukukun ihlâli BM Anlaşmasının 39.maddesinden de istihraç edildiği üzere prensip olarak gerekli görülmemektedir. Bu durum kolektif önlemlerin veya ihlâle uğrayan devlet dışındaki devletlerin aldığı önlemlerin ne şekilde nitelendirileceği konusunu gündeme getirmektedir. Tartışmaların Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne karşı alınan önlemler (insani müdahale önlemi dahil) nedeniyle gündeme geldiği görülmektedir¹¹. Bu bağlamda Uluslararası Hukuk Komisyonunda yapılan müzakereler bir sonuç vermemiştir. Bununla beraber devletlerin sorumluluğuna ilişkin tasarıda yer alan 54. madde yaptırımlar ve karşı önlem arasındaki farkı kolektif önlemler için bilinçli olarak karşı önlem kavramı yerine ihlâle uğrayan devlet dışındaki devletler tarafından alınan hukuka uygun önlemler kavramı kullanarak ortaya koymuştur. 54.madde muvacehesinde 48.madde, 1.fıkraya istinaden uluslararası sorumluluk iddia eden devletin ihlâl yapan devlete karşı önlemler alması, hakları ihlâle uğrayan devlet dışındaki devletlerin hukuka uygun önlemler almasını engellemektedir¹². Yaptırımları Uluslararası Hukuk ihlâlleri durumlarında münhasıran organize bir devletler topluluğunun kolektif önlemleriyle sınırlı tutan yaklaşım çağdaş uluslararası uygulamanın gereksinimlerine uygun düşmemektedir¹³.

⁸ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge: University Press, 2002), 281

⁹ Margaret Doxey, "Reflections on the Sanctions decade and beyond," *International Journal*, Cilt 64, Sayı 2 (2009), 539-549

¹⁰ Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Anlaşma tasarısı, md.49

¹¹ James Crawford, "The Relationship between Sanctions and Countermeasures," *United States Sanctions and International Law*, (Cilt 1), editör Vera Gowlland-Debbas (Leiden/Hollanda: Brill/Nijhoff, 2001), 57-68.

¹² James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson ve Kate Parlett, *The Law of International Responsibility*, (Oxford: University Press, 2010), 125

¹³ Meredith Rathbone, Peter Jeydel ve Amy Lentz, "Sanctions, Sanctions Everywhere: Forging A Path Through Complex Transnational Sanctions Laws," *Georgetown Journal of International Law*, Cilt 44, Sayı 3 (2013), 1055-1126

I. YAPTIRIM TÜRLERİ

Yaptırım olarak alınan önlemler çok çeşitlidir. Kuvvet kullanılması dışında silah ambargosundan finansal desteklerin yasaklanmasına kadar gitmektedir. AB örneğın silah ambargosu, kimi ürünlerin tedariki yasağı, onarım, üretim ve üretimin geliştirilmesinde, testlerde teknik bilgi ve destek vermeme, teknik araçların ediniminde yasağı, banka hesaplarının dondurulması, belli kişileri mali imkânlardan yararlandırmama, ekonomik araçların dondurulması, petrol ve doğal gaz tedarik yasağı gibi yaptırımlar uygulamaktadır¹⁴. BM Güvenlik Konseyi de Irak'a karşı 661(1990) sayı ve tarihli ünlü kararı ile Irak veya Kuveyt'ten hammadde ithalini, Irak veya Kuveyt'e ürün ihracatını ve tıbbi ürünler hariç ticareti ve Irak'a malî imkânlar sağlanmasını yasaklamıştır¹⁵. Bu önlemler öncelikle muhatap alınan devletin ekonomik yaşamına müdahale eden önlemlerdir. Bu önlemler kendi içinde belli ürünlere yönelik yaptırımlar (örneğin silah ambargosu), belli işletmelere veya tüm halka yönelik önlemler olarak kategorize edilmektedir.

II. YAPTIRIMLARIN ULUSLARARASI HUKUK'TA SINIFLANDIRILMASI

Yaptırımlar yukarıda işaret edildiğı üzere Uluslararası Hukukta farklılıklar göstermektedir. Önlemlerin soyut olarak hukuka aykırı olup olmadığına, diğeri bir ifade ile devletlerin haklarına müdahale teşkil edip etmediğine veya sadece retortion (*misilleme*) olarak geçerli olup olmadığına göre sınıflandırıldığı görüldüğü gibi bir hukuk ihlâline reaksiyon teşkil edip etmediğine göre sınıflandırıldığı da görülmektedir.

A. Devletlerin Haklarına Müdahale Teşkil Etmeyen Yaptırımlar

Seyahat yasağı gibi devletlerin haklarına müdahale etmeyen yaptırımlar devletlerin kişilere ülkelerine seyahat etme izni verme mükellefiyeti olmaması nedeni ile Uluslararası Hukuk bakımından problem teşkil etmemektedir¹⁶. AB yurttaşlarının üye devletlerde serbest dolaşım ve ikâmet etme hakkı olmasına karşın ABAD devlet başkanlarına seyahat yasağı getirilmesini caiz kabul

¹⁴ Rathbone, Jeydel ve Lentz, "Sanctions," 1057

¹⁵ Resolution 661(1990) on sanctions against Iraq, adopted by the Security Council at its 2933rd meeting on 6.8.1990 [UN Dok. S/RES/661(1990)]

¹⁶ Anthony Aust, *Handbook of International Law*, (2.baskı), (Cambridge University Press, 2010), 168.

etmiştir¹⁷. ABD’de “Trading with the Enemy Act¹⁸ ve “International Emergency Economic Powers Act” (IEEPA) ile aynı yaklaşım kabul edilmiştir¹⁹. “Trading with the Enemy Act” belli devletlere karşı alacakların veya transaksyonların bloke edilmesini veya dondurulmasını kabul etmektedir. IEEPA başkana mali işlemleri kontrol altına alma konusunda yetki vermiştir. 1979 tarihli “Export Administration Act” belli devletlere mal ve teknoloji ihracatına sınırlama olanağı getirmiştir²⁰. ABD’nin görüşüne göre bu önlemler Uluslararası Hukuk’un devletlere ticaret hakkı vermemesi nedeniyle Uluslararası Hukuka uygundur. Nikaragua’nın Uluslararası Adalet Divanı nezdinde ABD’nin ekonomik yardımını ve Nikaragua’dan şeker ithalatını %90 azaltmasının ve genelde uyguladığı ticaret ambargosunun caiz olmayan bir müdahale teşkil ettiği iddiasıyla açtığı davada Divan ABD’nin müdahale yaptığını kabul etmemiştir²¹. Hak ihlallerine yol açmadığı nispette alınan önlemler Uluslararası Hukuk bakımından sorun teşkil etmeyen retortion (misilleme) önlemleri olarak nitelendirilmektedir.

B. Devletlerin Haklarına Müdahale Teşkil Eden Yaptırımlar

Uluslararası Hukuk tarafından temin edilen haklara müdahale teşkil eden önlemler bakımından durum farklıdır. Uluslararası Hukuk bu tür önlemleri genel olarak müdahale yasağı veya exterritorial jurisdiction (*ülke dışı egemenlik yetkisi kullanma*) yasağı kapsamında değerlendirmektedir²². Uluslararası Hukuk tarafından temin edilen haklara müdahale teşkil eden önlemler önlemlerin muhatabı devletin iradesini zorlama ile şekillendirme

¹⁷ “devlet başkanlarının bir üye devletin ülkesine seyahati AB yurttaşlarının koşulları ile aynı değildir”, bkz.: EuGH Rs C-364/10; EU:C:2012:630, Rn.50

¹⁸ Joseph W.Bishop, “Judicial Construction of the Trading with the Enemy Act,” *Harvard Law Review*, Cilt 62, No.5 (1949), 721-759

¹⁹ Alexander Kern, *Economic Sanctions: Law and Public Policy* (Londra: Palgrave MacMillan), 2009, 95

²⁰ Oliver Dörr ve Albrecht Randelzhofer, “Purposes and Principles, Art.2(4),” *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Cilt I, 3.baskı), editör Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte ve Andreas Paulus, (Oxford: University Press, 2012), 208

²¹ “The Court has merely to say that it is unable to regard such action on the economic principle of non intervention” ifadesinin yer aldığı karar için bkz.: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ICJ Reports 1986, §25

²² Oliver Dörr ve Albrecht Randelzhofer, “Purposes and Principles, Art.2(4)”; James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (8.baskı) (Oxford: University Press, 2012), 486

amacı gütmesi nedeniyle müdahale yasağı kapsamına girmektedir. Bu bağlamda BM Genel Kurulunun müdahale yasağı ile ilgili rezolüyonları bu yasağın ifadesi olarak görülmektedir²³.

Ticaret sınırlamalarını ortadan kaldıran ticaret anlaşmaları bağlamında uygulanan yaptırımların Uluslararası Hukuk tarafından temin edilen hakları ihlâl edip etmediği bu bağlamda tartışılan konular arasındadır²⁴. Bu tür önlemlerin, önlemlere muhatap olan devlet ve önlem alan devletler arasında mevcut olan anlaşmadan doğan haklara müdahale teşkil ettiğinin kabul edildiği durumlar bulunmaktadır (Dünya Ticaret Örgütü anlaşmaları bağlamında olduğu gibi). Böyle bir durum ortaya çıktığında hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenin mevcut olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

C. Hukuka Uygunluk Gerekçesi

Bu çerçevede anlaşma hükümleri muvacehesinde anlaşma ihlâllerine karşı reaksiyon olarak öngörülen önlemler ve uluslararası teamül hukukuna istinat eden önlemler arasında ayırım yapılmaktadır. İlk kategoride yer alan önlemlere BM anlaşmasına ve Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarına istinaden alınan önlemler örnek oluşturmaktadır. Reaksiyon teşkil eden bu önlemlere ilişkin anlaşma hükümleri devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının 55.maddesine göre *lex specialis* hükümler olarak nitelendirilmektedir²⁵. *Lex specialis* hükümlerin mevcut olduğu durumlarda reaksiyon teşkil eden önlemler devletlerin uluslararası sorumluluğu bağlamında ilgili anlaşma ile sınırlı olarak karşı önlem rejimine tabi olmayacaktır. Uluslararası Hukuk ihlâllerine reaksiyon teşkil eden karşı önlemler bir anlaşmaya istinat etmedikleri takdirde sınırlı koşullarla devletlerin sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının 49-54.maddeleri muvacehesinde uluslararası teamül hukukuna istinaden ihdas edilebilir²⁶.

²³ BM Genel Kurulunun bu tür önlemleri müdahale yasağı kapsamında gören Rezolüyonu için bkz.: A/RES/3281(XX)

²⁴ Michael Trebilcock, Robert Howse ve Antonia Eliason, *The Regulation of International Trade* 4.baskı, (Londra: Routledge London, 2012), 83

²⁵ 55.maddeye göre Uluslararası Hukuk'a aykırı bir eylemin mevcudiyet koşulları, içeriği yahut söz konusu ihlâl ile ilişkin uluslararası sorumluluğun takibi için özel hükümler geçerli olduğu nispette uluslararası sorumluluk anlaşmasının hükümleri uygulanmayacaktır)

²⁶ Uluslararası Hukuk'a aykırı eylemler nedeniyle devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının **49.maddesine göre**,

1. Karşı Önleme Anlaşmalarının Dayanak Teşkil Etmesi

a. BM Anlaşması

BM anlaşmasının VII.bölümüne, özellikle 41. ve 42. maddesine istinaden Güvenlik Konseyi'nin BM anlaşmasının prensipleri ve Uluslararası Hukukun ius cogens normlar ile çizilen sınırlar dahilinde her türlü önlem alma yetkisine sahip olduğu görülmektedir²⁷. Güvenlik Konseyi'nin bu bağlamda

- İhlâle uğrayan devlet Uluslararası Hukuka aykırı eylemden sorumlu devlete tasarının ikinci bölümünde yer alan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için karşı önlemin amaç ve sınırları içinde önlem alabilir;
- Karşı önlem uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu devlete karşı geçici olarak alınır;
- Karşı önlem yerine getirilmeyen yükümlülüklerin yerine getirilmesine imkân tanıyacak şekilde alınır.

Tasarının **50.maddesine göre:**

- 1- Karşı önlem alınırken dikkate alınması gereken yükümlülükler olarak:
 - BM Şartında yer alan kuvvet kullanma yasağı ve tehdidi;
 - temel insan haklarının korunması yükümlülüğü;
 - zararlar karşılığı (repesaille) yasaklayan insani hukuktan doğan yükümlülükler;
 - uluslararası hukukun emredici normları.
- 2- Karşı önlem alan devletin uyumsuzluğun çözümü bağlamında dikkate alınması gereken yükümlülükler olarak:
 - Diplomasi ve konsolosluk temsilcilerinin kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, arşiv ve belgelerin dokunulmazlığına ilişkin yükümlülükler.

Uluslararası Hukuk'a aykırı eylemler nedeniyle alınan önlemlere ilişkin olarak anlaşma tasarısının **51.maddesinde,**

- Ölçülülük prensibi muvacehesinde karşı önlemlerin ortaya çıkan zararlar orantılı olması;
- Uluslararası Hukukun ağır ihlallerinden kaçınılması öngörülmektedir..

Tasarının karşı önlem alınmasının koşullarını öngören **52.maddesinde,**

- 1 - İhlâle uğrayan devlet karşı önlem almadan önce
 - a) 43.madde muvacehesinde sorumlu devletin (ikinci bölümde yer alan) yükümlülüklerini yerine getirmesi talep edecektir;
 - b) Sorumlu devlete karşı önlem alınmasına ilişkin kararını bildirmesi, müzakere imkânının önermesi gerekmektedir;
- 2 - İhlâle uğrayan devlet acil durumlarda haklarını koruma gerekliliği nedeniyle 1.fıkra, b-bendi hükümleriyle bağlı değildir.
- 3 - Aşağıdaki durumlarda karşı önlem alınmaz; alınmış karşı önlemler ise gecikmeksizin askıya alınır:
 - a - Uluslararası Hukuka aykırı eylemlerin uzun sürmemesi;
 - b - Uyumsuzluğun bağlayıcı karar verme yetkisine sahip bir mahkemede derdest olması;
- 4 - Sorumlu devletin uyumsuzluğun çözümü bağlamında iyi niyet ilkesine göre hareket etmemesi halinde 3.fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

Tasarının **53.maddesine göre:**

Sorumlu devlet Uluslararası Hukuk'a aykırı eylemleriyle ilgili olarak ikinci bölümde yer alan yükümlülüklerini yerine getirdiği takdirde karşı önlemler kaldırılır.

²⁷ Nico Krisch, "Article 41", *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Cilt II, editör Bruno Sima, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte ve Andreas Paulus,, (Oxford

insan haklarına saygı prensibi, insani gereksinimler ışığında önlemler aldığı gözükmektedir²⁸.

b. Diğer Anlaşmalar

BM Anlaşması gibi GATT Anlaşması da Uluslararası Hukuk tarafından temin edilen haklara müdahale teşkil eden önlemlere cevaz vermektedir. Bununla beraber GATT'nin ünlü XXI maddesi yaptırımlara ilişkin istisnalar öngörmektedir. WTO'nun (*Dünya Ticaret Örgütü*) uyuşmazlıkları çözme paneli (Dispute Settlement Body) bu istisnalara ilişkin olarak yetki kullanmaktan imtina etme imkânına sahiptir. GATT'nin XXI.maddesi güvenliğe ilişkin istisnalar öngörmektedir; söz konusu hükme göre anlaşmanın hiçbir hükmü,

- i. *Anlaşma taraflarına önemli güvenlik çıkarlarına ters düşecek şekilde bilgiler verme yükümlülüğü getirdiği şeklinde;*
 - ii. *anlaşma taraflarının güvenliğini korumaya ilişkin olarak*
 - Parçalanabilir maddelerin veya parçalanabilir maddelerden üretilen maddelerin;
 - Silah, mermi ve savaş malzemelerinin ticareti ve silahlı kuvvetlerin doğrudan veya dolaylı gereksinimi olan maddelerin ticaretine ilişkin olarak;
 - Savaş zamanında veya ciddi uluslararası kriz dönemlerinde gerekli addettiği önlemler almasını;
 - iii. *anlaşma taraflarının uluslararası barışın ve güvenliğinin korunmasına ilişkin bm anlaşmasından doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini engeller şekilde*
- yorumlanamaz²⁹.

University Press, 2012), Rn.23 (paragraf no); W.Michael Reisman, "When Are Economic Sanctions Effective? Selected Theorems and Corollaries," *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Cilt 2 (1995): 587-594

²⁸ Jeremy Matam Farrall, *United Nations Sanction and International Law* (Cambridge: University Press, 2008), 226; Vera Gowlland-Debbas, *United Nations Sanctions and International Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2001), 15; BM Güvenlik Konseyi'nin 1747(2007), 24.3.2007 rezolüsyonu için bkz.: UN Dok. S/RE/1747 (2007)

²⁹ Raj Bhala, "National Security and International Trade Law: What the GATT says and What the United States does", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Cilt 19 (1998), 263-317

Viyana Anlaşmalar Hukuku sözleşmesinin 60.maddesine göre devletlerin sorumluluğu bağlamında alınan önlemler karşı önlemlerden farklılık göstermektedir³⁰. Önemli bir anlaşma ihlâline reaksiyon olarak anlaşmanın sona erdirilmesi karşı önlemlerin geri alınabilmesi olanağına uymamaktadır. Uluslararası sorumluluğun karşı önlemler yanı sıra devam etmesi nedeniyle Viyana Anlaşmalar Hukuku sözleşmesinin 60.maddesinde öngörülen düzenlemenin devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının 55.maddesine göre *lex specialis* norm kategorisinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

2. Karşı Önleme Uluslararası Teamül Hukukunun Dayanak Teşkil Etmesi

Karşı önlemlere bir uluslararası anlaşmanın dayanak teşkil etmemesi durumunda, hakları ihlâlâle uğramayan diğer Uluslararası Hukuk sùjelerinin haklara müdahale teşkil eden önlemlerinin uluslararası teamül hukukuna istinat ettirilmesinin mümkün olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Anlaşma tasarısının 54.maddesi hukuka uygunluk konusunda bir açıklama yapmaksızın sadece hukuka uygun önlemlerden söz etmektedir. Doktrinde diğer devletlerin haklara müdahale teşkil eden bu tür yaptırımlarına izin veren bir uluslararası teamül hukuku normunun varlığı konusunda mutabakat bulunmamaktadır. Birçok yazar bu tür bir normun varlığını reddetmektedir³¹. Buna karşılık bu tür önlemlerin yüzyıllardır uygulandığı görülmektedir³². Bu tür yaptırımları Uluslararası Hukuka aykırı bulan Çin'in dahi bu önlemleri kendisinin uyguladığı görülmektedir³³. Uluslararası teamül hukukunun haklara müdahale eden önlemleri yasaklamadığından hareketle devletler bu tür yaptırımları karara bağlama konusunda kendilerini yetkili gördükleri takdirde yaptırımlardan etkilenen devletlerin bu yaptırımların Uluslararası Hukuka aykırı olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

³⁰ Bknz.: ÖBGBI. Nr.40/1980

³¹ James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson and Kate Parlett, *The Law of International Responsibility*, 125

³² Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J.Schott, Ann Eliot Kimberly ve Barbara Oegg, *Economic Sanctions Reconsidered*, 3.baskı (Washington: Peterson Institut 2009), 9

³³ James Reilly, "China's Unilateral Sanctions," *The Washington Quarterly*, Cilt 35, Sayı 4 (2012): 121-133

Devletlerin çoğunluğu bununla beraber en azından İkinci Dünya Savaşından itibaren uluslararası teamül hukukunun bu tür yaptırımları yasakladığını kabul etmektedir³⁴. 2007’de BM Genel Sekreterinin ABD’nin Küba’ya uyguladığı yaptırımların sona erdirmesine ilişkin olarak hazırladığı rapora karşı BM Genel Kurulunda hiçbir itiraz yapılmamıştır³⁵. AB’nin bu bağlamda ABD’ye uyguladığı karşı önleme ABD’nin Küba’ya uyguladığı yaptırımların Uluslararası Hukuka aykırılığı değil, bu yaptırımların extraterritorial (ülke dışı) etkileri nedeniyle AB yurttaşlarının haklarının etkilenmesi esas olmuştur³⁶.

Bu tablo Uluslararası Hukuk tarafından temin edilen haklara müdahale etmekle beraber Uluslararası Hukuk tarafından caiz görülen yaptırımların da olduğunu göstermektedir. AB Genel Sekreterliği tarafından yaptırımların uygulanmasıyla ilgili olarak hazırlanan dokümanda AB tarafından alınan önlemlerin Uluslararası Hukukla uyumlu olmasına, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesine, özellikle önlemlere karşı kurumsal etkin bir başvuru prosedürünün temin edilmesi gerekliliğine, alınan önlemlerin hedeflenen amaç ile orantılı olmasına (ölçülülük prensibi) dikkat çekildiği görülmektedir³⁷.

AB görüldüğü üzere alınan önlemleri kimi kriterlere bağlamaktadır. Belirlenen kriterlere göre extraterritorial (ülke dışı) etki gösteren ve Uluslararası Hukuku ihlâl eden hukuki tasarruflar AB tarafından karşı önlem olarak kabul edilmemektedir. AB aynı paralelde AB üyesi devletlerin yargı yetkisine tabi gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetini düzenleme amacı güden extraterritorial (ülke dışı) önlemleri Uluslararası Hukuka uygun kabul etmemektedir.

Bu bağlamda Rosneft davasında Rus işletmesine karşı AB tarafından yaptırım olarak öngörülen petrol sevkiyat araçlarının tedariki yasağının (icrai önlem) 1994 tarihli Ortaklık ve İşbirliği Anlaşmasını ihlâl ettiği gerekçesiyle İngiltere ve Galler’de yargı tarafından iptal edildiği görülmektedir. İngiliz Yüksek Mahkemesi bununla beraber bu gerekçenin tartışılabilir olması

³⁴ James Reilly, “China’s Unilateral Sanctions,” 125

³⁵ 3.8.2007 tarihli rapor için bkz.: UN Dok.A/62192

³⁶ Ortak Güvenlik ve Dış Politika bağlamında AB Konseyi tarafından alınan karar için bkz.: EU, 15.6.2012, Dok 11205/12

³⁷ Guide-Lines on Implementation and Evaluation of Restrictive Measures (Sanctions) in the Framework of the EU Common Foreign and Security Policy, bkz.: EU, 15.6.2012, Dok.11205/12

nedeniyle davanın görüldüğü AB Adalet Divanına önkarar başvurusu yapılmasını uygun görmüştür³⁸.

Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısının 54.maddesinde ihlâlden etkilenmeyen üçüncü devletlerin karşı önlemleri bağlamında bir açıklama getirilmemekle beraber Uluslararası Hukukun emredici normlarının ağır ihlâli durumlarında 41.madde, 1.fıkra üzerinden ihlâlden etkilenmeyen devletler Uluslararası Hukuk ihlâllerini ortadan kaldırmak için 40.madde muvacehesinde işbirliği ile mükellef kılınmıştır. Bu çerçevede söz konusu hükmün karşı önlemden değil, hukuka uygun önlemden söz ettiği kabul edilmektedir. Tasarının ilk okuma metni Uluslararası Hukuk ihlâllerinin tüm devletlere yükümlülük getirdiğinden hareketle karşı önlemlere hukuka uygunlukla bağlantılı herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Maddenin bu formülasyonunun her türlü yaptırıma imkân verme ihtimali nedeniyle raportör Crawford metnin devletlerin işbirliği yükümlülüğü ile ilgili formülasyonuna ius cogens normların ağır ihlâlini sona erdirmeye matuf işbirliği şeklinde bir ekleme getirmiştir.

Uluslararası Hukuk ihlâlinin muhatabı olmayan devletlerin Uluslararası Hukuk tarafından temin edilen haklara müdahale teşkil eden önlemlerinin bununla beraber Uluslararası Hukukun başka bir seçenek sunmaması nedeni ile halâ karşı önlem olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁹. Karşı önlemler için geçerli sınırlar, özellikle ölçülülük prensibi, insani hukuktan istihraç edilen sınırlar, usul hukuku kuralları yaptırımlar için de uygulanmaktadır. Hernekadar kimi yazarlar bu bağlamda alınan yaptırımların hukuka aykırılığını iddia etse de, şimdiye kadar uygulanan yaptırımların hukuka aykırılığı uygulamada teyit edilmemiştir. Mağdur devletlerin yaptırımları protesto etmesi yaptırımların hukuka aykırılığını ortaya koymak bakımından yeterli olmamaktadır. Üçüncü devletlerin haklara müdahale teşkil eden önlemleri bir hak ihlâline karşı alındığı, bu önlemlere yol açan tasarrufla ölçülü bir ilişki içinde olduğu, temel insan haklarına (yaşam hakkı gibi) müdahale etmediği takdirde Uluslararası Hukuka uygun görülmektedir.

³⁸ OJSC Rosneft Oil Company, R (on the application of) v. Her Majesty's Treasury & Ors (2015), EWHC 248 (Admin) 9.2.2015); AB'nin Rusya'nın Ukrayna'daki durumu istikrarsızlaştıran eylemleri nedeniyle Rusya'ya karşı önlem alınmasını öngören 833/2014 sayı ve tarihli Konsey tüzüğünü değişikliğe uğratan 960/2014 sayı ve tarihli Konsey tüzüğü için bkz.: ABl. L 229, 31.7.2014

³⁹ Antonios Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council: Countermeasures against Wrongful Sanctions* (Oxford: University Press, 2013), 300

III. “TARGETED MEASURES”

Ekonomik alanda etki gösteren yaptırımlar her ne kadar devletlere yönelik alınsalar da bireyler üzerinde doğrudan etki doğurmaktadır⁴⁰. AB'nin Rusya'ya karşı uyguladığı yaptırım genel olarak devlete yönelik olsa da petrol taşıma donanımlarının, cihazlarının tedarikinin yasaklanması, Rosneft davasının gösterdiği gibi belli işletmeleri de etkilemiştir. Her iki yaptırım türünde (devletlere ve kişilere yönelik) ortak olan nokta yaptırımların özel tedarik anlaşmalarının yapılmasını ve yerine getirilmesini önlemesidir. Örneğin BM Güvenlik Konseyi'nin S/RES/661 (1990) kararı bireylerin haklarına müdahale oluşturmuştur. Özellikle Amerikan literatüründe bu tür yasaklar extraterritorial iurisdiction (ülke dışı yetki kullanımı) kavramı altında ele alınmaktadır⁴¹. Devletlere yönelik yaptırımlar yaptırımın muhatap aldığı devletin jurisdiction alanında bulunan herkesi yaptırıma neden olaydan bağımsız olarak etkilemek durunda iken “targeted measures” (bireysel, hedefe odaklı yaptırım) durumlarında yaptırıma neden olan olayla doğrudan bağlantılı belli kişiler yaptırımın muhatabı olmaktadır.

Her iki kategorideki yaptırımların da hukuk ihlallerine bir reaksiyon olarak ilan edilmesi nedeni ile bu çerçevedeki ilişkilerde devletler arasındaki sorumluluk ve bireysel sorumluluk kuralları esas alınmaktadır. Hak ihlallerinin farklılığı nedeniyle sorumlulukların dayanakları doğal olarak birbirinden ayrıdır. Bir tarafta öncelikle devletleri muhatap alan Uluslararası Hukuk normlarının ihlâli söz konusu iken, diğer tarafta bireylere yönelik Uluslararası Hukuk normlarının ihlâli söz konusudur (korsanlık, savaş suçları, terörizm, insanlığa karşı işlenen suçlar gibi). Devletlere tahmil edilen hukuk ihlallerine reaksiyon olarak getirilen yaptırımlar bağlamında yaptırımın yaptırıma neden olan hukuk ihlâline şu veya bu şekilde karışmış bireyleri etkilenmesi nedeniyle her iki sorumluluk birbirine karışmaktadır. Yaptırımlardan etkilenen kişilerin belirlenmesi (*targeted measures*) tüm halkın yaptırım sonuçlarına katlanmasını gerektirmemesi nedeni ile tercih edilebilir gözüktüğü de bu kez de kişilerin belirlenmesi, insan hakları, önlemin karşı önlem olarak nitelendirilmesi bakımından sorunlar doğabilmektedir (karşı önlemlerin diğer hukuk sùjelerinin haklarına müdahale etmemesi gerekmektedir).

⁴⁰ Anna Veronika Wendland, “Zur Gegenwart der Geschichte im russisch-ukrainischen Krieg,” *Aus Politik und Zeitgeschichte, Bundeszentrale für politische Bildung* (2022): 28

⁴¹ Jeannette M.E. Tramhel, “Helms-Burton Invites’a Closer Look at Counter-Measures,” *George Washington Journal of International Law and Economics* Cilt 30 (1997): 317

IV. YAPTIRIM MAĞDURLARI

Bu çerçevede tartışma konusu olan yaptırımlar hissetme özelliği olmayan tüzel kişi niteliğine sahip, soyut bir varlık olan devlete yönelik yaptırımlardır. Yaptırımlardan doğrudan etkilenme durumunda olanlar ise kapsamını yaptırımın belirlediği münferit bireylerdir. BM Güvenlik Konseyi'nin 1990 tarihli Irak'a karşı kabul edilen rezolüsyonu Irak'ta veya Kuveyt'te bulunan tedarikçi Irak vatandaşlarını veya Irak'ta bulunan kişileri, yurt dışında bulunan Irak vatandaşlarını ve bu bölgede bulunan yabancıları etkilemiştir⁴². Bu konuda bulunan kişiler bu devletlerin politikalarını destekleyip desteklememelerinden bağımsız olarak alınan önlemlerden etkilenmiştir. Bu durumu Haiti'ye uygulanan yaptırım da teyit etmiştir. Ülkeye hakim olan iktidar bu yaptırımlardan yararlanırken, fakir halk açlıkla mücadele etmek zorunda kalmıştır⁴³.

Yaptırımlardan etkilenen devletler ve kişiler bunlarla sınırlı değildir. Ekonomik ilişkilerin kesilmesine yönelik alınan önlemler transaksyon masraflar dışında Rusya'ya uygulanan yaptırımların gösterdiği gibi yaptırım öngören devletlere de yansımaktadır. Ekonomik ilişkilerde karşılıklı bağımlılık ve iç içe geçmeler kaçınılmaz olarak etkileşim sonucu doğurmaktadır. AB'nin Rusya'ya karşı öngördüğü yaptırımlar sadece yaptırıma uğrayan devletin ihracatını etkilememektedir, bu devletin Rus yatırımcılarla ortak çalışan işletmelerini de etkilemektedir. Bunun ötesinde komşu ülkeler de ticaretin yapılamaması nedeniyle ekonomik kayba uğramaktadır. Irak'a uygulanan yaptırımlar nedeniyle Hindistan 20 milyar dolarlık, Tunus 7 milyar dolarlık bir ekonomik kayıptan söz etmiştir⁴⁴. BM anlaşmasının 50.maddesi bu bağlamda sıkça gündeme gelmektedir. Artan yaptırım uygulamaları BM'lerde yaptırımların finansman tartışmasını gündemde tutmaktadır. Bu nedenle BM Güvenlik Konseyi stratejisini değiştirmiş ve sivil halkın ve üçüncü devletlerin zarara uğramaması için daha çok "targeted measures"a yönelmiştir.

⁴² 661 sayılı (1990) rezolüsyon için bkz.: S/RES/551 (1990)

⁴³ Nicholas Tsagourias ve Nigel D.White, *Collective Security: Theory, Law and Practice*, (Cambridge: University Press, 2013), 231

⁴⁴ Talmiz Ahmad, "The Gulf Region", *The Oxford Handbook of Indian Foreign Policy*, editör David M.Malone, C.Raja Mohan ve Srinath Raghavan, Oxford: University Press, 2015, 442 vd.;

Tunus'un BM Güvenlik Konseyi Başkanına yazdığı mektup için bkz.: 24.06.2002, UN Dok. S/2002/698

V. YAPTIRIMLARIN ETKİNLİĞİ

Yaptırımların etkinliği hedeflenen amaca, özellikle yaptırım uygulanan devletin tutumunda değişikliğe yol açıp açmadığına veya beklenen başka etkiler doğurup doğurmadığına göre değerlendirilmektedir. Yaptırımlar ilk sırada belli bir amaca erişmek için özellikle yaptırım muhatabı devleti davranış değişikliğine yöneltmek için öngörülür. Uygulamada arzu edilen başarının elde edilip edilmediği konusunda detaylı ve uzun süreli ekonomik ve sosyal incelemelerin, istatistiksel verilerin toplanması gerekliliği nedeniyle genel geçerliliğe sahip bir açıklama yapılamamaktadır. Bunun ötesinde yaptırımların etkinliğini ölçmede belirlenmiş kriterlerin bulunmaması da yaptırımların etkinliği konusunda objektif bir saptama yapılmasını engellemektedir. Aktüel bir örnek olarak Rusya örneğine bakıldığında ekonomik kayıpların mutlak olarak yaptırımlara bağlanması her zaman mümkün olmamaktadır. Yaptırımların etkilerini ortak özellikleri ile açıklamak ancak çok sınırlı bir değerlendirme teşkil edebilir. Yaptırımların etkileri bakımından bütün devletler bakımından bağlayıcılığı bulunan Güvenlik Konseyi tarafından karara bağlanması ile yaptırımın evrensel etkisi olmayan bir devlet veya bölgesel bir grup devlet tarafından karara bağlanması arasında farklılığın söz konusu olduğu tartışma götürmez bir durumdur. Bunun dışında Güvenlik Konseyi üyesi bir devlet aleyhine veto yetkisi nedeniyle bir yaptırımın karara bağlanması çoğu kez imkânsızdır. Yaptırımların etki göstermesinde önemli bir etken de yaptırım muhatabı devletin büyük, ekonomik potansiyeli olan bir devlet olup olmadığına da bağlıdır. Yaptırımdan kimi ürünlerin etkilenmesi durumunda yaptırımın etkinliği yaptırımdan etkilenen ürünün başka ürünlerle ikâme edilmesi veya söz konusu üründen feragat edilebilme olasılığına bağlıdır⁴⁵.

Yaptırımların başarılı sonuç vermemesinin birçok nedeni bulunmaktadır. Bunlar arasında şu nedenler yer almaktadır:

- Yaptırımların hedeflenen amaçlara uygun olmaması;
- Yaptırımların karşı bir reaksiyona yol açması, yaptırım muhatabı devletin rejimine desteğin artması;

⁴⁵ Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J.Schott, Ann Eliot Kimberly ve Barbara Oegg, *Economic Sanctions Reconsidered*, 12.

- Yaptırım muhatabı devletin güçlü müttefikler kazanması;
- Yaptırım muhatabı devletin yaptırımla mücadele için ekonomisini güçlendirmesi.

Devletlere uygulanan yaptırımlar sıklıkla halkın ekonomik sıkıntıları göz ardı ederek yönetimle dayanışmasına ve sıkıntılara dayanma gücünün artmasına yol açtığı görülmektedir. Yaptırımlarla hedeflenen amaca İran ve Haiti örneklerinde kısmen de olsa erişildiği görülmektedir. İran yaptırımların kalkması için nükleer enerji santralleri için müzakere etmeyi kabul etmiştir⁴⁶.

Yaptırımlarla hedeflenen amaca ne zaman erişildiği kabul edilecektir? Yaptırım öngören devletler kapsamlı yaptırımların halkın üzerinde ekonomik baskı yaratarak yönetime karşı ayaklanmalarını mı beklemektedir? Bu yaptırımlarla yaşam kalitesi düşürülerek halkın rejim üzerinde siyasi tutum değişikliği için baskı oluşturması mı beklenmektedir, yoksa ülkedeki rejim değişikliği mi beklenmektedir? Bu durumlarda yaptırımların etkinliği halk ile iktidarın ilişkisine bağlıdır. Bunun sonucu olarak yaptırımların muhatabı olan devletin demokratik olduğu nispette yaptırımların etkinliği şansının daha yüksek olduğu söylenmektedir. Yaptırımların yaptırımlara muhatap olan yönetimle sınırlandırılma olanağı bulunan durumlarda örneğin, silah satımını

⁴⁶ BM Güvenlik Konseyinde İran'a uranyum zenginleştirme ve diğer hassas nükleer faaliyetleri ve balistik füze alım satımını yasaklayan 4'ü yaptırım getiren 8 karar çıkmıştır. BM kararları ABD ve AB'nin yaptırımlarına temel teşkil etmektedir (14 Mart 2015 tarihli Cumhuriyet gazetesi). 5+1 ve İran arasında yapılan anlaşmada İran'ın en az 10 yıl hassas nükleer faaliyetlerini durdurması ve bunun denetimle teyidi karşılığında tüm yaptırımların aşamalı kalkması kabul edilmiştir (2015, 5+1 anl.); ABD Başkanı Trump'ın nükleer anlaşmadan 2018'de tek taraflı çekildiğini ilân etmesi, taraflar arasında gerilimin yükselmesine yol açmıştır. İran Temmuz 2019'da nükleer anlaşmanın bazı maddelerini, Ocak 2019'da ise tüm maddelerini askıya almıştır. İran Nükleer anlaşmada %3.67 ile sınırlanan uranyum zenginleştirme oranını 03.01.2020'de İran Devrim Muhafızları Ordusuna bağlı Kudüs Gücü komutanı Kasım Süleymani'nin öldürülmesine misilleme olarak %20'ye çıkarttığını açıklamıştır. Fordo'daki nükleer tesisindeki faaliyete ilişkin Tahran yönetiminin bu kararı 2015'de imzalanan nükleer anlaşmanın şu ana kadar en ciddi ihlâli olarak kabul edilmektedir. Aynı paralelde Uluslararası Atom Enerjisi Kurulu Tahran'ın zenginleştirme faaliyetlerine yeniden başladığını duyurmuştur (05.01.2021 tarihli Cumhuriyet gazetesi). İran'la yapılan anlaşmaya ABD dışında taraf olan devletlerle İran arasında müzakereler devam etmektedir. Nükleer silah için uranyumun %90 zenginleştirilmesi gerekmektedir. Zenginleştirilmiş uranyum nükleer yakıt yanı sıra nükleer silah yapımında kullanılmaktadır.

önlemek ile sınırlı yaptırımlarda halkın prensip olarak olumsuz etkilenmesinden endişe edilmemesi gerekmektedir. Yaptırımların etkin olma şansının yaptırımın küresel (evrensel) uygulanması, gerçek iktidara yönelmesi veya iktidarın tasarrufunda olan araçlara yönelmesi halinde daha yüksek olduğu düşünülmektedir. Bununla beraber diğer hukuki ve siyasi nedenlerin yaptırımların etkinliği ile bağlantılı olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Yaptırım ilân eden devletler yaptırımı yol açan tutumu Uluslararası Hukuka uygun görmemeleri nedeniyle yaptırımın muhatabı devleti bu tutumundan vazgeçirmek, Uluslararası Hukuka aykırı bu tutuma dayalı yeni bir Uluslararası Hukuk oluşumunu engellemek istemektedirler. Bu durum ancak sadece hukuka aykırı tutumlara reaksiyon teşkil eden pozitif etkisi olan yaptırımlar için geçerlidir. Yaptırım ilanının bir nedeni de diğer devletlerle dayanışma sergilemektedir. Yaptırımların bazen belli bir davranışa izin verilmeyeceği mesajını vermek için ilân edildiği de görülmektedir; 1938’de Avusturya’nın Almanya’ya katılması üzerine Meksika diplomatik bir mesaj olarak ABD’nin benzer bir tutumuna izin vermeyeceğini ilân etmiştir⁴⁷.

SONUÇ

Hukuki rejimi günümüzde halâ büyük ölçüde açıklığa kavuşmamış olan yaptırımlar gerek muhatap alınan devletler, gerekse yaptırım ilân eden devletler bakımından “bumerang” etkisi gösterip zararlara yol açabilmektedir. Yaptırımlar muhatap alınan devletin davranışlarını etkileme ümidi ile ilân edilmektedir. Uluslararası politikanın ayrılmaz parçası olarak görülen yaptırımların yönlendirici etkisi ancak somut ekonomik, siyasi, konjonktürel koşullara bağlıdır. Bu nedenle yaptırımların başarısının mutlak olmadığı, sonuç olarak bir başarıdan söz edilecekse bunun göze alınması gereken uzun bir vadeye bağlı olduğunun ve yaptırımların nasıl bir etki doğuracağını, ancak somut durumun değerlendirilmesi ile mümkün olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

⁴⁷ Gerhard Hafner, “Mexikos Protest 1938 und der Völkerbund,” *Jahrbuch für Internationale Studien*, (1988), 39-56

KAYNAKÇA

- Ahmad, Talmiz. "The Gulf Region," *The Oxford Handbook of Indian Foreign Policy*, editör David M.Malone, C.Raja Mohan ve Srinath Raghavan, Oxford: University Press, 2015
- Aust, Anthony. *Handbook of International Law* (2.baskı). Cambridge: University Press, 2010
- Austin, John, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of positive Law*. New York: Henry Holt and Company, 1875
- Bishop, Joseph W. "Judicial Construction of the Trading with the Enemy Act." *Harvard Law Review*, Cilt 62, No.5 (1949), 721-759
- Bhala, Raj. "National Security and International Trade Law: What the GATT says and What the United States does" *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Cilt 19 (1998), 263-317
- Blum, Gabriella. "The Crime and Punishment of States." *The Yale Journal of Int'l Law*, Cilt 38 (2013), 57-121
- Borschberg, Peter. *Hugo Grotius, The Portuguese, and Free Trade in the East Indies*. Singapore: NUS Press, 2011
- Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: University Press, 2002
- Crawford, James. "The Relationship between Sanctions and Countermeasures." *United States Sanctions and International Law*, editör Vera Gowlland-Debbas, (Cilt 1), Leiden/Hollanda: Brill/Nijhoff, 2001
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. (8.baskı), Oxford: University Press, 2012
- Crawford, James, Alain Pellet, Simon Olleson ve Kate Parlett. *The Law of International Responsibility* Oxford: University Press, 2010
- Doxey, Margaret. "Reflections on the Sanctions decade and beyond." *International Journal*, Cilt 64, No.2 (2009), 539-549
- Dörr, Oliver ve Ranzhofer, Albrecht. "Purposes and Principles, Art.2(4)," *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Cilt I, 3.baskı), editör Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte ve Andreas Paulus Oxford: University Press, 2012
- Farrall, Jeremy Matam. *United Nations Sanction and International Law*. Cambridge: University Press 2008

- Gowlland-Debbas, Vera. *United Nations Sanctions and International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2001
- Hafner, Gerhard. "Mexikos Protest 1938 und der Völkerbund." *Jahrbuch für Internationale Studien*, (1998), 39-56
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: University Press, 1961
- Hufbauer, Gary Clyde, Jeffery J.Schot J.J, Ann Eliot Kimberly ve Barbara Oegg. *Economic Sanctions Reconsidered* (3.baskı). Washington:, Peterson Institut, 2009
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, (2.baskı). Tübingen: Mohr-Sieberg Verlag, 1960
- Kern, Alexander. *Economic Sanctions: Law and Public Policy*. Londra: Palgrave MacMillan, 2009
- Krisch, Nico. "Article 41," *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Cilt II), editör Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte ve Andreas Paulus, Oxford: University Press, 2012
- Kunz, Josef L. "Sanctions in International Law," *American Journal of International Law*, Cilt 54, Sayı 2 (1960), 324-347
- Olechowski, Thomas. "Biographie eines Rechtswissenschaftlers," *Hans Kelsen, eine politikwissenschaftliche Einführung*, editör Tamara Ehs, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009
- Rathbone, Meredith. Peter Jeydel ve Amy Lentz. "Sanctions, Sanctions Everywhere: Forging A Path Through Complex Transnational Sanctions Laws," *Georgetown Journal of International Law*, Cilt 44, Sayı 4 (2013), 1055-1126
- Reilly, James. "China's Unilateral Sanctions," *The Washington Quarterly*, Cilt 35, Sayı 4 (2012), 121-133
- Reisman, Michael W. "When Are Economic Sanctions Effective? Selected Theorems and Corollaries," *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Cilt 2 (1995), 587-594
- Tramhel, Jeanette M.E. "Helms-Burton Invites'a Closer Look at Counter-Measures," *George Washington Journal of International Law and Economics*, Cilt 30 (1997), 317
- Trebilcock, Michael, Robert Howse ve Antonia Eliason. *The Regulation of International Trade* (4.baskı). Londra: Routeledge, 2012
- Tsagourias, Nicholas ve White, Nigel D. *Collective Security: Theory, Law and Practice*. Cambridge: University Press, 2013

Tzanakopoulos, Antonios. *Disobeying the Security Council: Countermeasures against Wrongful Sanctions*. Oxford: University Press, 2013

Wendland, Anna Veronika. “Zur Gegenwart der Geschichte im russisch-ukrainischen Krieg.” *Aus Politik und Zeitgeschichte, Bundeszentrale für politische Bildung*, (2022): 28

1850 TARİHLİ TİCARET KANUNU'NDA VE OSMANLI HUKUK LİTERATÜRÜNDE ANONİM ŞİRKETLER VE BU ŞİRKETLERİN TÜZEL KİŞİLİĞİ MESELESİ

*The Issue of Joint Stock Companies and the Legal Entity of These
Companies in The Commercial Code of 1850 and in the Ottoman
Legal Literature*

Müberra KORKMAZ*

ÖZ

Kâr amacı güden bir özel hukuk tüzel kişisi olarak anonim şirket, temelini sermayenin oluşturduğu kapitalist sistemin var olan şirket türlerini zamanla kendi amaçları doğrultusunda şekillendirmesi neticesinde, bu sisteme en iyi hizmet eden araçlardan biri olarak ortaya çıkmıştır. 19. yüzyılda, bir sermaye şirketi olan anonim şirket türünün hukuki şahsiyet olarak tanınması, bunun önemli bir göstergesini oluşturmaktadır. Batı kaynaklı bu dönüşüm Osmanlı Devleti'nde, Batı'dakinden çok farklı dinamiklerin zorlamasıyla, özellikle yabancı devletlerin etki ve baskılarıyla meydana gelmiştir. Bu dönemde Osmanlı'nın kabul etmek durumunda kaldığı serbest ticaret düzeni, devletin geleneksel ekonomik ve hukuki yapısında köklü değişimlere sebep olarak liberalleşme ve modernleşme için uygun zemini hazırlamıştır. Söz konusu süreçte, bu şirketlerin etkinlik sağlayabilmeleri için de hükümler öngörülmüştür. Osmanlı Devleti'ndeki dini ve geleneksel şartlarla uyumsuzluğuna karşın, anonim şirket türü ve bu şirketlerin tüzel kişi olarak kabulü, emperyalizmin etkisi altında yaşanan gelişmelerin ancak sınırlı olabildiğine; aynı zamanda ekonomik faktörlerin hukuku şekillendirme fonksiyonuna, hukuk tarihimiz açısından önemli bir örnek niteliği taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, ticaret şirketleri, tüzel kişilik, Osmanlı şirketler hukuku, kapitalizm

Makalenin Geliş Tarihi: 21.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 26.02.2024.

* Araştırma Görevlisi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, E-posta: muberrakorkmaz@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4665-1840

ABSTRACT

As a profit-oriented private law legal entity, the joint stock company emerges as one of the tools that best serve this system, as a result of the capitalist system shaping the existing company types in line with its own purposes over time. The recognition of this capital company as a legal entity in the 19th century is an important indicator of this. In the Ottoman Empire, this transformation took place under the pressure of very different dynamics from those in the West, especially the influence and pressure of foreign states. The free trade order that the Ottoman Empire had to accept during this period caused radical changes in the traditional economic and legal structure of the State and prepared the appropriate ground for liberalization and modernization. Provisions are also made to ensure that these companies are effective. Despite its incompatibility with the religious and traditional conditions in the Ottoman Empire, the type of joint stock company and the acceptance of these companies as legal entities indicate that the developments under the influence of imperialism could only be limited; It is also an important example of the function of economic factors in shaping law in terms of our legal history.

Key Words: Joint stock company, trading companies, legal entity, Ottoman company law, capitalism.

GİRİŞ

Belirli toplulukların, aralarındaki ilişki yoğunluğunu artırarak dışa karşı bir bütün oluşturmaları ve bunun hukuk düzenince benimsenmesiyle meydana gelen “tüzel kişilik”¹, hukuki anlamda “şahıs/kışı” kavramında olduğu gibi; ancak farklı ölçüde, hukukun bir soyutlamasından ibarettir². Bu doğrultuda,

¹ Literatürde tüzel kişi yerine, hükmi şahıs, manevi şahıs, hukuki şahıs, kolektif şahıs gibi çeşitli isimler kullanıldığı da görülmektedir. Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Sulhi Garan, 1978), 3-4; Makalesinde “şahsiyet-i hukukiye” tabirini tercih eden Şevket Mehmed Ali ise, “şahsiyet-i maneviyye” tabirini, Alman hukukçulardan Savigny’ nin, ilgili tabirin ahlaki bir mefhumu ifade etmesi ve bu durumun diğer şahısların ahlak dışı bir zümreye dâhil olduğu anlamını çağrıştırdığına yönelik görüşüne katılmak suretiyle uygun görmemiştir. Şevket Mehmed Ali, “Şahsiyet-i Hukukiye Meselesi”, *Ceride-i Adliye*, no.19 / 20 / 21 (Sene 2, 1339-1340): 754.

² Rona Serozan, *Tüzel Kişiler Özellikle: Denekler ve Vakıflar* (İstanbul: Filiz, 1994), 13-14, 24; Kemal Oğuzman, Özer Seçili ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek*

belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş veya belirli bir amaca özgülenmiş; aynı zamanda hukuk düzeninin bağımsız birer varlık (hukuk süjesi) olarak tanıdığı kişi ve mal toplulukları, tüzel kişi olarak ifade edilmiştir³.

Buna göre bir tüzel kişinin mevcudiyetinden bahsedebilmek için üç unsurun bir araya gelmesi gerekir. Bunlardan birincisi, belirli ve ortak bir amacın varlığıdır⁴. Bu amacın süreklilik taşıması şart olmayıp az veya çok devamlı bir faaliyeti gerektirecek nitelikte olması yeterlidir. İkincisi, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelen kişilerin ya da belirli bir amaca özgülenen malların, kendi kişiliklerinden ya da ilgili malı tahsis eden kişinin mal varlığından ayrı ve bağımsız olarak bir kişilik oluşturma iradesine sahip olması gerekir. Bağımsız bir varlık yaratma iradesi, örgütlenme şeklinde ortaya çıkar. Örgütlenme ise söz konusu belirli amacı gerçekleştirmek üzere faaliyette bulunacak organların oluşturulmasını ifade eder. Bu unsurları yerine getiren kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanabilmeleri için gereken son unsur ise hukuk düzeni tarafından bağımsız bir varlık, yani hukuk süjesi olarak tayin ve tespit edilmiş olmalarıdır⁵.

Tüzel kişilerin varlığı, temelde iki olguya dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, gerçek kişilerin ömrünün sınırlı oluşu; diğeri ise bazı amaçlara ulaşmanın, insanların tek başına sahip olduklarından daha fazla maddi ve/veya

ve *Tüzel Kişiler*) (İstanbul: Filiz, 2019), 1-2; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmeleri Kişiler Hukuku C. I* (İstanbul: Beta, 2012), 229; Cahit Oğuzoğlu, "Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmi Şahsiyet", *Adalet Dergisi*, no. 67 (2021/2): 523-524.

³ Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Beta, 1995), 10; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 509; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2019), 8.

⁴ Medeni Kanun'un 47. maddesine göre bu amacın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir. 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG, 8.12.2001, S. 24607.

⁵ Akünel, *Türk Medeni Hukuku*, 10-12; Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 215-219; Günümüzde, hukuk düzenimizce sınırlı sayı ilkesine göre tayin edilen tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında, bütün hak ve borçlara ehil oldukları tartışmasız kabul edilmiştir. (TMK. Mad.48) Organ teorisi uyarınca, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmaları halinde fiil ehliyetine de sahip olacaklardır. (TMK. Mad.49-50) Tüzel kişilerin ehliyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Akünel, *Türk Medeni Hukuku*, 26-41; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 555-556; Oğuzman, Seçili ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 318-321.

manevi güç, sermaye ve emek gerektirmesidir⁶. Dolayısıyla insanların maddi veya manevi güçlerini birleştirerek oluşturdukları bu amaç birliğinde temel saik, söz konusu amaca ilişkin tüm çabaların, tam ve gereği gibi sonuca varmasına imkân tanımaktır. Bu temel saik ise tüzel kişinin prensip itibarıyla tek bir kişi gibi işlem görmesi ve bu suretle birliğin hukuken tek kişi olarak kabul edilmesini gerektirir⁷. Dolayısıyla tüzel kişiliğin en önemli niteliği, kendisini teşkil eden ve ondan yararlanan bireylerinkinden tamamen bağımsız ve ayrı bir kişiliğinin bulunması olup ilgili husus, “ayrılık/bağımsızlık ilkesi” olarak ifade edilir. Bu durum aynı zamanda, söz konusu belirli ve ortak amacı gerçekleştirmek adına, hukuki varlığının devamlı olmasını da sağlar⁸.

Günümüz tüzel kişileri arasında, özellikle ekonomik anlamdaki faydası dolayısıyla son derece önemli bir yere sahip olan anonim şirket, “*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız mal varlığıyla sorumlu bulunan şirket*” şeklinde tanımlanmıştır⁹.

Günümüz şirket formları içerisinde anonim şirketlerin ulaştıkları sayı, gerçekleştirdikleri ekonomik faaliyetlerin hacmi ve yarattıkları değer dikkate alındığında, küresel sisteme damga vurdukları açıkça ifade edilebilir¹⁰. Anonim şirketin ekonomik anlamda sağladığı en büyük fayda ve aynı zamanda ilk ortaya çıkmasına sebep teşkil eden temel ihtiyaç, dağınık ve küçük tasarrufları bir araya toplayarak büyük sermaye gerektiren teşebbüslerin gerçekleşmesine imkân sağlamaktır. Söz konusu faydadan yararlanmayı kolaylaştırmak adına “sınırlı sorumluluk ilkesi” son derece önem taşımakta olup, anonim şirket yapılanmasının temel fonksiyonlarından birini teşkil eder. Bu ilke, hissedarların/ortakların taahhüt ve vazettikleri sermaye oranında ve sadece şirkete karşı sorumlu olmalarını; başka bir

⁶ Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, 215; Akünel, *Türk Medeni Hukuku*, 3; Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 499-500.

⁷ A. Egger, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - II. Kısım: Tüzel Kişiler*, çev. Volf Çernis (Ankara: Yeni Cezaevi, 1948), s. 11.

⁸ Serozan, *Tüzel Kişiler*, 14; Oğuzman, Seçili ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 282-284; Kendisini teşkil edenlerin şahsiyetinden bağımsız bir hukuki şahsiyete sahip olması ve devamlılık niteliği dolayısıyla tüzel kişilik, “*suyu bir yandan gelip öte yandan akan dolu havuza*” benzetilmiştir. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku* (İstanbul: Nurgök, 1963), 227-228.

⁹ 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Mad. 329). RG, 14.02.2011, S. 27846.

¹⁰ İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu* (Ankara: 2013), 5.

deyişle, bu kişiler bakımından zarar tehlikesinin, iştirak edilen sermayeyle sınırlı olmasını ifade eder¹¹.

Anonim şirketlerin, söz konusu temel ekonomik fonksiyonunu yerine getirmesine hizmet eden bir diğer husus, hissedarların şirkete daimi surette bağlı olmamalarıdır. Hissedarlığın, kıymetli evrak vasfında hisse senetlerine bağlanmış olması, kişilere kolayca şirkete katılma ve şirketten ayrılma imkânı sağlar. Nitekim bir sermaye şirketi olması dolayısıyla, anonim şirkette esas önem taşıyan husus sermaye olup, bunu sağlayan hissedarlar ikinci plandadır. Bu sebeple, bir hissenin alım veya satımında diğer hissedarların onay ya da rızasına ihtiyaç olmadığı gibi, hissedarların değişmesi, şirket alacaklıları açısından da bir öneme sahip değildir. Ayrıca hissedarların bizzat ticaret yapma arzu ve yeteneklerinin bulunması şart olmayıp, genellikle şirket yönetimi ehil şahıslara bırakılarak sermaye ve idarenin birbirinden ayrılması sağlanmıştır¹².

Kâr amacı güden bir özel hukuk tüzel kişisi olarak anonim şirketin, yukarıda bahsedildiği üzere ticari riski azaltıp daha fazla kâr elde edilmesini sağlayan yapısal nitelikleri, özellikle girişim özgürlüğüne ve girişimci sınıfa önemli katkı sağlamaktadır. Bunun yanı sıra, anonim şirketlerin, üçüncü kişiler ve kamu menfaati bakımından da çeşitli faydaları mevcuttur. Şirketle ilişkide bulunan üçüncü kişiler bakımından, şirketin mal varlığı ve sorumlu olduğu miktarın belirli olması, bir nevi güvence teşkil eder. Kamu menfaati bakımından ise devletin kendi imkânlarıyla gerçekleştirmesi zor ve zahmetli olan işlerin özel şahıslar tarafından gerçekleştirilmesine imkân tanır ve iktisadi gelişmeyi sağlar. Ancak bu şirketlerin ilk ortaya çıktıkları andan günümüze kadar, her devirde, kontrol altına alınması gereken bazı sakıncalı yanları da söz konusudur¹³.

¹¹ Larry Allen, *Keseden Bankaya Tezgâhtan Borsaya - Küresel Finans Sisteminin Öyküsü*, çev. Mahmut Tekçe (İstanbul: Kitap, 2009), 16; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler* (İstanbul: Fakülteler, 1960), 4-5.

¹² Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 4-5; Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi no. 368, 1975), 1-2.

¹³ Bu sakıncalar örnek olarak, azınlık haklarının ihmal edilmesi, kişisel kar sağlama amacının kamu yararından her zaman önce gelmesi, formalitelerin çokluğu ve bu durumun üçüncü kişilerin hak araması halinde bir engel teşkil etmesi vb. hususlar gösterilebilir. Necat Tüzün, *Şirketler Hukuku Dersleri* (Ankara: Kalite, 1976), 61-63; Anonim şirketin ekonomik fonksiyonları hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (İstanbul: Gün,1974), 1-3.

Osmanlı Devleti'nde Batı kaynaklı bir kurum olarak anonim şirket türünün, özellikle tüzel kişiliği çerçevesinde ele alındığı bu çalışma kapsamında, öncelikle anonim şirketlerin tarihi gelişimi, bu süreçte kuruluşları ve denetimlerinde benimsenen esaslar ve tüzel kişilik kazanmaları, hukuki ve siyasi iradenin konuya yaklaşımı çerçevesinde özetlenecektir. Ardından İslam hukukunda genel olarak kanunun nasıl ele alındığına değinilerek, Batı hukuku kaynak alınarak yürürlüğe konulan 1850 tarihli Ticaret Kanunu ile Osmanlı mevzuatına giren anonim şirketlere dair hükümler incelenecek; ilgili hükümler ve özellikle Avrupa'da da kanuni düzenlemelerde yeni yeni yer almaya başlayan anonim şirketlerin tüzel kişilikleri konusunun Osmanlı hukuk literatüründe nasıl değerlendirildiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. ANONİM ŞİRKETLERİN TARİHİ GELİŞİMİ

Hukukun şekillenmesinde ekonomik faktörler önemli bir etkidir; ancak siyasi iradenin tutumu da bir noktaya kadar bunda pay sahibidir. Anonim şirketlerin ortaya çıkarak, tüzel kişilik kazanması süreci; ayrıca bu şirket türünün özellikle kuruluşu ve denetimine ilişkin benimsenen yaklaşım ve kuralların zamanla değişikliğe uğraması, hukuk tarihinde söz konusu olgunun önemli bir görünümünü teşkil etmektedir.

Anonim şirketlerin tarihi gelişim sürecine baktığımızda, dünyada ilk biçimleriyle, keşifler ve ardından gerçekleşen sömürgecilik hareketleri sırasında ortaya çıktıkları ifade edilmiştir¹⁴. 16. yüzyılın sonu ile 17. yüzyılın başlarından itibaren, Hollanda, İngiltere ve Fransa'da, deniz aşırı sömürgecilik faaliyetleri için kurulan kumpanyalar, günümüz anlamında anonim şirketlerin öncüleri olarak gösterilmiştir. Merkezi hükümetlerin güçlenmeye başladığı ve merkantilist politikaların benimsendiği bu dönemde, söz konusu şirketlerin daha çok, büyük ölçekli ekonomik girişimleri gerçekleştirmek üzere sermaye toplama ve rekabeti ortadan kaldırma işlevi ön plana çıkmıştır. Dolayısıyla bu ilk anonim şirketlerde temel mesele, sorumluluğun sınırlandırılması değil, işin gerektirdiği sermayeyi bulabilmek olmuştur. Ayrıca bu dönemin bir diğer özelliği, söz konusu şirketler üzerindeki devlet etkisinin yoğunluğu olup; şirketler, adeta devletin bir uzantısı olarak faaliyet göstermiştir. Bu dönemde, ilgili şirketlerin kuruluşunda geçerli olan sistem, "*ferman (octroi) sistemi*" olarak

¹⁴ Servet Taşdelen, *Piyasa Ekonomisinin Yarış Atları, Anonim Şirketlerin Tarihi Hukuku ve Ekonomisi Üzerine*, (Ankara: ÜPV, 2005), 31; Allen, *Keseden Bankaya*, 16.

isimlendirilmektedir. Buna göre şirketler, devletin bir grup tüccara, belirli bir ülke ya da bölgeyi kapsayan ticaret tekeli vermesi neticesinde kurulmuş; hatta söz konusu tekel, kimi durumlarda, egemenlik haklarını kullanmayı dahi kapsamıştır. Ayrıca faaliyetleri sırasında da şirketler, daima devletin yoğun denetimi altında olmuş; hatta kimi zaman, bizzat devlet tarafından yönlendirilmiştir¹⁵.

Kıta Avrupa'sında 17. yüzyıldan itibaren başlayan kanunlaştırma faaliyetleri içerisinde, 1673 tarihli Kara Ticareti Ordonansı, Kıta Avrupa'sının ilk ticaret kanunu kabul edilmektedir. Bu kanunda kolektif ve komandit olmak üzere iki tür ortaklık yer almasına rağmen, "compagnies royales" ve "societes par actions privees" şeklinde adlandırılan, günümüz anlamdaki anonim şirket benzeri oluşumlara yer verilmemiştir. Nitekim bu oluşumların kralın özel bir emirname çıkarması veya imtiyaz bahşetmesi neticesinde kurulmaları sebebiyle bir özel hukuk kanununda yer almaları düşünülmemiştir¹⁶.

Bir özel hukuk kurumu olarak anonim şirketlerin esas gelişimi ise kapitalist sistemle paralel bir süreçte gerçekleşmiştir¹⁷. Sermayeyi odak

¹⁵ Ferman sisteminin özellikleri ve ilk anonim şirket benzeri oluşumlar hakkında bkz. Joshua Getzler, "Company Law: English Common Law", in *The Oxford International Encyclopedia of Legal History* 2, ed. Stanley N. Katz (Oxford University, 2009), 88; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 6; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 4-5; Taşdelen, *Piyasa Ekonomisinin Yarış Atları*, 31; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku* 2; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 1-2; Adnan Güriz, *Kapitalist İdeoloji*, (Phoenix, 2010), 155-157.

¹⁶ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat, 2019), 5-6, 283; Ayrıca kimi yazarlarca bu şirketlerin başlıca vasfının, hâkim kanaate göre, ortaklarının belirsizliği, yani gizlilik olduğu belirtilerek, ilgili kanunda bu şirketlerin yer almamasının temel nedeni olarak, bu belirsizlik sebebiyle tehlikeli ilan edilmeleri olduğu ifade edilmiştir. Halil Arslanlı, *Kollektif ve Komandit Şirketler, I. Kısım* (İstanbul: İsmail Akgün, 1956), 19-20.

¹⁷ 19.yüzyılın ilk çeyreğinden 1870'lere kadar devam eden "rekabetçi kapitalizm" aşamasında, küçük kişisel işletmeler için gerekli olan sermaye, genellikle şirketlerin kendi kaynakları ile sağlanabilmektedir. Ancak "kapitalizmin en yüksek aşaması, tekeli kapitalizm" olarak tanımlanan ve 1870'lerden itibaren giderek yaygınlaşan "emperyalizm" aşamasında, üretimin yoğunlaşp sermayenin merkezileşmesi neticesinde pazarda tutunabilmek için gerekli olan finansman, kişisel kaynakların sağlayabileceği bir iş olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla bu aşamada, kapitalistlerin sermayelerini ve küçük tasarruf sahiplerinin kaynaklarını bir araya toplayarak daha geniş yatırımlara yönelen anonim şirketlerin ekonomik anlamda taşıdığı önem giderek

noktasına koyan bu sistem, sermayenin korunması ve sürekli olarak kendini çoğaltmasına yarayacak yol ve araçların organize edilmesine hizmet etmektedir¹⁸. Bu ideoloji kapsamında, daha öncesinde var olan şirket yapılanmaları, zamanla sınırlı sorumluluk esası başta olmak üzere çok sayıda pay sahibinden oluşması gibi, sermaye birikimine katkı sunan fonksiyonlarla donatılarak, günümüz anlamında anonim şirketlere dönüşmeye başlamıştır¹⁹.

Sömürgecilik faaliyetleri sırasında görülen ve bu amaca hizmet eden ilk anonim şirket benzeri oluşumlar, aynı zamanda büyük spekülasyon imkanı da yaratmıştır²⁰. Bu dönemde ortaya çıkan çok sayıda sahte şirket ve yaşanan iflaslar neticesinde, halk büyük zarar görmüş; ayrıca bazı hükümet görevlilerinin de bu faaliyetlerde etki ve katkısının bulunduğu ortaya çıkmasıyla patlak veren skandallar, şirketlerin kuruluşları ve faaliyetleri hususunda baskıcı düzenleme ve eğilimlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Kapitalizmin giderek güçlenmesi ve “serbest ticaret” fikirlerinin yaygınlaşması, her ne kadar şirketlerin çoğalmasına yol açmış, özel şirketlere devletin eskiye nazaran müdahalesini azaltmış olsa da²¹, Kıta Avrupa’sında Fransız İhtilali’ne kadar, hatta İhtilal Dönemi boyunca da bir süre, bu ortaklıklara karşı olumsuz ve baskıcı tavır sürmüştür. İlgili süreçte bir özel hukuk ortaklığına dönüşen anonim şirketlerin, Kıta Avrupa’sında ilk kez yer aldığı 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu (Code de Commerce), bu doğrultuda kuruluşlarında “izin/müsaade sistemi”ni benimsemiştir²². Bu sisteme göre şirketin kuruluşu, devletin veya yetkili kılacağı bir makamın iznine bağlıdır. Devletin mutlak takdirinin esas olduğu bu sistemde, şirketin iç ve dış düzenini devlet kendi isteği doğrultusunda tanzim ettirebilmektedir. Şirketin kuruluşu ardından faaliyetleri sırasında da devletin sıkı denetimi söz konusudur²³.

artmıştır. Orhan Kurmuş, *Emperyalizmin Türkiye’ye Girişi* (İstanbul: Yordam Kitap, 2021), 102-103; Şevket Memedali Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri, İkinci Kitap, Şirketler Hukuku* (İstanbul: Duygu, 1950), 29-30.

¹⁸ Immanuel Wallerstein, *Tarihsel Kapitalizm*, çev. Necmiye Alpay (Metis, 2006), 11, 35-36.

¹⁹ Güriz, *Kapitalist İdeoloji*, 155, 159.

²⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, 280.

²¹ Allen, *Keseden Bankaya*, 20-21, 26.

²² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 283.

²³ İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 6-7; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 2-3; İngiltere’de ise yaşanan bu skandallar ve benzeri olaylar, 1720 yılında “Dolandırıcılık Yasası” olarak isimlendirilen bir yasanın çıkarılmasına sebep olmuştur. Bu düzenleme ile hukuki bir

Anonim şirketlerin ekonomik anlamda sağladığı faydalara karşı, 19. yüzyıla kadar, diğer şirket türlerinin, işletmeleri düzenleyen egemen form olma özelliklerini koruduğu görülmektedir. Ancak kapitalist sistemin gelişiminde önemli aşamalardan birini oluşturan Sanayi Devrimi ile birlikte, önem ve etkinlikleri özellikle fark edilen anonim şirketler, siyasi engelleri de giderek aşmaya başlamıştır²⁴. Dolayısıyla anonim şirketlerin kanuni düzenlemelerde yer almaya başladığı bu dönem, aynı zamanda, bu şirketlerin kuruluşlarının serbestleştiği ve kolaylaştığı bir dönemin de başlangıcını teşkil etmiştir. Bu kapsamda Fransa'da 1863 yılında “*normatif sistem/tescil sistemi*” ne geçilmiştir. Ardından 1867 yılında çıkartılan bir kanunla modern anonim ortaklıklar hukukunun temelleri atılmıştır²⁵. Almanya'da ise şirket kurma hürriyeti 1870 yılında tanınmıştır²⁶. Bu sisteme göre, ilgili şirketlerin kuruluşları hususunda devletin mutlak takdir yetkisi söz konusu olmayıp, şirket kanunda belirtilen şartların yerine getirilmesiyle kurulmaktadır²⁷.

yetkiye sahip olmaksızın şirket kurmak ve devredilebilir hisseler dağıtmanın suç teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Joel Bakan, *Şirket, Kâr ve Güç Peşindeki Patolojik Kurum*, çev. Rahmi G. Ögdül, (İstanbul: Ayrıntı, 2007), 16-20; Burada “Dolandırıcılık Yasası” olarak ifade edilen yasa, “Royal Exchange and London Assurance Corporation Act” olup yaygın bilinen adıyla “Bubble Act” dir. Getzler, “Company Law”, 88.

²⁴ Allen, *Keseden Bankaya*, 16-17; Sanayi Devriminin gerçekleştiği ülkelerde su gücü, buhar makinası vb. gibi sanayide büyük ölçekte üretimi artıran teknik buluşların yanında, bütün bunların üst yapısını teşkil eden anonim şirket düzenlemelerinin, bir bütünün gücünü oluşturduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu şirketler sayesinde, sermayeci ile yönetici ayrımının sağlandığı ve böylece profesyonel yöneticilerin, çoğu zaman yönetim becerisinden yoksun sermaye sahipleri ve onların aile fertlerinin yerini alarak, özellikle risk-kâr dengesinin sağlandığı dile getirilmiştir. Haydar Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme*, “*Osmanlı Sanayii Monografisi ve Yorumları*”, (Creative, 1991), 27.

²⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, 283; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 5-6; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 2-3.

²⁶ Güriz, *Kapitalist İdeoloji*, 157.

²⁷ İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 6-7. Bu gelişmeler neticesinde, “Common law” hukukunun geçerli olduğu ülkelere İngiltere’de 1825 yılında “Dolandırıcılık Yasası” iptal edilerek şirketleşmeye yasal izin verilmiştir. Ancak şirket kurmanın kral ya da parlamento kararı ile verilen bir imtiyaz olarak kabulü, İngiltere’de sermaye şirketlerinin ilk kez yer aldığı ve normatif sistemin benimsendiği 1844 tarihli düzenlemeye (“Joint Stock Companies Act”) kadar devam etmiştir. Bakan, *Şirket, Kâr ve Güç*, 20-21; Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 5-6; Getzler, “Company Law”, 90; İngiliz uygulamasını örnek olarak şirket kurulmasında yasama organından izin alınması usulünün benimsendiği Amerika’da da, 1861-1865 iç savaşından sonra şirket kurmanın bir imtiyaz değil, hak olduğu görüşü kabul edilmiştir. Güriz, *Kapitalist İdeoloji*, 157.

Ticaret şirketleri içerisinde özellikle anonim şirketlerin kapitalist ideoloji kapsamında sağladığı etkinlik, Batı'da hukuki bir süje olarak kabul edilmelerine yol açmış olup; bu şirketlerin tüzel kişiliği ise Kıta Avrupası'nda 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren pek çok ülke kanununda değişik tarihlerde açıkça düzenlenmiştir²⁸.

Tüzel kişilik kurumunun nüvesini teşkil eden ortak amaçlar uğrunda birlik oluşturma iradesi, insanlığın yapısı gereği çok eski devirlerden beri var olsa da, 19. yüzyıla kadar bu birliklere hukuk karşısında bir şahsiyet tanıma düşüncesi tam anlamıyla mevcut olmayıp; siyasi iradeyi bunu kabule zorlayacak derecede bir ihtiyaç da doğmamıştır. Dolayısıyla anonim şirketlerin etkinliklerini arttığı bu dönemin, aynı zamanda tüzel kişilik kurumunun ilk kez kanunlarda yer aldığı döneme karşılık geldiği dikkate alındığında, hukuki bir kavram olarak tüzel kişilik kurumunun ortaya çıkması ve kanuni düzenlemelerde yer almaya başlamasının altında yatan ve bunu zorunlu kılan temel sebeplerden birinin, bu şirketleri hukuki zemine oturtma çabası olduğu ifade edilebilir.

II. İSLAM HUKUKU KAPSAMINDA ŞİRKETLERİN TÜZEL KİŞİLİĞİ

Bir toplumda hukukun şekillenmesinde, dini ve örfi birikimlerin az ya da çok etkisi olduğu önemli bir hakikat olmakla birlikte, hukukun bazı temel kavram ve kurumlarının evrensel bir karakter taşıdığı da tarihi bir gerçekliktir²⁹. Batı ile birbirinden farklı gelişim çizgileri takip eden İslam toplumunda da ticari amaç birlikleri olarak şirketler mevcut olmakla birlikte, içinde bulunulan sosyal ve ekonomik şartlar, Batılı anlamda sınırlı sorumlu şirket türlerinin -konumuz özelinde anonim şirketin- ortaya çıkmasına; ayrıca var olan şirket türlerine tüzel kişilik tanınmasına ihtiyaç doğurmamıştır³⁰.

²⁸ HATEMİ ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğinin, ilk kez 1873 yılında bir Belçika Kanunu'nda düzenlenmiş olduğunu aktarmaktadır. M. Vauthier, *Etudes Sur Les Personnes Morales (Bruxelles/Paris, 1887)* 394'den akt. Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1979), 136, dn. 137.

²⁹ Hasan Hayri Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001), 176.

³⁰ Şirket ve cemiyet arasındaki farkları özetlediği makalesinde Filibeli Ahmet Hilmi de, İslam toplumunda şirket konusunun pek gelişmediğini; daha doğrusu ilgili dönemde Avrupa'da mevcut olan şekil ve konumu elde edemediğini ifade etmiştir. Filibeli

İslam hukuku çerçevesinde anonim şirket kurumunun değerlendirilmesinde, İslam hukukunda benimsenen klasik şirket tipleriyle arasındaki temel farklardan birini oluşturan tüzel kişiliklerinin önemli bir dayanak noktası teşkil ettiği görülmektedir. Nitekim genel olarak tüzel kişilik kurumunun İslam hukukuyla bağdaşıp bağdaşmayacağına yönelik, tartışmaların³¹ yanı sıra; ticaret şirketlerinin İslam hukukuna uygunluğu da görüş ayrılıklarına neden olmuştur.

Batı hukuk tarihinde adi ve ticari şirket ayrımı, tacir sıfatına sahip kişilerin ticari işlemlerinin, ticaret hukuku şeklinde ayrı bir hukuk dalı olarak düzenlenmesinden sonra ortaya çıkmıştır. Ancak bu ayrıma yer vermeyen gerek İslam hukuk literatüründe, gerek Mecelle'deki şirketler bahsinde (Mad. 1329-1403), bütün şirket türleri genel akit sistematigi içerisinde

Ahmet Hilmi, "Şirket ve Cemiyet", *Hikmet*, no. 4 (Sene 1, H. 3 Cemaziye'l-evvel 1328/ R. 29 Nisan 1326/ M. 12 Mayıs 1910): 4-5.

³¹ Bir görüş, tüzel kişilik kurumuna ilişkin klasik fıkıh kitaplarında yeterli bilgi bulunmaması veya bu kurumun ayrı bir başlık altında ele alınmamış olmasından yola çıkarak, İslam hukukunun tüzel kişilik mefhumu ile ilgilenmediğini; şirket, cemiyet gibi insan dışındaki çeşitli birliklerin hukuki şahsiyet olarak İslam hukukunda tanınmadıklarını ileri sürmüştür. İlgili görüş için bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku* (Ankara: Turhan, 2002), 76. Buna dayanak olarak ise İslam hukukundaki "zimmet" kavramı ile tüzel kişilik kurumu arasındaki fark gösterilmiştir. Çünkü yaygın ve teknik kullanımında zimmet kavramı, hak ve yükümlülüklerin hukuki kaynağı olduğu gibi, dini ve felsefi kaynağını da teşkil etmekte; modern hukuk alanının dışında kalan, sadece insana özgü ibadet ve bazı dini tasarrufları da kapsamaktadır. Dolayısıyla bu durum, tüzel kişilik olgusunun bu kavramın bir alt türü olarak kabulü önünde ciddi bir engel teşkil etmiştir. Zimmet kavramı hakkında bkz. Eyüp Said Kaya ve Hasan Hacak, "Zimmet", *TDVİA* 44 (2013): 424-428. Buna karşılık diğer görüş ise, klasik İslam hukukunda tüzel kişilik kavramı her ne kadar ayrı ele alınmamış olsa da, işleyiş ve fonksiyonları itibarıyla benzerlik taşıyan müesseselerin (vakıf, beyt'ül-mal vb.) İslam hukukuna tamamen yabancı olmadığını; dolayısıyla tüzel kişiliğin düzenlenmemiş olmasının, İslam hukukunun bu kurumu tanımadığı ya da reddettiği anlamına gelmeyeceğini savunmuştur. Kaldı ki, ihtiyaçlar ve fiilen ortaya çıkan kurumların, sonrasında hukuki düzenlemeleri meydana getirdiği gerçeği karşısında, tüzel kişi benzeri oluşumların mevcudiyetinin, İslam hukukunun bu kurumu engelleyici değil; aksine böyle bir hukuki statüyü kabule elverişliliğini ortaya koyduğu ifade edilmiştir. İlgili hususlar hakkında bkz. Murtaza Köse, "İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik", *EKEV Akademi Dergisi* 1, no. 2 (Mayıs 1998): 226; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İrfan, 1974), 206-210; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *İslam Hukuku* 2, çev. Servet Armağan (İstanbul: Gündönümü, 2006), 1083-1089; Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*, 37-58.

değerlendirilmiştir³². Bununla birlikte, Kur'an ve sünnette, ticari hayatla ilgili çoğunlukla genel ilkeler getirilmiş; ayrıntılı hükümlere sınırlı olarak yer verilmiştir³³. Dolayısıyla İslam hukukunda şirketlere ilişkin olarak benimsenen esas yaklaşım, İslam hukukunun ilahi kaynaklarından (Kur'an ve sünnet) beslenmekle birlikte, büyük oranda İslam toplumlarının sosyal ve ekonomik şartları doğrultusunda içtihadî çalışmalar neticesinde ortaya çıkmıştır³⁴.

Bu çerçevede İslam hukukunun benimsediği şirket türlerinin özellikleri dolayısıyla uzun ömürlü olmayıp ticari ve sınai yaptırımlara elverişli bulunmadığına ilişkin kalıplaşmış bazı kabuller söz konusu olup³⁵; kimi yazarlarca İslami açıdan "iyi" (?) bir toplumu temsil edecek ilişki ve kurumlar için ticari amaçla kurulan şirketlerin, ontolojik olarak tüzel kişiliğe sahip olmalarının İslam ahlakıyla çatıştığı iddia edilmiştir. Ayrıca tüzel kişilik kurumunun, sermaye birikiminin evrensel bir gereklilik olduğu varsayımını temel alan kapitalist iktisadi sistem tarafından, bu gerekliliğe hizmet etmesi amacıyla kavramsallaştırıldığı savunulmuştur. Bu gerekçelere ek olarak İslam ahlakının, ticari ilişkilerde bireylerin gerçek şahıs şeklinde yer almalarını tavsiye ettiği belirtilerek; bu doğrultuda İslam toplumlarında tüzel kişilik kurumunun, iktisadi ve sosyal şartlar sebebiyle değil, İslam ahlakının "ticari amaçlı tüzel kişilik" olgusuna yönelik olumsuz yaklaşımı dolayısıyla ortaya çıkma ihtimalinin hiç olmadığı iddia edilmiştir³⁶.

Bu görüşe karşılık bazı yazarlar ise, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğe sahip olması fikrinin İslami esaslarla çatışmadığını; ayrıca İslam toplumunda Batılı anlamda şirket türlerinin ve tüzel kişilik kurumunun ortaya çıkmamasının, İslam hukukunun sermaye birikimini ve Batılı anlamda şirketleşmeyi engellediği ya da uygun görmediği şeklinde anlaşılamayacağı dile getirilmiştir³⁷. Hatta bazı açılardan Batılı anlamda ticaret şirketleriyle

³² Beşir Gözübenli, "Şirket", *TDVİA* 39 (2010): 200. İslam hukukunda düzenlenen şirket türleri hakkında geniş bilgi için bkz. Osman Şekerci, *İslam Şirketler Hukuku, Emek-Sermaye Şirketi* (İstanbul: Marifet, 1981), 51-56.

³³ Gözübenli, "Şirket", 199.

³⁴ Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", 170.

³⁵ Gözübenli, "Şirket", 200.

³⁶ Harun Şencal, "Ticari İşletmelerin Tüzel Kişiliğe Sahip Olmasının Sonuçları: İslam Ekonomisi Açısından Bir Değerlendirme", *İstanbul İktisat Dergisi* 71, no. 2 (2021): 385,388.

³⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 210-211; Zerkâ, *İslam Hukuku* 2, 1099-1101; Gözübenli, "Şirket", 200.

aralarındaki uyumsuzluğa karşın, İslam hukukundaki bazı şirket türlerinde tüzel kişilik kurumunun temel ilke ve unsurlarını kısmen gözlemlemenin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Nitekim bu konuda en çok dile getirilen “devamlılıklarının bulunmadığı” iddiasına karşılık, İslam hukukunda ikiden fazla kişinin kurmuş olduğu sermaye şirketinin, ortaklardan birinin ölümüyle sona ermeyip diğer ortaklar arasında devam etmesi hususu örnek gösterilerek, tüm şirket türleri için bu iddianın pek de yerinde olmadığı ifade edilmiştir³⁸

Dolayısıyla günümüz ticari ilişkilerinde tüzel kişiliğe sahip bir sermaye şirketi olarak vazgeçilmez araçlardan birini teşkil eden anonim şirketler için de, şekli olarak böyle bir şirket uygulamasının geçmişte bilinmemesi gerekçe gösterilerek karşı çıkmanın doğru olmadığı çoğunlukla savunulmuştur. Ancak bununla birlikte, günümüz gerçeği kabul edilerek sakıncalarını değerlendirmeden ve bir uyum süreci gözetmeden benimsemenin de doğru olmadığı, ayrıca dile getirilmiştir³⁹.

Fakat burada belirtmek gerekir ki, gerek genel olarak tüzel kişilik kurumunun, gerek ticaret şirketleri ve anonim şirketlerinin tüzel kişiliğinin İslam hukukuyla bağdaşır bağdaşmadığı hususunun Osmanlı Devleti'nde pek irdelenmediği görülmektedir. Nitekim İslam hukukunda tüzel kişilik kurumunu doğrudan tartışmaya açan ilk kişinin, 1914 yılında Seyyid Haşim Bey olduğu ifade edilmiştir⁴⁰. Seyyid Haşim Bey makalesinin girişinde, İslam hukukunda “hükmi şahsiyet nazariyesinin” olup olmadığını inceleneyeceğini ifade etmiş ve öncelikle hak kavramına şeriatın nasıl yaklaştığını irdelenmek gerektiğini belirtmiştir. Ancak makalede, İslam hukuku kapsamında konunun ele alınmasından ziyade, daha çok 19. yüzyılda yoğun olarak tartışılan tüzel kişiliğin hukuki niteliğine ilişkin teoriler değerlendirilmiştir. Neticede yazar, hak süjesi olarak tüzel kişilik meselesine olumsuz yaklaşmakla birlikte, benimsediği görüşü açıkça ifade etmemiş; konuyla ilgili kanaati, makalenin sonunda “*acaba İslam'da hangi mahiyeti haizdir?*” sorusu ile okuyuculara

³⁸ M. Macit Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku* (Ankara: Lotus, 2005), 98, 143-144.

³⁹ Osman Şekerci, “İslam Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirketleri” *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, 25-29 Eylül 1996, ed. Mehmet Bayyigit (Konya: Kombad, 1997), 99-102; Çırak, “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)”, 169-172, 176-177.

⁴⁰ Yusuf Balta, “Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik”, *Amasya İlahiyat Dergisi*, no. 17, (2021): 485.

bırakmıştır⁴¹. Dolayısıyla bu konulara ilişkin görüşler, ağırlıklı olarak sonraki dönemlerde tartışma konusuna dönüşmüştür.

III. OSMANLI DEVLETİ'NDE ANONİM ŞİRKETLER

Genel Olarak Batı Ticaret Hukukunun Benimsenmesinde Anonim Şirketlerin Etkisi

Pek çok yönden köklü dönüşümlere sahne olan ve bu sebeple hukuk tarihi açısından önemli bir süreci teşkil eden 19. yüzyıl, Osmanlı Devleti bakımından ekonomik ve hukuki anlamda Batı'ya yönelişin başlangıcını oluşturmuştur. Bu yönelişte içsel/yapısal sebeplerin yanı sıra, özellikle yabancı devletlerin değişen uluslararası şartlar çerçevesinde kendi ekonomik ve siyasi çıkarlarını gerçekleştirmek üzere yaptığı baskılar önemli yer tutmaktadır. Bu anlamda, ilki İngiltere ile imzalanan ve bir simge durumuna gelen 1838 Balta Limanı Ticaret Antlaşması olmak üzere, çok sayıda Avrupalı Devlet ile gerçekleştirilen ticaret antlaşmaları neticesinde sağlanan “serbest ticaret” düzeni, devletin Batı kaynaklı bir ekonomik düzene, kapitalizme açılmasını sağlamış; Osmanlı'nın geleneksel ekonomik ve hukuki yapısında köklü değişimlere sebep olarak liberalleşme ve modernleşme için uygun zemini hazırlamıştır⁴².

Tanzimat Fermanı, liberal ilkelere uygun, yeni bir ekonomik anlayışın doğuşunu simgelemekle birlikte⁴³, Batı'ya yönelişi geri dönüşü olmaksızın başlatan ilk resmi belge niteliğindedir⁴⁴. Bu dönemde Osmanlı Devleti, pek çok hukuki reform ve kanunlaştırma faaliyeti içine girmiştir. Batı'daki örneklerinden çok farklı dinamiklerle ortaya çıkan bu kanunlaştırma faaliyetlerinde, diğer sebeplerin yanı sıra konumuz açısından, ülkede yeni oluşan ekonomik yapının kendisiyle uyum sağlayacak bir hukuki düzene

⁴¹ İlgili değerlendirme için bkz. Seyyid Haşim Bey, “İslam Hukuku - Hükmi Şahsiyet 1”, *İslam Mecmuası*, no. 4 (H. 28 Rebiü'lâhir 1332/ R.13 Mart 1330/ M. 26 Mart 1914): 101-104; “İslam Hukuku - Hükmi Şahsiyet 2”, *İslam Mecmuası*, no. 5, (H. 13 Cemaziye'l-evvel 1332/ R. 27 Mart 1330/ M. 9 Nisan 1914): 130-133.

⁴² Şevket Pamuk, *100 Soruda Osmanlı - Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914* (İstanbul: Gerçek, 1999), 151, 153, 163-164.

⁴³ Ahmet Güner Sayar, *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*, (İstanbul: Der, 1986), 239-241, 248.

⁴⁴ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1996), 215-216.

ihtiyaç duyması ve bu doğrultuda yabancı devletlerin etki ve baskıları önem taşımaktadır⁴⁵.

1850 yılında ilan edilen Ticaret Kanunu⁴⁶, özel hukuk alanında ilk resepsiyon hareketi olup, şer'î hukuk dışında bir hukuk ve yargı sistemini ülkeye sokması dolayısıyla bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Dolayısıyla çeşitli tarihlerde gerçekleştirilen kısmi değişikliklerle birlikte Cumhuriyet Dönemi'ne kadar yürürlükte kalan bu kanun, Tanzimat Dönemi kanunları arasında önemli bir yere sahiptir⁴⁷. 19. yüzyılın başından itibaren, gerek gelişen ve çeşitlenen ticari ilişkilerin ağırlıklı olarak Avrupa ticari örf ve adetlerine uygun yürütülmesi, gerek meydana gelen uyuşmazlıkları yine bu çerçevede çözüme kavuşturacak çeşitli komisyon ve meclislerin oluşturulması, Batı hukukundan yararlanmaya kaçınılmaz olarak ticaret hukuku alanından başlanması sonucunu doğurmuştur. Ardından Islahat Fermanı'nın yabancı sermayeyi açıkça destekleyen yaklaşımı neticesinde, sayıları ve faaliyet alanları giderek genişleyen şirketler, önemli bir etkinlik sağlamıştır. Bu durum, Tanzimat Dönemi boyunca ticaret hukuku alanının, maddi hukuk, usul hukuku ve yargı örgütü boyutlarıyla Batı hukukundan yararlanmak suretiyle kapsamlı olarak ele alınmasına neden olmuştur⁴⁸.

Bu şartlar altında, anonim şirketler, yabancı sermayenin Osmanlı ekonomisine nüfuz etmesinde son derece önemli bir araç olarak ortaya çıkmıştır⁴⁹. Osmanlı Devleti'nde, 19. yüzyılın son çeyreğine kadar devam eden ve "ticaret kapitalizmi" olarak adlandırılan dönemde, liberal fikirlerin ve serbest ticaretin yol açtığı, özellikle yabancı sermayeli şirketler arasındaki rekabet ortamı, bu dönemin ardından gözlemlenen "emperyalizm" (tekelci kapitalizm) aşamasında, daha büyük sermayelere sahip şirketler arasına kayarak güçlenmiştir⁵⁰.

⁴⁵ Osmanlı Devleti'nde bu dönemdeki kanunlaştırma faaliyetlerinin sebepleri hakkında bkz. H. Veldet Velidedeoğlu, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I - Yüzcüncü Yıl Dönümü Münasebetiyle* (İstanbul, Maarif, 1940): 165-168.

⁴⁶ "Kanunname-ı Ticaret", (H. 18 Ramazan 1266/ R.16 Temmuz 1266/ M. 28 Temmuz 1850), *Düstur*, I. Tertip, C. 1, 375-445.

⁴⁷ Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, 155.

⁴⁸ Seda Örsten Esirgen, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı)*, no. 62-63 (2019/ 1-2): 448, 450.

⁴⁹ Murat Koraltürk, "Osmanlı Devleti'nde Şirketleşme, İlk Anonim Şirket ve Borsanın Kuruluşu", *Osmanlı III*, ed. Güler Eren (Yeni Türkiye,1999), 444.

⁵⁰ Kurmuş, *Emperyalizmin Türkiye'ye Girişi*, 104-105, 130-131.

Diğer taraftan, emperyalist güçler, girdiği ülkelerde üretken güçleri geliştirmekle birlikte, bu gelişim, ancak emperyalist ülkelerin çıkarları neyi gerektiriyorsa o yönde meydana gelmiştir. I. Dünya Savaşı'na kadar, önce İngiltere, sonra Almanya gibi iki emperyalist ülkenin etki alanında bulunan Osmanlı Devleti'nin, bu dönemdeki sosyo-ekonomik gelişiminde de tüm sömürge ve bağımlı ülkelerin kapitalist gelişmelerinin karakteristik özelliklerini izlemek mümkündür. Nitekim kabul edilen hukuki düzenlemeler, ancak birikimin ve sanayileşmenin gerçekleşmiş olduğu ülkelerde uygulanabilir nitelikte olup, sonuçta mevzuat, emperyalist yabancı devletlerin ve sermayelerinin çıkarlarını korumaya yardım olmaktan öteye gidememiş; bu tek yanlı gelişim süreci, sermaye ihracı ile daha da belirginleşmiştir⁵¹. Bu durumun önemli göstergelerinden birini ise, ülkedeki yabancı şirketlerin ve bunlar içerisinde de özellikle anonim şirketlerin, sayı ve etkinliklerinin giderek artması oluşturmuştur.

Özellikle Türk-Müslüman tebaa olmak üzere Osmanlılar ise, Ticaret Kanunu'nun kabulüyle Batılı anlamda şirketleşmenin hukuki dayanağı sağlanmış olsa da, çeşitli yapısal ve çevresel sebepler dolayısıyla bu anlamında önemli bir etkinlik sağlayamamıştır. Dönemin çeşitli gazete ve dergilerinde yayınlanan yazılarda da söz konusu durumun sebeplerinin ortaya konulmaya çalışıldığı görülmektedir. Bazı yazarlar bu durumu, Osmanlı tüccarının vasıf ve karakterine bağlarken⁵²; bazıları ise asıl meselenin sermaye eksikliği olduğunu savunmuştur. Ayrıca halkın faaliyet alanının tarım olması ve sürekli devam eden savaşların ticaret ve sanayiyle uğraşmaya fırsat ve imkân bırakmadığı gibi, halkta bu yönde bir ihtiyacın da hissedilmediği ifade edilmiştir. Kaldı ki, bu uğraşların teknik bilgi gerektirmesine rağmen, eğitim sisteminin son derece bozulmuş ve yetersiz olduğu; ayrıca devlet sisteminde her yere sirayet eden bozulma dolayısıyla adalet sisteminin kifayetsizliği ve

⁵¹ Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme*, 18-19; Kurmuş, *Emperyalizmin Türkiye'ye Girişi*, 288, 302-303.

⁵² Vahan Efendi tarafından bu doğrultuda ileri sürülen sebepler üç madde halinde şu şekilde özetlenebilir: Birincisi, halkın kanaatkârlığı, ihtiyaçtan fazlasına yönelmenin uygunsuz bulunup hoş karşılanmaması. İkincisi, tüccarın çoğunluğunun gerekli vasıflara, bilgi ve tecrübeye sahip olmaması ve bu durumun, ticaretin gelişmesi için gayret göstermelerine de bir engel teşkil etmesi. Üçüncüsü ise sarraf, sanayici ve tüccarın çoğunluğunun alışık olduğu adetleri terk etmemeleri, gelenekçi yaklaşımlarıdır. Dolayısıyla bu konuda bazı ıslahatlar düşünülse bile gerçekleştirmeye cesaret edilemediği; neticede bu sebebin bile ticaretin gelişmemesine yeterli bir sebep olduğu ifade edilmiştir. Vahan, "Fevid-i Şirket", 345-349.

bu sisteme duyulan güvensizlik de ayrıca dile getirilmiştir⁵³. Bir diğer sebep olarak ise istibdat rejimi gösterilmiştir. Nitekim bu dönemde, siyasi anlamda tehdit oluşturabilecekleri endişesiyle ticari dahi olsa birliklere olumsuz yaklaşıldığı; var olan yurt dışına çıkış ve seyahat engellerinin ticaret ve sanayi faaliyetlerini imkânsız kıldığı ifade edilmiştir⁵⁴.

Söz konusu sebepler dolayısıyla Ticaret Kanunu'nun özellikle anonim şirketlere ilişkin maddeleri, Müslüman-Türk unsurlar tarafından yarım asır boyunca çok az uygulanabilmiştir⁵⁵. II. Meşrutiyet'in ilanının hemen ardından her alanda görülen özgürlük fikirleri, ekonomik anlamda her ne kadar girişim özgürlüğüne fırsat verse de, loncaların kaldırılışı, ancak örgütsel dayanışmayla varlığını sürdürebilen küçük üretici Müslüman esnafa büyük darbe indirmiştir. Ayrıca iktisat konusundaki görüşler de, ilk kez kamuoyunda ciddi şekilde tartışılmaya başlanmış olup, serbest-i ticaret (iktisadi liberalizm) ve himayecilik (korumacılık) ekseninde dile getirilmiştir. İttihat ve Terakki iktidarı ilk başlarda, özgürlük söylemlerinin etkisiyle iktisadi anlamda liberal görüşleri teorik olarak benimsemiş olsa da, Osmanlı'nın karşılaştığı sorunlar, her geçen gün liberal anlayışı törpülemiş; özellikle Balkan Harbi ile başlayan ve I. Dünya Savaşı ile devam eden süreçte, toprak kayıpları, savaşın finansmanı sorunu ve bunların doğurduğu yabancılara karşı husumet, giderek siyaseti belirlemiştir. Bu şartlar altında "Türk Milliyetçiliği", özellikle iktisadi liberalizme bir tepki olarak doğmuş; sermaye birikimine çözüm bulunmadan sorunların çözülemeyeceği anlaşılmıştır. Bu sebeple devletin iktisadi alana belirli oranlarda katılması gerekliliği benimsenmiş, "milli iktisat" görüşü giderek ağırlık kazanmıştır⁵⁶.

Dolayısıyla küçük ve dağınık sermayelerin toplanmasına imkân tanınması dolayısıyla anonim şirketler, Osmanlı Devleti'nin yabancı şirketlerle mücadele edebilmek amacıyla, milli amaçlar çerçevesinde teşvik ettiği bir yapıyı da teşkil etmiştir. Ancak kurulan şirketler, sınırlı koruma çabalarına rağmen devletin sonuna kadar önemli bir etkinlik sağlayamamıştır.

⁵³ Reşad Sami, "Şirketler ve Faideleri", *OZTG*, no. 18 (Sene 2, R. 31 Ağustos 1324/ M. 13 Eylül 1908): 285-288.

⁵⁴ "Anonim Şirketler", *OZTG*, no.19 (Sene 2, 1324): 302-304; Reşad Sami, "Şirketler ve Faideleri", 285-288.

⁵⁵ Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme*, 39, 72; Zafer Toprak, *Türkiye'de Milli İktisat 1098-1918* (İstanbul: Doğan Kitap, 2017), 135-136

⁵⁶ Toprak, *Türkiye'de Milli İktisat*, 86-95, 152-160; Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle*, 143.

A. 1850 Tarihli Ticaret Kanunu'nda ve Osmanlı Hukuk Literatüründe Anonim Şirketler

1. Genel Olarak Ticaret Şirketleri ve Bu Şirketlerin Tüzel Kişiliği

Kaynağı olan 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nda (Code de Commerce) olduğu gibi, 1850 tarihli Ticaret Kanunu'nun şirketlere ilişkin III. Faslında da, kolektif, komandit (sipariş tarikiyle şirket) ve anonim olmak üzere üç tür ticaret şirketi kabul edilmiştir. Bunların haricinde ticaret şirketi olmamakla birlikte, “şirket-i hususuiye”, “şirket-i muvakkate” ya da Kanun'daki ifadeyle “hissedarlık vechle şirket” yer almıştır. Ancak burada yer alan şirketlere ilişkin hükümler, son derece sınırlı ve yetersiz olup, şirket türleri tanımlanarak sadece temel özellikleri belirtilmekle yetinilmiştir⁵⁷.

Osmanlı literatürde ticaret şirketi, iki ya da daha fazla kişinin, kâr elde etmek amacıyla sermayelerini birleştirmeleri ve bazı ticari işlemleri gerçekleştirmek üzere kurmuş oldukları akit olarak tanımlanmış; Ticaret Kanunu'nun şirketlere ilişkin hükümlerinin ticaret şirketlerine dair olduğu ifade edilmiştir. Nitekim ticaret şirketlerini adi şirketlerden ayıran hususun, tarafların sıfatı ve hukuki işlemin niteliği olduğu; genel olarak tacirlerin, ticari işlemler gerçekleştirmek üzere kurmuş olduğu şirketlerin ticaret şirketi sayıldığı belirtilmiştir⁵⁸. Bu şirketlerinin taşınması gereken özellikler ise maddeler halinde şu şekilde sayılmıştır: 1. Şerikler arasında bir sözleşme bulunmalıdır. 2. Şeriklerden her biri belirli bir sermaye ortaya koymalıdır. 3. Şirket, ortaya çıkacak kârı paylaşmak üzere kurulmalıdır. 4. Şeriklerin tamamı, kâr ve zarara belirli oranlarda katılmalıdır. 5. Şirketin amacı kanuna ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır⁵⁹.

⁵⁷ 5 Kanun-u sani 1340 tarihinde yayımlanan bir kanun ile kooperatif şirketler de ticaret şirketleri arasında sayılmıştır. Ali Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri, "Ottoman Securities"* (İstanbul: Türkiye Ekonomi Bankası A.Ş., 2001), 22; Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle*, 88; Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, (1329), 160; Kanunda şirketlere ilişkin hükümlerin yetersiz düzenlenmesinin sebebi olarak bazı yazarlar büyük oranda, şirket halinde ticari faaliyet göstermenin, yani birden fazla kişinin bir araya gelerek toplu bir çalışma gösterme şeklinin, ticaret hayatında bir yenilik teşkil etmesi olduğunu ifade etmiştir. *Kanunname-i Ticaret ve Zeyleri*, Yeni Harflere çev. Fikri Gürzumar ve Tekin Gürzumar (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güzel İstanbul Matbaası, 1962), 5.

⁵⁸ Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, (1905), 81-89.

⁵⁹ Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 171-179; Nezaret Hilmi, *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, (1303), 39-42; Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, 81-89.

Fransız Ticaret Kanunu'nda var olan eksikliklerin Fransız Medeni Kanunu ile doldurulması amaçlanmış olmakla birlikte, Osmanlı Devleti'nin ilgili dönemde bir medeni kanunu bulunmamaktadır. Dolayısıyla oluşan boşlukların giderilmesi adına, Ticaret Kanunu ile birlikte Fransız Medeni Kanunu'nun da resepsiyon yoluyla kabulü gündeme gelmiştir. Ancak bu fikir, söz konusu dönemde yeterli kuvveti bulamamış ve boşluk Mecelle (1868-1876) ile doldurulmaya çalışılmıştır⁶⁰. Bu anlamda Mecelle ile Ticaret Kanunu arasında bir genel kanun-özel kanun ilişkisi kurulmuştur. Buna göre, ticaret şirketleriyle ilişkili hususlarda öncelikle Ticaret Kanunu'na; burada hüküm bulunmayan hallerde ise Mecelle'ye başvurulması gerektiği kabul edilmiştir⁶¹.

Bu konuda literatürde özellikle, Batı hukukunun hâkim olduğu kanunlar ile Mecelle hükümlerinin birbirinden çok farklı ve zıt oldukları belirtilmiş; söz konusu farklılıkları ortaya koyan en önemli alanlardan birinin de şirketler konusu olduğu ifade edilmiştir. Fransız hukukunda, ticaret şirketleriyle adi ortaklıklar tamamen birbirinden ayrılmış olmasına rağmen Mecelle'de yer alan şirketler bahsinde (10. Kitap), adi şirketlerle ticari amaçlı şirketlerin (şirket-i akd) birlikte ele alındığı; dolayısıyla kapsamının daha geniş olduğu dile getirilmiştir⁶². Ayrıca kimi yazarlarca, Avrupa hukukuna kıyasla Mecelle'de şirketlere ilişkin benimsenen tasnifler (mufavaza-ınan şirketi, emval-amal-vücut şirketi vb), anlamsız ve gereksiz bulunmuştur. Bunun yanı sıra, şirketlerin kâr ve zararı paylaşımı, sermaye miktarı ve cinsi, şirketin sona ermesi, şirketler arasındaki ilişkiler vb. hususlarda da genel olarak Mecelle'de yer alan hükümlerin, ekonomik ve sosyal hayatın gerekleriyle uyuşmadığı, katı, anlaşılmaz, kimi zaman çelişkili ve karmaşık olduğu; dolayısıyla ekonomik ve ticari gelişim önünde ciddi engel teşkil ettiği ifade edilmiştir⁶³.

⁶⁰ Toprak, Türkiye'de Milli İktisat, s. 131, 133-134; Mecelle'nin hazırlanması sürecinde Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) iktibasına ilişkin görüşlerinin değerlendirilmesi konusunda geniş bilgi için bkz. Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?", *OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi)*, no.29 (2011), 31-47.

⁶¹ Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 158-160; Nezaret Hilmi, ticaret şirketleri konusunda öncelikle şirketler arasında akdedilen sözleşmeye, ikinci olarak Ticaret Kanunu'na, üçüncü olarak Mecelle'ye ve son olarak ticari teamüle müracaat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Nezaret Hilmi, *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, s. 45.

⁶² Mehmed Celâl, "Ticaret Şirketleri", *Hukuk Mecmuası* 1, no. 2 (Sene 1, 1331): 110-111; A. Zihni, "Kitab-üş Şirket", *Muhammat*, no.18 (Sene 2, 1339): 554-556.

⁶³ Yazarın ilgili durumu, daha önce hâkimlik yapmış olan bir şahsın "*Mecelle'nin şirket hakkındaki maddeleri o kadar ihtiyacı zamane uymaz şeylerdir ki bu kadar uzun*

Ticaret Kanunu'nun şirketlere ilişkin hükümlerinin yetersizliği bir yana, bu boşluğun şer'i esaslara dayanan Mecelle ile doldurulmaya çalışılması, uygulamada kimi sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuş; ilgili durum, Ticaret Kanunu'nun da tartışılmasına yol açmıştır. Tartışılan konulardan birini de, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği hususunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması teşkil etmiştir. Fransız Ticaret Kanunu'nda da ticaret şirketlerinin tüzel kişi olduklarına ilişkin açık bir kural yer almamış; bu kavram içtihatlarla Fransız hukukuna yerleşmiştir. Bu kanunu aynen kabul etmesi dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde de ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğinden bahsedilmemiştir. Ancak Osmanlı literatüründe, Fransız kaynaklarının etkisiyle ticaret şirketleri, bir "hukuki/hükmi şahsiyet", "manevi şahsiyet" olarak ifade edilmiş ve bu doğrultuda değerlendirilmiştir⁶⁴.

Söz konusu değerlendirme, özellikle Mecelle'de düzenlenen şirketlerle ticaret şirketleri arasındaki farklar sayılırken ortaya konulmuş; bu anlamda Ticaret Kanunu'nda yer alan ticaret şirketleri bir tüzel kişi iken, Mecelle'de düzenlenen şirketlerin tüzel kişiliği olmadığı belirtilmiştir.

Genel olarak tüzel kişilik kurumunu ele aldığı makalesinde Şevket Mehmed Ali, bu kurumun hukuki niteliğine ilişkin iki hususun ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Bunlardan birincisi, yazarın "*şahsiyet-i hukukiyenin evsaf-ı mümeyyizesi*" şeklinde ifade ettiği, tüzel kişiliğin unsurları ve hukuki ehliyetinin başlangıcı; ikincisi ise tüzel kişiliğin çeşitleridir. Yazarın tüzel kişiliğin unsurlarını dört madde olarak şu şekilde sıraladığı görülmektedir: 1. Birlik oluşturma iradesi 2. Kendisini oluşturanlardan ayrı bir varlık/shahsiyet teşkil etmesi ve bunun sonucunda devamlılık sağlanması 3. Ortak bir amacın mevcudiyeti 4. Ortaya çıkan birliğin kuruluşunun hükümete/devlete bildirilmesi. Esasen son unsurun, birliğin kuruluşu ardından hüküm ve sonuç doğurmaya başlayabilmesi, yani hukuki ehliyete sahip olabilmesi bakımından gerekli ve zorunlu olup, kuruluşu bağlı şekli bir şart niteliğinde olduğu ifade edilmiştir⁶⁵. Dolayısıyla yazarın burada, günümüzde bir birliğin tüzel kişi sayılabilmesi için gerekli unsurlardan biri,

hâkimlik hayatımda bir gün davaya rast gelmedim ki orada bu maddeler ahkâmınca amel etmiş olalım." şeklindeki sözleri ile desteklemeye çalıştığı görülmektedir. Yazarın konuya ilişkin tüm görüş ve değerlendirmeleri için bkz. A. Zihni, "Kitab-üş Şirket", *Muhammat* (Sene 2, 1339), no.18: 554-557; no.19: 593-596; no.20: 623-625.

⁶⁴ Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 22, 36-37; Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle*, s.97-98; Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, s. 77-78.

⁶⁵ Şevket Mehmed Ali, "Şahsiyet-i Hukukiye Meselesi", 761-762, 765.

belki de en önemlisi olan, tüzel kişiliğin hukuk düzenince tayin ve tespitini ifade etmeye çalıştığı düşünülebilir.

Yazar tarafından ele alınan diğer husus ise tüzel kişiliğin çeşitleridir. Burada da kamu ve özel hukuk tüzel kişi ayrımının yanı sıra, özel hukuk bakımından medeni hukuk birlikleri ve ticaret şirketleri ayrımının yapıldığına dikkat çekilmiştir. Hatta ticaret şirketleri içinde de kolektif ve komandit şirket türleriyle anonim şirket türü arasında dahi kimi hukuk sistemlerinde ayırım yapıldığı ifade edilmiştir. Osmanlı mevzuatında ise Mecelle ile Ticaret Kanunu kıyaslanarak özetle, Mecelle'de Ticaret Kanunu'nun aksine şirketlere şeriklerinkinden ayrı bir şahsiyet tanıma iradesinin kabul edilmediği belirtilmiştir⁶⁶.

Şirketlerin tüzel kişiliği kavramının ne anlam ifade ettiğini ise Mehmed Celeleddin şu şekilde dile getirmiştir: “*şahsiyet-i maneviye demek o şirketin şürekânın şahsiyet-i müteşahhisesinden (person physique) mada manevi bir şahsiyeti (person moral) olması ve bu şahsiyet-i maneviyenin şürekânın şahıslarına ait hukuk ve vezaiî bulunmasıdır. İşte bu şahsiyet-i maneviye kaidesi icabından olarak şürekâ şirkete karşı ecnebi hükmünde olduğu gibi müdiran-ı şirket dahi şürekânın değil, belki şirketin vekilleri ad ve itibar olunur. Şirketin fesih ve infisahıyla tasfiye-i muamelatı icra ve her bir şerikin hukuku tayin edilinceye kadar sermaye-i şirket tamamen şirkete ait olup şürekânın onda alakası bulunmadığından bunların muamelat ve dâiyûnat-ı şahsiyelerinden dolayı dâyinleri şirkete müracaat ve şirketi hasım ittihaz edemezler... Hâsıl-ı kelam şerik başka şirket başka olduğundan şerik hakkında varid olan şey şirket hakkında varid olmaz⁶⁷.*”

Ayrıca Mecelle'deki şirketlerin aksine, Ticaret Kanunu'nda yer alan ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğinin göstergeleri olarak, özellikle üç hususa değinildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, şirketin şeriklerinkinden ayrı, kendisine ait sermayesinin varlığıdır. İkincisi, şirket işlerinden dolayı üçüncü kişilerle bir uyumsuzluğun meydana gelmesi halinde, şerikler mahkemede

⁶⁶ Mecelle'de yer alan şirketlerden şirket-i mülkte, her bir şerikin hissesi diğerinin elinde emanet hükmünde (mad.1807); şirket-i akdde ise şeriklerden her birinin alıp satmakta ve başkasından ücretle iş kabul etmekte diğerinin vekili konumunda olduğu belirtilmiştir. (mad.1333) Şevket Mehmed Ali, “Şahsiyet-i Hukukiye Meselesi”, 763.

⁶⁷ Mehmed Celeleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 167-168; İlgili durumu Nezaret Hilmi ise şöyle ifade etmiştir: “...adi şirket azası umur-u şirkette bile şahsiyet-i müstakilesini muhafaza ettiği halde ticaret şirketlerinin hissedaranı mesalih-i şirkette bir vücud-u manevi itibar olunur.” Nezaret Hilmi, *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, 45.

şahsen sorumlu olmayıp, şirket tüzel kişiliğini temsilen sadece müdürün hasım olarak bulunabilmesidir. Sonucusu ise gerek mahkemede gerek diğer resmi işlerde, tebligatların şirket ikametgâhına yapılması gerekliliğidir⁶⁸.

Mecelle'deki şirket türleriyle yapılan kıyaslamanın yanı sıra, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği hususunun literatürde, Ticaret Kanunu'nun 36. ve devamı maddelerinde, "hissedarlık vechle şirket" şeklinde ifade edilen ve ticaret şirketlerinden ayrı olarak düzenlenen özel bir şirket türüyle kıyaslanmak suretiyle dile getirildiği de görülmektedir. Nitekim bu şirket türünün, sadece belirli bir ticari işin görülmesi amacıyla, tacirler tarafından geçici olarak meydana getirildiği, kendisine ait bir sermayesi olmadığı ve ticaret şirketleri için öngörülen kayıt ve şartlara tâbi olmadığı belirtilerek, onların aksine tüzel kişiliklerinin bulunmadığı ifade edilmiştir⁶⁹.

Diğer taraftan, büyük ekonomik teşebbüslerin gerçekleşmesine imkân vererek sayısız fayda sağlamış olan ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği hususu Osmanlı hukuk literatüründe benimsenmiş olsa da, bu konuya ilişkin birçok meselenin henüz halledilmemiş olmasının bu kurumun gereği gibi işlemesine engel olduğu ifade edilmiştir. Bu meselelerden birini ise ticaret şirketlerinin

⁶⁸ Sayılan bu hususların yanı sıra Mecelle'de düzenlenen şirketler ile ticaret şirketleri arasındaki diğer farklılıklar şu şekilde sayılmıştır: 1. Tacirler tarafından bir ticari amaçlar için kurulan şirketler ticari şirket addedilip Ticaret Kanunu'na tabidir; ancak bunun dışındaki şirketler adi şirket olup Mecelle hükümlerine tâbidir. 2. Şirket borçlarının ödenmesinde aceze düşülmesi halinde, ticaret şirketleri Ticaret Kanunu'ndaki iflas hükümlerine tabi iken; adi şirketler Mecelle'deki hacr hükümlerine tabidir. 3. Adi şirketler Mecelle'de yer alan zamanaşımına tâbi iken, ticaret şirketleri Ticaret Kanunu'nda düzenlenen zamanaşımına tâbidir. 4. Ticaret şirketlerinin kuruluşu için kanunen bazı merasim ve şartların yerine getirilmesi gerekli görülmüş iken, adi şirketlerde bu tarz merasimler söz konusu değildir. 5. Adi şirketlere ilişkin bir uyuşmazlığın yargı merci hukuk/şer'iyye mahkemeleri iken; ticaret şirketlerinde eğer uyuşmazlık, şirket ile bir üçüncü kişi arasındaysa yargılama merci ticaret mahkemeleridir. Ancak şirket ortakları arasında, şirket işleri dolayısıyla ortaya çıkan bir uyuşmazlık söz konusu ise öncelikle tayin edilecek hakemler uyuşmazlık hakkında karar verecek, ardından ilgili karar, ticaret mahkemesince onaylanacaktır. Nezaret Hilmi, *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, 45; Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, 91; Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 167-168.

⁶⁹ Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, 93; Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle*, s.95-96; Ayrıca ticaret komisyonunca hazırlanan 1907 tarihli layihada da "hususî şirket" olarak ifade edilen bu şirketler dışındaki ticari şirketlerinin "şahsiyet-i maneviye" sahibi olduğu ifade edilmiştir. *Ticaret-i Berriye Kanunu ve Esbâb-ı Mucibe Layihaları*, s. 7.

taşınmaz mal edinmemesi oluşturmaktadır. Nitekim Ticaret Kanunu'nda şirket sermayesinin nelerden oluşabileceğine ilişkin bir kurala yer verilmemiş olup, bu konuda genel kanun olan Mecelle'ye müracaat edilmesi gerekmektedir. Ancak bayi' (satıcı) ve müşterinin belirli olması kuralı karşısında, bir hukuki kişilik olarak kabul edilmeyen şirketlerin taşınmaz edinmeleri, Mecelle hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin bu haktan mahrumiyetinin, ülkenin iktisadi gelişimi önünde ciddi engel teşkil ettiğini belirten Mehmed Cavid, çağın iktisadi şartları altında, bu hususun yeniden düzenlenerek ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmelerine izin verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu sayede sanayi ve ticaretin gelişimine hizmet edilmesinin yanı sıra, muvazaa yoluyla gerçekleştirilmek zorunda kalınan işlemlerin de önüne geçilmiş olunacağı belirtilmiştir. Ayrıca yazar burada, sadece ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesine ilişkin hükümetçe kabul edilen bir karardan söz etmiştir. Bu kararın, gelecekte ekonomik ve toplumsal hayat bakımından taşıdığı önem dolayısıyla takdire şayan olduğunu ifade eden yazar, ilgili kararın Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan tarafından da kabul edilerek onaylanacağından şüphe etmediğini ifade etmiştir⁷⁰.

Özellikle II. Meşrutiyet Dönemi'nden sonra, şirketlerin açıkça tüzel kişi olarak tanınması ve bu tüzel kişilikle emlak ve gayrimenkule tasarruflarına izin verilmesi tartışmaları gündeme gelmiştir. Söz konusu tartışmalar neticesinde 1913 yılında kabul edilen “*Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-u Muvakkat*”⁷¹ ile resmi daireler, belediyeler, cemiyetler, sanayi ve inşaat şirketleriyle birlikte ticaret şirketleri, Osmanlı mevzuatında ilk kez açıkça tüzel kişi olarak ifade edilmiş; bu şirketlere taşınmaz mal edinme ve bunu tasarruf etme yetkisi tanınmıştır⁷². İlgili Kanun'un “Esbab-ı Mucibe Layihası”nda, bütün devletlerin çeşitli özel kanun ve düzenlemelerle tüzel kişilerin taşınmaz edinmesine bazı kayıt ve şartlar çerçevesinde izin verdiği ifade edilmiştir. Osmanlı Devleti'nde de bu

⁷⁰ Mehmed Cavid, “Mebahis-i İktisadiye: Şirketlerin Hakk-ı Tasarrufu: Şahsiyet-i Maneviyye”, *Musavver Muhit* 1, no.6 (R. 17 Teşrin-i Sani 1324/ M. 30 Kasım 1908): 94; Kazım ise, ticaret şirketlerin bir “şahs-ı manevi” olması ve tüzel kişilerin taşınmaz mülkiyeti edinme haklarının bulunmaması dolayısıyla, bu şirketlerde taşınmazların sermaye olamayacağını ifade etmiştir. Kazım, s. 86.

⁷¹ (H. 27 Rebiülevvel 1331/ R. 21 Şubat 1328/ M. 1 Mart 1913), *Düstur*, II. Tertip, C. 5, ss. 114-115. İlgili Kanun'un Esbâb-ı Mucibe Layihası için bkz. (aynı tarih) *Takvim-i Vekayi*, no.1392 (Sene 5): 1-2.

⁷² Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 37.

doğrultuda bazı hükümlerin olduğu, daha öncesinde cemiyetler ile Osmanlı ticaret ve sanat şirketleri hakkında kanun ya da özel düzenlemeler yoluyla buna izin verildiği belirtilmiştir⁷³.

2. Anonim Şirketler ve Bu Şirketlerin Tüzel Kişiliği

Ticaret şirketleri içerisinde “tesmiyesiz / bila-tesmiye” olarak tabir edilen anonim şirket türü, Ticaret Kanunu’nun 20-28, 31 ve 34. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, anonim şirketlerin unvanı olmayıp, hissedarların isimleriyle değil; faaliyet konularına göre vasıflandırılacağı öngörülmüştür⁷⁴.

Şirketi temsil ve şirket işlerini idare etmek üzere, gerek ortaklar gerek üçüncü kişiler arasından seçilebilecek ve azilleri mümkün olarak geçici süre için görevlendirilen yöneticilerin (müdürler), sadece şirket işlerinin idaresinden sorumlu olup; şirket taahhütleri ve borçlarından sorumlu olan tek kişinin ise şirketin mal varlığı olduğu düzenlenmiştir⁷⁵.

Ayrıca bu şirketlerin, hiçbir hissedarın ismi zikredilmeksizin sadece hisse senedi çıkarılarak teşekkül eden bir sermaye şirketi olduğu⁷⁶; hamiline ve isme

⁷³ “Esbab-ı Mucibe Layihası”, 1-2. Esbab-ı Mucibe Layihası’nda ticaret şirketlerine ilişkin bahsedilen özel düzenlemenin hangisi olduğuna ilişkin bir açıklık yer almamaktadır. Ancak Mehmed Cavid’in, hükümetçe kabul edildiğini dile getirdiği; fakat akıbeti hakkında herhangi bir bilgi bulunmayan kararın, ilgili özel düzenleme olması muhtemeldir.

⁷⁴ Bu husus Ticaret Kanunu’nun ilgili maddelerinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Anonim ta’bir olunur tesmiyesiz şirketin ticaret usûli üzere şirket unvanı olmayıp hiçbir hissedârın ismiyle ta’rif olunamaz.” (Mad. 20); “Şirket-i mezkûre menbâ aleyha olan eşyanın tasrihiyle mevsuftur.” (Mad. 21).

⁷⁵ Ticaret Kanunu’nun ilgili maddeleri için bkz. “Şirket-i merkuumenin suret-i idaresi muvakkaten tevkil ve azil ve nasbları caiz olan kimseler ma’rifetiyle icrâ olunup işbu vekiller ise şerik ve şerikin gayri ve muvazzaf ve bilâ vazife olması müsâvidir.” (Mad. 22); “Müdürler yalnız muhavvel-i uhdeleri olan vekâletin icrâsı için mes’ul olup şirketin umûrunu idare eylesinden dolayı şirketin müteahhedâtine dâir medyun ve kefil değildirler.” (Mad. 23).

⁷⁶ Ticaret Kanunu’nun ilgili maddeleri için bkz. “Tesmiyesiz şirketin sermayesi bir takım eshama ve esham dahi meblâğ-ı mütesâvi bir takım hisselerle münkasim olur.” (Mad. 25); “Sehim senedâtında sahipleri ismi teşrih olunmamak üzere tanzim olunan kumpanya eshâmı senedi her kimin yedinde bulunur ise sehmin mutasarrıfı olup fûruhtu dahi senedin teslimi ile olur.” (Mad. 26); “Sehim senedâtında ashâbı esamisi musarrah olmak üzere tanzim olunan kumpanya eshâmı musarrah olmak üzere tanzim olunan senedâtının kumpanya defâtirinde mukayyed olması ve fûruhtu dahi kumpanya

yazılı olarak çıkarılabilecek bu hisselerle sahip olmakla hissedar sıfatını kazanan ortakların, ancak ortaya koydukları sermaye miktarında oluşacak zarardan ve sadece şirkete karşı sorumlu olacaklarına ilişkin sınırlı sorumluluk ilkesine yer verilmiştir⁷⁷.

Diğer taraftan, anonim şirketlerde hissedarların şahsi sorumluluğunun bulunmaması ve genel olarak iktisadi gelişim bakımından sahip oldukları önem bu şirket türünün, gerek hissedarları ve şirketle hukuki ilişkiye girecek üçüncü şahısları, gerek devlet ve toplum menfaatini korumak bakımından, kuruluşlarından sona ermelerine kadar bazı kayıt ve şartlara tabi tutulmasını; devletin gözetimi ve denetimi altında olmasını gerektirmiştir⁷⁸.

Bu doğrultuda, söz konusu şirketlerin kuruluşu konusunda, esas hükümlere uygun olarak düzenlenen şirket iç tüzüğü'nün (dâhili nizamnamesinin) ilgili devlet dairelerine tescil ettirilmesinden ibaret bir resmi işlemle şirketin hukuksal mevcudiyet kazanmasını öngören “serbest usul” ve şirketlerin kuruluşunun öncelikle hükümetin inceleme ve iznine tabi tutulmasını öngören “öncelikli müsaade” olmak üzere, başlıca iki usulün söz konusu olduğu, Osmanlı literatüründe dile getirilmiştir. Ancak ilk usule en çok riayet eden İngiltere’de dahi, görülen suistimaller neticesinde, 1878 senesinden itibaren teftiş ve denetime ait önlemlerin artırıldığı; dolayısıyla ekonomisi ve çağdaşlık seviyesi gelişmemiş ülkelerde bu usulün daha sakıncalı sonuçlara sebebiyet vereceği belirtilerek, Osmanlı Devleti’nde benimsenen usulün öncelikli müsaade olduğu ifade edilmiştir⁷⁹.

tarafından hâmiş-i senede şerh verilerek vaz'ı imza ve kumpanya kayd ve imza ile icra kılınması lâzımedendir.”(Mad. 27)

⁷⁷ Sınırlı sorumluluk esasını düzenleyen madde ise şu şekildedir: “*Hissedarlar şirket sermayesine kodukları hisselerinden ziyâde zarar ve ziyânı zâmin değildir.”(Mad. 24)*

⁷⁸ Mehmed Celaleddin, anonim şirketlerin bazı şart ve prosedürlerle sınırlandırılmasının sebebinin şöyle izah etmiştir: “*Anonim şirketlerde mesuliyet-i şahsiye mevcut olmadığı halde doğrudan doğruya şirketle teması olmayan binlerce eşhas hisse senedatı almak suretiyle sermaye-i şirkete iştirak eyleyeceklerinden kolektif ve komandit şirketleri gibi emr-i teşekkülleri hususunda müessisleri bir güna kayd ve şarta tâbi bulunmasalar ya meçhul-ül-ahval bir takım eşhasın anonim şirket teşkili bahanesiyle nâsı dolandırmasına veya husulü imkânsız bazı makasid için bir anonim şirket teşkil suretiyle hissedarların izarına sebebiyet verilmiş olur ki işbu tasdik-i resmi bittabi tadvikat-ı lazıme icrasından sonra vuku' bulacağı cihetle bir dereceye kadar muhaziri bertaraf eylemiş olur.” Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 244-245.*

⁷⁹ “*Memalik-i Osmaniye’de Osmanlı Anonim Şirketleri*” için bkz. Celali Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri* (İstanbul: Scala, 2011), 71-72.

Anonim şirketlerin kuruluşunda öngörülen şartlar, Ticaret Kanunu'nun 28, 31 ve 34. maddelerinde hüküm altına alınmıştır⁸⁰. Buradan anlaşıldığı üzere, öncelikle şirketin kuruluşuna hükümet ve padişah tarafından izin verilmelidir⁸¹. İkinci olarak, şirket iç tüzüğünün hükümet tarafından incelenmesi; ardından, bu iç tüzüğün padişah tarafından onaylanarak resmi izin verilmesi gerekmektedir. Son aşmada ise söz konusu resmi izin ve iç tüzük suretlerinin, "ticarethane"nin duvarına yapıştırılmak suretiyle ilan edilmesi gerekmektedir⁸². Ancak şirketin kesin kuruluşu için sermayesini

⁸⁰ 28. Madde: "Tesmîyesiz şirketin akd ve tanzimine evvel emirde bâ fermân-ı âlî izin verildikten sonra şerikler beyinde tertip olunacak kontruato senedi bittakdim mazmununda mülk ve millete mazarratlı şurut ve kuyud olmadığı takdirde icrasına irâde-i seniyye-i şâhâne sudûr eder ise ol şirketin tanzim ve icrâsı câiz olur." 31. Madde: "Bilâ tesmiye olan şirketlerin konturatoları ticârethâne marifetiyle tanzim olunup ba- 'dehu arz ve istizân olunmak lâzimedendir." 34. Madde: "Anonim yani bilâ tesmiye şirketlerin akdine dâir sâdır olan İrâde-i Seniyye-i Şahâne ve şirketin mukavele senedi ticârethâne duvarına yapıştırılıp hengâm-ı vahidde ikisi birden i'lân kılınır."

⁸¹ Her ne kadar kanunda öncelikle kuruluş için izin (ferman-ı ali) alınması gerekliliği öngörülse de, belirtilen usul ile uygulama arasında fark olduğu; uygulamada sadece dâhili nizamname örneğinin incelenip onaylanmasının yeterli görüldüğü ifade edilmiştir. Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 241-245.

⁸² İlgili usul, geniş olarak şu şekildedir: Öncelikle şirketin amacı, sermayesinin miktarı ve bu sermayenin nasıl tedarik edileceğini içerir resmi bir dilekçe ile şirket kurma talebi Ticaret Nezareti'ne sunulur. Nezaretçe durum padişaha iletilir ve eğer kabul edilirse, şirket kurulmasının uygun görüldüğüne ilişkin bir "ferman-ı ali" verilir. Bunun üzerine kurucular, bir dâhili nizamname hazırlayarak Ticaret Nezareti'ne sunar. Bu dâhili nizamnamenin kurulma talebini içerir dilekçe ile birlikte sunulması da mümkündür. Kurucuların sunduğu dâhili nizamname, Nezarette öncelikle ticaret müdüriyeti ve özel komisyonlar marifetiyle incelenir; gerek olursa ticaret odasından da yardım talep edilebilir. Ardından Sadaret aracılığıyla Şura-yı Devlet'e havale olunur ve burada incelenerek devlet ve millete zararlı olacak kısımlar düzeltilir. Devletçe eklenmesi gereken kayıt ve şart varsa eklenir. İnceleme esnasında, eğer gerekirse, kuruculardan uygun olanlar müzakereye çağrılarak birlikte değerlendirilir. Sonuçta her iki tarafça uygun görülen nizamname padişaha arz olunarak, onayının alınması ile şirket kuruluşuna "ruhsat-ı resmiye" verilir. Eğer nizamname dilekçe ile birlikte sunulmuş ise bu durumda verilen resmi izin hem şirketin kuruluşuna hem de nizamnamenin onayına ilişkindir. Ardından, ruhsat-ı resmiye ile dâhili nizamname suretlerinin Ticaret Nezareti duvarına yapıştırılarak ilan edilmesi gerekir. Ruhsat alınmaksızın kurulan şirket, kanunen hükümsüz sayılmasına rağmen, ruhsat almış, ancak ilan şartını yerine getirmemiş şirketlerin hukuken geçerli olup olmadıkları tartışmalıdır. Fakat bu durumda da, eğer üçüncü kişilerin hukukuna zarar verecek nitelikte ise yok hükmünde sayılmaları gerektiği ifade edilmiştir. Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 131-135, 141-142, 146,147; Anonim şirketlerin kuruluşunda bazı şart ve prosedürlerin öngörülme sebebi noktasında Celaleddin ile aynı görüşü paylaşan Nezaret Hilmi ise,

oluşturan hisse senetlerinin tamamının imzalanması ve sermayesinin %10'unun ödenmiş olması şarttır. İç tüzük değişikliği, faaliyet alanının genişletilmesi veya daraltılması, sermaye artırımı gibi şirket genel kurullarında alınan kararların hayata geçirilmesi de aynı prosedüre tâbi tutulmuştur⁸³.

Kuruluşa ilişkin bu şartların yanı sıra, devletin denetimi, kuruluşun sonra da devam etmektedir. Şirketin iç tüzüğünün dışına çıkarak halkı zarara uğratması halinde ruhsatı geri alınır. Ayrıca şirket işlemlerine nezaret ve iç tüzük hükümlerinin uygulanmasına dikkat etmek, genel kurul ve yönetim kurulunun toplantılarında oy kullanmaksızın hazır bulunarak hükümeti gerektiğinde şirket işlerinden haberdar etmek ve maaşı şirket tarafından karşılanmak üzere, devletin bir komiser tayininin, teamül gereği olduğu ifade edilmiştir⁸⁴.

nizamnamenin düzenlenmesi ve ilan aşamasında kanunda tabir edildiği üzere "ticarethane" adında hiçbir makamın olmadığını ifade eder. Bu konuda Celaleddin'den farklı olarak, şirket ve diğer senetlerin resmi addolunabilmesi için ya "mukavelat muharriri" ya da onun görevini ifa eden memur veya daire tarafından tanzim ve tasdik olunması gerektiğini; ardından incelenmek üzere Ticaret Nezareti'ne sunulması gerektiğini ifade eder. 34. Maddede geçen "ticarethane" ibaresinin ise, ticaret mahkemesi olarak anlaşılması gerektiğini, yani ticaret mahkemesinin duvarına yapıştırmalarla ilan edilmesi gerektiğini söyler. Nezaret Hilmi, *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, 78-79, 82-83, 89; İlgili usul için ayrıca bkz. "Memalik-i Osmaniye'de Osmanlı Anonim Şirketleri" (Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri* içinde, 72-73); Müfittade Ali İhsan, "Anonim Şirket", *Musavver Fen ve Edep*, no.19 (M. 8 Ocak 1900): 75.

⁸³ Osmanlı bürokrasisinde şirket kurma süreci, anonim şirketlerin Osmanlı ülkesinde kurulmaya başlanmasından itibaren devletin sonuna kadar fazla bir değişikliğe uğramamıştır. Görülen bazı kısmi değişiklikler ise bürokraside yapılan düzenlemelerin ayrıntısından ibarettir. Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 37-39. Ayrıca burada açıklanan usulün, imtiyazsız anonim şirketlere ilişkin olduğunu ifade etmek gerekir. Nitekim imtiyazsız şirketlerde devlet herhangi bir taahhüt altında bulunmadığı için sadece iç tüzüklerinin resmi usul dairesinde onaylanması yeterli olup, mukavelename ve şartname söz konusu değildir. Osmanlı dönemi ticaret hukuku kitaplarında da, burada devletin şahıslara karşı şirketin taahhütlerinden dolayı sorumlu olmadığı, söz konusu iznin ilgili şirkete faaliyet alanı ve konusu hususunda herhangi bir tekel ayrıcalığı sağlamadığı ifade edilmiştir. Kanunda öngörülen usulün, kişilerin zarara uğramasının önüne geçilerek hukuki güvenliklerini sağlamayı amaçladığı ve bunun bir imtiyaz olmadığı, özellikle vurgulanmıştır. Bkz. Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 250, 253-254.

⁸⁴ Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 134-135.

1906 yılında yayınlanan bir makalede de, anonim şirketlerin faaliyetlerinin yakından incelenmesi ve takip edilmesi gerekliliğinde temel amacın, hissedarların yani halkın hukukunun korunması olduğu ifade edilmiştir⁸⁵. Nitekim yazar, bu şirketlerde hissedar olarak yer alacak halkın, kanun ve iç tüzükteki hükümler, özellikle hissedarların yönetim ve genel kurul karşısındaki hak ve yetkileri konusunda yeterince bilgi sahibi olmadıklarını belirtmiştir. Bu durumun, gerek şirket kurucularının usulsüz işlemleri, gerek buna göz yuman devlet yetkililerinin suistimaline yol açtığı vurgulanarak; bunun ilgili şirketlerden gereği gibi faydalanılması önünde önemli bir engel teşkil ettiği dile getirilmiştir⁸⁶. Bu konuda, özellikle devlet tarafından teftiş için görevlendirilen yetkililerin usulsüz davranışlarının ise kabul edilemez bulunduğu özellikle ifade edilmiştir⁸⁷.

Osmanlı Devleti'nde halkın refahı ve ülkenin kalkınması yolunda anonim şirketlerden umulan etkinliğin sağlanamamasında, halkın bilgisizliği, devlet yetkililerinin denetim konusuna yeterince önem vermemeleri ve rüşvet gibi usulsüz işlemlerinin yanı sıra bir diğer sebep olarak masraflı ve ağır bürokratik usuller gösterilmiştir. Bu hususa özellikle II. Meşrutiyet'in ilanının ardından, basında sansür ve her türlü kontrolün kalkması sonucu geçmiş istibdat rejimini kötülemek üzere kaleme alınan pek çok yazıda yer verilmiştir⁸⁸. Bunu önlemek için yapılacak ilk işin, anonim şirketlerin kuruluşu ve idaresi hakkındaki kanuni düzenlemelerdeki eksikliklerin giderilmesi olduğu ifade edilerek⁸⁹; kuruluş aşamasındaki sermaye hadlerinin, ruhsat alabilmek adına katlanması gereken külfetli işlemlerin kaldırılması gereğine dikkat çekilmiştir⁹⁰.

⁸⁵ K.M. Bazbazyan, "Mesail-i Maliye ve İktisadiye, Anonim Şirketler", *Resimli Kitap* 1, no.6 (R. 31 Şubat 1324/ M. 13 Mart 1906): 541.

⁸⁶ K.M. Bazbazyan, "Mesail-i Maliye ve İktisadiye, Anonim Şirketler", 539-542.

⁸⁷ Yazar söz konusu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "meclis-i idare azalarının bu gibi harekâtı kendi menfaatleri iktizasında tabii görüyor ise de hükümet tarafından komiser veya vekil sıfatıyla hazır bulunan memurların lakaydılığı şayan-ı teessüf değil midir?" K.M. Bazbazyan, "Mesail-i Maliye ve İktisadiye, Anonim Şirketler", 544.

⁸⁸ Söz konusu sebepler hakkında bkz. Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme*, 20-21, 39-40; . Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 28-29; Mehmet Asım, "İktisadî İnzibat", *Vakit*, (R. 14 Eylül 1334/ M. 1918): 442 (Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri* içinde EK, 435-442); Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri*, dn.318.

⁸⁹ Mehmet Asım, "İktisadî İnzibat" (Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri* içinde, 442); Yılmaz, *Osmanlı Anonim Şirketleri*, dn.318.

⁹⁰ Selanik, Vilayet Meclis-i Umumisi muamelat ve müteferriatını havi mecmuadır, 1323/1909, "Anonim Şirketler" (Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme* içinde, Belge No. 12, 218.)

Bu doğrultuda özellikle kuruluş aşamasında resmi izin ve padişah onayı alınması şeklinde karşımıza çıkan ve günümüzde “izin sistemi” olarak ifade edilen usulün, kaynak aldığımız Fransız Ticaret Kanunu’nda çok zaman önce kaldırılmış ve “normatif sisteme” geçilmiş olduğu ifade edilerek, Osmanlı Devleti’nde de kaldırılması gereği vurgulanmıştır. Nitekim II. Meşrutiyet’in ardından Ticaret Kanunu’ndaki aksaklıkları düzeltmek üzere kurulan komisyonca hazırlanan layihada bu usul kaldırılmış; bunun yerine şirketin kuruluşunda gerekli şartları yorumlamak ve şirketin kanun dairesinde gerekli görülen şartları yerine getirip getirmediğini inceleme görevi, ticaret mahkemesine verilmiştir. Ayrıca bu layihada, gerek hissedarların gerek üçüncü kişilerin hukukunu temin edecek diğer başka hükümlerin de öngörüldüğü ifade edilmiştir. Ancak ilgili layiha savaşlar ve diğer sebepler dolayısıyla kanunlaşmamış; söz konusu usul, devletin sonuna kadar geçerliğini korumuştur⁹¹.

Osmanlı hukuk literatüründe tüzel kişilik meselesinin, ticaret şirketleri arasında bir sermaye şirketi olarak, sermaye birikimi ve ülke kalkınmasında önem taşıyan fonksiyonlarının yerine getirilebilmesindeki rolü dolayısıyla, anonim şirketler özelinde ayrıca vurgulandığı ve değerlendirildiği görülmektedir. Bu husus her ne kadar Ticaret Kanunu’nda açıkça ifade edilmemiş olsa da, ilgili madde hükümlerinden anonim şirketlerin bir hukuki şahsiyet olduğu; aynı zamanda hukuk düzenince de bu şekilde kabul edildiği değerlendirilmiştir. Anonim şirketlerin maddi ve manevi taşıdığı öneme dikkat çeken Nezaret Hilmi, özellikle hissedarların sorumlu tutulmasının bu şirket türüne rağbeti azaltacağını ifade ederek, gerek hissedarlarından gerek kendisini temsil eden kişilerden ayrı bir şahsiyetinin olması gerektiğini belirtmiştir ve sınırlı sorumluluk hususuna dikkat çekmiştir⁹².

Kazım tarafından ise anonim şirketler, “*hissedarları vaz’ ettikleri sermayeden ziyade vuku’ bulacak zarar ve ziyani zâmin olmamak ve hissedarandan hiçbirinin ismi ile müsemma bulunmamak üzere akd olunan*

⁹¹ Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 245; İlgili komisyon tarafından 1325 (1907) tarihinde tamamlanarak hükümete sunulan bu layihanın hazırlanmasında, Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Romanya ve Şili Ticaret Kanunları ile ticaret hukukçularından ve Şafii mezhebinin “Haşiye-i İbn-i Kasım” adlı kitabından yararlanıldığı ifade edilmiştir. *Ticaret-i Berriye Kanunu ve Esbâb-ı Mucibe Layihaları*, 1. Cüz, (İstanbul Matbaa-ı Amire, 1325), 7-9; Arslanlı, *Anonim Şirketler*, 3.

⁹² Nezaret Hilmi, *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, 71. İlgili hususlar hakkında ayrıca bkz. Mehmed Celaleddin, *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 238-240; Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, 78; “Anonim Şirketler”, *OZTG*, 302-304.

şirket” şeklinde tanımlanarak “*şahs-ı manevi*” addedilmiş⁹³; bu anlamda şirketin taahhüt ve borçlarından sorumlu olan tek kişinin şirket tüzel kişiliği, daha doğrusu bir şirketin mal varlığı olduğu ifade edilmiştir⁹⁴. Bu şirketlerin tüzel kişiliğini Mehmed Cavid de, “*bir anonim şirket, bir şahs-ı manevidir ki şürekâdan her biri yalnız bu hususta şahsiyet-i hususilerini terk etmişler. Onun yerine şirketin şahsiyet-i maneviyesini kaim eylemişlerdir*”⁹⁵ sözleriyle dile getirmiştir.

Ticaret Kanunu’nun yanı sıra, şirketlerin faaliyet ve statüleri hakkında en açıklayıcı bilgiler, şirket iç tüzüklerinde yer almaktadır⁹⁶. Dolayısıyla anonim şirketlerin tüzel kişiliklerini değerlendirirken, bu iç tüzüklerde benimsenen hususların da incelenmesi gerekmektedir. Osmanlı Devleti’nde bu şirketlerin kuruluşunda kullanılan iç tüzük örneği, Avrupa anonim şirket iç tüzüklerinin bir tercümesinden oluşmaktadır. Her ne kadar Osmanlı Devleti’nde anonim şirket iç tüzük örneği⁹⁷, ilk olarak 1882 yılında yayımlanmış olsa da, aynı formun devlet tarafından daha önce de kullanıldığı; yayınlanan bu örneğin ise sadece, kurulacak anonim şirketlerin kuruluş yeri ve iç tüzükte belirtilmesi gereken bilgilerin bir şablon haline getirilerek sunulmasından ibaret olduğu ifade edilmiştir⁹⁸. Fakat bu örneğin ihtiyacı karşılayamaması ve uygulamada bazı sorunlara sebebiyet vermesi dolayısıyla 1917 yılında, yeni bir iç tüzük örneği yayınlanmıştır⁹⁹. Bu iç tüzük örneklerinde, yukarıda ifade edilenlere ek

⁹³ Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, 114.

⁹⁴ Kazım, *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*, 118.

⁹⁵ Mehmed Cavid, “Mebahis-i İktisadiye”, 93.

⁹⁶ Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle*, s. 99.

⁹⁷ (H. 17 Muharrem 1300/ R. 7 Teşrinisani 1298/ M. 29 Kasım 1882) tarihli “Anonim Şirket Nizamname-i Dâhilîsi”, Osman Nuri Ergin, *Mecelle-i Umur-u Belediye V* (1995): 2277-2284.

⁹⁸ Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 22-23.

⁹⁹ 1917 tarihli örneğin hazırlanmasını gerektiren en önemli sebeplerden biri, imtiyazlı şirketler dikkate alınarak hazırlanan eski dâhili nizamname örneğinin diğer şirketlere uygulanmasındaki güçlükler olduğu ifade edilmiştir. Kabul edilen yeni örnekte ise ilgili dönemde çokça eleştirilen hususların dikkate alınarak şirket kuruluşunu engelleyen bürokratik engellerin kaldırılmaya çalışıldığı; ortakların ya da halkın zarara uğramasına neden olan gerek şirket kurucularının gerek devlet memurlarının suiistimallerinin önüne geçmek adına, şirketlerin takip ve denetimindeki eksikliklerin giderilerek yeni yaptırımların öngörüldüğü görülmektedir. Bunların dışında, şirketlerin teknik elemanlar dışındaki görevlilerinin Osmanlı vatandaşı olmasına yönelik hükmün, imtiyazlı şirketlere mahsus olması ve herhangi bir imtiyaza sahip olmayan şirketler için uygulanmasının uygun bulunmaması sebebiyle kaldırıldığı görülmektedir. “Osmanlı

olarak, Ticaret Kanunu'nda bahsedilmeyen anonim şirketlerin organlarının gerek hissedarlara gerek üçüncü şahıslara karşı sahip oldukları hak ve yetkilere yer verilmiş olup; bu hususun da yine açıkça ifade edilmemekle birlikte, anonim şirketlerin tüzel kişiliklerinin önemli bir göstergesi olduğu ifade edilebilir.

Ayrıca, Bab-ı Ali İstişare Odası tarafından hazırlanan 30 Ağustos 1884 tarihli bir raporda, Batı hukukunda şirketlerin manevi bir şahsiyet olarak kabul edildiği ve anonim şirketlerin de sermaye birikimiyle oluşmuş manevi şahsiyetler olduğu belirtilmiştir¹⁰⁰. Görüldüğü üzere, Osmanlı mevzuatına dahil oldukları andan itibaren anonim şirketler, açıkça düzenlenmemiş olsa da gerek Osmanlı hukuk literatüründe, gerek hükümet nezdinde manevi veya hükmi şahsiyet (tüzel kişilik) şeklinde isimlendirilerek değerlendirilmiştir. İlgili hususun kanuni düzenlemelerde yer alması ise ancak 1913 yılında, Osmanlı ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesine ve tasarruf etmesine izin veren Muvakkat Kanun¹⁰¹ ile daha geç bir tarihte gerçekleşmiştir¹⁰².

SONUÇ

Bir sermaye şirketi olarak borçlarından yalnız mal varlığıyla sorumlu bulunan ve şirket ortaklarının/hissedarların, sınırlı sorumluluk esas kapsamında, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumlu oldukları anonim şirket yapılanması, günümüz ticaret hukukunun vazgeçilmez unsurlarından biridir. Anonim şirket, modern ticaret hayatındaki bu sarsılmaz konumunu, kapitalizmin gelişim sürecinde elde etmiştir. Odak noktasını sermayenin oluşturduğu kapitalist sistem, sermayenin korunarak artmasını sağlayacak yol ve araçların organize edilmesine hizmet eder. Bu doğrultuda anonim şirketin, sınırlı sorumluluk esas başta olmak üzere girişim özgürlüğüne ve dolayısıyla sermaye birikimine sağladığı katkı; ayrıca elde edilen bu sermayenin tek elden yürütülmesine imkân tanınması sebebiyle, kapitalizm için önemli bir araç niteliğinde olduğu açıkça görülmektedir.

Anonim Şirketleri Nizamname-i Dâhilisi Numûnesi", 1333 (M. 1917), hakkında geniş bilgi için bkz. Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 33-36.

¹⁰⁰ COA, ŞD. 1178/6 akt. Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 36-37.

¹⁰¹ "Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-u Muvakkat"

¹⁰² Akyıldız, *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri*, 22, 36-37; Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle*, s.97-98; Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, s. 77-78.

Aynı şekilde, tüzel kişilik kurumunun temelinde yer alan ortak amaçlar için bir araya gelme iradesi, insanlığın çok eski devirlerinden beri var olmasına karşın, hukuk düzenince bu amaç birliklerinin bir hukuki şahsiyet olarak kabulleri, kapitalizmle birlikte ticaret şirketleri ve özellikle anonim şirketlerin etkinliklerinin artmasına ve vazgeçilmez araçlar olarak görülmelerine kadar yeterli kuvvet ve desteği bulamamıştır. Nitekim hukukun şekillenmesinde ekonomik faktörler, özellikle kapitalist sistem söz konusu olduğunda birincil rol oynamakta; daha öncesinde yeterli desteği bulamayan tüzel kişilik kurumunun 19. yüzyıldan itibaren siyasi otoriteler tarafından kabulü ve hukuk düzenince benimsenmesinde, anonim şirketlerin önemli payı bulunmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin, özellikle dışsal sebeplerin zorlamasıyla kapitalizme açılmak zorunda kaldığı bu dönemde anonim şirketler, toplumdaki sosyal ve ekonomik unsurların doğal gelişimi neticesinde değil; daha ziyade yabancı devletlerin çıkar ve eğilimleri sonucu yabancı sermayenin ülkeye bir giriş kanalı olarak ortaya çıkmıştır. Bu durum, yabancı sermayenin ve dolayısıyla yabancı şirketlerin iş ve işlemlerini güven içinde sürdürmelerini sağlamak adına hukuk düzeninin de modernleşmesini, Batı ticaret ve şirketler hukukunun kabulünü gerektirmiştir. Fakat benimsenen yeni hukuki düzen, ülkenin özellikle Türk-Müslüman unsurları için pek bir anlam ifade etmemiş; yeterli sermaye birikiminin bulunmaması başta olmak üzere, tüccarın ihtiyaçtan fazlasına sahip olmayı hoş görmeyen geleneksel yaklaşımını koruması, halkın asıl uğraş alanının tarım olması ve sürekli devam eden savaşların buna fırsat vermemesinin yanı sıra, bu yönde bir ihtiyacın da hissedilmemesi, bilgi eksikliği, her alanda görülen bozulma ve yozlaşmanın ekonomik güven sağlamaması ve istibdat rejimi gibi pek çok sebep dolayısıyla Batılı anlamda şirketleşme konusunda etkinlik gösterememiştir.

Osmanlı mevzuatına 1850 tarihli Ticaret Kanunu ile giren, temel unsur ve fonksiyonları belirtilmekle yetinilen anonim şirket türünün, burada tüzel kişiliği açıkça düzenlenmemiştir. Ancak gerek bu konuya ilişkin Fransız içtihatlarının etkisi, gerek sermaye birikimi ve büyük girişimleri gerçekleştirmedeki katkısıyla milli kalkınmayı gerçekleştirmedeki rolü, Osmanlı aydın ve devlet adamları ile hukukçuları tarafından bu şirketlerin en başından beri bir tüzel kişi olarak kabulü ve değerlendirilmesini sağlamıştır. Bu şirketlerin tüzel kişiliklerinin açıkça hüküm altına alınması ise, mevzuatta ancak devletin sonlarına doğru, 1913 yılında çıkarılan tüzel kişilerin taşınmaz edinmesine imkan tanıyan bir düzenlemeyle gerçekleşmiştir.

İslam şirketler hukukundan tüzel kişilik başta olmak üzere pek çok hususta ayrılan 1850 tarihli Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin, Osmanlı literatürde İslam hukukuyla bağdaşmazlığı noktasının çok fazla ele alınmadığı görülmektedir. Bunda muhtemelen, yukarıda sayılan sebepler dolayısıyla Türk-Müslüman tebaanın ilgili hükümleri çok fazla kullanamamalarının payı büyüktür. Nitekim genel olarak tüzel kişilik kurumuna ilişkin ilk olduğu belirtilen değerlendirmeler, ancak devletin sonlarına doğru yapılmıştır. Ayrıca konunun İslam hukuku çerçevesinden pek irdelenmemesinde bir diğer sebep olarak, umulduğu şekilde etkinlik sağlayamasa da, Osmanlı'nın anonim şirketleri modernleşmenin kaçınılmaz sonucu ve yabancı sermayeyle mücadelede bir araç olarak kabul etmesi gösterilebilir.

Dolayısıyla gerek anonim şirketlerin Osmanlı mevzuatına girmesi, gerek tüzel kişi olarak benimsenmesi, Tanzimat Dönemi'nden itibaren her ne kadar yüzünü Batı'ya dönmüş olmasa da yıkılışına kadar kendisini bir "İslam devleti" olarak tanımlayan Osmanlı Devleti'nde, dini ve geleneksel koşulların uyumsuzluğuna rağmen, ekonomik faktörlerin, siyasi iradeyi ve dolayısıyla hukuku şekillendirmedeki baskın konumunu, Türk hukuk tarihi açısından ortaya koyan önemli bir örnek niteliğindedir.

KAYNAKÇA

- A. Zihni. “Kitab-üş Şirket”. *Muhammat*. (Sene 2, 1339): no.18, 554-557; no.19, 593-596; no. 20, 623-625.
- Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. I*. İstanbul: Beta, 2012.
- Akünel, Teoman. *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Beta, 1995.
- Akyıldız, Ali. *Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri, “Ottoman Securities”*. İstanbul: Türkiye Ekonomi Bankası A.Ş., 2001.
- Allen, Larry. *Keseden Bankaya Tezgâhtan Borsaya - Küresel Finans Sisteminin Öyküsü*. çev. Mahmut Tekçe. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2009.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*. Ankara: Turhan, 2002.
- Ansay, Tuğrul. *Anonim Şirketler Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 368, 1975.
- Arslanlı, Halil. *Kollektif ve Komandit Şirketler. I. Kısım*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1956.
- _____. *Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Bakan, Joel. *Şirket, Kâr ve Güç Peşindeki Patolojik Kurum*. çev. Rahmi G. Ögdül. İstanbul: Ayrıntı, 2007.
- Balta, Yusuf. “Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik”. *Amasya İlahiyat Dergisi*, no. 17 (Aralık 2021): 465-500.
- Bilgişin, Şevket Memedali. *Ticaret Hukuku Prensipleri, İkinci Kitap, Şirketler Hukuku*. İstanbul: Duygu Matbaası, 1950.
- Bozkurt, Gülnihal. *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1996.
- Çıracık, Hasan Hayri. *İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2019.
- Egger, A.. *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - II. Kısım: Tüzel Kişiler*. çev. Volf Çernis. Ankara: Yeni Cezaevi Basımı, 1948.

- (H. 17 Muharrem 1300/ R. 7 Teşrinisani 1298/ M. 29 Kasım 1882) tarihli “Anonim Şirket Nizamname-i Dâhilisi”, içinde Ergin, Osman Nuri. Mecelle-i Umur-u Belediye V (1995): 2277-2284.
- Filibeli Ahmet Hilmi. “Şirket ve Cemiyet”. *Hikmet*, no. 4 (Sene 1, H. 3 Cemaziyülevvel 1328/ R. 29 Nisan 1326/ M. 12 Mayıs 1910): 4-5.
- Getzler, Joshua. “Company Law: English Common Law”. In *The Oxford International Encyclopedia of Legal History* 2. ed. Stanley N. Katz, 87-92. Oxford University Press, 2009.
- Gözübenli, Beşir. “Şirket”, *TDVİA* 39, (2010): 198-201.
- Güriz, Adnan. *Kapitalist İdeoloji*. Phoenix, Eylül 2010.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. İstanbul: Gün Matbaası, 1974.
- K.M. Bazbazyan. “Mesail-i Maliye ve İktisadiye, Anonim Şirketler”. *Resimli Kitap* 1, no. 6 (R. 31 Şubat 1324/ M. 13 Mart 1906): 539-545.
- Kanunname-i Ticaret ve Zeyleri*. Yeni Harflere çev. Fikri Gürzumar ve Tekin Gürzumar. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Güzel İstanbul Matbaası, 1962.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İrfan Yayınevi, 1974.
- Kaya, Eyüp Said ve Hasan Hacak. “Zimmet”. *TDVİA* 44 (2013): 424-428.
- Kazgan, Haydar. *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Şirketleşme, “Osmanlı Sanayii Monografi ve Yorumlar”*. Creative Yayıncılık, 1991.
- Kazım. *Ticaret-i Berriye Kanunnamesi Şerhi*. 1905.
- Kenanoğlu, M. Macit. *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*. Ankara: Lotus Yayınevi, Ekim 2005.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*. Ankara: 2013.
- Koraltürk, Murat. “Osmanlı Devleti'nde Şirketleşme, İlk Anonim Şirket ve Borsanın Kuruluşu”. İçinde *Osmanlı* III. ed. Güler Eren, 443-448. Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- Köse, Murtaza. “İslam Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik”. *EKEV Akademi Dergisi* 1, no.2 (Mayıs 1998): 221-230.
- Kurmuş, Orhan. *Emperyalizmin Türkiye'ye Girişi*. İstanbul: Yordam Kitap, Ağustos 2021.

- Mehmet Asım. “İktisadî İnzibat”. *Vakit*, (14 Eylül 1334, M. 1918). (Yılmaz, Celali. *Osmanlı Anonim Şirketleri*, İstanbul: Scala Yayıncılık, Nisan 2011 içinde EK, 435-442).
- Mehmed Cavid. “Mebahis-i İktisadiye: Şirketlerin Hakk-ı Tasarrufu: Şahsiyet-i Maneviyye”, *Musavver Muhit* 1, no. 6 (R. 17 Teşrin-i Sani 1324/ M. 30 Kasım 1908): 92-94.
- Mehmed Celâl. “Ticaret Şirketleri”. *Hukuk Mecmuası* 1, no. 2 (Sene 1, 1331): 108-115.
- Mehmed Celaledin. *Hukuk-ı Ticaret Dersleri*, 1329.
- Müfittade Ali İhsan. “Anonim Şirket”, *Musavver Fen ve Edep* 19, (8 Ocak 1900): 75.
- Nezaret Hilmi. *Teşrih-i Kanun-ı Ticaret*, 1303.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seçili ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz, 2019.
- Oğuzoğlu, Cahit. “Eski ve Yeni Telâkilerle Göre Hükmi Şahsiyet”. *Adalet Dergisi*, no.67 (2021/2): 519-549.
- “Anonim Şirketler”. *OZTG*, no.19, (Sene 2, 1324): 302-304.
- Örsten Esirgen, Seda. “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?”, *OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi)* 29, no.29 (2011): 31-47.
- _____. “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”. *Adalet Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı)* 62-63, (2019/ 1-2): 429-480.
- Özsunay, Ergun. *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978.
- Serozan, Rona. *Tüzel Kişiler Özellikle: Denekler ve Vakıflar*. İstanbul: Filiz, 1994.
- Pamuk, Şevket. *100 Soruda Osmanlı - Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1999.
- Poray, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Reşad Sami. “Şirketler ve Faideleri”. *OZGT*, no.18 (Sene 2, R. 31 Ağustos 1324/ M. 13 Eylül 1908): 285-288.
- Sayar, Ahmet Güner. *Osmanlı İktisat Düşüncesinin Çağdaşlaşması*. İstanbul: Der Yayınları, 1986.
- Seyyid Haşim Bey. “İslam Hukuku - Hükmi Şahsiyet 1”. *İslam Mecmuası*, no.4 (H. 28 Rebiü’lâhir 1332/ R.13 Mart 1330/ M. 26 Mart 1914): 101-104.

_____. "İslam Hukuku - Hükmi Şahsiyet 2", *İslam Mecmuası*, no.5 (H. 13 Cemaziye'l-evvel 1332/ R. 27 Mart 1330/ M. 9 Nisan 1914): 130-133.

Şekerci, Osman. *İslam Şirketler Hukuku, Emek-Sermaye Şirketi*. İstanbul: Marifet Yayınları, 1981.

_____. "İslam Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirketleri". İçinde *I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, 25-29 Eylül 1996*, ed. Mehmet Bayyigit, 79-105. Konya: Kombad Yayınları, Şubat 1997.

Şencal, Harun. "Ticari İşletmelerin Tüzel Kişiliğe Sahip Olmasının Sonuçları: İslam Ekonomisi Açısından Bir Değerlendirme". *İstanbul İktisat Dergisi* 71, no.2 (2021): 367-394.

Şevket Mehmed Ali. "*Şahsiyet-i Hukukiye Meselesi*". *Ceride-i Adliye*, no.19 / 20 / 21 (Sene 2, 1339-1340): 754- 765.

Taşdelen, Servet. *Piyasa Ekonomisinin Yarış Atları, Anonim Şirketlerin Tarihi Hukuku ve Ekonomisi Üzerine*. Ankara: ÜPV Yayıncılık, Mayıs 2005.

Ticaret-i Berriye Kanunu ve Esbâb-ı Mucibe Layihaları, 1. Cüz, İstanbul Matbaa-ı Amire, 1325.

Toprak, Zafer. *Türkiye'de Milli İktisat 1098-1918*. İstanbul: Doğan Kitap, 2017.

Tüzün, Necat. *Şirketler Hukuku Dersleri*. Ankara: Kalite Matbaası, 1976.

Vahan. "Fevaid-i Şirket". *Mecmua-ı Fünun* 1, no.8 (R.1279/ M.1863-64): 343-353.

Velidedeoğlu, H. Veldet. "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat". *Tanzimat I - Yüzüncü Yıl Dönümü Münasebetiyle*, İstanbul: Maarif Matbaası, 1940.

_____. *Türk Medeni Hukuku*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1963.

Wallerstain, Immanuel. *Tarihsel Kapitalizm*. çev. Necmiye Alpay, Metis, 2006.

Yılmaz, Celali. *Osmanlı Anonim Şirketleri*. İstanbul: Scala Yayıncılık, 2011.

ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed. *İslam Hukuku 2*. çev. Servet Armağan, İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006.

VERGİ UYUŞMAZLIKLARI İÇİN ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILACAK BİREYSEL BAŞVURULARDA POTANSİYEL SORUNLAR

Potential Problems in Individual Applications to the Constitutional Court for Tax Disputes

Özgenur ÖZYALÇIN*

ÖZ

Türk hukukunda, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı olarak biçimlendirilen bireysel başvuru yolu, uygulanmaya başlandığı tarihten bu yana hak arama mekanizmalarının geliştirilmesinde önemli bir adım olarak nitelendirilmiştir. Bireysel başvuru, 1982 Anayasası ile güvence altına alınmış bir hak olmasının yanı sıra, mahkemeye erişim hakkının ülke içindeki nihai noktasını oluşturduğundan etkinliği, erişilebilirliği ve bu alandaki düzenlemelerin açıklığı büyük önem arz etmektedir. Bu çerçevede, bireysel başvuru hakkına ilişkin hükümler içeren yasal düzenlemelerin kendi içinde yeknesak olması temel gerekliliktir. Olası belirsizliklerin Anayasa Mahkemesi tarafından göz önüne alınması, gelecek içtihatlar bakımından temel hak ve hürriyetler lehine yorum yaklaşımı sağlayarak hak kaybı yaşanmasını engelleyebilir. Ancak bu yaklaşımın dahi yasama sürecinin hantallığına karşı geçici bir güvence oluşturacağına şüphe yoktur. Bir hukuk devletinden beklenen, sorun ve eksikler uygulamada ne kadar tolere ediliyor olursa olsun yasal düzenlemelerin uygulamada bir toleransa ihtiyaç duyulmayacak biçimde netleştirilmesi olacaktır.

Türk hukukunda vergi düzenlemeleri tek bir kanun altında toplanmamış olup mevzuat içinde dağınık durumdadır. Bu dağınıklık, tüm düzenlemelerin aynı anda göz önüne alınmasını zorlaştırdığı için mevzuat içi boşluk ve çelişkilerin oluşması kaçınılmaz bir netice olarak ortaya çıkmakta, bu

Makalenin Geliş Tarihi: 09.06.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.03.2024.

* Arş. Gör., Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi Maliye Anabilim Dalı, E-posta: ozgenur.ozyalcin@atilim.edu.tr, ORCID: 0009-0007-3453-1386.

aksaklıkların fark edilmesi hak kaybı yaşanmaması bakımından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Yolu, Şikâyet Yoluyla Müracaat, Birlik Gümrük Kodu, Bariz Takdir Hatası

ABSTRACT

The Individual application option is a right guaranteed by the Constitution and the final point of the right to access to a court within the country, therefore it should be effective, accessible and regulations in this field must be clear. In this context; The basic requirement is that the legal regulations pertaining to the right to individual application are consistent within themselves. Consideration of current inconsistencies by the Constitutional Court can provide an interpretation approach in favor of fundamental rights and freedoms for future cases and prevent loss of rights. However, this approach will provide a temporary protection against the tardiness of the legislative process. Even if problems and deficiencies are tolerated in practice, legal regulations must be completely clear in a state of law.

In Turkish law, tax regulations are not gathered under a single code and are scattered within the legislation. Due to this disorganization, gaps, and contradictions in the legislation emerge as an inevitable result. Considering and eliminating these deficiencies is important in terms of preventing the loss of rights.

Keywords: The Constitutional Court, Individual Application, Application by Complaint, Union Customs Code, Manifest Error of Assessment

I. GİRİŞ

Bu çalışma, vergilendirme sürecinde yaşanan hak ihlallerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurularda ilgili mevzuat dolayısıyla gündeme gelebilecek sorunlara ilişkindir. Bu çerçevede; T.C. Anayasası, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve 6216 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan, 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün hükümleri bir bütün halinde ele alınmış ve mevzuat içi uyumsuzluklar ortaya konulmuştur.

Bu çalışma kapsamında; vergi hukuku bağlamında yapılacak bireysel başvurularda ortaya çıkması ve başvuru nezdinde hak kaybı yaratması muhtemel hususlar ele alınmıştır. Öncelikli olarak ele alınan ilk sorun alanı; bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşullarından *idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi* koşulu, ikincisi ise başvurunun esastan incelenmesi esnasında yapılacak *bariz takdir hatası* değerlendirmesinin görünümüdür. Anılan iki alan dışında tespit edilen potansiyel veya mevcut sorunlar ikincil olarak değerlendirilmiştir.

II. BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Karşılaştırmalı hukukta birçok ülke tarafından hukuk sistemine entegre edilmiş olan bireysel başvuru yolu veya doktrindeki ifadesiyle anayasa şikâyeti, kanuni tanımıyla kamu gücü tarafından hakkı ihlal edilmiş bireylerin Anayasa Mahkemesine doğrudan başvurma imkânına ilişkin hak arama yoludur.

Bireysel başvuruyu anayasa yargısındaki diğer yollardan ayıran en belirgin özelliği, kişiler için Anayasa Mahkemesine doğrudan erişim kanalı oluşturmasıdır¹. Bu yönüyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı² ve Anayasa'nın 36'ncı maddesi³ kapsamında korunan mahkemeye erişim hakkının tesisine katkı sunmaktadır.

Bireysel başvurunun temel işlevi, temel hak ve özgürlüklerin korunması için ikincil bir güvence niteliğinde olmasıdır. Bu sayede, yasal koşulların

¹ Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, (İstanbul: Oniki Levha, 2013)

² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

³ T.C. Anayasası Madde 36: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”

bulunması halinde, kanun yolu aşamalarını tamamlamış bir uyumsuzluk için anayasal denetim süreci işletilebilmektedir. Bireysel başvuru olanağı, uluslararası hak arama mekanizmalarına başvurulmasından önceki son ulusal çözüm aşamasını oluşturmaktadır. Bu yönüyle, son derece etkili olabilme potansiyel ve sorumluluğunu haizdir. Temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi, doktrinde “bireysel başvurunun subjektif işlevi” olarak anılmaktadır⁴.

Karşılaştırmalı hukukta ve buna paralel olarak Türk hukuku doktrininde yapılan ayırım uyarınca, bireysel başvurunun objektif işlevi, anayasa yargısına ilişkin içtihatları geliştirerek temel hak ve özgürlüklerin anlaşılabilirliğini artırmaktadır⁵. Temel hak ve özgürlüklerin kapsamının Anayasa Mahkemesi içtihatları sayesinde netlik ve görünürlük kazanması, mahkemelere yeknesak bir yol göstereceği gibi kişiler bakımından da hak arama bilincinin oturmasına katkı sağlayacaktır.

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN YASAL ÇERÇEVESİ

12 Eylül 2010 tarihli referandumda kabul edilen 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18'inci maddesi ile Anayasa Mahkemesi'ne “bireysel başvuruları karara bağlamak” görev ve yetkisi verilmiştir. Mevzuat uyarınca Anayasa Mahkemesi, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleme görev ve yetkisini kazanmıştır. (6216 s. Kanun Geçici m.1)

Geçerli bir bireysel başvurunun biçim ve esasına ilişkin kriterlerin belirlenmesinde temel çerçeveyi, T.C. Anayasası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun oluşturmaktadır. 6216 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan, 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren *Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü* ve Anayasa Mahkemesince yayınlanan *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*⁶ de Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde ilgili mevzuatın detaylandırılarak yorumlanmasında önem arz etmektedir.

⁴ Bahadır Kılınc, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 24/1, (Haziran 2008): 26

⁵ Kılınc, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği,” 27

⁶ Muharrem İlhan Koç, Yılmaz Çınar, Recep Kaplan, Elif Çelikdemir Anıtkı, Yunus Emre Yılmazoğlu, Melek Karali Saunders, Hasan Saraç, Mücahit Aydın, Mustafa

Anayasa Mahkemesinde yapılan yapısal değişiklikler sonucunda, Mahkeme'nin Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlar şeklinde çalışması öngörülmüştür. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi Komisyonlar, esasa ilişkin inceleme ve başvurunun karara bağlanması ise Bölümler tarafından yapılacaktır (6216 s. Kanun, m.22). Esasa ilişkin incelemede, başvuru konusu eylem işlem ya da ihmalin başvuru sahibinin temel bir hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilecektir.

IV. BİREYSEL BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Bireysel başvurunun gerekli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığına ilişkin ön incelemenin akabinde, bireysel başvuru bürosu başvuruyu kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutulmak üzere komisyonlara gönderir⁷. Kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için komisyonda bu yönde oybirliği sağlanması şarttır. (6216 s. Kanun m.48/3) Bir başvurunun birden fazla şikâyeti içermesi durumunda ise her bir şikâyet için ayrı değerlendirme yapılacaktır⁸.

Bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşullarını; başvurunun konu, kişi, yer, zaman ve süre bakımından ilgili mevzuat ile belirlenmiş sınırlar içinde bulunması oluşturur. Bu sınırlamalara ilaveten, bireysel başvurunun ikincil nitelikte hak arama yolu olmasının sonucu olarak idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekliliği de kabul edilebilirlik kriterleri kapsamında incelenir. (6216 s. Kanun m.45-48) Ayrıca; bir başvuru incelenmekte iken ya da neticelendikten sonra aynı olay, olgu, ihlal iddialarına dayanarak yeni başvuru yapılırsa mükerrer başvuru reddedilir.

Kabul edilebilirlik kriterlerinin varlığı, Anayasa Mahkemesini etkili değerlendirme sürecini olumsuz etkileyecek yoğunlukta iş yükünden korumaktadır. Bu amaç doğrultusunda “başvurunun dayanaktan yoksun olması” ve “anayasal önem kriterine uygunluk” enstrümanları da kabul edilebilirlik incelemesi kapsamına alınarak Anayasa Mahkemesine nispeten takdir marjı bırakılmıştır. Anayasal önem kriteri uyarınca, komisyonlar

Eyyub Demirbaş, *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, ed. Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017)

⁷ Mustafa Ermayası, *Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 44

⁸ Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2012), 99

anayasal önem taşımayan veya başvuru sahibinin önemli bir zarara uğramadığı başvuruları kabul etmeme yetkisine sahiptir⁹.

A. Konu Bakımından Kapsam

Bireysel başvuru incelemesinin konusunu, hem T.C. Anayasası ile hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller ile güvence altına alınmış bir hak veya özgürlüğün kamu gücü tarafından ihlal edildiğine yönelik iddialar oluşturur. Yasama işlemlerine veya düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan başvuru mümkün olmayıp ayrıca Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasa'nın yargı denetimi kapsamında bıraktığı işlemler de bireysel başvuru hakkının kapsamı dışındadır. (6216 s. Kanun m.45)

Bu çerçevede, vergi mevzuatına karşı doğrudan bireysel başvuru imkânı olmadığı açıktır. Vergi yükümlülerinin mevzuatın Anayasa'ya aykırılığını öne sürmesi ancak *somut norm denetimi* yoluyla, derdest bir davada kendilerine uygulanacak normla sınırlı olarak mümkündür. Mevzuat aleyhine doğrudan Anayasa Mahkemesine dava açılmasına cevaz veren *soyut norm denetimi* yoluna başvuru ise ancak Anayasa ile belirlenmiş kişi ve organların yetkisi dahilindedir¹⁰.

Bireysel başvuru yolu ile korunması amaçlanan hak ve özgürlük kategorisini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller ile T.C. Anayasası hükümlerinin keşişim kümesi oluşturduğundan, vergi hukuku bağlamında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru genellikle AİHS'in 6'ncı ve Anayasa'nın 36'ncı maddelerinde düzenlenmiş *adil yargılanma hakkı* veya AİHS 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci ve Anayasa'nın 35'inci maddelerinde düzenlenmiş *mülkiyet hakkı*

⁹ AYM'nin Anayasal önem kriterini tanımladığı emsal kararı için bkz: AYM, Başvuru No: 2014/2293, Karar Tarihi: 01/12/2016 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

AYM'nin ihlal iddiasına konu değerinin azlığını tanımladığı emsal kararı için bkz: AYM, Başvuru No: 2014/10405, Karar Tarihi: 25/05/2017 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁰ T.C. Anayasası Madde 150 "İptal Davası": "Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir."

bağlamında mümkün olmaktadır. Bununla birlikte; uyuşmazlık konusu olaylarda, din ve vicdan özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, seyahat özgürlüğü gibi temel hakların vergilendirme sürecinde kamu gücü tarafından ihlali de söz konusu olabilir. Örneğin; vergi borcundan dolayı kişiye yurt dışı seyahat yasağı getirilmesi seyahat hürriyetine aykırılığı gündeme getirebilir. Nitekim AİHM, Bulgaristan Pasaport Kanunu uyarınca kesinleşmiş vergi borcu bulunan vatandaşlara yurt dışına çıkış yasağı kararı alınmasını gerçekleştirilmek istenen amaçla orantısız bularak seyahat özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹.

B. Kişi Bakımından Kapsam

T.C. Anayasası'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" demekle bireysel başvuruyu öznesi *herkes* olan bir hak biçiminde tanımlamıştır. Ancak 6216 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında bu kuralın istisnaları hüküm altına alınmıştır. Öyle ki; halihazırda bireysel başvuru hakkı kural olarak T.C. vatandaşı gerçek kişilere aittir. İstisnaen; özel hukuk tüzel kişileri tüzel kişiliğe ait hakların ihlal edildiği iddiasıyla sınırlı olarak, yabancılar ise münhasıran Türk vatandaşlarına tanınmamış haklar özelinde bireysel başvuru hakkını haizdir. (6216 s. Kanun m.46)

Bireysel başvurunun kişi bakımından kapsamını yakından ilgilendiren prensiplerden biri, eşitlik ilkesidir. Anayasa'nın 10'uncu maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir...*"¹²

¹¹ AİHM, Riener v. Bulgaristan, 23.05.2006, par. 130: "*Özetle; seyahat yasağının otomatik işleyen niteliği, yetkililerin orantılılık ilkesini yeterince dikkate almaması, ilgili kanunda ve uygulamada bazı konulara ilişkin netlik bulunmaması ve başvuranın Bulgaristan'dan ayrılmasına yönelik seyahat yasağının uzun süre devam ettirildiği göz önüne alındığında, Mahkeme, uygulamanın amaçla orantısız olduğu kanaatindedir. Bu durum, 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin 2. fıkrasıyla güvence altına alınan herhangi bir ülkeyi terk etme serbestisinin ihlali anlamına gelmektedir.*"

¹² T.C. Anayasası Madde 10: "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. 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*

biçiminde “herkes” öznesiyle hüküm altına alınmış olan eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve doktrinde “aynı hukuki durumlarda olan kişilerin aynı, farklı hukuki durumlarda olan kişilerin farklı kurallara tabi olması” tanımıyla kabul görmüştür¹³.

Eşitlik ilkesi, vergi hukuku özelinde “vergilendirmede eşitlik ilkesi” olarak vücut bulur. Esasen Anayasa’nın “Vergi Ödevi” başlıklı 73’üncü maddesi, vergilendirmede eşitliğe ilişkin açık bir tanım içermemekte, ancak Anayasa koyucu, vergi ödevine hâkim olan temel anayasal ilkeler kapsamında, mali güce göre vergi ödeme yükümlülüğüne yer vermektedir. Mali güce göre vergilendirme ölçütü, Anayasa’nın 10’uncu maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı ve kanun önünde eşitlik ilkeleriyle birlikte ele alınarak tanımlanmalıdır. Bu çerçevede; vergilendirmede eşitlik ilkesinin gereği, “mali gücü aynı olan kişilerin aynı, farklı olan kişilerin farklı vergilendirilmesi” biçiminde özetlenebilir¹⁴.

Bireysel başvuru hakkının kural olarak gerçek kişilere tanınmış olması, vergilendirme ilişkisinin diğer tarafı olan idare aleyhine eşitsizlik yaratmaktadır. Zira fazla alınan vergi için kanun yollarının tüketilmesi gibi, eksik alınan yahut alınmayan vergi için de aynı durum olanak dahilindedir. Başka bir deyişle; bir vergi uyuşmazlığına ilişkin kanun yollarının tüketilmesi, vergi idaresi lehine sonuç doğuruyorsa vergi mükellefi gerçek kişiler tarafından bireysel başvuru konusu edilebilecek, ancak vergi idaresi aleyhine sonuç doğuruyorsa idare tarafından bireysel başvuru konusu edilemeyecektir. Bu durum, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun değildir. Kaldı ki; idare yalnızca vergi alacaklısı konumunda olmayıp Danıştay’ın yerleşik içtihadı uyarınca kamu tüzel kişisi olan kamu iktisadi teşebbüsleri (İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları) de vergi mükellefiyetini haizdir. Vergi idaresinin hakları ile gerçek kişilerin hakları arasında oluşan bu ayrım, sosyal eşitlik¹⁵ ilkesi ile dahi gerekçelendirilemeyecek sonuçlar doğurma

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.”

¹³ AYM’nin eşitlik ve vergilendirmede eşitlik ilkelerini tanımladığı emsal kararı için bkz: AYM, Karar Tarihi: 06.06.1991, Esas Sayısı: 1990/35, Karar Sayısı: 1991/13 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

¹⁴ Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 66

¹⁵ “Sosyal eşitlik, devlete yüklenen sosyal görevlerle, özgürlüklerin toplum yararına sınırlandırılmasıdır.” bkz: Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 314

potansiyeline sahiptir. Doktrinde “bir kişinin, aynı anda olmasa bile hem hak ihlali iddiasında bulunan hem de hak ihlali iddiasına muhatap konumda olması düşünülemez olduğundan, başvurucunun sırf kamu tüzel kişisi statüsünde olmasının, başvuru ehliyetine sahip olmadığı sonucunu doğuracağı” görüşü öne sürülmüştür¹⁶.

C. İdari ve Yargısal Başvuru Yollarının Tüketilmesi

T.C. Anayasası'nın “Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetkileri” başlıklı 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile hüküm altına alınan biçimiyle, bireysel başvuruda bulunabilmek için tüketilmesi zorunlu olan hukuki seçenekler olağan kanun yollarıyla sınırlı iken 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin 2'nci fıkrası, idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi koşulunu hüküm altına alarak bireysel başvuru hakkını kişiler aleyhine daraltmıştır. Zira idari ve yargısal başvuru yolları lafzından, olağan ve olağanüstü kanun yollarının yanı sıra ihtiyari ve zorunlu idari başvuru yollarının tamamının tüketilmesi anlaşılacaktır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün “Bireysel Başvuru Formu ve Ekleri” başlıklı 59'uncu maddesinde de en kapsamlı anlama gelecek şekilde “başvuru yollarının tüketilmesinden” bahsedilmektedir.

Bu durum, Anayasal kuralların geniş, istisnaların dar yorumlanması yönündeki yorum ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. İlgili ilke uyarınca, istisna getirmeye yalnızca o kuralı koyan makam yetkili olup bu durumun tek istisnasını kural koyucu makam tarafından yetkilendirilme hali oluşturur. Normlar hiyerarşisinde alt basamakta bulunan normun üstündekine istisna getirmesi bu çerçevede mümkündür¹⁷.

T.C. Anayasası'nın 2'nci maddesi ile güvence altına alınmış hukuk devleti ilkesi çerçevesinde uygulanan hukuk güvenliği ilkesi, Anayasa Mahkemesinin 2003 yılına ait bir kararında, “Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır.”¹⁸ biçiminde tanımlanmıştır. Hukuki

¹⁶ Hikmet Berk Turhan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 68

¹⁷ Kemal Gözler, “Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması,” *Yorum İlkeleri* içinde, haz. Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., 2012), 49-50

¹⁸ AYM, Esas No: 2003/30, Karar No: 2003/38, Karar Tarihi: 29/04/2003 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

düzenlemelerin kendi içinde tutarlı olmasının öngörülebilirlik koşuluna esas teşkil ettiğine ise şüphe yoktur. Bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeleri içeren mevzuat hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, bünyesinde tutarsızlıklar barındırdığı açıkça anlaşılmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un anılan maddesinin 4'üncü fıkrasında yer verilmiş “*Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.*” hükmünün bu alanda kanunla düzenleme yapılmasına verilmiş bir yetki niteliği taşıdığı açıktır. Bununla birlikte, Anayasa'nın açıkça “olağan kanun yollarının tüketilmesi” şartı ile sınırladığı söz konusu hükümde Kanun ile getirilen “idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi” şartı istisnalar getirme yetkisinin görünümü sayılamaz. Zira Anayasa bu hususta susarak kanuni düzenlemeye yer bırakmamış, olağan kanun yollarının tüketilmesinin yeterli olduğu yönündeki tespitini açıkça hüküm altına almıştır. Bu çerçevede, 6216 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin 2'nci fıkrası Anayasa'nın açık hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Kanun yapım sürecinde, Anayasa Alt Komisyonu'nda anılan hükme ilişkin uyarı yapıldığı halde çoğunluk tarafından dikkate alınmaması durumun kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğunun göstergesidir¹⁹.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin mevcut içtihadı da söz konusu koşulun kanuna sıkı sıkıya bağlı biçimde uygulanmaması yönündedir²⁰. Anayasa Mahkemesi, mevzuat ile başvurulması mümkün kılınmış başvuru yollarının “tüketilmesi gerekli” sayılması için telafi kabiliyetini ve makul başarı şansını haiz olmalarını aramaktadır²¹. Bu çerçevede Mahkeme'nin sıkı bir kanunilik

¹⁹ Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi,” *TBB Dergisi*, (Temmuz-Ağustos:2011): 95

²⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 382

²¹ “*Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurusunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi gerekir.* (AYM, Başvuru No: 2012/239, Karar Tarihi: 02/07/2013, § 29) (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

Ayrıca başvuru yollarının tüketilmesi kuralı mutlak nitelikte olmayıp bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken her somut başvurunun kendine özgü koşullarının da göz önüne alınması zorunludur. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvurusunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurusunun başvuru yollarının tüketilmesi noktasındaki

izlemek yerine gerçekçi bir yaklaşımı seçtiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesince yayınlanan Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi'nde de aynı yönde, etkili idari başvuru yollarının ve olağan kanun yollarının tüketilmesinin yeterli olduğu ön koşuluna yer verilmiştir²².

Bu şekilde yargısal başvurular bakımından olağan kanun yollarının tüketilmesinin yeterli olduğu açıklığa kavuşturulsa da idari başvurular bakımından yalnızca idari başvurunun etkililiği, telafi kabiliyetini ve makul başarı şansını haiz olması gibi soyut ölçütler tesis edilmiştir. Oysaki; idari başvurunun ihtiyari veya zorunlu olma niteliğine göre somut bir tasnif yapılarak hukuki öngörülebilirliğin nispeten sağlanması mümkündür.

Dava açılmadan önce başvurulması zorunlu bir idari makam bulunması, Türk hukukunda istisnai nitelikte olup kural olarak idari işleme karşı doğrudan dava açılabilir²³. İdari başvurunun zorunlu kılındığı istisnai haller mevzuat içerisinde dağınık olarak yer almaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemekle yükümlendirilmeleri, zorunlu idari başvurunun en somut örneklerinden biridir. Bir başka örnek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanun uyarınca yapılacak kamu ihalelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce ihaleyi yapan idareye yapılacak "şikâyet" başvurusu ile akabinde Kamu İhale Kurulu'na yapılacak "itirazın şikâyet" başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu, ilgili kanunun 54. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Zorunlu idari başvuru yolu öngörülmuş uyuşmazlıklarda bu yol tüketilmeksizin dava açılması -etkililiğine, telafi kabiliyetini ve makul başarı şansını haiz olup olmamasına bakılmaksızın- idari merci tecavüzüne sebebiyet vereceğinden ilk inceleme aşamasında dilekçelerin ilgili idari mercie tevdiine karar verilir. (2577 s. Kanun m.14-15)

Nispeten çok daha uzun zaman, emek ve para kaybına neden olan yargısal çözüm yollarından önce idari çözüm yollarına şans verilmesi usul

yükümlülükleri başvurunun özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir." (AYM, Başvuru No:2014/4705, Karar Tarihi: 29.05.2014, § 34) (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

²² Muharrem İlhan Koç, Yılmaz Çınar, Recep Kaplan, Elif Çelikdemir Anıtcı, Yunus Emre Yılmazoğlu, Melek Karali Saunders, Hasan Saraç, Mücahit Aydın, Mustafa Eyyub Demirbaş, *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, 178-181

²³ Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 695-696

ekonomisi ilkesi bakımından yerinde olan bir seçenektir. Vergi yargısında da Türk hukukunun genel yaklaşımına paralel biçimde kural olarak ihtiyari olan idari çözüm yolları geçerlidir. Vergi yükümlüsü ile idare arasında vergi aslı veya cezasına ilişkin olarak doğabilecek uyuşmazlıkların tarafların idari denetim ilkeleri çerçevesinde anlaşmasıyla çözümlenmesi vergi uyuşmazlıklarına dair idari çözüm yolu veya barışçıl çözüm yolu olarak nitelendirilmektedir²⁴. Türk hukukunda vergi uyuşmazlıkları için idari çözüm yolları olarak “uzlaşma” ve “hata düzeltme” kurumları öngörülmüştür²⁵.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun (VUK) Ek 1 ve devamı maddeleri ile düzenlenmiş uzlaşma yolu, re’sen, ikmalen veya idarece tarh edilen vergiler ile bunlara ilişkin vergi cezalarına ilişkin olarak vergi dairesi ve vergi yükümlüsünün anlaşması biçiminde tanımlanabilir. Uzlaşma yoluyla vergi yükümlüsü daha az vergi ödeme imkânı bulurken vergi alacağının hazineye girişi de hızlandırılmış olur²⁶. Kaçakçılık suçlarıyla vergi ziyana sebebiyet verilmesi halinde tarh edilen vergi ve uygulanan vergi cezası, kaçakçılık suçlarına iştirak halinde kesilen vergi cezası, bazı kaçakçılık suçlarına ilişkin olarak yapılan ön tespitin tebliğ edildiği mükellefe kesilen vergi cezaları uzlaşma kapsamı dışındadır. (213 s. Kanun Ek m. 1)

213 sayılı VUK’un 116 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş hata düzeltme yolu, hesaplamalarda veya vergiye ilişkin süreçlerde hata yapılarak eksik veya fazla vergi istendiği veya alındığı iddiasıyla ilgili vergi dairesine yapılan başvuruyu ifade eder²⁷. Vergi uyuşmazlığının, yargı yoluna

²⁴ Mualla Öncel, Nami Çağan, Ahmet Kumrulu, Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 183

²⁵ Hata düzeltme ve uzlaşma ile sınırlayan görüşün (Öncel, Çağan, Kumrulu, Göker, *Vergi Hukuku*, 183) yanı sıra; cezalarda indirim, pişmanlık ve ıslah kurumlarını da idari çözüm yolları kapsamında sayan yazarlar bulunmakla birlikte (Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, [Ankara: Yetkin Yayınları, 2004], 430) (Şükrü Kızılot, Metin Taş, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, [Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011], 153-157) (Şerafettin Aksoy, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, [İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010], 111-119) hata düzeltme, uzlaşma ve cezalarda indirim ile sınırlı kabul eden yazarlar da bulunmaktadır (S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, [İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2008], 430)

²⁶ Uzlaşma yolunun idare ve yükümlü lehine yönlerinin yanı sıra vergilendirmede eşitlik, vergilendirmede kanunilik ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlal ederek T.C. Anayasası’na aykırılık teşkil ettiğine ilişkin değerlendirmeler için bkz: Celal Hocaoğlu, *Vergi Hukukunda Uzlaşma*, (Ankara: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015), 5:491-515

²⁷ Öncel, Çağan, Kumrulu, Göker, *Vergi Hukuku*, 187

başvurulmaksızın idare ile mükellef arasında düzeltilmesini sağlayan hata düzeltme yolu, sadece vergi hatalarının düzeltilmesine ilişkindir²⁸. Vergilendirme sürecinin her aşamasında hata yapılması mümkün olmakla birlikte, Danıştay kararlarında tahsil aşamasında hata düzeltme yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda içtihat birliği bulunmamaktadır²⁹.

VUK uyarınca vergi hataları “hesap hataları” ve “vergilendirme hataları” olarak ikiye ayrılmış ve her iki gruba dahil olanlar da sınırlı sayıda sayılmıştır. Kanuni tanımları uyarınca; eksik ya da fazla vergi alınması sonucunu doğuran aritmetik hatalar hesap hatası, mükellefiyetin yanlış belirlenmesine yol açan hatalar vergilendirme hatasıdır. İdare tarafından tespit edilen açık ve mutlak hatalar idarece re’sen düzeltilir. Mükellef tarafından tespit edilen hatalar için ise vergi dairesine yazılı başvuru gerekmektedir. (213 s. Kanun m. 117-120)

Hata düzeltme başvurusu vergi dairesince reddedilen mükellefler için - üst merciye yapılan idari başvurunun bir görünümü olarak- Hazine ve Maliye Bakanlığı’na, ilgili valiliğe veya belediye başkanlığına şikâyet yoluyla müracaat imkânı ilgili mevzuat kapsamında tesis edilmiştir. İdari başvuruların kural olarak ihtiyari olma niteliği gereği, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin bireysel başvurularda şikâyet yolunun tüketilmesi koşulunun aranmayacağı söylenebilir³⁰. Bununla birlikte, mevzuatta dağınık biçimde zorunlu idari başvuru olarak düzenlenen durumlarda anılan başvuruların tüketilmesinin bir kabul edilebilirlik koşulu olacağı açıktır³¹.

²⁸ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, (Bursa: Ekin Yayın Dağıtım, 2017), 272

²⁹ Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 219

³⁰ Maliye Bakanlığı’na şikâyet yoluyla müracaatın ihtiyari idari başvuru niteliği taşıdığı yönündeki görüşün yanı sıra [Şenyüz, Yüce, Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 275] [Özhan Uluatam, *Örnekler, Belgeler ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995), 234] [Osman Pehlivan, *Vergi Hukuku*, (Trabzon: Celepler Matbaacılık, 2017), 130] zorunlu idari başvuru niteliği taşıdığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. (Kaneti, Ekmekci, Güneş, Kaşıkçı, *Vergi Hukuku*, 227) [İbrahim Bayar, “Türkiye’de Düzeltme Yolu: Kapsam ve İçerik Tartışmaları,” *Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümü: Barışçıl Mekanizmalar* içinde, ed. Billur Yaltı, (İstanbul: Beta Basım, 2015)]

³¹ Tuğçe Akdemir, “Vergi Hukuku Açısından Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu,” *TBB Dergisi 111*, no 1367, (Mart Nisan 2014): 255-278

1. Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması

2577 Sayılı İYUK'un 13'üncü maddesinde düzenlenmiş olan, idarenin eylemlerine karşı doğrudan tam yargı davası açılmasının ön koşulu ilgili idareye başvurularak hak talebinde bulunulmasıdır. Anılan madde uyarınca; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurularak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Hükümün lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, bu bir zorunlu idari başvuru yoludur.

İdarenin kamu hizmetlerini sağlamak adına gerçekleştirdiği hukuki işlemlere idari işlem denir. Uygulamada idari işlem ile sıklıkla iç içe geçen veya idari işlemin devamı niteliğinde olan idari eylem kavramı ise idarenin bir hareketi veya hareketsizliği ile hukuk aleminde meydana gelecek değişikliğin yanı sıra maddi alemde de değişiklik yaratmasıdır³². 2577 sayılı Kanun'un anılan maddesi ile hüküm altına alınmış zorunlu idari başvuru yolu idari eylemlere ilişkindir.

Vergi idaresince tesis edilen işlemlerin neredeyse tamamı idari işlem niteliğinde olduğundan, kural olarak zorunlu idari başvuru söz konusu olmadığı açıktır. İstisnai nitelikteki idari eylem varlığına genellikle haksız hacizlerde rastlanmaktadır³³. Örneğin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun haczedilen menkul malların muhafazasını alacaklı idarenin tahsil ile görevli dairesine tevdi ettiği için ilgili dairesinin bir eylemi/eylemsizliği ile vazifesini yerine getirememesi halinde malikin tam yargı davası açmadan önce idareye başvurması gerekecektir. (6183 s. Kanun m.82) Genel nitelikte bir Kanun ile açıkça hüküm altına alınmış söz konusu idari başvuru yolu tüketilmeksizin yapılacak bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesince kabul edilemez bulunacağı açıktır.

2. Şikâyet Yoluyla Müracaat

Eksik veya fazla vergi alındığı veya istendiği iddiasıyla ilgili vergi dairesine yapılacak hata düzeltme yoluna başvuru, 213 sayılı VUK'taki özel düzenleme gereği idari başvuru sürelerine tabi olmayıp zamanaşımı süreleri

³² Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 270

³³ Serkan Açar, "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği," *TBB Dergisi* 62, no: 202, (Ocak-Şubat 2006):287

içinde hata düzeltme istenebilir. Vergi aslı ve/veya cezasının kesinleşmiş olması hata düzeltme talebine engel teşkil etmez. Bu çerçevede; vergi alacağının doğduğu yılın başından itibaren beş yıl içinde hata düzeltme isteminde bulunulması mümkündür. (213 s. Kanun m.114)

Hata düzeltme talebinin ilgili vergi dairesince sarıh veya zımni olarak reddolunması üzerine izlenmesi gereken yol, dava açma süresinin devam ediyor olup olmamasına bağlıdır. Hata düzeltme isteminin dava açma süresi içinde yapılmış olması önem arz etmez; belirleyici olan vergi idaresinin ret tarihidir³⁴. Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra ret yanıtı alınması olasılığında, söz konusu yanıtı dava konusu edebilmek için Hazine ve Maliye Bakanlığı'na -il özel idare vergilerine ilişkin olarak ilgili valiliğe ve belediye vergilerine ilişkin olarak ilgili belediyeye- şikâyet yoluyla başvuru yapılması gerekir. (213 s. Kanun m.124) Başka bir deyişle, vergi mahkemesinde dava açma süresi devam ederken vergi idaresinden alınan olumsuz yanıtın zorunlu şikâyet yoluna tabi olunmaksızın yargıya taşınması mümkündür³⁵.

Şikâyet yoluna başvuru imkânı ile idare yeni bir idari işlem tesis etmeye bir nevi zorlanır ve alınacak yanıt için taze bir dava açma süresi doğar³⁶. Dava

³⁴ “Davacı kurumun, vergisi uyuşmazlık konusu dönemde, dava açma süresini geçirmeden düzeltme istemesine rağmen, bu istemin ilgili vergi dairesi müdürlüğüne reddedildiği ancak, bu süreçte dava açma süresinin geçirildiği saptanmaktadır. Dolayısıyla başvurunun, dava açma süresinden sonra yapılmış bir başvuru olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, idari başvuru yolları tüketilmeksizin, kesin ve yürütülebilir özellikte bulunmayan düzeltme isteminin reddi üzerine vergi mahkemesine başvurulmasına olanak bulunmamaktadır.” Danıştay VDDK Kararı, Esas No: 1999/166, Karar No: 1999/493, Tarih: 26.11.1999

³⁵ Tahir Erdem, *Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2012), 358

³⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun “Vergilendirmede yapılan hataların dava yoluna başvurulmadan giderilmesi amacını taşıyan düzeltme yolu, Vergi Usul Kanununda özel olarak açıkça düzenlenmiş olduğundan, 2577 sayılı Yasanın “Üst Makama Başvurma” başlığını taşıyan 11'inci maddesinin, vergilendirmeye ilişkin ihbarnamelerin duyurulması üzerine uygulanmasına olanak bulunmadığına ve davacı tarafından vergi mahkemesinde dava açma süresi içinde yapılan düzeltme başvurusunun reddine ilişkin işleme karşı açılan davanın, vergilendirmeye karşı açılmış bir dava olarak incelenemeyeceği yönündeki ısrar hükmünde hukuka aykırılık bulunmadığına oyçokluğu ile karar verildikten sonra...” biçimindeki içtihadı gereği, söz konusu davada ilgili vergilendirme sürecinin tamamına ilişkin savlar öne sürülemeyeceği ve dava hakkının düzeltme istemiyle sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Danıştay VDDK, E.2007/700, K.2008/763, T.26.12.200 (<https://www.lexpera.com.tr/>)

açma süresi geçmiş olan hata düzeltme talebinin reddine karşı şikâyet yoluna başvuru ve şikâyetin reddi halinde bu yanıtın dava konusu edilmesi dışında bir hukuki olanak bulunmadığından Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet yolu fiili olarak zorunlu idari başvuru niteliğindedir. Nitekim Danıştay'ın yerleşik içtihadı da bu yönde gelişmiştir³⁷. Bununla birlikte, ilgili Kanun'un "*Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikâyet yolu ile Maliye Bakanlığı'na müracaat edebilirler.*" biçimindeki lafzı, ihtiyari başvuru niteliğinde anlaşılmaya müsait olup doktrinde çok yönlü olarak tartışılmaktadır.

Dava dilekçelerine ilişkin ilk inceleme aşamasında idari merci tecavüzü varlığının tespit edilmesi halinde davanın reddine değil dilekçenin ilgili idari mercie tevdiine karar verileceğine ilişkin 2577 sayılı İYUK hükmü, mevzuatı bilmemesi olağan olan vatandaşların bu sebeple hak kaybı yaşamasını önler niteliktedir. Nitekim anılan hüküm sayesinde, Maliye Bakanlığı'na şikâyet yolunun Kanun lafzından ihtiyari anlaşılıyorken uygulamada zorunlu idari başvuru olarak uygulanması idari yargıya başvuru bakımından hak kaybına neden olmayacaktır.

Kanun'un açık ifadesine aykırı olarak uygulamada şekillenen zorunlu idari başvuru niteliğinin, Anayasa yargısına başvuruda bir hak kaybı yaratması ise olasılık dahilindedir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerinden idari başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu mutlak olarak aramasa da ihtiyari ve zorunlu olup olmamasına göre bir içtihat geliştirmemiştir. Mevzuatta özel durumlar için zorunlu idari başvuru

³⁷ 213 sayılı VUK'un 124'üncü maddesinde hüküm altına alınmış Maliye Bakanlığı'na şikâyet yoluyla başvuru imkânının zorunlu idari başvuru niteliği taşımadığı, vergi idaresinden sarih veya zımni olarak alınan reddin kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğu iddialarını içeren temyiz istemlerinin reddine ilişkin olarak: Danıştay VDDK, E.2011/410, K.2013/95, T.27.02.2013 ve Danıştay VDDK E.2012/403, K.2013/330, T.23.10.2013 (<https://www.lexpera.com.tr/>)

Vergi mahkemesinde dava konusu yapılmadığı veya süresinden sonra açılması nedeniyle davanın reddedilmesi nedeniyle tahakkuk etmiş vergilendirmeler hakkında yapılan düzeltme istemlerinin reddine karşı doğrudan dava açma imkânı bulunmadığı, ilgililerin şikâyet yoluyla vergi düzeltme isteminde bulunması ve bu yol tüketildikten sonra istemin kısmen veya tamamen reddi yolundaki işleme karşı dava açması gerektiğine ilişkin olarak: Danıştay VDDK, E.2011/360, K.2013/93, T.27.02.2013; Danıştay VDDK, E.2007/700, K.2008/763, T.26.12.200; Danıştay VDDK., E.2011/512 K.2013/94 T. 27.2.2013 ve Danıştay VDDK., E. 2011/355 K. 2013/117 T. 27.3.2013 (<https://www.lexpera.com.tr/>)

öngörülmesinin usul ekonomisi ilkesinden hareket ettiği göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesince bu istisnai başvuruların etkili, telafi kabiliyetini ve makul başarı şansını haiz olduğunun varsayılması kuvvetli bir olasılıktır. Bireysel başvuru özelinde, dilekçenin ilgili idari mercie tevdi gibi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla şikâyet yolunun zorunlu idari başvuru niteliğinden bihaber olup bu yolu tüketmeksizin bireysel başvuruda bulunan başvuruçunun işbu başvurusu kabul edilemez bulunacağı gibi, bu süreçte yüksek olasılıkla dava açma süresi kaçırılarak şikâyet yoluna gidilmesi imkânı da kaybedilecektir. Hal böyleyken, söz konusu uyuşmazlık özelinde kabul edilebilirlik incelemesinin işbu başvurunun başvuruçunun *son* hukuki şansı olduğu göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir.

3. Gümrük Kanunu'ndaki İtiraz Yolu

Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir ortaklık kurma amacına yönelik olarak yürürlüğe giren Ankara Anlaşması çerçevesinde, taraflar arası karşılıklı ve dengeli yükümlülükler dayalı bir Gümrük Birliği'nin aşamalı olarak kurulacağı hüküm altına alınmıştır. 1995 yılının sonunda, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Birliği Kararı) ile Gümrük Birliği'nin son dönemi uygulamaya konulmuştur. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı özetle Türkiye'nin gümrük hukukuna ilişkin mevzuatını Avrupa Birliği muktesabatına uygun biçimde düzenlemesine ilişkindir. Söz konusu dönemde AB'de yürürlükte olan 2913/92 sayılı ve 12.11.1992 tarihli Konsey Tüzüğü (Topluluk Gümrük Kodu/ Community Customs Code) ve 2454/93 sayılı ve 02.07.1993 tarihli Komisyon Yönetmeliği çerçevesinde hazırlanan 4458 sayılı Gümrük Kanunu, 04.11.1999 tarih ve 23866 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 05.02.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun genel gerekçesinde izah edildiği üzere, Topluluk Gümrük Kodu'nun³⁸ temel kurumları Türkiye Cumhuriyeti'nin ihtiyaçlarına uyumlaştırılarak Kanun'a alınmıştır. Başka bir deyişle, mevcut Gümrük Kanunu'ndaki boşluklar Topluluk Gümrük Kodu'na uygun biçimde doldurulmuş, ekonomik faaliyetlerin gelişimini destekleyecek ve AB ile yaşanan bürokratik trafiği azaltacak düzenlemeler yapılmıştır. 4458 sayılı Kanun aynı zamanda, vergi uyuşmazlıklarının idari başvurularla veya

³⁸ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, 19.10.1992, L302/1, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/1992/2913/oj>,

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözümüne ilişkin usulî prosedürleri de kapsamaktadır³⁹.

AB müktesebatına uyum sürecinde 4458 sayılı Kanun'a alınan düzenlemelerden biri, vergi yükümlülerinin kendilerine tebliğ edilen gümrük vergilerini yargıya taşımadan evvel ilgili gümrük idaresine idari başvuruda bulunmalarına imkân veren itiraz yoludur. Bu düzenleme uyarınca yükümlüler, gümrük vergisinin kendilerine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edebilirler. (4458 s. Kanun m.242/1)

Anılan hüküm, 4458 sayılı Kanun'a Topluluk Gümrük Kodu'nun 243'üncü maddesinden alınmıştır. Topluluk Gümrük Kodu'ndaki ifade biçimine paralel olarak Gümrük Kanunu'nun lafzı da başvurulması ihtiyari bir yola işaret etmektedir. Bununla birlikte Danıştay'ın yerleşik içtihadında söz konusu itiraz imkânı zorunlu idari başvuru yolu olarak yorumlanmakta, üstelik bu durum Maliye Bakanlığı'na şikâyet yoluyla müracaat benzeri bir fiili zorunluluğun sonucu olmayıp "...4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte bulunan şekliyle 242'nci maddesi hükümleri uyarınca; Gümrük Kanunu'nda öngörülen idari itiraz prosedürü tamamlanmadan idari yargı yoluna başvurulamayacağı..." ifadeleriyle Kanun'un gereği olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

Topluluk Gümrük Kodu'nun 243'üncü maddesi iki aşamalı bir itiraz prosedürünü içermekte olup bu hüküm uyarınca itiraz önce gümrük idaresine, sonra bağımsız bir organa yönlendirilebilir. Söz konusu bağımsız organın üye devletin iç hukukuna göre bir yargı organı da olabileceği açıklanmıştır⁴¹.

³⁹ Erdem, *Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları*, 421

⁴⁰ Danıştay VDDK, E. 2011/493 K. 2013/248 T. 19.6.2013; Danıştay VDDK, E. 2013/882 K. 2014/419 T. 14.5.2014; Danıştay VDDK., E. 2013/499 K. 2013/603 T. 11.12.2013 (<https://www.lexpera.com.tr/>)

⁴¹ Community Customs Code, art. 243: 1. Any person shall have the right to appeal against decisions taken by the customs authorities which relate to the application of customs legislation, and which concern him directly and individually. Any person who has applied to the customs authorities for a decision relating to the application of customs legislation and has not obtained a ruling on that request within the period referred to in Article 6 (2) shall also be entitled to exercise the right of appeal. The appeal must be lodged in the Member State where the decision has been taken or applied for.

2. The right of appeal may be exercised:

Anılan itiraz yolu İtalyan mahkemelerince zorunlu idari başvuru olarak değerlendirilmiş, gümrük idaresine yapılacak idari itiraz atlanarak açılan davanın reddedilmesi üzerine uyuşmazlık davacı Kofisa tarafından Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) huzuruna taşınmıştır⁴². ABAD 2001 tarihli *Kofisa v. İtalya* kararı ile; Topluluk Gümrük Kodu'nda açıkça zorunlu idari başvuru ibarelerine yer verilmediğinden, üye devletin iç hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmadıkça tüketilmesi zorunlu kabul edilemeyeceğini ve itiraz yolunun atlanmasının doğrudan yargı makamlarına başvuruya engel oluşturmayacağı karara bağlamıştır⁴³.

Topluluk Gümrük Kodu, 952/2013 sayılı ve 09.11.2013 tarihli Birlik Gümrük Tüzüğü ile ilga edilmiştir⁴⁴. Halihazırda yürürlükte olan Birlik Gümrük Tüzüğü'nün idari itirazı düzenleyen 44'üncü maddesi Topluluk Gümrük Kodu'nun mülga 243'üncü maddesine paralel olarak iki aşamalı bir itiraz prosedürü öngörmüştür⁴⁵. İki metin arasındaki en belirgin fark ise

(a) initially, before the customs authorities designated for that purpose by the Member States;

(b) subsequently, before an independent body, which may be a judicial authority or an equivalent specialized body, according to the provisions in force in the Member States.

⁴² ABAD, *Kofisa v. İtalya*, T.11.01.2001, C-1/99

⁴³ ABAD, *Kofisa v. İtalya*. par.36-39: "There is nothing in the wording of that provision to indicate that the appeal before the customs authority is a mandatory stage prior to lodging an appeal before the independent body. In that regard, it should be pointed out that Article 243 of the Customs Code forms part of Title VIII, on appeals. Unlike a considerable number of the substantive provisions of the Customs Code, the provisions in that title concern only a number of essential aspects relating to the protection of the traders concerned, but do not lay down detailed rules governing the appeals procedure. Article 245 of the Customs Code provides that the provisions for the implementation of the appeals procedure are to be determined by the Member States. It must therefore be concluded that, in adopting only the broad outlines of the appeals procedure, the Community legislature did not preclude that national law might authorise a trader, in appropriate circumstances, to lodge an appeal directly before an independent authority."

⁴⁴ *Avrupa Birliği Resmi Gazetesi*, T. 10.10.2013, L269/1, <http://data.europa.eu/eli/reg/2013/952/oj>

⁴⁵ Art. 44 of the Regulation (EU) No. 952/2013: "1. Any person shall have the right to appeal against any decision taken by the customs authorities relating to the application of the customs legislation which concerns him or her directly and individually. Any person who has applied to the customs authorities for a decision and has not obtained a decision on that application within the time-limits referred to in Article 22(3) shall also be entitled to exercise the right of appeal."

Topluluk Gümrük Kodu'nun 243 ve devamı maddeleri "*İtirazlar (Appeals)*" başlığını taşıdığı halde Birlik Gümrük Tüzüğü'nün 44'üncü maddesinin "*İtiraz Hakkı (Right of Appeal)*" başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır. Bu lafzi değişiklik sonucunda gümrük idaresine itiraz yoluyla başvurunun bireylerin inisiyatifine bırakılmış ihtiyari nitelikte bir başvuru yolu olduğu AB nezdinde açıklığa kavuşmuştur.

Avrupa Birliği'nin güncel gümrük mevzuatının esaslarını oluşturan Birlik Gümrük Kodu'nun 01.05.2016'da AB'de yürürlüğe girmesiyle Türkiye Cumhuriyeti'nde de mevzuatın uyumlaştırılması hazırlıkları başlamıştır. Bu çerçevede hazırlanan 25.01.2019 tarihli Yeni Gümrük Kanunu Taslağı'nın "*İtiraz Hakkı*" başlıklı 35'inci maddesi "*Kişiler, gümrük idareleri tarafından gümrük mevzuatının uygulanması ile ilgili olarak alınan ve doğrudan kendilerini ilgilendiren herhangi bir karara karşı itiraz hakkına sahiptir. İtiraz, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama 37'nci madde hükmü saklı kalmak kaydıyla yapılır. Kişiler, itiraz etmeden doğrudan dava açabilir.*" hükmünü içermektedir.

Dolayısıyla, kanun koyucunun mevcut düzenlemeden açıkça anlaşılması gereken ihtiyari niteliğin aksi yorumunu tamamen yasaklama niyeti açıktır. Söz konusu Taslak hala kanunlaştırılmamış olmakla birlikte güncel AB mevzuatı ve kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurulduğunda Danıştay'ın mevcut içtihadından dönmesi gerekmektedir. Gümrük idaresine yapılacak idari itiraz aşaması atlanarak ilgili gümrük vergisinin bireysel başvuruya konu edilmesi halinde başvurunun Anayasa Mahkemesince kabul edilir bulunup bulunmayacağı potansiyel bir hak kaybı endişesi yaratmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin tüketilmesi zorunlu idari başvuru bulunup bulunmadığı gibi mevzuatta dağınık olarak düzenlenen konularda mahkemeye erişim hakkını korumak adına katı yorumdan kaçındığı bilinmekle birlikte⁴⁶

2. *The right of appeal may be exercised in at least two steps: (a) initially, before the customs authorities or a judicial authority or other body designated for that purpose by the Member States; (b) subsequently, before a higher independent body, which may be a judicial authority or an equivalent specialised body, according to the provisions in force in the Member States.*"

⁴⁶ "*İdari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açılma tehdidi altında kalmasını engellemek, kamu hizmetinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesi ile idari davaların açılması kanunlarla belli sürelerle bağlanmıştır. Ancak dava açma süresinin başlangıcı, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolunun bulunup bulunmadığı, başvurulacak merci gibi konularda mevzuatta dağınık bir şekilde*

etkili, telafi kabiliyetini ve makul başarı şansını haiz olma biçiminde içtihatlarla belirlenen soyut çerçeve Mahkeme'ye geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Nitekim Mahkeme, idari başvurunun etkililiğini kural, etkisizliğini istisna kabul etmekte ve etkisizliğe ilişkin değerlendirmede bulunmak için pratik ispat aramaktadır⁴⁷. Bu çerçevede; gümrük idaresine idari itiraz yolu tüketilmeden yapılacak başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilemez bulunması kuvvetle muhtemeldir.

V. BİREYSEL BAŞVURUNUN ESASI HAKKINDA İNCELEME

6216 sayılı Kanun'un 48'inci maddesi ile sayılmış kabul edilebilirlik koşullarını sağlayan başvuruların esaslı Bölümler tarafından incelenir. Bir hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin esas incelemesi esnasında, Komisyon ve Bölümlerin her türlü araştırmayı yapması ve gerekli görülen tüm bilgi, belge ve delilleri talep etmesi mümkündür. İnceleme kural olarak dosya üzerinden yapılmakla birlikte, gerekli görülmesi halinde duruşma yapılması da mümkündür. (6216 s. Kanun m.48)

Anayasa Mahkemesince esastan yapılacak incelemenin sınırları ise Anayasa'nın 148'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında ve bu hükmü tamamlayıcı biçimde 6216 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında "Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." biçiminde belirlemiştir. Bu hüküm, bireysel

bulunan hükümlerin özellikle yabancı uyruklu kişilerce bilinebilmesi, süresi içinde ve doğru mercie dava açılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

"Dava açma sürelerini düzenleyen, son derece karışık ve dağınık olan bir mevzuatın aşırı şekilci (katı) yorumu, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Özellikle başvuru mercii ve süresi gösterilmeyen işlemlerle ilgili davalarda mahkemelerin usul kurallarını yorumlarken mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek şekilde katı yorumdan kaçınmaları gerekir." (AYM, Başvuru No: 2013/8896, Karar Tarihi: 23/02/2016, § 39-40, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁴⁷ *"Başvuru konusu olayda, şikâyet edilen işleme karşı idari ve yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı, söz konusu başvuru yollarının pratikte etkili olmadığını gösteren bir örneğin bulunmadığı, aynı konuda daha önce başvurulmuş bir yargı yerince verilen karar da bulunmadığı anlaşılmıştır. ... Bu nedenlerle, somut başvuruda, başvuru yollarının tüketilmediği, anılan kuralın istisnalarını oluşturan hallerin de mevcut olmadığı sonucuna varıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "başvuru yollarının tüketilmemiş olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." (AYM, Başvuru No: 2014/5559, Karar Tarihi: 25/4/2014, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)*

başvuru yolunun ikincil niteliğinin doğal sonucudur. Ayrıca; her ne kadar Anayasa Mahkemesi yasama, yürütme ve diğer yargı organları üzerinde bir denetim ve bunun doğal sonucu olarak takdir yetkisini haiz ise de bu diğer organların yetki alanları ile sınırlıdır⁴⁸.

İlk kez Alman Federal Anayasa Mahkemesi üyesi Karl Heck tarafından ileri sürülen “*takdir alanı teorisi*” ikincil yargı makamlarının keyfi yorum denetimi ile sınırlı olarak diğer kuvvet ve organların hukuki yorumlarını, olaya ilişkin tespitlerini ve hükümlerini denetleyebileceğine ilişkindir. Bütün mahkeme kararlarını Anayasa Mahkemesi denetimine açmak yapay bir süper-temyiz makamı yaratmak sonucunu doğuracağından, mahkeme kararının objektif hukuka aykırı olması ile Anayasal ilkelere aykırı olması hallerini birbirinden ayırmak gerekir. *Heck Formülü* olarak anılan bu görüşe göre, Federal Anayasa Mahkemesi yorum hatasını ancak uyumsuzluk için belirleyici nitelik taşıması ve temel bir hakkın ilkesel açıdan yanlış değerlendirme ile ihlal edilmesi koşullarında denetleyebilir⁴⁹. Aksi takdirde Anayasa'nın 125'inci maddesi ile yasaklanmış yerindelik denetimi vuku bulacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, bariz takdir hatası saptadığı istisnai başvurularda hükmün esasını Heck Formülü kapsamında denetlemektedir. Kanun veya Anayasa'ya bariz aykırılık teşkil eden yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik koşullarının Anayasa Mahkemesi için değerlendirme yapabilme gerekçesi oluşturduğu söylenebilir⁵⁰. Kural olarak uyumsuzluk konusunun bir temel hak veya özgürlüğe ilişkin olması gerekmektedir birlikte, derece mahkemelerinin delillere ilişkin değerlendirmelerinde açıkça keyfilik ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki

⁴⁸ Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu,” *TBB Dergisi* 135, (Mart Nisan 2018): 9-76

⁴⁹ Rudolf Mellinghof, “Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti,” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 25, 1 (Haziran 2009): 40

⁵⁰ “Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Ancak kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz.” (AYM, Başvuru No: 2013/2814, Karar Tarihi: 18/06/2014 par. 49; AYM, Başvuru No: 2012/1027, Karar Tarihi: 12/02/2013 par. 26; AYM, Başvuru No: 2012/1105, Karar Tarihi: 17/07/2014, par. 25, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

usule ilişkin güvenceleri etkisiz kılan bir uygulama varlığı halinde Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerden biri ile doğrudan ilgili olmayan bir şikâyeti de bu çerçevede incelemektedir⁵¹.

Anayasa Mahkemesi bariz takdir hatası yönünde kararlar verirken, ilgili mahkeme tarafından yasanın olağan anlamından farklı olarak, öngörülemez bir biçimde yorumlanmasını ve ilgili mevzuatın sözüne ve amacına aykırı yorum yapılmasını dikkate almaktadır⁵². AİHM içtihatlarına da paralel olarak, bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik kararlarının adil yargılanma hakkı kapsamında olduğu söylenebilir⁵³.

Anayasa Mahkemesinin bariz takdir hatasına dayanarak verdiği ihlal kararları incelendiğinde, özellikle yargı organları tarafından yapılan öngörülemez yorum faaliyetinin başvuranın adil yargılanma hakkına bir ihlal teşkil ettiği gözlenmektedir⁵⁴. Vergilerin kanuniliği ilkesi ve 213 sayılı

⁵¹ “Açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai hâllerde, aslında yargılamanın sonucuna ilişkin olan bu durumun bizatihi kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğini ve açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılıp sarsılmadığını incelemesi yargılamanın sonucunu değerlendirdiği anlamına gelmez.” (AYM, Başvuru No: 2018/15231, Karar Tarihi: 04/06/2020, par. 149, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁵² Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, (Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018), 249

⁵³ AİHM, Van Kuck v. Almanya, Başvuru No: 35968/97, Karar Tarihi: 12.09.2003, par. 88-92, 2003; AİHM, Miroljbovs ve Diğerleri./Letonya, Başvuru No: 798/05, Karar Tarihi: 15.09.2009, par. 91; AİHM, Wegera/ Polonya, Başvuru No: 14107, Karar Tarihi: 19.01.2010, par.73

⁵⁴ “Bu durumda, başvurunun geçici 32. maddeden yararlandırılmamasına dayanak teşkil eden yargılama hakkında beraat karar verilmesi, mahkûmiyeti ile sonuçlanan davada ise ceza mahkemesi tarafından ayırma işlemine tabi tutulmaması ve cezaya konu suçun ayırma sebebi olarak sayılmaması olması nedeniyle, AYİM tarafından başvurunun ayırma işlemine tabi tutulduğu yargılama hakkında bir değerlendirme yapmak suretiyle geçici 32. maddeden yararlandırılmamasına ilişkin işlemde kullanılan takdir yetkisinin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken, başvuru hakkında ayırma işlemi uygulanmayan ve dava konusu edilen işlemin gerekçesi olmayan başka bir ceza davasında verilen kararı dikkate almak suretiyle yaptığı değerlendirme “öngörülemez” niteliktedir ve “bariz takdir hatası” içermektedir.

VUK'un "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.*" hükmü çerçevesinde, vergi mevzuatının uygulanmasında başvurulabilecek yorum yöntemleri sınırlıdır. Kanun anılan hükmü ile deyimsel, tarihi, sistematik ve amaçsal yoruma cevaz vermiş ise de vergi hukukunda yorumun sınırı kıyas olup kural, uyumsuzluğa ilişkin Kanun maddelerinin öncelikle lafzı ile uygulanmasıdır⁵⁵.

Bu çerçevede; vergi hukukuna hâkim Anayasal ilkelerin birbirlerinden veya kanuni düzenlemelerden bağımsız değil, iç içe örülü bir yapıyı haiz olduğu söylenebilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin vergi mahkemelerinin kararlarının esasına ilişkin olarak yapacağı, Anayasa'ya bariz aykırılık teşkil eden yorum denetiminin sınırlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin maddi olaya veya delillere ilişkin hukuki değerlendirme ve yorumları ile hükümlerini denetleyememesi kapsamında, vergi mahkemelerinin kararlarına ilişkin olarak Heck Formülü aracılığıyla bariz takdir hatası denetimi yapmaktan imtina etmesi gerekmektedir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Vergi hukuku, devletin egemenlik yetkisinin en somutlaştığı alanlardan biridir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile, devlet organlarına tek taraflı ve gerektiğinde cebri icra yoluyla alacağını alma yetkisi verilmiştir. Hal böyleyken, ihlale açık kişi haklarının da aynı ölçüde korunması gerekmektedir.

Türk hukukunda 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı olarak biçimlendirilen bireysel başvuru yolu şüphesiz konu bakımından kapsamında kalan tüm hak kategorileri için ikincil nitelikte de olsa bir güvenceyi temsil etmektedir. Hayatın olağan akışı çerçevesinde, Mahkeme'yi üzerinde optimum olarak çalışabileceği iş yüküne maruz bırakmak adına bireysel

Açıklanan nedenlerle, başvuru hakkında yapılan yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının "öngörülemez" nitelikte olması ve "bariz takdir hatası" içermesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. (AYM Başvuru No: 2013/2539, Karar Tarihi:07/07/2015, par. 75-76, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

⁵⁵ Öncel, Çağan, Kumrulu, Göker, *Vergi Hukuku*, 27

başvuru hakkının çerçevesinin usul ve esas yönünden sıkı sıkıya belirlenmesi gereği hasıl olmuştur. Hakkın etkili ve efektif kullanılabilmesi ancak ulusal mevzuatın bu çerçevede düzenlenmesiyle mümkündür.

Vergi hukuku bağlamında gerek ilgili mevzuat hükümlerinin belirsizliği gerek yargı organlarının uygulamada gelişen içtihatları ile bireysel başvuru hakkının halihazırda sınırlı olan çerçevesinin vergi mükellefleri aleyhine daraltılması söz konusudur. Henüz Anayasa Mahkemesince yapılmış bir değerlendirme bulunmamakla birlikte söz konusu alanlarda mevcut sorunların fark edilmesi, Mahkeme huzuruna ulaşacak ilk uyuşmazlıkta içtihatla giderilmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira sorunların *henüz* gündeme gelmemiş olması onları daha az sorun haline getirmez.

Teknik bir alan olan vergi hukuku, hukuk eğitimi almış kişiler nezdinde dahi karmaşık görülmekte, nadiren uzmanlaşma alanı olarak tercih edilmektedir. Türk vergi mevzuatının nispeten dağınık yapısı ve mevzuatı anlamının temel düzeyde de olsa maliye bilgisi gerektirmesi, vergi hukukuna olan önyargının temel nedenleri arasında gösterilebilir. Anılan nedenlerle, vergi yargısının, yargı sistemi içinde özel bir yeri bulunmaktadır. Zira bu alandaki içtihatların gelişmesi, Türk vergi sisteminin anlaşılabilirliğine katkı sağlayacaktır. Nitekim, bireysel başvurunun objektif işlevi de bu amaçla örtüşür. Fakat vergi hukukunun özel uzmanlık ve alaka gerektiren doğası, doğrudan bu alanda çalışan kişiler tarafından ele alınmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla; AYM üyeleri arasında, vergi hukuku teoriğine ve uygulamasına hakimiyet sahibi olan yargıçların oranının artırılmasının, içtihatların nicelik ve nitelik bakımından ilerlemesine ve bu sayede vergi hukukunun gelişmesine katkı sağlayacağı açıktır.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Şerafettin. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2010.
- Ağar, Serkan. "Vergi Davalarının Hukuki Niteliği." *TBB Dergisi* 62, no: 202, (Ocak-Şubat 2006): 262-298.
- Akdemir, Tuğçe. "Vergi Hukuku Açısından Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu." *TBB Dergisi* 111, no 1367, (Mart-Nisan 2014): 255-278.
- Armağan, Aylin. Serkan, Seyhan. "Gümrük Kanunu'nda İdari İtiraz Yolu." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/2. (Aralık 2020): 440-460.
- Bayar, İbrahim. "Türkiye'de Düzeltme Yolu: Kapsam ve İçerik Tartışmaları." *Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümü: Barışçıl Mekanizmalar* içinde. ed. Billur Yaltı. İstanbul: Beta Basım. 2015.
- Doğru, Osman. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. İstanbul: Legal Yayınevi. 2012.
- Ermayası, Mustafa. *Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvurunun Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi. 2018.
- Erdem, Tahir. *Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınları. 2012.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*. Ankara: Yetkin Yayınları. 2021.
- Gözler, Kemal. "Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması." *Yorum İlkeleri* içinde. haz. Ozan Ergül. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. 2012
- Göztepe, Ece. "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi." *TBB Dergisi*. (Temmuz-Ağustos 2011): 13-40
- Kaneti, Selim, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi. 2019.
- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları. 2004.
- Karaman, Ebru. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*. İstanbul: Oniki Levha, 2013.
- Kılınç, Bahadır. "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği." *Anayasa Yargısı Dergisi*. 24/1. (Haziran 2008): 17-57.
- Koç, Muharrem İlhan, Yılmaz Çınar, Recep Kaplan, Elif Çelikdemir Anıtkı, Yunus Emre Yılmazoğlu, Melek Karali Saunders, Hasan Saraç, Mücahit Aydın,

- Mustafa Eyyub Demirbaş *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*. Editörler: Muharrem İlhan Koç ve Recep Kaplan. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. 2017.
- Kızılot Şükrü ve Metin Taş. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık. 2011.
- İnceoğlu Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı*. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4. 2018.
- Mellinghof, Rudolf. "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti." *Anayasa Yargısı Dergisi*, 25. (Haziran 2009): 31-44.
- Oktar, S. Ateş. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Türkmen Kitabevi. 2008.
- Öncel, Mualla, Nami Çağan, Ahmet Kumrulu, Cenker Göker. *Vergi Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi. 2021.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları. 2017.
- Pehlivan, Osman. *Vergi Hukuku*. Trabzon: Celepler Matbaacılık. 2017.
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık. 2016.
- Şenyüz, Doğan, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek. *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*. Bursa: Ekin Yayın Dağıtım. 2017.
- T.C. Anayasa Mahkemesi. Bireysel Başvuruya Dair Sık Sorulan Sorular.
- T.C. Anayasa Mahkemesi. Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları.
- T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı (DPT). Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları: 1964-2000. Ankara: DPT Yayınları. 2001.
- Turhan, Hikmet Berk. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kamu Tüzel Kişilerinin Başvuru Ehliyeti*. Ankara: Seçkin Yayınları. 2022.
- Uluatam, Özhan. *Örnekler, Belgeler ve Mahkeme Kararlarıyla Vergi Hukuku Genel Esasları ve Vergiler*. Ankara: Seçkin Yayınları. 1995.
- Ulusoy, Ali. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları. 2019.

KONUT KİRA BEDELİ ARTIŞINDA BELİRLENEN YASAL ÜST SINIRIN ANAYASAL HAK VE İLKELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Review of the Legal Upper Limit on Housing Rental Fee Increase
Within the Scope of Constitutional Rights and Principles*

Hande Seher DEMİR*

ÖZ

08.06.2022 tarih 7409 sayılı Kanun ve 14.07.2023 tarih 7456 sayılı Kanun, yenilenen kira sözleşmelerinin kira bedeli artışlarında uygulanmak üzere yüzde 25 oranında yasal üst sınır belirlemiştir. Anılan yasalar, sözleşme özgürlüğü, konut hakkı, mülkiyet hakkı, hukuk devleti, sosyal devlet gibi hak ve ilkelerle temas halindedir. Alegorik bir anlatımla devlet bir terazi kurmuş, terazinin bir kefesine kiraya verenin mülkiyet hakkını diğer kefesine kiracının konut hakkını koymuştur. Esasen sözleşme özgürlüğü ve özel hukukun tabiatı gereği terazi, akdedilen kira sözleşmesi taraflarının serbestçe belirlediği bir denge içindedir. Fakat devlet, tarihten bugüne anılan dengeye müdahale etmekte zira terazinin -kamu düzenini bozacak ölçüde- kiracı aleyhine dengesiz olduğunu düşünmektedir. Makalede, terazi metaforundaki müdahalenin hukukiliği, Yargıtay, AYM ve AİHM'nin içtihatları ışığında tartışılmıştır. Kira sözleşmelerine ilişkin güncel kararlarında AİHM, orantılılık değerlendirmesinde kira bedeli / gayrimenkul değeri oranının dikkate alınması gerektiğini belirtmiş; kira bedelinin, mülk değerinin yüzde 0,6'sını karşıladığı hallerde müdahaleyi ölçülü bulmuş; yüzde 0,25'ini karşıladığı hallerde ise müdahalenin adil dengeyi bozduğuna karar vermiştir. Bu denetim pratiğinden hareketle, olası bir başvuruda AİHM'nin müdahaleyi haksız bulması beklenebilir. Keza Türk yüksek mahkemelerinin emsal

Makalenin Geliş Tarihi: 21.12.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.03.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İİBF, Adalet Yönetimi Bölümü, Anayasa Hukuku Bilim Dalı, hande.demir@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0001-7957-0521

kararları ışığında, AYM'nin de ölçülülük incelemesinden hareketle ihlal/iptal kararı vereceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Konut Hakkı, Sözleşme Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

With the Law No. 7409 dated 08.06.2022 and the Law No. 7456 dated 14.07.2023, it has been regulated that housing rental prices cannot be increased by more than 25 percent. The mentioned laws are in contact with the rights and principles of the right to housing, the right to property, freedom of contract, the rule of law, and the social state. The state interference in the right to property by imposing an upper limit on the increase in rental prices. In the article, the legality of the intervention is discussed by following the jurisprudence of the Constitutional Court and the ECHR. The ECHR observes that in the assessment of proportionality, the rent/plot value ratio must be factored. The ECHR observed the interference proportionate in cases where the annual rental fee covered 0.6 percent of the plot value; in cases where it met 0.25 percent, observed unfair balance. Based on this jurisprudence, it can be expected that the ECHR will decide the interference unlawful in a possible application. In the light of the jurisprudence of the Turkish high courts, it is observed that the Constitutional Court will decide that the fair balance between public interest and personal interest is disrupted.

Keywords: Right of Property, Right to Housing, Freedom of Contract, The European Court of Human Rights, Constitutional Court

GİRİŞ

08/06/2022 tarih 7409 sayılı Kanun ve 14/7/2023 tarih 7456/23 sayılı Kanunla, konut kira bedeli artışlarında uygulanmak üzere yüzde 25 oranında yasal üst sınır belirlenmiştir. Anılan düzenlemeler, sözleşme özgürlüğü, konut hakkı, mülkiyet hakkı, hukuk devleti, sosyal devlet gibi hak ve ilkelerle temas halindedir.

Kira bedeli artış oranlarına getirilen üst sınır, Anayasa m. 48'de düzenlenen sözleşme özgürlüğünü sınırlamıştır. Sistematik yorum yaklaşımıyla "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı içinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü, esasen negatif statü hakkı niteliğindedir. Zira

kişilerin, dilediği kişilerle dilediği içerik ve nitelikte sözleşme yapabilme serbestisine devlet engel olmazsa, sözleşme özgürlüğü sağlanmış olur. Burada devletin, pozitif değil negatif bir yükümlülüğü vardır. Özel hukuk sözleşmesi olan kira sözleşmesinin içeriğinin, sözleşme taraflarının serbest iradesiyle kararlaştırmasına müdahale niteliğindeki, kira bedeli artış oranlarını belirleyen yasal düzenleme, sözleşme özgürlüğünü sınırlamıştır. Anayasa m. 48'de sözleşme özgürlüğünün özel sınırlama sebepleri düzenlenmemiştir; fakat bu özgürlüğün sınırsız/mutlak olduğu söylenemez¹. Anayasanın bütünlüğü ilkesi ve Anayasa m. 2, 5, 12, 13, 35, 57 bağlamında devlet, sözleşme özgürlüğüne hukuka uygun müdahalelerde bulunabilir. Keza hak ve özgürlükler kişinin, topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarıyla yüküldür. Öyleyse sözleşme özgürlüğü, konut hakkını ve netice itibarıyla kamu yararını sağlamak amacıyla sınırlanmakta; bu sınırlama kiraya verenin kira alacağı yönünden mülkiyet hakkına müdahale oluşturmaktadır². Sözleşme özgürlüğüne müdahale, anılan normatif ve ilkesel bağlamlar, konut hakkı ve mülkiyet hakkı veçheleriyle bütünlük içinde okunmalıdır.

Kira bedeli artış oranlarının sınırlanması, konut hakkıyla³ temas halindedir. Konut hakkı, anayasal düzeyde ilk defa 1982 Anayasası'nda

¹ Ömer Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku* (8. Baskı, Ankara: Monopol Yayınları, 2023), 221.

² Konut hakkıyla bağlantılı olarak kamu yararını sağlamak maksadıyla, sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkına yapılan müdahale “anayasal hakların çatışması” mahiyetindedir; bu bağlamda Köküsarı'nın şu ifadelerini anmakta yarar vardır: “*Hukuk, çatışma ve ihtilaf alanıdır. ... Hukuki ihtilaflar, mülkiyet hakkı çatışmaları daha yaygın olmak üzere birçok hak çatışmasını içinde barındırmaktadır. Bu nedenle kaçınılmaz olarak, hak çatışmaları söylemi ve bu çatışmalara yönelik çözümler de kendini göstermektedir. Gerek ulusal mahkemeler gerekse AHM gibi bölgesel ve uluslararası mahkemeler gittikçe daha fazla sayıda hak çatışmalarıyla karşılaşmaktadır. Hatta biraz daha ileri giderek bütün hukuki uyumsuzluklarda bir hak çatışması gören yazarlar da vardır*” İsmail Köküsarı. *Anayasal Hakların Çatışması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 15.

³ Konut hakkı, dar anlamda barınma hakkını da içine almaktadır. Geniş anlamda konut hakkı, barınma hakkını da kapsayacak şekilde kira bedeli artışlarına ve zorla tahliyeye karşı güvence sağlayan, temiz suya ulaşma, kanalizasyon ve belediye hizmetlerinden yararlanma, okullara hastanelere ve sosyal alanlara yakınlık gibi unsurları kapsayan geniş bir alana şamildir. Bayram Doğan, “Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 31, S. 3 (2023): 1323, 1327-1328, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article->

madde 57⁴'de düzenlenmiştir. Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı içinde yer alan konut hakkı, sistematik yorum yaklaşımıyla bir sosyal hak/isteme hakkı/pozitif statü hakkıdır. Niteliği itibarıyla da konut hakkı, devlete ödev yükler⁵. Bireylere, devletten -sosyal devlet- bu yönde bir hizmet, yardım isteme hakkı verir⁶. Bu hakkın yükümlüsü olan devlet, sosyal barışı, sosyal adaleti, insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyini sağlayarak⁷, insanları eşitleme ve özgürleştirme pozitif yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Maslow'un ihtiyaçlar hiyerarşisinin en alt basamağında yer alan yeme, içme, ısınma, barınma gibi fizyolojik ihtiyaçlarını dahi karşılayamamış bir insanın, insan onuruna sahip olduğunu, *özgür* olduğunu söylemek mümkün değildir. Keza yine Anayasa madde 5'e göre, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel haklarını adaletle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak devletin temel görevidir. Bu kavrayış içinde konut hakkını yerine getirmenin yükümlüsü devlettir. Kira sözleşmesi ilişkisinde kişilerin konut haklarını sağlama görevi, kiraya veren tarafa/ev sahibine yüklenmiş bir borç *değildir*. Makalenin konusu olan müdahalede devlet, konut/barınma/kamu yararını sağlama yükümlülüğünü kiraya veren tarafla paylaşmakta; kiraya verenin kira alacağı yönünden mülkiyet hakkına müdahale etmektedir.

Meselenin kilit noktası mülkiyet hakkıdır. Konut hakkıyla bağlantılı olarak kamu yararını sağlamak amacıyla, kira artış oranında üst sınır belirleyen *hukuk devletinin*, mülkiyet hakkına yönelik müdahalede uyması gereken *ölçü* nedir? Söz konusu müdahalenin, ulaşılmak istenen kamu yararıyla kurduğu "denge yahut dengesizlik" makalenin odak konusudur.

Kira bedeli artış oranlarını sınırlayan devlet, *alegorik bir anlatımla* bir terazi kurmuştur. Esasında bu terazi, hukuk devletinin temel haklara müdahale ettiği her durumda kurulmaktadır. Makale konusu somut olayda terazinin bir

file/3269822. Fatmagül Kale, *Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 109.

⁴ Konut hakkı Madde 57- Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetken bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.

⁵ Kale, *Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla Konut Hakkı*, 109.

⁶ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 279. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (6. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1981), 6. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (6. Baskı, Ankara: Turan Kitabevi, 1998), 167.

⁷ Bülent Algan, *İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 76.

kefesinde kiraya verenin mülkiyet hakkı diğer kefesinde kiracının barınma hakkı yer almaktadır. Anayasa m. 10 ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve özel hukukun tabiatı gereği terazi, sözleşme taraflarının istek rıza menfaatleriyle serbestçe belirlediği bir denge içindedir. Anılan dengenin hukuki metni -kira sözleşmesi- taraflarının serbestçe belirlediği bir özel hukuk sözleşmesidir. Fakat kira sözleşmelerinde devlet bu teraziye tarihten bugüne müdahale etmekte zira terazinin kiracı aleyhine dengesiz olduğunu, dahası bu dengesizliğin kamu düzenini bozduğunu düşünmektedir. Gerçekten de kira sözleşmelerinin etkisi kişiler arasındaki özel hukuk ilişkisinin dinamiklerini aşmakta, kamu düzenini bozan etkiler doğurmaktadır. Anılan mülahaza gereği devlet, kiracı kefesinin ağırlığını/gücünü arttırarak fiilî ve sosyal eşitliği ve son tahlilde kamu yararını sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu makalede devletin terazi metaforundaki müdahalesinin hukukiliği, şu sorular etrafında tartışılacaktır: Kira bedeli artışında yüzde 25 oranında belirlenen üst sınır, hukuk devleti ölçütlerine uygun mudur? Hak ihlali iddiasının Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) önüne gelmesi ihtimallerinde, mahkemelerin vereceği kararlar ne yönde olacaktır?

I. KİRA ARTIŞI ORANINDA ÜST SINIR: TBK GEÇİCİ MADDE 1 VE 2

11.06.2022 tarih ve 31863 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7409 sayılı Kanununun 4. maddesiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na (TBK) eklenen Geçici 1. maddeye⁸ göre, 11.06.2022-01.07.2023 tarihleri arasında yenilenecek *konut* kira sözleşmeleri bakımından kira artışlarına yönelik üst sınır, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık değişim oranlarının ortalaması yerine yüzde 25’lik oranı geçmeyecek, geçmesi durumunda aşan miktar geçersiz sayılacaktır.

⁸ Geçici Madde 1- (Ek: 08/06/2022-7409/4 md.) *Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır*

Geçici 1. maddenin süresinin sona ermesinin ardından, 02.07.2023 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 15.07.2023 tarih ve 32249 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu’na eklenen Geçici 2. maddeye⁹ göre, yüzde 25’lik kira artış oranı 01.07.2024’e kadar devam edecek; 02.07.2023-01.07.2024 tarihleri arasında yenilenecek *konut* kira sözleşmeleri bakımından kira artışlarına yönelik üst sınır, bir önceki yıl kira bedelinin yüzde 25’ini geçmeyecektir.

II. KİRA ARTIŞI ORANINDA ÜST SINIR: SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİLERİ

TBK’ya eklenen Geçici madde 1 ve 2, sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Anayasa m. 48’de korunan -özel sınırlama sebebine işaret edilmemiş olan- sözleşme özgürlüğü, TBK m. 26¹⁰ kapsamında borçlar hukukuna hâkim temel ilkelerden biridir.

Sözleşme özgürlüğü, taraflara, sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin şartlarını istenilen tip ve içerikte belirleme, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmeyi değiştirme ve sonra erdirmeye serbestisi tanımaktadır¹¹. TBK m. 27 uyarınca, “*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”.

Esas itibarıyla bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan kira sözleşmelerinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir; taraflar, sözleşmenin

⁹ Geçici Madde 2- (Ek: 14/7/2023-7456/23 md.) *Konut kiralari bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında yenilene kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.*

¹⁰ Sözleşmenin içeriği Sözleşme özgürlüğü Madde 26- *Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*

¹¹ Bkz. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C: I, m.1-48* (1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 24-25. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I* (18. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 25. İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 12.

her aşamasında, sözleşmenin içeriğini, dolayısıyla da kira bedelini ve artışını belirlemekte serbesttir¹².

TBK'nın 299. ve devamı maddeleri, kira artışına ilişkin tarafların anlaşma yapabileceklerini belirtmiş; kira sözleşmesinin taraflarına, başlangıç kira bedelini belirleme¹³, yenilenen her kira dönemlerinde, kira bedelinin hangi miktarda ve oranda artacağını kararlaştırma serbestisi vermiştir. Anılan serbestinin azamî sınırı TBK. m. 344/1'de şöyle belirlenmiştir: “*Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir*”. Yenilenen dönemler için taraflarca kararlaştırılan artış, bir önceki yılda üretici fiyat endeksindeki artışın sınırları içerisinde kaldığı sürece geçerli olacak, aşan kısmı, kısmî kesin hükümsüz sayılacaktır¹⁴.

Öyleyse kira sözleşmesinde asıl olan, tarafların özgür iradeleriyle kira bedeli ve artış oranı belirlemesidir. Fakat kira sözleşmelerinin etkisi kişiler arasındaki özel hukuk ilişkisinin dinamiklerini aşmakta; kamu düzenine yönelik etkiler doğurmaktadır. Bu sebeple devlet, Anayasa m. 5 uyarınca kişi ve toplumun mutluluk huzur ve refahını sağlama görevinin bir gereği olarak, kira bedelinin artırım oranlarına müdahale etmektedir. Türk hukuk sisteminde, uzun yıllardır kira artış oranı hususunda taraflara tam bir serbesti tanındığı

¹² Özlem Sarı Fidan, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi,” *YBHD* S. 2023/1, (2023): 348, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2739656>. Hüseyin Altaş, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 49, S. 1 (2000): 105, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629348>

¹³ Türkiye’de kira sözleşmesinin taraflarının, başlangıç kira bedelini serbestçe belirlemesini sınırlayan yasal bir düzenleme yoktur. Karşılaştırmalı hukukta ise başlangıç kira bedelini sınırlandıran yasalar ihdas edilmiştir: “*Alman ve İsviçre hukukunda, özel düzenlemeler uyarınca taraflar, yeni bir kira sözleşmesi akdederken dahi kira bedelini serbestçe belirleyememektedirler*.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Nurten İnce Akman ve Özkan Özyakışır. “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi.” *SDÜHFD* C. 11, S. 2 (2021): 725-770. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016785>

¹⁴ Burak Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* C. 16, S. 3 (2016): 2037, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372918>.

söylenemez¹⁵. TBK m. 344, Geçici Madde 1-2 düzenlemelerine benzer nitelikte tarihsel örneklere rastlanmaktadır.

III. KİRA ARTIŞI ORANINDA ÜST SINIR: TARİHSEL UYGULAMALAR

Türk hukukunda kira bedellerini sınırlayan ve kira sözleşmesini düzenleyen ilk kanun, I. Dünya Savaşı sürecinde yürürlüğe girmiş ve kısa süre yürürlükte kalmış “Sükena İçin İcar ve İsticar Olunan Mahallerin İcar Bedelati Hakkında Kanun”dur¹⁶. 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 248 ve devamı maddelerinde kira sözleşmesi ve kira bedeliyle ilgili hükümler düzenlenmiş¹⁷; ardından 18 Mayıs 1955 tarih 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlüğe konmuştur. Ancak anılan kanunun, kira bedellerinin belirli süreler için *dondurulmasını* düzenleyen 2. ve 3. maddeleri “*mülkiyet hakkının özünü zedelediği*”nden hareketle AYM tarafından 1963’te iptal edilmiştir¹⁸.

¹⁵ Altaş, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması,” 97-98.

¹⁶ Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II* (1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 1.

¹⁷ Tarihsel süreç için bkz. Haluk Tandoğan. “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti” *BATIDER* C. 1 (1961) 593 vd.

¹⁸ AYM, iptal kararında şunu belirtmiştir: “*Kiraların kontrol altına alınması da kamu yararına olan tedbirler cümlesinden sayılmak icap eder. Devletin bu konudaki müdahalesi, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini ön gören Anayasa’nın 36 ncı maddesinin kapsamına girer. ... Şimdi, 6570 sayılı kanunun yukarıya alman hükümlerinin kamu yararını sağlayıp sağlamadığı ve mülkiyet hakkının özünü dokunup dokunmadığı meselesinin çözümlenmesi gerektir. Sözü geçen 2. ve 3 üncü maddelerden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, gayrimenkulleri, yapıldıkları yıllara göre kategorilere ayırmış ve bunlara belli miktarda zamlar yapmakla beraber 12/5/1953 deki kira rayicini en yüksek had kabul edip kira paralarını böylece dondurmuştur. Kiraların bu suretle doldurulmasına karşılık, 12/5/1953 gününden sonra iktisadi şartlar önemli derecede değişmiştir. Bu arada inşaat maliyetleri, bakım ve idare giderleri çok artmış, Türk parasının kıymeti Hükümetçe alınan kararlarla düşürülmüş, gerek bu kararların ve gerek çeşitli diğer sebeplerin etkisi altında eşya fiyatları yükselmiş, bina vergilerine de Devletçe zamlar yapılmıştır. Bunun sonucu olarak 12/5/1953 günü ile bugünün konjonktürleri arasında büyük bir fark hasil olmuş ve bu durum, toplumda huzursuzluk yaratmıştır. Bu durumun, gayrimenkul sahipleri yönünden, hakkaniyet ve adalet prensipleri ile bağdaşamayacağı aşikârdır. ... Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşikârdır.” AYM, E. 1963/3, K. 1963/67, 26.03.1963. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11416.pdf>*

İptal kararında AYM, meseleyi mülkiyet hakkı (1961 Anayasası m. 36) yönüyle ele almış; kira bedeli artış oranlarının kural olarak yasayla sınırlanabileceğini ancak sınırlamanın ölçülü olması gerektiğini belirtmiştir. AYM, uygulanan serbest piyasa ekonomisinin aksine kira fiyatlarının dondurulduğunu; bunun gayrimenkul sahiplerinin mülkî gelirinden yararlanmasını önleyen aşırı bir müdahale sonucu doğurduğunu, gayrimenkul sahiplerinin gelirlerinin değişen şartlara uyarlanamadığını, aşırı sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediğini belirtmiştir.

AYM'ın iptal kararıyla yasal bir boşluk doğmuş; iptal kararının yürürlüğe girmesi altı ay ertelenerek yasa koyucuya süre verildiyse de bu süreçte yasal düzenleme yapılmamıştır. İptal kararının ardından kira bedelleri hakkındaki uyumsuzlukların Yargıtay içtihatlarıyla çözüme bağlandığı bir dönem yaşanmıştır¹⁹. Yasal boşluk dönemi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmesiyle son bulmuş; bu süreçte belirli dönemlerdeki kira bedeli artışları hakkında özel yasal düzenlemeler de yapılmıştır.

Yasal boşluk döneminde, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (HD), 06.12.1994 ve tarihli kararında, yüksek enflasyon ortamında kira bedeli artış oranları karşısında kiracıyı koruyan bir içtihat geliştirmiştir. Bu içtihada göre²⁰ enflasyonun, bir yıllık kira döneminde yüzde 65'i geçtiği hallerde, bunun kira bedeline yansıyan bölümünün yüzde 65 oranı ile sınırlandırılması adil olacaktır. Yargıtay'a göre ülkedeki aşırı enflasyon, dar gelirlinin durumunu güçleştirmiştir. Gelirindeki artış, enflasyon oranının altında kalan kiracıların korunmasında kamusal yarar vardır. Mal sahibinin taşınmaz malının değeri, diğer mallar ile kıyaslanmayacak ölçüde durmadan artmaktadır; ki bu artış bir anlamda kazançtan başka bir şey değildir. Anılan yüksek artış dikkate alındığında, kira bedelinin enflasyon oranı altında arttırılmasında *bir yarar denkleştirmesi* sağlanır. Belirlenen yüzde 65'lik oran mutlak değildir. Bu oranın altında veya üstünde bir değişiklik kabul edilebilir; bunun için özel nedenlerin bulunması ve durumun somut biçimde kanıtlanması gerekir.

¹⁹ Seda Öktem Çevik. "Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 24, S. 1 (2022), 42.

²⁰ Yargıtay 3. HD, E. 1994/14420, K. 1994/15571, 06.12.1994. Yargıtay 3. HD, E. 1996/3377, K. 1996/4339, 02.04.1996. Legalbank İçtihat ve Mevzuat Programı, <https://legalbank.net/arama>

Yargıtay ilerleyen tarihlerde, yüksek enflasyon karşısında kiracıyı koruyan yaklaşımını sürdürmüştür²¹.

2000 yılında kira bedeli artış oranlarını düzenleyen bir yasa yürürlüğe girmiştir. 4531 sayılı 16.02.2000 tarihli Kanun²² kira bedelinin, üst sınır olarak 2000’de yüzde 25, 2001’de ise yüzde 10 oranında arttırılabileceğini; taşınmazın bulunduğu bölgedeki rayiçler yüzde 25 ve 10 oranlarının altında kalıyorsa bu oranların uygulanmayacağını düzenlemiştir.

Anılan düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla AYM’ye 2000 yılında iptal davası açılmıştır. AYM, kira bedelinin “2000 yılında yıllık yüzde 25” üst sınırıyla arttırılmasını hukuk devletine, eşitlik ilkesine, mülkiyet hakkına ve sözleşme özgürlüğüne uygun bulmuştur.

Aynı yasal düzenlemeye ilişkin AYM’ye 2001 yılında tekrar iptal davası açılmıştır. AYM, kira bedelinin “2001 yılında ise yıllık yüzde 10” üst sınırıyla arttırılmasını “ölçüsüz” bularak Anayasa’ya aykırılığına karar vermiş, düzenlemeyi iptal etmiştir. Anılan kararlar emsal niteliktedir; “Ölçülülük/AYM Denetimi” başlığı içinde değerlendirilecektir.

IV. KİRA ARTIŞI ORANINDA ÜST SINIR: MÜLKİYET HAKKI MÜDAHALESİ VE DENETİMİ

Konut sahibinin kira kazanımını, artan enflasyonla eşitleyen kira bedeli artış oranlarının, sınırlanmasına ve böylece enflasyon yüküne kiraya verenin katlanmasına yönelik devlet müdahalesi, konut hakkını/kamu yararını

²¹ “Kira sözleşmesinde olağan rayiçe uygun olarak kararlaştırılan kira parasına Toptan Eşya Fiyat Endeksinin (TEF Endeksinin 65’i aştığı dönemlerde 65 ile sınırlı olarak) üç yıl için (ardarda üç defa) arttırımı esas alınarak bulunacak kira parasının o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olmayan bir kira parası olduğu ilke olarak kabul edilmeli ve ona göre uygulama yapılmalıdır.” Yargıtay 3. HD, E. 1996/3377, K. 1996/4339, 02.04.1996. Legalbank İçtihat ve Mevzuat Programı, <https://legalbank.net/arama>

²² 4531 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, RG. 16.02.2000, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4531.html>

Anılan düzenlemeye ilişkin değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. Altaş, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması,” 97-116. Muhammet Emin Ruhi, “Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Bir Değerlendirme,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi C. 7, S. 1-2 (2003): 217-238*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1870901>

sağlamak amacıyla kişilerin mülkiyet hakkına bir müdahale niteliğindedir. Devlet, konut hakkıyla bağlantılı olarak kamu yararını sağlamak amacıyla kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edebilir/etmelidir.

Mülkiyet hakkı mutlak değildir. Anayasa m. 35 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi (P1-1) uyarınca devlet, kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edebilir. Keza Anayasa m. 12/2 uyarınca hak ve özgürlükler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarıyla yüküdür. Bu noktada anayasa metnine dahil olan Anayasa'nın dibacesinde yer alan, "vatandaşların, sevinç ve kederde, nimet ve külfette ortak" olduğuna dair ifadelerin normatif bir değeri; egemenlik yetkisini kullanan kişi ve organların uygulamalarına etkisi vardır.

Kira bedeli artışına getirilen sınırlama, konut kiracısı lehine koruyucu bir tedbir iken, kiraya veren aleyhine bir kazanç kaybıdır. Konut kiracısının enflasyon karşısında korunduğu oranda, kiraya veren enflasyon karşısında korumasız kalmakta, kira alacağı yönünden hak kaybına uğradığından mağdur (*doğrudan mağdur/direct victim*) olmaktadır. Uluslararası/ulusal, ülkesel/yerel²³ düzeydeki ekonomik siyasi olgular, yasalar, uygulamalar neticesinde ortaya çıkan para değerindeki kaybın kira sözleşmelerine yansıyan etkisi kiralaya verenin omzuna yüklenmektedir.

Anılan yük, hak ihlali yaratmakta mıdır? Hukuk devletinde, devletin mülkiyet hakkına müdahalesi hangi ölçütlerle denetlenmektedir? Kira artış oranına getirilen üst sınırın hukuka uygunluğunun incelenmesinde anılan iki meselenin tartışılması gerekir.

Mülkiyet hakkına yönelik kamu gücünden vaki bir hak ihlali iddiasının bireysel başvuruya konu olması halinde AYM ve AİHM müdahalenin hukuka uygunluğunu inceleyecek ve bu incelemeyi üç basamaklı bir testle icra edecektir: Kanunilik, meşru amaç, ölçülülük.

Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin hukuka uygun olması, onun (1) yasaya dayanmasını, (2) kamu yararını amaçlamasını ve ulaşılmak istenen (3) kamusal yarara karşılık bireylere aşırı bir yük getirmemesini gerektirir. Yasaya dayanmayan, meşru bir amaç taşımayan, ölçüsüz müdahaleler hukuka aykırıdır, haksızdır.

²³ Banu Aktürk Çetin ve Hikmet Kavruk, "Yerelleşme Politikaları," içinde *Kamu Politikası Analizi Türkiye Uygulamaları*, ed. Cenay Bababoğlu ve Elvettin Akman (Ankara: Gazi Kitapevi, 2018), 426.

A. Yasal Dayanak

Birinci basamak denetimde şu sorunun cevabı aranır: Kira bedeli artışına getirilen sınırlamanın yasal bir dayanağı (*basis in domestic law*) var mıdır? Anayasa ve AİHS'e göre mülkiyet hakkına müdahaleler *yasaya*²⁴ dayanmalıdır; yasa erişilebilir, yasaya dayanan müdahale öngörülebilir olmalıdır²⁵.

Somut olayda, mülkiyet hakkına müdahalenin yasaya²⁶ dayandığı, keza bu yasaların erişilebilir ve sonuçlarının öngörülebilir nitelikte olduğu açıktır. AYM veya AİHM'ye yapılacak bu yönde bir şikâyetin, birinci basamak denetimden geçeceğinden şüphe yoktur.

B. Meşru Amaç

İkinci basamak denetimde şu sorunun cevabı aranır: Kira bedeli artışına getirilen sınırlama, meşru bir amaca yönelmekte midir? Anayasa m. 35 ve AİHS P1-1'e göre mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla sınırlanabilir.

1. AİHM Denetimi

P1-1'e dayanan şikâyetlerde AİHM, kural olarak meşru amaç denetimi icra etmemekte, üye devletlere kamu yararını belirlemede *adeta mutlak* bir takdir marjı tanımaktadır.

AİHM'ye göre, ulusal makamlar kendi toplumu ve toplumun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi olduğundan, neyin "kamu yararı" olduğunu takdir etmede uluslararası yargıca göre iyi konumdadır. Mülkiyet hakkına müdahaleyi gerektiren toplumsal sorunlara ilişkin değerlendirmeyi ulusal makamlar yapar. Kamu yararı kavramının içeriği değişkendir; siyasi, ekonomik, sosyal meselelerin bir bütün olarak değerlendirilmesini içerir. Bu değerlendirmede yasa koyucunun sahip olduğu takdir alanının genişliğine

²⁴ AİHM ve AYM'nin yasa kavramına içtihadî yaklaşımları farklılık arz eder.

²⁵ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Hande Seher Demir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hak İhlali Başvurularının Denetiminde Kullandığı "Yasal Dayanak" ve "Yasa Kalitesi" Ölçütü Üzerine Bir Değerlendirme," *Yasama Dergisi* S. 47 (2023): 125-155, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3134226>. Sibel İnceoğlu, "Hukuk Devletin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma," *Anayasa Hukuku Dergisi* C.4, S.7 (2015): 87-94.

²⁶ Geçici Madde 1 (08/06/2022-7409/4 md.) ve Geçici Madde 2 (14/7/2023-7456/23 md.)

dikkat çeken AİHM, makul temelden açıkça yoksun olmadıkça neyin kamu yararına olduğuna dair yasamanın kararına saygı duyacağını belirtmektedir²⁷.

Mellacher ve Diğerleri / Avusturya kararı, konuyla yakın ilgilidir. Başvuranların taşınmazlarıyla ilgili yaptıkları kira sözleşmesinde belirlenen kira bedeli, yürürlüğe giren bir yasayla kiracılar lehine düşürülmüştür. Başvuranlara göre, yasanın meşru bir amacı yoktur; amaç, sosyal adaletsizliği düzeltmek değil, mülkiyetin yeniden dağıtımını sağlamaktır²⁸.

AİHM'ye göre ilgili yasa, “nüfusun daha az varlıklı üyeleri için makul fiyatlarla barınmayı daha kolay hale getirmeyi de hedefliyordu. Mahkeme'ye göre, söz konusu mevzuata ilişkin yapılan açıklamalar açıkça mantıksız olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla Mahkeme, 1981 Kira Kanununun kamu yararına meşru bir amacı olduğunu kabul etmektedir.”²⁹. Keza AİHM, yasa koyucunun, kira bedellerini sosyal açıdan daha kabul edilebilir bir düzeye indirme amacının hukuka uygunluğunu kabul etmektedir³⁰.

Scollo / İtalya kararına konu olaylar benzer niteliktedir. Başvuran, Roma'da, içinde kiracı bulunan bir daire satın almıştır. Başvuran, kendisinin yüzde 71 engelli, işsiz, diyabet hastası olduğunu, konuta ihtiyacı olduğunu üstelik kiracının kira bedelini ödemediğini belirterek daireyi tahliye etmesini talep etmiş, ulusal mahkeme tahliye kararı vermiştir. Eş zamanlı olarak, Roma da dahil olmak üzere bazı şehirlerde oluşan ciddi konut ihtiyacı nedeniyle yürürlüğe giren yasa, konut kiracılarına karşı verilen tahliye kararlarının ertelenmesini düzenlemiştir. Anılan düzenleme neticesinde, başvuran lehine verilen tahliye kararı, dört defa ertelenmiş; konutun tahliyesi için işlemlere başlanan tarihten yaklaşık 12 yıl sonra kiracı, kendi rızasıyla daireden ayrılmıştır. Başvurana göre söz konusu yasa ve uygulamaların meşru bir amacı yoktur; devlet etkili bir konut politikası oluşturmamış, yalnızca kiracıyı korumuştur³¹. AİHM, yerleşik içtihadını takip ederek meşru amaç denetimi yapmamış; müdahalenin “kamu yararına yönelik meşru bir amacı” olduğunu muhakeme etmeksizin kabul ederek³² ölçülülük denetimine geçmiştir.

²⁷ AİHM [BD], The Former King of Greece and Others v. Yunanistan, Bn. 25701/94, 23.11.2000, p.87.

²⁸ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, Bn. 10522/83 11011/84 11070/84, 19.12.1989, p. 46.

²⁹ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 47.

³⁰ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 55.

³¹ AİHM, Scollo v. İtalya, Bn. 19133/91, 28.09.1995, p. 29.

³² AİHM, Scollo v. İtalya, p. 31.

Keza kira uyuşmazlığına ilişkin güncel bir karar olan The Karibu Foundation / Norveç başvurusunda AİHM, meşru amaca yönelik herhangi bir muhakemede bulunmamış; meşru amaç (*legitimate aim*) başlığı açmadığı gibi genel ilkeler (*general principles*) başlığı içinde de meşru amaç yahut kamu yararı ölçütlerini zikretmemiştir³³.

Anılan kararlar, AİHM'nin meşru amaca dair etkili bir denetim yapmadığı yüzlerce kararla benzer niteliktedir. AİHM, 1959-2022 tarihleri arasında mülkiyet hakkına (AİHS (P-1-1-1 ve P-1-1-2) yönelik 3.810 ihlal kararı vermiş³⁴; meşru amaç denetiminde şöyle bir içtihat ortaya koymuştur:

Kural olarak AİHM, mülkiyet hakkının tüm veçheleriyle ilgili verdiği ihlal kararlarında davalı devletin ileri sürdüğü meşru amaç savunmasını muhakeme etmeksizin kabul etmiş; daha da ileri giderek davalı devletin meşru amaç savunması yapmadığı hallerde müdahalenin meşru bir amaca yöneldiğini varsaymıştır. *İstisnai hallerde* AİHM, işaret edilen meşru amacı muhakeme etmiş, meşru amaca yönelik kuşkusunu veya olumsuz kanaatlerini belirtmekle beraber ihlal kararını meşru amaç ölçütünden değil yasal dayanak yahut ölçülülük ölçütünden hareketle vermiştir. AİHM'nin meşru amaca yönelik kuşkusunu ya da olumsuz kanaatlerini belirttiği 16 adet karara rastlanmış, ancak bu kararlarda AİHM meşru amaç ihlali tespit etmemiştir. *Daha da istisnai hallerde* AİHM, doğrudan meşru amaç ölçütüyle ihlal kararı vermiştir. AİHM'nin, müdahalenin meşru amaca yönelmediğini belirterek, ihlal kararını bu ölçüt üzerine inşa edildiği 6 adet karara rastlanmıştır. Bu altı kararda AİHM'nin -keyfilik tespit ederek- yasal dayanak ölçütüyle hak ihlaline hükmetmesi beklenirdi; zira meşru bir amaç gütmeyen müdahaleler keyfidir, AİHM keyfilik tespit ettiğinde birinci basamak denetimle ihlal kararı vermektedir³⁵. Anılan 6 adet karar³⁶ kira uyuşmazlıklarıyla ilgili değildir.

³³ AİHM, The Karibu Foundation v. Norveç, Bn. 2317/20, 10.11.2022, p. 72-74.

³⁴ ECHR: *Violations by Article and by State 1959-2022*, <https://www.echr.coe.int/statistical-reports>

³⁵ Anılan tespit hakkında bkz. Hande Seher Demir, "Mülkiyet Hakkına Müdahalede Meşru Amaç Denetimi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İçtihadî Yaklaşımı," (yayın aşamasındadır): AİHM (Daire ve Büyük Daire), 23.12.2023 tarihine kadar, P1-1-1 hakkında (meşru amaç ölçütünün düzenleyen paragraf) 550 adet ihlal kararı vermiş; bu kararlardan 538 adeti İngilizce yayınlanmıştır. Anılan 538 kararın 12 tanesi *Key Case* olarak tasnif edilmiş ve 16 tanesi Büyük Daire (*Grand Chamber*) tarafından verilmiştir. İşaret edilen 533 karardan hareketle AİHM'nin mülkiyet hakkı denetimindeki meşru amaç yaklaşımı, anılan makalede incelenmiştir.

³⁶ İşaret edilen kararlar: AİHM, Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Polonya, Bn. 51728/99, 28.07.2005, p. 63. AİHM, Tkachevy v. Rusya, Bn.

AİHM'nin kira bedeline yönelik devlet müdahalelerinin meşru amacını haksız bulduğu bir karara rastlanmamıştır.

AİHM, mülkiyet hakkı denetimlerinde “kamu yararı/genel yarar” kavramını tanımlamamış; kaba bir varsayım olarak müdahalenin kamu yararını amaçladığını kabul etmiş; kamu yararını belirlemede devletlere “mutlak”³⁷, sınırlandırma araçlarını seçmekte “kuvvetli”³⁸ takdir marjı tanıyarak, mülkiyet hakkına müdahale alanını genişletmiştir³⁹.

Meşru amaç denetiminin AİHM için basit bir inceleme, üye devletler için ise geçilmesi kolay bir sınav olduğu söylenebilir⁴⁰. Ezcümle kira bedeli artışına getirilen sınırlamayla ilgili olası bir şikâyette AİHM'nin, meşru amaç denetimi yapmayacağı, davalı devlet meşru amaç savunması yapmasa dahi, müdahalenin kamu yararına olduğunu var sayarak üçüncü basamak denetime geçeceği söylenebilir.

2. AYM Denetimi

AYM, AİHM'ye kıyasla daha aktif bir meşru amaç denetimi icra edebilir.

35430/05, 14.02.2012, p. 50. AİHM, Karabet ve Diğerleri v. Ukrayna, Bn. 38906/07 52025/07, 17.01.2013, p. 347. AİHM, Kamoy Radyo Televizyon Yayıncılık ve Organizasyon A.Ş. v. Türkiye, Bn. 19965/06, 16.04.2019, p. 50. AİHM, Kasilov v. Rusya, Bn. 2599/18, 06.07.2021, p. 52. AİHM, Associations of Communally-Owned Forestry Proprietors Porceni Pleşa and Piciorul Bătrân Banciu v. Romanya, Bn. 46201/16 47379/18, 28.11.2023, p.77.

³⁷ Haydar Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, Nisan 2017), s. 482.

³⁸ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s. 522-530.

³⁹ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s. 474-483, 522-530.

⁴⁰ Aleksei V. Dolzhikov, “Taking Public Interests Seriously? Security as a Legitimate Aim in Constitutional Adjudication in Russia,” içinde *Challenges, Risks and Threats for Security in Europe: 11th Network Europe Conference Warsaw 19th - 22nd May 2019*, ed. Andreas Kellerhals ve Tobias Baumgartner (EIZ Publishing, 2019), 66.

Hukuk devletinde, kamu gücü kullanan kişi ve organlarının her türlü işlevinin amacı⁴¹ olan “*kamu yararı*”⁴², anayasal denetimde bir parametredir. Hukuk devleti kavrayışı içinde otoriteden değil hürriyetten yana yorumlanacak olan kamu yararı, mülkiyet hakkına müdahaleler için aralanan bir kapı yahut müdahale kapısını açan bir maymuncuk değil, müdahaleleri zorlaştırarak⁴³ hakları koruyan bir kalkan işlevi görmelidir.

Kamu yararını belirleme yetkisi esasen yasa koyucunun takdirindedir⁴⁴. Yasalar, bir karine olarak kamu yararını amaçlar⁴⁵. Yasa altı faaliyetler olan yürütme ve yargı işlemlerinin kamu yararına uygunluğu, yasaya uygunluğun bir sonucudur⁴⁶. Meclisi yasa yapmaya iten sebepler ve ulaşılmak istenen amaçlar hukuki değil siyasi bir muhakeme gerektirir; bunların isabetli olup olmadığı hukuka uygunluk değil yerindelik⁴⁷ denetiminin konusudur⁴⁸.

Yasa koyucunun kamu yararı dışında bir amaçla hareket ettiği açıkça ortada olmadıkça kanunlar sebep/amaç unsuru yönüyle somut/soyut norm denetiminde denetlenemeyeceği⁴⁹ gibi hak ihlali iddiasıyla yapılan bireysel

⁴¹ “*Bütün kamusal işlemler gibi, Kanunun amacı da kamu yararını gerçekleştirmek olmalıdır.*” Erdoğan Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C. 51, S. 1-4 (1985): 32. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9070/113117>

⁴² Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2014), 291.

⁴³ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 13. Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 113.

⁴⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 393.

⁴⁵ Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* C. 9, S. 1-3 (1988): 11, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13697>

⁴⁶ Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler.” 12.

⁴⁷ “*Kuşkusuz, kanun koyucu, kendi siyasal tercihine göre neyin kamuya yararlı olup olmadığını takdir etmekte serbesttir.*” Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi.” 33.

⁴⁸ Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1966), 132-134.

⁴⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 1054-57. Aynı yönde: Erdoğan Teziç, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* (Ankara: Fakülteler Matbaası, 1972), 114-118.

başvurularda da meşru amaç denetimi -kural olarak- yapılmaz. Kamu yararına ilişkin mülahazalar hukukî değil siyasi/idari yönden⁵⁰ teknik bilgi gerektirdiğinden, kamu yararı dışında keyfî bir amacın varlığı *apaçık ortada olmadıkça*⁵¹, AYM kural olarak müdahalede kamu yararını denetlemeye yetkili değildir⁵².

Konut kira bedeli artışına getirilen üst sınır, şüphesiz meşru bir amaca yönelmektedir. Konut kiracılarının, sözleşmenin zayıf/güçsüz tarafı olduğu varsayımıyla, enflasyondan etkilenen kira bedellerinin artışında kiracıları koruyan⁵³ bir yaklaşım benimsenmiştir. Kira bedellerinin kiracı lehine düzenlenmesinin, sosyal eşitliği, sosyal adaleti, barınma hakkını ve son tahlilde kamu yararını sağlamayı amaçladığı düşünülebilir. Kamu yararını takdir etme yetkisi yasama organında olduğundan, AYM'nin önüne gelen olası bir başvuruda, -kamu yararını tespit etmek yönünden- kendisine verilmeyen yetkileri kullanmayacağı⁵⁴; norm denetimi ve/veya bireysel başvuru kapsamında yaptığı incelemede fonksiyon gaspına dönüşen bir yerindelik denetiminden kaçınacağı söylenebilir.

C. Ölçülülük

Üçüncü basamak denetimde şu sorunun cevabı aranır: Kira artışlarında belirlenen üst sınır ölçülü müdür? Anayasa m. 2, 13, 35, AİHS P1-1'e göre

⁵⁰ N. Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2013), 114.

⁵¹ AYM, mülkiyet hakkının kamu yararına sınırlandırılmadığından hareketle verdiği iptal kararında şöyle demiştir: “Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, sınırsız değildir. Maddeye göre bu hak, ancak kamu yararı amacıyla yasayla sınırlanabilir. ... Yasa koyucuya, belli görüş ya da kuruluşlara karşı tavır aldığını gösterebilmek için böyle bir yetki tanınır, her siyasi iktidar değişikliğinde, iktidarın eğilimine göre karşı görüşte saydığı kişi, siyasi parti veya kuruluşun mallarına el konulma yolu açılır. ... İnceleme konusu kural, belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır.”. AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992.

⁵² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 1054-57.

⁵³ Ahmet Türkmen ve Süleyman Anıl Huysal, “6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25'lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler,” *Lexpera Blog* (06.12.2022) <https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykiriligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/>

⁵⁴ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 745.

mülkiyet hakkına müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurulmalıdır. Ulaşılmak istenen meşru amaca kıyasla kişilerin aşırı bir yüke maruz kaldığı hallerde adil denge bozulmakta, mülkiyet hakkına müdahalede hukuka aykırılık oluşmaktadır.

Ölçülülük denetiminde, ulaşılmak istenen meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için yapılan müdahale/sınırlama arasındaki ilişki tartılmakta; bu tartımda *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* alt ölçütleri kullanılmaktadır⁵⁵.

- Müdahale, *amacı* gerçekleştirmeye *elverişli* midir? Anılan hususu, yerindelik alanına girmeden denetleyebilmek zordur. Bu sebeple müdahalenin, açıkça ulaşılmak istenen amaca hiçbir katkı sunmadığı hatta amaca ulaşmayı zorlaştırdığı⁵⁶ hallerde elverişlilik alt ölçütünden hareketle ölçülülük ihlali tespit edilebilir.

- Müdahale, ulaşılmak istenen *amacı* gerçekleştirmek için *gerekli* midir? Amaca ulaşmak için en hafif müdahale seçilmiş midir? Bu hususu, yerindelik alanına girmeden denetleyebilmek zordur. *Gereklilik* incelemesinde müdahalenin, *amaca ulaşmak için* zorunlu olup olmadığı, aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşmanın mümkün olup olmadığı⁵⁷ incelenir.

- Müdahalede, ulaşılmak istenen *amaç* ile *getirilen yük* arasında adil bir *oran* var mıdır? *Orantılılık* incelemesinde “kamu yararı” ile “bireysel mağduriyet” karşılıklı olarak tartılır⁵⁸. Kamu yararının korunması karşılığında bireylerden aşırı bir fedakârlık talep ediliyor, ortaya çıkan mağduriyete kıyasla dengeli makul bir kamusal yarar sağlanmıyorsa, müdahale orantısız ve nihayet ölçüsüzdür.

AİHM, yerindelik denetiminden özenle kaçındığından ve Avrupa için ancak *asgari* bir temel hak standardı oluşturduğundan, elverişlilik ve gereklilik denetimi yapmamakta; ölçülülük incelemesinde orantılılık alt ölçütünü kullanmaktadır. Ancak AYM, AİHM’ye kıyasla otorite karşısında özgürlüğü ve hukuk devletini daha güçlü koruyan kararlar verme görevinin bir gereği olarak, üç alt ölçütü de kullanarak daha aktif bir denetim icra edebilir.

⁵⁵ Keskinsoy, *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, 219-220.

⁵⁶ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuk İncelemesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 26.

⁵⁷ Fazıl Sağlam, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1982), 115.

⁵⁸ Sağlam, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü*, 116.

1. AİHM Denetimi

AİHM, müdahaleyle ulaşılmak istenen meşru amaçlar ve müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği hususlarında başlangıç değerlendirmesini yapan taraf devletlerin adil dengeyi tesis edip etmediği hususunda nihai denetimi icra etmektedir⁵⁹.

AİHM'nin ölçülülük incelemesi, denetimini yaptığı hak ve özgürlüğe göre değişkenlik gösterir. AİHS m. 2'de ifade edilen "mutlak gereklilik" ile m. 8-11'de ifade edilen "demokratik toplum gerekleri" bağlamında ölçülülük denetiminin yoğunluğu farklıdır⁶⁰. AİHS P1-1'de ise orantılılık testinin lafzi dayanağı olan "demokratik toplumda gereklilik" ifadesi hiç zikredilmemektedir.

AİHM, mülkiyet hakkına yönelik ilk başvurularda, ölçülülük incelemesi yapmamış, ilerleyen başvurularda ölçülülük ölçütünü P1-1 denetimine dâhil etmiş; AİHS kapsamındaki diğer haklar için zikredilmeyen "*olağan dışı ve aşırı (unusual and excessive) külfet*" ölçütünü üreterek ulusal makamlara tanınan takdir marjının ölçülülüğüne yönelik *sınırlı* bir denetim icra ederek⁶¹ statükoyu koruma eğilimi göstermiştir⁶². AİHS P1-1 kapsamında taraf devletlere *geniş takdir alanı*⁶³ tanınmış; P1-1'in sağladığı koruma zayıflamıştır⁶⁴.

⁵⁹ Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini* (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 87.

⁶⁰ Mutlak gereklilik öngören hükümler daha katı ve dar, demokratik toplumda gereklilik öngören hükümler daha esnek ve geniş yorumlanmaktadır: Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini* (Ankara: Turhan Yayınevi, 2019). Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı* (TC Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2018), 23.

⁶¹ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s. 519-522.

⁶² Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s. 619.

⁶³ "Mahkeme, bu bağlamda kamu yararı ile ilgili bireyin yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını tespit etmelidir. Mahkeme karar verirken, kullanılacak araçlar ve sonuçların, kamu yararı amacı açısından haklı olup olmadığı konusunda Devletlerin *geniş bir takdir marjına* sahip olduğunu kabul etmektedir." AİHM, *The Karibu Foundation v. Norveç*, Bn. 2317/20, 10.11.2022, p. 74. Aynı yönde bkz. AİHM [BD], *NIT S.R.L. v. Moldova Cumhuriyeti*, Bn. 28470/12, 05.04.2022, p. 252.

⁶⁴ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s. 618-619.

Mülkiyet hakkına müdahalelerde katı ve dar değil esnek bir denetim icra eden AİHM'nin AİHS P1-1'e özel bir analiz yöntemi geliştirdiği görülmektedir. *Üç kural analizi* olarak adlandırılan bu yöntemde, mülkiyet hakkına müdahaleler için üç yaklaşım⁶⁵ benimsenir: Müdahale, mülkten hukuken/fiilen yoksun bırakıyorsa İkinci Kural; müdahale, mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolünü sağlıyorsa Üçüncü Kural; ikinci veya üçüncü kuralın uygulanabileceği bir durum yoksa "joker kural" niteliğindeki Birinci Kural uygulanmaktadır⁶⁶. Mülklerden elde edilen kira gelirlerinin bir kısmından yoksun bırakan müdahaleleri AİHM, mülkün kamu yararına kullanımının kontrolü olarak değerlendirmektedir⁶⁷. Kira bedellerine uygulanacak artış oranlarının sınırlanmasına yönelik müdahaleler Üçüncü Kural kapsamına girmekte⁶⁸, kira sözleşmesinin şartlarının yasayla düzenlendiği durumlarda⁶⁹ kiraya veren, kendisine yüklenen yapma, yapmama yükümlülüklerini kural olarak yerine getirmektedir.

Üçüncü Kural için emsal nitelikte olan ve yukarıda da zikredilen Mellacher ve Diğerleri/Avusturya kararına konu olayda, kira sözleşmesinde belirlenen kira bedeli, kiracılar lehine yasayla sınırlanmıştır. Başvuranlara göre kira bedeline yapılan müdahale ölçüsüzdür: "... *tanınan hak, yalnızca en dezavantajlı durumda olanlara değil, tüm kiracılara ayırım yapılmaksızın sağlanıyordu. Sosyal bir önlem, gerçekten muhtaç durumdaki olanlara kira*

⁶⁵ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, s. 22-23. The Karibu Foundation v. Norveç kararında şöyle ifade edilmektedir: "P1-1 üç farklı kuraldan oluşur: Birinci paragrafın ilk cümlesinde belirtilen ilk kural genel niteliktedir ve mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesini ifade eder; birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ikinci kural, malvarlığından yoksun bırakmayı kapsamakta ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; İkinci paragrafta belirtilen üçüncü kural, Sözleşmeciler Devletlerin, diğer hususların yanı sıra, mülkün genel yarara uygun olarak kullanımını kontrol etme ve cezaların ödenmesini güvence altına alma hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu üç kural birbiriyle bağımsız "ayrı" değildir." The Karibu Foundation v. Norveç, p. 72.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Suat Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi," *Sayıştay Dergisi* S. 88 (Ocak-Mart 2013): 27-47, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1713822>

⁶⁷ Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi," 37.

⁶⁸ Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi," 36.

⁶⁹ Kira bedeli kontrolü, tahliye ve sair uygulamalarla mülkün kamu yararına kullanımının kontrolü.

*indirimi sağlamak veya mahkemelerin denetimine tabi kiralarla ilgili anlaşmalar yapmak olabilirdi. Yine nispeten az sayıda kiracının kira indirimi isteme hakkını kullanması, Hükümetin kiraların çok yüksek olduğu iddiasının temelsiz olduğunu göstermiştir.”⁷⁰. Keza başvuranlara göre, kira gelirindeki azalmalar **yüzde 82** oranlarına ulaşmaktadır; bu kayıp aşırıdır, orantısızdır⁷¹.*

Ölçülülük denetiminde AİHM, daha elverişli ve gerekli seçenekler bulunabileceği yönünde görüş belirtmiş fakat yargıya ulaşmamıştır; elverişlilik ve gereklilik denetimi yapmaktan kaçınarak orantılılık denetimine geçmiştir. AİHM’ye göre alternatif çözümlerin olası varlığı, tek başına, itiraz edilen yasayı haksız kılmaz. Yasanın, sorun için en iyi çözüm olup olmadığına veya yasa koyucunun takdir yetkisini başka bir şekilde kullanmasının gerekip gerekmediğine karar vermek Mahkeme'nin görevi değildir⁷². AİHM’ye göre, **“kira indirimlerinin dikkat çekici olduğu doğrudur. Ancak bundan, bu azalmaların orantısız bir yük oluşturduğu sonucu çıkmaz. Orijinal kiraların üzerinde mutabakata varılmış olması ve o dönemde geçerli olan piyasa koşullarına tekabül etmesi, yasama organının bir politika meselesi olarak bunların sosyal adalet açısından kabul edilemez olduğuna makul bir şekilde karar veremeyeceği anlamına gelmez.”⁷³. Son tahlilde, AİHM’ye göre, kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında adil dengeye ve seçilen araçların izlenen meşru amaca ulaşmaya etkisine esas olarak yasa koyucu karar verecektir, müdahale hukuka uygundur⁷⁴.**

1989 tarihli Mellacher ve Diğerleri/Avusturya kararındaki yaklaşımını zamanla geliştiren AİHM, kira uyuşmazlığına ilişkin güncel bir karar olan The Karibu Foundation / Norveç başvurusunda⁷⁵ **“orantılılık değerlendirmesinde kira bedeli / gayrimenkul değeri oranının dikkate alınması gerektiğini”⁷⁶**

⁷⁰ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 52.

⁷¹ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 54.

⁷² AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 53.

⁷³ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 56.

⁷⁴ AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, p. 57.

⁷⁵ Kararın incelemesi için bkz. Güray Türker, “Kira Bedelini Sınırlayıcı Düzenlemelere İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 10.11.2022 Tarihli 2317/20 Sayılı Kararı’na İlişkin Değerlendirme.” içinde *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, ed. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Ayşe Melek Turhan, Rüveyda Çelik (İstanbul: Legal, 2023), 457-478.

⁷⁶ **“The Court observes that in the assessment of proportionality, the rent/plot value ratio must be factored in as one of many elements”** AİHM, The Karibu Foundation v. Norveç, p. 82.

belirten bir içtihat ortaya koymuştur. Başvuranın hak kazandığı kira bedelinin, mülkün satış değerinin yaklaşık **yüzde 0,6'sını** karşıladığına⁷⁷, keza yasa koyucu ve ulusal mahkeme kararlarından ayrılmak için güçlü nedenler olmadığına⁷⁸ dikkat çeken AİHM müdahaleyi ölçülü ve hukuka uygun bulmuştur.

The Karibu Foundation / Norveç kararı, ölçülülük denetimi için nesnel bir hesaplama ölçüsü ortaya koymaktadır; bu yönüyle fevkalade önemli bir içtihatır. AİHM kiraya verilen gayrimenkulden alınan kira bedelinin, gayrimenkulün değerinin yüzde 0,6'sını karşılaması halinde, yasayla yapılan "tavan kira" düzenlemelerinin ölçülü olacağını belirtmiştir.

The Karibu Foundation / Norveç kararı, Lindheim ve Diğerleri / Norveç⁷⁹ kararıyla birlikte okunduğunda ortaya çıkan bütüncül içtihat, Türkiye'de mevcut durumun ölçülülüğüne dair muhakemeye ışık tutmaktadır.

Lindheim ve Diğerleri / Norveç başvurusuna konu olayda, ulusal mevzuata göre kira sözleşmeleri, kira bedellerinde anlamlı bir artış olasılığının bulunmadığı belirsiz bir süre boyunca uzamakta; yalnızca kiracılar kira sözleşmesini sonlandırabilmekte ve dahası kiracılar üçüncü kişilerle alt kira ilişkisi kurabilmekte, alt kira ilişkisi kira bedelini etkilememektedir. Anılan yasa, mülk sahiplerinin gayrimenkullerini piyasa değeriyle satabilmesi yahut mülklerinden herhangi bir biçimde yararlanabilmesi imkanlarına ve son tahlilde mülkiyet haklarına ciddi müdahale niteliğindedir⁸⁰. AİHM, genel içtihadına bağlı kalarak ulusal yasanın meşru bir amaca hizmet ettiğini belirterek⁸¹ ölçülülük denetimine geçmiştir. AİHM, müdahalenin adil dengeyi bozduğunu şöyle ifade etmiştir:

"Mahkeme, Gayrimenkul Kiralama Kanunu'nun 33. maddesiyle genişletilen gayrimenkul kira sözleşmelerinin şartları uyarınca başvuranların aldıkları kira bedellerinin özellikle düşük seviyede olması karşısında hayrete düşmüştür/etkilenmiş/dikkatini çekmiştir (struck by). ... bu seviye,

⁷⁷ AİHM, The Karibu Foundation v. Norveç, p. 86.

⁷⁸ AİHM, The Karibu Foundation v. Norveç, p. 85, 93.

⁷⁹ Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Türker, "Kira Bedelini Sınırlayıcı Düzenlemelere İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10.11.2022 Tarihli 2317/20 Sayılı Kararı'na İlişkin Değerlendirme." 468-473.

⁸⁰ AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, Bn. 13221/08 2139/10, 12.06.2012, p. 128-132.

⁸¹ AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, p. 100.

gayrimenkullerin piyasa değerinin %0,25'inden azdır ... karşılaştırma çarpıcı bir farkı ortaya koymaktadır.... Başvuranların davasında, gayrimenkulün gerçek değeriyle hiçbir ilgisi olmayan, bu kadar düşük bir kira seviyesini haklı çıkaracak kadar güçlü bir genel menfaat talebinin bulunmadığı görülmektedir”⁸²

The Karibu Foundation / Norveç ve Lindheim ve Diğerleri / Norveç kararlarıyla ortaya çıkan nihaî sonuç şudur: Kira tavanı uygulaması neticesinde mülk sahibinin kira alacağı yönünden aşırı kayba uğraması, mülkiyet hakkı ihlali yaratır. Ölçülülük incelemesinde iki orana işaret edilmektedir: **Yüzde 0,6 ve 0,25**. Kira bedelinin, mülk değerinin yaklaşık **yüzde 0,6'sını** karşıladığı hallerde AİHM müdahaleyi ölçülü bulmuş; **yüzde 0,25'ini** karşıladığı hallerde ise müdahalenin şiddetini “çarpıcı-hayret verici” bularak hak ihlaline karar vermiştir.

HUDOC sisteminde⁸³ “*level of rent*” anahtar kelimesiyle yapılan arama neticesinde ulaşılan 20 adet karardan⁸⁴ sadece The Karibu Foundation ile

⁸² AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, p. 129.

⁸³ AİHM karar arama motoru: HUDOC (*HUMAN RIGHTS DOCUMENTATION*) Database by the ECHR.

⁸⁴ İşaret edilen 20 karardan (Büyük Daire ve Daire kararları) aşağıda altı çizilen 9 tanesi, bu makalenin konusuyla yakından ilgilidir.

- (1) AİHM, *The Karibu Foundation v. Norveç*, Bn. 2317/20, 10.11.2022. Makale metninde incelenmiştir.
- (2) AİHM, *Kasmi v. Arnavutluk*, Bn. 1175/06, 23.06.2020, p. 85: AİHM, ihlal kararı ölçülülük ölçütüyle verilmiştir. Başvurucunun kira sözleşmesini feshetme hakkını güvence altına alan yeterli mekanizmaların bulunmaması, bu amaçla mevzuatta belirlenmiş belirli bir sürenin bulunmaması, kiranın enflasyona endekslenmesine izin vermeyen kanunla belirlenen kira tutarın düşük olması, başvurunun kendisini içinde bulduğu uzun belirsizlik dönemini dikkate alan AİHM, başvuran aleyhine adil dengenin bozulduğunu tespit etmiştir.
- (3) AİHM, *Arsovski v. “Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti”*, Bn. 30206/06, 07.02.2019. Karar, AİHS m. 41 kapsamında verilmiştir.
- (4) AİHM, *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukrayna*, Bn. 846/16 1075/16, 22.05.2018. Dava konusu, esasen “moratoryum” uygulaması hakkındadır.
- (5) AİHM, *Heldenburg v. Çek Cumhuriyeti*, Bn. 65546/09, 09.02.2017. Karar, AİHS m. 41 kapsamında verilmiştir.
- (6) AİHM, *Čapský And Jeschkeová v. Çek Cumhuriyeti*, Bn. 25784/09 36002/09, 09.02.2017. Karar, AİHS m. 41 kapsamında verilmiştir.
- (7) AİHM, *Silášová ve Diğerleri v. Slovakya*, Bn. 36140/10, 28.06.2016, p. 49-57: Mevcut davada, ulusal yasa uyarınca başvuran metrekare başına ve yıllık 0,01168 Avro kira almaktadır (p. 49). Ancak taraflar, başvuranların arazisinin piyasa kirası

konusunda ihtilaf halindedir. Başvuru sahipleri adına rapor hazırlayan uzmanların (p. 51) ve davalı devlet adına rapor hazırlayan uzmanların sunduğu raporları (p. 52) işaret eden AİHM, davanın taraflarının sunduğu raporları muhakeme etmeyeceğini belirtmiş (p. 55) ve şuna dikkat çekmiştir: “*Başvuranlara ait bir metrekare arazi için uygun yıllık kiranın, Hükümet tarafından kabul edilen rakamlardan en düşük olanı yani 0,38 Avro dikkate alındığında; fiilen aldıkları kira yani 0,01 Avro, bu tutarın yüzde üçünden azını karşılamaktadır (p. 56)*”. P1-1 ihlal edilmiştir.

- (8) AİHM, Zammit and Attard Cassar v. Malta, Bn. 1046/12, 30.07.2015. Mevcut davada, başvuruların kiracıyı tahliye etme ve kira bedelinde artış yapabilme imkânı bulunmamaktadır (p. 60). Ulusal yasa, kiracıların ve ev sahiplerinin çıkarları arasında bir denge kurmayı amaçlayan yeterli usuli güvencelerden yoksundur (p. 61). **Mülkün piyasa değeri -başvuranlara göre- 7.000 Avrodur; ancak kira sözleşmesinin ilk on yılı için yıllık 862 Avro ödeme yapılmıştır; daha sonra kira bedeli 2010 yılı için 990 Avro, 2011 yılı için 1.138 Avro, 2012 yılı için 1.309 Avro ve 2013 yılı için 1.505 Avro olarak ödenmiştir; 2014 yılından itibaren her yıl %5 oranında artacaktır.** Başvuranların piyasa değeri üzerinden kira alma konusunda mutlak bir hakları olmasa da Mahkeme, kira bedelinin mülkün piyasa değerinden önemli ölçüde düşük olduğunu gözlemlemektedir ve hükümet tarafından buna itiraz edilmemiştir (p. 62). Devlete tanınan geniş takdir yetkisine rağmen; Mahkeme, mülkün düşük kira bedeli ve kanunun uygulanmasında usuli güvencelerin bulunmaması göz önüne alındığında, başvurular aleyhinde adil dengenin bozulduğu sonucuna varmış (p. 65).
- (9) AİHM, Statileo v. Hırvatistan, Bn. 12027/10, 10.07.2014. AİHM şu hususları dikkate alarak hak ihlaline karar vermiştir: (a) Başvuran az miktarda kira bedeli almakta, ev sahibi olarak kendisine yasal mali yükler yüklenmekte; bu da onun dairesini kiraya vermekten yalnızca asgari bir kâr elde edebildiği anlamına gelmektedir; (b) başvuranın dairesi yaklaşık elli beş yıldır kiradadır, başvuran yaşamı boyunca dairenin kullanımını geri alamamış veya piyasa koşullarına uygun kira alamamıştır; (c) ev sahipleri ile kiracıların çatışan çıkarları arasında denge sağlamaya yönelik usuli güvenceler bulunmamaktadır. AİHM’ye göre başvuranın mülkiyet hakkına müdahale adil dengeyi bozmuştur, konut sektöründeki reformdan kaynaklanan sosyal ve mali yük adil dağıtılmamıştır (p. 143).
- (10) AİHM, R & L, S.R.O. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, Bn. 37926/05 25784/09 36002/09, 03.07.2014. AİHM ihlal kararını birinci basamak denetim kapsamında vermiştir; müdahale yasaya dayanmamaktadır (p. 126-127).
- (11) AİHM, Berger-Krall ve Diğerleri v. Slovenya, Bn. 14717/04, 12.06.2014. Başvuru, Slovenya’nın piyasa ekonomisine geçiş sürecinde “özel korumalı kiracılık (specially protected tenancy)” uygulamalarını reforme ederek kira bellerini arttırması hakkındadır. Başvuranlar, konut reformu sonucunda maruz kaldıkları *kira artışının aşırı olduğunu iddia etmiştir.*
- (12) AİHM, Bittó ve Diğerleri v. Slovakya, Bn. 30255/09, 28.01.2014. Bira bedeli artışına yönelik yasal kontrol uygulamasının fiili etkisi, adil denge denetiminde

önemli bir faktördür; kira kontrol planıyla **izin verilen maksimum kira bedeli ile dairelerin piyasa kira değeri arasındaki fark** dikkate alınmalıdır (p. 111). Bu bağlamda davanın tarafları, her biri uzmanlar tarafından hazırlanan, farklı değerlendirme yöntemlerine dayanan ve sonuçları farklılık gösteren raporlar sunmuştur; bilirkişilerin kullandığı yöntemler konusunda herhangi bir görüş belirtmeden Mahkeme şu sonuçlara ulaşmıştır (p. 112):

- (i) 2010 yılında **başvuranlar** tarafından sunulan bilirkişi görüşlerine göre, kontrollü kira bedelleri benzer dairelerin piyasa kirasının yaklaşık **%14**'üne karşılık geliyordu ve bu oran önceki dönemde daha düşüktü;
- (ii) 2012 yılında, **başvuranların** atıfta buldukları uzman görüşüne göre, kontrollü kira bedelleri, benzer dairelerin piyasa kirasının yaklaşık **%14 ila 19**'una karşılık geliyordu;
- (iii) **Hükümet** tarafından 2012 yılında sunulan bilirkişi görüşlerine göre kontrollü kira bedelleri, benzer dairelerin piyasa kirasının yaklaşık **%20-26**'sına karşılık geliyordu;
- (iv) **Hem başvuranlar hem de Hükümet** tarafından sunulan bilirkişi görüşleri, dairelerini piyasa fiyatından kiralamalarına izin verilmemesi nedeniyle başvuranların kaybının birkaç on, hatta yüzbinlerce avroya ulaştığını göstermektedir.

Mahkeme önündeki bilgiler, kontrollü kira miktarının, kira kontrol planının uygulanmadığı benzer konutların kira tutarından önemli ölçüde düşük kaldığını göstermektedir (p. 113). Bu değerlendirmeler Mahkemenin şu sonuca varması için yeterlidir; Slovak makamları toplumun genel çıkarları ile başvuranların mülkiyet haklarının korunması arasındaki adil dengeyi sağlayamamıştır (p. 116).

(13) AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, Bn. 13221/08 2139/10, 12.06.2012. Makale metninde incelenmiştir.

(14) AİHM, Jenisova v. Slovakya, Bn. 58764/00, 03.11.2009. Mevcut davada Hükümet, başvuranın arazisinin gerçek kira değerinin metrekare başına yıllık 0,448 Avro olduğunu ileri sürerken, başvuran bunun metrekare başına 0,664 Avro'dan az olmadığını düşünmüştür (p. 67). 31 Ekim 2004 tarihine kadar yürürlükte olan yasa, başvuru sahibine metrekare başına 0,3 SKK (0,01 Euro'ya eşdeğer) tutarında kira hakkı tanıyordu (p. 68) ve bu tutar, Hükümet tarafından sunulan değerlemeye göre arazinin gerçek kira değerinin yaklaşık %2'sine tekabül etmektedir (p. 69). AİHM'ye göre, başvuranın hak ettiği kira bedelinin, piyasa değeriyle makul bir ilişkisi yoktur ve böyle bir tutarsızlığın haklı bir gerekçesi yoktur (p. 70). 15 Şubat 2005 tarihinden itibaren ise yasaya göre metrekare başına kira bedeli 0,002 Avro ile 0,04 Avro aralığındadır. Başvuranın arazisi Yönetmelik uyarınca en yüksek kategoride sınıflandırıldığı varsayılrsa bile, ödenecek kira bedeli, başvuranın arazisinin Hükümet tarafından kabul edilen gerçek değeri esas alınarak belirlenen piyasa kira değerinin yaklaşık %9'unu karşılamaktadır (p. 71-72). Ulusal yasa uyarınca başvuranın mülkiyet hakkına yönelik müdahale ölçüsüzdür, P1-1 ihlal edilmiştir (p. 73).

- (15) AIHM, Sefcikova v. Slovakya, Bn. 6284/02, 03.11.2009. Hükümet tarafından sunulan değerler esas alındığı takdirde, piyasa kira bedeli metrekare başına 0,26 ile 0,3 Avro arasındadır (p. 84); başvuranın aldığı kira bedeli ise 2004'e kadar 0,3 SKK'dır (0,01 Euro'ya eşdeğer) (p. 85). Başvuranın arazisinin yüksek kategoride sınıflandırıldığı varsayılsa bile, ödenecek kira bedeli metrekare başına 0,04 Avro olacaktır; bu miktar, başvuranın arazisinin Hükümet tarafından kabul edilen gerçek değeri esas alınarak belirlenen piyasa kira değerinin yaklaşık %15'ini karşılamaktadır (p. 88). AIHM, başvuranın yukarıda belirtilen dönemde hak ettiği kira bedelinin, arazisinin piyasa değeriyle makul bir ilişkisinin bulunmadığını tespit etmiştir. Böyle bir tutarsızlığın haklı bir gerekçesi yoktur (p. 89), P1-1 ihlal edilmiştir (p. 90).
- (16) AIHM, Salus v. Slovakya, Bn. 28697/03, 03.11.2009. Hükümet tarafından sunulan bilirkişi görüşü, başvuranın arazisinin gerçek kira değerinin metrekare başına yıllık 0,532 Avro olduğunu göstermektedir; başvuran, arazisinin piyasa kira değerinin de daha yüksek olduğunu ileri sürmüştür (p. 57); başvuranın aldığı kira bedeli ise 2004'e kadar 0,3 SKK'dır (0,01 Euro'ya eşdeğer) (p. 58). Ulusal yasa, ekilebilir arazilerin değerlemesini 0,017 Avro ile 0,04 Avro arasında bir ölçekte öngörmüştür (p. 60). Başvuranın arazisinin yasanın en yüksek kategorisinde, sınıflandırıldığı varsayılsa bile, ödenecek kira bedeli metrekare başına 0,04 Avro olacaktır; bu miktar, Hükümet tarafından kabul edildiği üzere piyasadaki kira değerinin yaklaşık %7-8'ine karşılık gelmektedir (p. 61). AIHM, başvuranın yukarıda belirtilen dönemde hak ettiği kira bedelinin, arazisinin piyasa değeriyle makul bir ilişkisinin bulunmadığını tespit etmiştir. Böyle bir tutarsızlığın haklı bir gerekçesi yoktur (p. 62), P1-1 ihlal edilmiştir (p. 63).
- (17) AIHM, Urbarska Obec Trencianske Biskupice v. Slovakya, Bn. 74258/01, 27.11.2007. AIHM, başvuranın arazisinin ilgili yasal hükümlerde belirtilen kira şartlarına dayanarak zorunlu olarak kiralanmasının ve arazinin gerçek değeriyle hiçbir ilgisi olmayan tazminatın, başvuranın P1-1 kapsamındaki mülklerinden barışçıl bir şekilde yararlanma hakkıyla bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.
- (18) AIHM, Fleri Soler and Camilleri v. Malta, Bn. 35349/05, 26.09.2006. Mevcut davada, başvuranların 1941 yılında el konan mülkleri kamu dairesi olarak kullanılmıştır; el koyma emri, mülk sahibi üzerinde ev sahibi-kiracı ilişkisini zorunlu kılmıştır; ancak mülk sahiplerinin kiracının seçimi veya anlaşmanın temel unsurları üzerinde çok az etkisi vardır veya hiç yoktur (71-73). 1988'e kadar ayda 7 Avro'dan az ve 1989'dan itibaren ayda 58 Avro'dan az olan kira bedelleri son derece düşüktür ve kamu ofislerini ve tüm bir hükümet dairesini barındıracak kadar büyük bir binanın kullanımı için adil bir bedel olarak görülmesi mümkün değildir (p. 74). Başvuru sahiplerine ödenen kira miktarının azlığı, başvuranların mülklerinin neredeyse altmış beş yıldır işgal edilmiş olması, yeterli usuli güvencelerin bulunmaması ve mülk sahiplerinin mülkiyet haklarına ilişkin kısıtlamalar dikkate alındığında, Mahkeme, başvuranlara orantısız ve aşırı bir yük yüklediği, adil dengeyi bozulduğu kanaatinde (p. 78).

Lindheim ve Diğerleri kararlarında *kira bedeli / gayrimenkul değeri* için somut yüzdelerle ölçütlere işaret edilmiştir.

Buna ek olarak AİHM'e göre, mülk sahiplerinin hak kazandığı kira bedelleri, piyasa rayiç değerlerinden düşük olabilir; fakat AİHM, *mevcut kira bedelinin, piyasa rayiç kira değerlerinden önemli ölçüde düşük olduğunu* gözlemlediği başvurularda hak ihlaline karar vermiştir. Daha somut bir ifadeyle AİHM, kira bedeli artışlarına getirilen yasal sınırlar neticesinde fiilen alınan kira bedelinin, benzer gayrimenkuller için rayiç kira değerinin yaklaşık % 26'sını (yahut daha azını) karşıladığı hallerde, müdahaleyi orantısız bularak hak ihlaline karar vermiştir⁸⁵.

Konut politikası kapsamındaki müdahalenin ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında *olağan dışı ve aşırı bir külfet* getirdiği tespit edilen Scollo / İtalya kararını anmakta yarar vardır. Yukarıda başka bir bağlamda değinilen Scollo / İtalya kararına⁸⁶ konu olayda başvuran, içinde kiracı bulunan bir daire satın almış; eşzamanlı olarak ülkede yaşanan konut sorunu şiddetlenmiş, kira bedeli artışlarının kontrolünü ve kira sözleşme sürelerinin uzatılmasını düzenleyen yasa kabul edilmiş; söz konusu mülkün kiracısı yaklaşık on iki yıl

(19) AİHM [BD], Hutten-Czapska v. Polonya, Bn. 35014/97, 19.06.2006. Kira kontrolüne dair ulusal hukuk düzenlemelerinin kira bedelleri için düşük tavan sınırı getirilmesi, mülk sahibi üzerlerine getirilen yasal mali yükler ve mülkün bakımıyla bağlantılı olarak uğranılan zararları telafi etme veya hafifletme veya haklı durumlarda gerekli onarımların Devlet tarafından desteklenmesini mümkün kılan herhangi bir yasal yol ve aracın bulunmaması (p. 224) adil dengeyi bozmaktadır. Toplumun meşru çıkarları, ülkenin konut arzının dönüşümü ve reformu ile ilgili sosyal ve mali yükün adil bir şekilde dağıtılmasını gerektirmektedir. Bu yük, toplumun çıkarları ne kadar önemli olursa olsun, belirli bir sosyal grubun üzerine yüklenemez (p. 225).

(20) AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, Bn. 10522/83 11011/84 11070/84, 19.12.1989. Makale metninde incelenmiştir.

⁸⁵ AİHM, Silášová ve Diğerleri v. Slovakya: Kira bedeli, piyasa değerinin %3'ten azını karşılamakta, P1-1 ihlal edilmiştir. AİHM, Zammit and Attard Cassar v. Malta, p. 60-65. AİHM, Bittó ve Diğerleri v. Slovakya: Kira bedeli, piyasa değerinin %14-26'sını karşılamakta, P1-1 ihlal edilmiştir. AİHM, Jenisova v. Slovakya, Bn. 58764/00, 03.11.2009: Kira bedeli, piyasa değerinin %9'unu karşılamakta, P1-1 ihlal edilmiştir. AİHM, Sefcikova v. Slovakya: Kira bedeli, piyasa değerinin %15'ini karşılamakta, P1-1 ihlal edilmiştir. AİHM, Salus v. Slovakya: Kira bedeli, piyasa değerinin %7-8'ini karşılamakta, P1-1 ihlal edilmiştir.

⁸⁶ AİHM, Scollo v. İtalya, Bn. 19133/91, 28.09.1995.

sonra kendi rızasıyla daireden ayrılmıştır. Konuta yönelik genel kamusal sorunların⁸⁷ yanı sıra, başvuran Bay Scollo'nun da konuta ihtiyacı vardır, işsizdir, engellidir, kiracısı kira bedelini kısmen ödemektedir. AİHM, tüm bu ihtiyaç beyanlarına rağmen yetkili makamların başvuranın mağduriyetini gidermediğini⁸⁸ belirtmiştir. AİHM'ye göre Bay Scollo'nun mülkiyet hakkına yapılan müdahale orantısızdır; P1-1 ihlal edilmiştir⁸⁹.

- Scolla/İtalya kararında AİHM, İtalya'da uygulanan kira bedeline yahut tahliyeye yönelik yasal düzenlemeleri *genel olarak* ölçüsüz bulmamıştır; başvurunun *özel şartları içinde* somut olayda orantısız bir müdahale tespit etmiştir.
- Lindheim ve Diğerleri/Norveç kararında ise AİHM, P1-1 ihlalinin altında yatan sorunun bizzat mevzuatla ilgili olduğunu ifade etmiştir. AİHM'ye göre davalı devlet, kiraya verenlerin ve toplumun menfaatleri arasında adil bir denge sağlayacak uygun yasal ve/veya diğer genel önlemleri almalıdır⁹⁰.

Bu makalede incelenen yasadan kaynaklanan muhtemel bir başvuruda, AİHM'nin verebileceği kararlara yönelik muhakemede iki önemli hususa işaret etmek gerekir:

(1) AİHM kural olarak, AİHS P1-1 kapsamındaki müdahalelerde esnek bir denetim icra etmekte, taraf devletlere geniş bir takdir alanı tanımakta, dolayısıyla P1-1'in sağladığı korumanın zayıf kaldığı görülmektedir. Keza ulusal mahkeme kararları AİHM kararına yön verebilmektedir. AİHM'ye muhtemel başvuru, iç hukuk yollarından geçmiş olacağından, hak ihlali iddiasını önce AYM denetlemiş olmalıdır. Bireysel başvuru yahut norm denetiminde AYM etkili bir denetim neticesinde ihlale/iptale karar vermediyse AİHM'nin de ihlale hükmetmeyeceği⁹¹ söylenebilir. Zira AİHM, üye

⁸⁷ AİHM, Scollo v. İtalya, p. 35.

⁸⁸ AİHM, Scollo v. İtalya, p. 38.

⁸⁹ AİHM, Scollo v. İtalya, p. 40.

⁹⁰ Kiraya verenlerin menfaatlerinin söz konusu diğer menfaatlere göre nasıl dengelenmesi gerektiğini belirlemek Mahkeme'nin görevi değildir. AİHM, halihazırda mevcut mevzuattaki temel eksiklikleri tespit etmiştir; AİHS m. 46 uyarınca her devlet, Mahkeme kararının icrasından doğan yükümlülükleri yerine getireceği araçları seçmekte özgürdür. AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, p.137.

⁹¹ The Karibu Foundation v. Norveç kararının 93. paragrafında anılan husus açıkça şöyle ifade edilmiştir: “Bağımsız ve tarafsız ulusal mahkemelerin gerçekleri

devletlere, P1-1 kapsamında kamu yararını belirlemede mutlak takdir alanı; kira bedellerine uygulanacak artış oranlarını sınırlamakta güçlü takdir alanı⁹² tanınmaktadır. AİHM'ye göre maddi vakıaların gerekliliklerini değerlendirme, yorumlama, bu gereklilik yönünde yasa koyma, uygulama yetki ve yetkinliğine sahip asıl merci ulusal makamlardır⁹³; keza ulusal mahkeme kararlarından ayrılmak için *ciddi nedenler (strong reasons)* olmalıdır⁹⁴.

(2) Bu makalede incelenen yasadan kaynaklanan muhtemel bir davada AİHM, başvuruya konu somut olayı kendi dinamikleri içinde inceleyecektir. Her başvuru kendi şartları içinde değerlendirileceğinden, müdahalenin *şiddeti*, verilecek kararda belirleyicidir. Ölçülülük incelemesinde AİHM'nin, emsal kararlarında işaret ettiği gibi *kira bedeli / gayrimenkul değeri için yüzde 0,6*

dikkatli bir şekilde incelediği, ilgili insan hakları standartlarını Sözleşme ve içtihatlarıyla tutarlı bir şekilde uyguladığı ve başvuranın kişisel çıkarları ile davadaki kamu yararı arasında yeterince denge kurulduğu durumlarda; esasa ilişkin kendi değerlendirmesini yetkili ulusal makamların değerlendirmesinin yerine koymak Mahkeme'nin (AİHM) görevi değildir; aksini yapmak için güçlü nedenler gösterilmelidir. Mevcut davada, başvuran kuruluşun dahil olduğu yargılamaları inceleyen Mahkeme, yerel mahkemelerin tam olarak bunu yaptığı kanaatindedir."

⁹² Takdir marjı kavramı, AİHM içtihatlarına ilk kez, Yunanistan/Birleşik Krallık (AİHM (Komisyon Raporu), Yunanistan / Birleşik Krallık, Bn. 176/56, 26.09.1958) kararıyla girmiş, yıllar içinde kullanım alanını genişletmiştir: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn ve Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4. Edition, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006) 84; içinde Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı*, 16.

⁹³ "ECtHR emphasised that authorities within the state in question were in a **better position than international judges** to give an opinion "on the exact content of these requirements with regard to the rights of others as well as on the '**necessity**' of the '**restriction**'": AİHM, Gaughran v. Birleşik Krallık, Bn. 45245/15, 13.06.2020, p. 18. Ayrıca bkz. AİHM, Wingrove v. Birleşik Krallık, Bn. 17419/90, 25.11.1996, p. 58.

⁹⁴ "The Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts.": AİHM [BD] **Key Case**, Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. Fransa, Bn. 40454/07, 10.11.2015, p. 92.

Aynı yönde AİHM [BD], Von Hannover v. Almanya (No. 2), Bn. 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, p. 107. AİHM, Baş v. Türkiye, Bn. 66448/17, 07.09.2020, p. 173.

Keza AİHM, dördüncü derece mahkemesi olmadığını; iç hukukun ve olguların uygulanması ve yorumlanmasını incelemeyeceğini tekrar vurgulamaktadır: Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford University Press, 2006), 83.

ve 0,25 oranlarını dikkate alacağı söylenebilir. Anılan oranlardan hareketle Türkiye’de değeri 5.000.000 TL olan bir konut için alınan kira bedelinin 30.000 TL olması ölçülü kabul edilir, 12.000 TL ise mülk sahibinin mülkiyet hakkına haksız müdahale yaratacak ölçüde düşük bir bedeldir. Keza AİHM, mevcut kira bedelinin, benzer gayrimenkuller için alınan piyasa rayiç kirasının yaklaşık %26’sını (yahut daha azını) karşıladığı hallerde müdahaleyi orantısız bularak hak ihlaline karar vermektedir. Anılan oranlardan hareketle Türkiye’de rayiç kira değeri 30.000 TL olan bir gayrimenkul için alınan 7.800 TL (yahut daha az) kira bedeli, mülkiyet hakkına haksız müdahale yaratacak ölçüde düşük bir bedeldir. AİHM, somut olayda hak ihlali tespit etmenin yanı sıra, ihlalin altında yatan yasal düzenlemeye dikkat çekerek, adil bir denge sağlayacak uygun yasal ve/veya diğer genel önlemleri alması yönünde davalı devlete yol gösterebilir.

2. AYM Denetimi

AYM, AİHM’ye kıyasla daha aktif bir ölçülülük denetimi icra edebilir. Ölçülülük denetiminde AYM, kira bedeli artışında yüzde 25’lik üst sınırdan doğan hak kaybının, ulaşılmak istenen meşru amaç için makul olup olmadığını tartacaktır.

Esasen anılan tartı, ilgili yasanın kabul edilme sürecinde yasa koyucu tarafından kurulmuştur. Kamu yararına karar veren yasa koyucu; terazinin bir kefesine kiraya verenin mülkiyet hakkını diğer kefesine kiracının barınma hakkını koymuştur. Terazinin kiracı aleyhine dengesiz olduğunu, dahası bu dengesizliğin kamu düzenini bozduğunu düşünmüş, kiracı kefesinin ağırlığını/gücünü pozitif bir müdahaleyle arttırmış, fiili ve sosyal eşitliği ve son tahlilde kamu yararını sağlamayı murat etmiştir.

Somut norm denetimi yahut bireysel başvuru kapsamında yapacağı ölçülülük denetiminde AYM, yerindelik denetiminin hassas alanı olan elverişlilik ve gereklilik denetiminden kaçınarak, orantılılık denetimine odaklanabilir. AYM, yasa koyucu tarafından kiracının kefesine eklenen kamu yararının, diğer kefedeki bulanana kiraya verenin mülkiyet hakkıyla dengesini denetleyerek, kamu yararına karşılık, bireylerin aşırı bir fedakârlığa/yüke katlanıp katlanmadığını, adil dengenin bozulup bozulmadığını inceleyecektir.

AYM, söz konusu denetimde, emsal kararlardan yararlanabilir. Konuyla ilgili Türk yüksek mahkemelerinin benzer denetim pratiklerine rastlanmaktadır.

a. Emsal Kararlar

i. 1994 Tarihli Yargıtay Kararı

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (HD), 06.12.1994 tarihli kararında, yüksek enflasyon ortamında kira bedeli artış oranları karşısında kiracıyı koruyan bir içtihat geliştirmiş, kararında şu hususları belirtmiştir⁹⁵:

- Ülkedeki aşırı enflasyon, dar gelirlinin durumunu güçleştirmiştir.
- Bir yıllık kira döneminde enflasyonun yüzde 65'i geçtiği hallerde, bunun kira bedeline yansıyan bölümünün yüzde 65 oranı ile sınırlandırılması adil olacaktır, toplumun sosyo-ekonomik gerçeklerine, gereklerine ve hakkaniyete uygun düşecektir.

⁹⁵ “Kira parası, taşınmaz mala yatırılan sermayenin ancak bir gelir bölümünü teşkil eder. Oysa, bunlardan ayrı olarak bireyin katkısı dışında cereyan eden sosyal, ekonomik, yasal ve idari nedenlerle taşınmaz mal değerlerinin enflasyon hızının üstünde ve diğer mallar ile kıyaslanmayacak biçimde durmadan arttığı görülmektedir. Bu artış bir anlamda gelir, diğer bir deyimle kazançtan başka bir şey değildir.

Bu nedenle, yüksek oranda değer artışından yararlanan kiralayanlar yönünden, Toptan Eşya Fiyat Endeksindeki artışın her zaman tam olarak kira parasına da yansıtılmasını gerektiren, ekonomi esaslarının öngördüğü bir zorunluluktan da söz edilemez. (...)

Gelirindeki artış, endeksteeki artışın altında kalan ve büyük bir çoğunluğu teşkil eden kiracıların yaşamlarının korunması ve kira parasını ödeyemez duruma sokulmalarındaki kamu yararı ve kiralayanın aynı dönemde taşınmaz malındaki değer artışı ve bunun miktarı da dikkate alınarak; endeksteeki artışın gelirdeki artışın çok üstünde olduğu ve normal kazanç ölçülerini de aştığı dönemlerde, bir yarar denkleştirmesi sağlayabilmek için, ileri sürülüp kanıtlanmış özel bir neden bulunmayan hallerde, Toptan Eşya Fiyat Endeksindeki artış oranının bir bölümünün yansıtılarak yeni dönem kira parasının tespiti hak ve nesafet kurallarına da uygun düşer:

Bu nedenlerle Toptan Eşya Endeksindeki artışın bir yıllık kira döneminde % 65'i geçtiği hallerde, bunun kira parasına yansıyan bölümünün % 65 oranı ile sınırlandırılmasının hakkaniyete uygun ve adil bir ilke olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu yönde yapılacak uygulama toplumun sosyo-ekonomik gerçeklerine ve gereklerine de uygun düşmektedir.

Belirtilen esaslar uyarınca tespit edilecek kira parasının altında veya üstünde bir değişikliğin kabul edilebilmesi için özel nedenlerin bulunması ve bunun inandırıcı, somut bir biçimde kanıtlanması gerekir.” Yargıtay 3. HD, E. 1994/14420, K. 1994/15571, 06.12.1994. Legalbank İçtihat ve Mevzuat Programı, <https://legalbank.net/arama>

- Zira gelirindeki artış, enflasyon oranının altında kalan kiracıların korunmasında, kira bedellerini ödeyemez hale sokulmamasında kamusal yarar vardır.
- Üstelik kiraya verenin taşınmaz malındaki değer artışı, enflasyonun çok üstündedir. Kira bedeli, taşınmaz mala yatırılan sermayenin sadece bir gelir bölümünü teşkil eder. Oysa, bunun yanında taşınmaz mal değerlerinin enflasyonun üstünde ve diğer mallar ile kıyaslanmayacak ölçüde durmadan arttığı görülmektedir; ki bu artış bir anlamda kazançtan başka bir şey değildir.
- Taşınmaz malın değerinde ortaya çıkan -enflasyon oranının üstündeki artış dikkate alındığında, kira bedelinin enflasyon oranı altında artırılmasında “bir yarar denkleştirmesi” sağlanabilmektedir.
- Keza kira bedeli artışı için işaret edilen yüzde 65’lik oran mutlak değildir. Bu oranın altında veya üstünde bir değişiklik kabul edilebilir; bunun için özel nedenlerin bulunması ve bunların inandırıcı, somut biçimde kanıtlanması gerekir.

Anılan içtihadında Yargıtay, kiraya verenin mülkiyet hakkı ile kamusal yarar arasındaki adil dengeyi fevkalade güçlü sağlamıştır⁹⁶; daha da önemlisi karar, münferit olaylara uyarlanabilecek bir esnekliğe sahiptir.

ii. 2000 ve 2001 tarihli AYM Kararları

2000 yılında yürürlüğe giren 4531 sayılı Kanunla⁹⁷, kira bedeli artışının üst sınırı olarak, 2000’de yüzde 25, 2001’de yüzde 10 oranı belirlenmiş;

⁹⁶ Yargıtay’ın kira bedeli artışına getirdiği yüzde 65 oranındaki üst sınıra dair Aralık 1994’te oluşturduğu içtihadın içinde doğduğu enflasyon ortamı şöyledir: Aralık 1991-92: %65; Aralık 1992-93: %71; Aralık 1993-94: %125; Aralık 1994-95: %78; Aralık 1995-96: %79.

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) Enflasyon Hesaplayıcı.
<https://herkesicin.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/ekonomi/hie/icerik/enflasyon+hesaplayici>

⁹⁷ 4531 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, RG. 16.02.2000.
<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4531.html>

Anılan düzenlemeye ilişkin değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. Ruhi, “Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Bir Değerlendirme,” 217-238. Altaş, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması,” 97-116.

taşınmazın bulunduğu bölgedeki rayiçler anılan oranların altında ise bu oranların uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Yasanın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla AYM'ye 2000 yılında iptal davası açılmıştır. AYM, kira bedeli artışında "2000 yılında yıllık yüzde 25" üst sınır belirleyen düzenlemenin iptali istemini şöyle reddetmiştir: "*Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur.*"⁹⁸. Anılan kararda AYM, kira bedeli artışındaki sınırlamayı, hukuk devletine, eşitlik ilkesine, mülkiyet hakkına ve sözleşme hürriyetine uygun bulmuştur.

Aynı yasaya ilişkin AYM'ye 2001 yılında tekrar iptal davası açılmıştır. Somut norm denetimi başvurusunda bulunan mahkeme, şunları ileri sürmüştür: "*itiraz konusu kuralla, sözleşmelerde kararlaştırılan kira paralarının 2000 yılında yıllık yüzde 25, 2001 yılında ise yıllık yüzde 10 olarak artırılabilceğini; 2000 yılı program hedefinde enflasyonun yüzde 25 olarak öngörülmesine karşın yüzde 39 oranında gerçekleştiğini; bu sapma sonucunda kiralayanların yüzde 14 oranında bir kayba uğradığını; 2001 yılında ise 22 Şubat 2001 tarihindeki ekonomik kriz nedeniyle, yeni enflasyon hedefinin yüzde 50'nin üzerine çıktığını; 2001 yılı kiralarını yüzde 10 oranıyla sınırlayan düzenlemenin uygulama olanağı kalmadığını; kira parasının belirlenmesinde mülkiyet hakkının özünün zedelenmemesi gerektiğini; bu nedenlerle, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 5. ve 35. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.*"⁹⁹

AİHM, kira bedeli artışında "2001 yılında ise yıllık yüzde 10" üst sınır belirleyen düzenlemenin, bu defa Anayasa'ya aykırı olduğuna OYBİRLİĞİYLE karar vermiş ve şöyle demiştir: "*Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. ...Özgürlükler, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama bununla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmamalıdır. 4531 sayılı Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve*

⁹⁸ AYM, E. 2000/26, K. 2000/48, 16.11.2000.

⁹⁹ AYM, E. 2001/303, K. 2001/333, 19.07.2001.

adalete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçüsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu "... 2001 yılında ise yıllık %10..." ibaresi, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir"¹⁰⁰.

AYM, kira bedeli artışına getirilen sınırlamanın meşru bir amaca yöneldiğine fakat ölçüsüz olduğuna işaret etmiştir. AYM, kira bedeli artışındaki yüzde 10'luk azami sınırın, hukuk devletine, devletin amaç ve görevlerine, temel hakları sınırlama ölçütlerine ve mülkiyet hakkına aykırı olduğuna işaret etmiştir.

b. Günümüzdeki Durum ve AYM'nin Muhtemel Kararı

Günümüzdeki duruma bakarsak, TBK'ya eklenen Geçici m. 1 ve 2, kira bedeli artışlarına yüzde 25 oranında üst sınır getirmiştir. TBK Geçici m. 1 ve 2 yönünden, kiraya verenin mülkiyet hakkına müdahalenin etkisi hukuken iki yıl gibi görünse de fiilen beş yıllık bir sürece yayılmaktadır. TBK Geçici m. 1 ve 2 -Temmuz 2024'te benzer bir düzenleme yapılmazsa- iki yıl için uygulanacak olsa da, fiili etkileri sonraki yıllara da sirayet edecek niteliktedir. Zira kira sözleşmesinin başlangıç tarihi itibarıyla beş yıl boyunca kira artışı, yasal oranların üstünde belirlenemez¹⁰¹. TBK m. 344/3 uyarınca, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin beşinci yılının sonunda kira bedelinin tespiti için açılmış olan "kira tespit davasında" mahkeme, emsal kira bedellerini göz

¹⁰⁰ AYM, E. 2001/303, K. 2001/333, 19.07.2001.

¹⁰¹ Seda Öktem Çevik. "Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 24, S. 1 (2022), 56.

önünde tutarak hakkaniyet ölçülerinde bir bedel belirleyecektir. Öyleyse kiraya verenler, ancak kira sözleşmesinin beşinci yılının sonunda kira tespit davası açarak emsallere uygun bir kira bedelinin tespit edilmesini talep edebilecektir. Beş yıllık süreçte kira bedeli yasal oranlar içinde artacağından, anılan geçici maddeler uyarınca iki yıl boyunca enflasyonun altında artmış kira bedelleri üzerine yapılacak yeni artışlar -enflasyon oranında olsa dahi- kira bedellerini, emsallerin daha da altına -kartopu etkisiyle- indirmeye devam edecek; geçici maddelerin fiili etkisi kiranın başlangıcı itibarıyla beş yıllık süreç boyunca doğrudan ve dolaylı olarak devam edecektir.

11.06.2022-01.07.2024 tarihleri arasında hukuken iki yıl, fiilen beş yıl sürecek bu düzenlemeyle kira artışlarının yüzde 25 oranla sınırlanması neticesinde kiraya verenin enflasyon yüküne ne ölçüde katlanacağını hesaplanması önemlidir. Haziran 2022 itibarıyla tüketiciye yansıyan yıllık enflasyon -Tüketici Fiyat Endeksi (TÜFE)- TÜİK verilerine göre¹⁰² yaklaşık yüzde 200'dür

TÜİK'in tüketici fiyat enflasyon verilerini bir yana bırakıp, kira bedellerine yansıyan reel enflasyona da bakmak gerekir. Türkiye'de iki büyük emlak sitesinin, kira fiyat endeksleri incelendiğinde, *Ankara şehri genelinde Kasım 2021-2023* tarihleri arasında, sahibinden.com sitesi üzerinden verilen konut kira ilanlarında kira bedellerinin *yüzde 548* arttığı¹⁰³, hepsiemlak.com sitesi üzerinden verilen konut kira ilanlarında ise kira bedellerinin *yüzde 670*¹⁰⁴ arttığı kaydedilmiştir. Somut bir örnek üzerinden izah edildiğinde:

Ankara bölgesinde kiralandığı varsayılan bir konutun, Kasım 2021'de 1.000 TL olan kira bedeli, Kasım 2023'te *yüzde 25 oranla* 1.550 TL, *TÜİK enflasyon oranlarıyla* 3.000 TL olacaktır; oysa *reel enflasyon uyarınca* bu dairenin Kasım 2023'teki kira bedeli yaklaşık 6.000 TL'dir.

¹⁰² Kasım 2023: %61,98, Ekim 2023 %61,36, Eylül 2023 %61,53, Ağustos 2023 %58,94, Temmuz 2023 %47,83, Haziran 2023 %38,21, Mayıs 2023 %39,59, Nisan 2023 %43,68, Mart 2023 %50,51, Şubat 2023 %55,18, Ocak 2023 %57,68, Aralık 2022 %64,27, Kasım 2022 %84,39, Ekim 2022 %85,51, Eylül 2022 %83,45, Ağustos 2022 %80,21, Temmuz 2022 %79,60, Haziran 2022 %78,62. TÜİK, İstatistik Veri Portalı. <https://data.tuik.gov.tr/Search/Search?text=t%C3%BCfe>

¹⁰³ Sahibinden.com Emlak Endeksi. <https://www.sahibinden.com/emlak360/emlak-endeksi/konut/kiralik/ankara>

¹⁰⁴ Hepsiemlak.com Emlak Endeksi. <https://www.hepsiemlak.com/emlak-yasam/haberler/emlakendeksi>

Kira alacağı, yüzde 25 oranla artan mülk sahibi, TÜİK *tüketici enflasyonu* karşısında yaklaşık **yüzde 100**, *reel enflasyon* karşısında ise yaklaşık **yüzde 300** fakirleşmiştir. Üstelik enflasyonun olumsuz etkisini ilerleyen yıllarda da -beş yıl süresince- hissetmeye devam edecektir.

Devlet, kira artış oranlarını yüzde 25'le sınırlamasaydı dahi, kiracılar -kira bedelleri tüketici fiyat enflasyonu ile arttığı- reel enflasyon karşısında korunmuş olacaktı ve ev sahipleri kira bedeli kaybına bu şiddette maruz kalmayacaktı.

Günümüzdeki enflasyon verilerinden hareketle, yukarıda incelenen 1994 tarihli Yargıtay, 2000 ve 2001 tarihli AYM kararlarının emsal niteliği tartışılmalıdır:

- Yargıtay'ın 1994 yılında verdiği kararın içinde doğduğu enflasyon ortamı ile günümüzdeki durum benzerlik göstermektedir; ilgili dönemde Yargıtay kira bedeli artışını yüzde 65 oranla sınırlamıştır; günümüzde ise yüzde 25 tavan artış düzenlenmiştir

AYM, 2000 tarihli kararında iptal istemini reddetmiş; 2001 tarihli kararında ise iptal kararı vermiştir. Bir başka ifadeyle,

- Enflasyon oranlarının 2000 yıl sonu itibarıyla yüzde 39 olduğu ortamda AYM, kira artış oranlarının yüzde 25'le sınırlanmasını ölçülü bulmuş,
- Enflasyon oranlarının 2001 yıl sonu itibarıyla yüzde 68 olduğu¹⁰⁵ ortamda, kira bedeli artışlarının yüzde 10'la sınırlanmasını ölçsüz bulmuştur.

Yine somut bir örnekle izah edildiğinde:

Aralık 1999'da 1.000 TL olan kira bedeli, Aralık 2001'de -yüzde 25+10 oranlarla- 1.120 TL, -TÜİK tüketici enflasyon oranlarıyla- 1.740 TL olacaktır. Kiraya veren, ilgili dönemde enflasyon karşısında yaklaşık **yüzde 55** fakirleşmiş, AYM anılan etkiyi ölçsüz bularak iptal kararı vermiştir.

Günümüzde ise kiraya veren, TÜİK tüketici enflasyonu karşısında **yüzde 100**, reel enflasyon karşısında **yüzde 300** fakirleşmiştir. Söz konusu kayıp fiilen beş yıl boyunca devam edecek, ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında

¹⁰⁵ Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) Enflasyon Hesaplayıcı. <https://herkesicin.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/ekonomi/hie/icerik/enflasyon+hesaplayici>

mülk sahiplerine aşırı bir yük yüklenecektir. AYM'nin emsal kararlar ışığında müdahaleyi evleviyetle ölçsüz bulması beklenir.

Doktrinde konuyla ilgili yapılan çalışmalara bakıldığında, adil dengenin kiraya veren aleyhine, fedakârlık gösterilemeyecek oranda bozulduğuna¹⁰⁶; kiraya verenin üstlendiği ağır yükten kaynaklanan çeşitli artçı yasal ve olgusal sorunların ivmelenerek artığına ve artacağına¹⁰⁷ yönelik tespitlere rastlanmaktadır. Keza aktüel hayatta kiracı-kiraya veren çatışmalarının sosyal ahengi ve barışı bozduğunu gösteren çok sayıda ampirik vakıalar da bulunmaktadır.¹⁰⁸

SONUÇ

11.06.2022-01.07.2024 tarihleri arasında yenilenen kira sözleşmelerinin kira bedeli artışlarında uygulanmak üzere yüzde 25 oranında yasal üst sınır belirlenmiştir. Yüksek seyreden enflasyon karşısında, ekseriyetle sabit gelirli olan ve sözleşmenin zayıf tarafı sayılan kiracıyı -son tahlilde kamu yararını-korumak amacıyla yapılmış bu düzenlemenin, “yetersiz” yahut “aşırı” olduğu yönünde görüşler vardır.

İlk görüşe göre barınma ihtiyacı ciddi bir toplumsal sorun halini almış; insanlar, en temel insanî ihtiyaçlarını karşılayamaz olmuştur. Geniş anlamda konut hakkına içkin unsurlar bir yana¹⁰⁹, dar anlamda barınma hakkına dahi

¹⁰⁶ Fidan, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi,” 371-372, 375. Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik, “7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi,” *Lexpera Blog* (08.07.2022). <https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/> Türker, “Kira Bedelini Sınırlayıcı Düzenlemelere İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10.11.2022 Tarihli 2317/20 Sayılı Kararı'na İlişkin Değerlendirme.” 473-477.

¹⁰⁷ Kira bedeli artışının sınırlanmasının getirdiği sorunlar için bkz. Muhammed Kiomers Ganbari, “Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 27, S. 4 (2023): 215, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3388087>

¹⁰⁸ NTV Haber, “Ev sahibi-kiracı kavgasında kan aktı,” (29.10.2023), <https://www.ntv.com.tr/turkiye/ev-sahibi-kiraci-kavgasinda-kan-akti,a1remWi5IUaalGjIA-nJzQ>

¹⁰⁹ Sağlıklı içme suyu, ısınma, yol; okul hastane sosyal alanlara yakınlık vb: Doğan, “Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı,” 1323, 1327-1328.

ulaşmak güçleşmiştir. Herkesin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmeye; yaşanabilir, erişilebilir, *ödenebilir* bir konutta yaşamaya hakkı vardır. Kira bedellerinin üç yıl / beş yıl gibi süreçler boyunca arttırılmadan sabitlenmesi¹¹⁰, kiraya verenlerin kira artışına yönelik fiilî baskılarının denetlenmesi ve benzeri daha güçlü politikalar, yasalar; insan haklarını, toplumsal yararı sağlamak için gereklidir. Halen adil denge sağlanmamış kiracılar yeterli ölçüde korunmamıştır.

Diğer bir görüşe göre, kira bedelleri artışında uygulanan yüzde 25 oranındaki üst sınır; asgari ücret, memur ve emekli maaş artış oranlarının çok altındadır. Üstelik kiraya verenin, kira sözleşmesinin güçlü tarafı olduğu varsayımı her zaman doğru değildir. Kanun, kategorik bir yaklaşımla gerçekten korunmaya muhtaç olan ile olmayan kiracılar açısından bir ayırım yapmamıştır. Keza kiraya veren de korunmaya muhtaç olabilir; bir kısmının

“İnsan hakları, özünde, insan onuruna yaraşır haklara sahip olmayı ifade etmektedir. Bu sebeple herkes; erişilebilir, ödenebilir, yaşanılabilir, kentsel hizmetlere ulaşımı kolay bir konutta yaşamayı hak etmektedir. Buradan yola çıkılırsa söz konusu hakkı, barınma hakkı yerine konut hakkı olarak ifade etmek yerinde olacaktır.”: Gökberk Uray, “Konut Hakkı ve Konut Aktivizmi,” *İDEALKENT* C. 13, S. 37 (2022): 1995, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2461664>

¹¹⁰ Anılan uygulamanın karşılaştırmalı hukukta örnekleri vardır: “Berlin’de kira hukukuna ilişkin düzenleme yapma yetkisinin kendisinde olduğunu savunan federe meclis (Abgeordnetenhaus) “Kira Tavanı (Mietendeckel)” olarak bilinen kanun ile 18 Haziran 2019 tarihinden itibaren 5 yıl süre ile hiçbir kira sözleşmesinde artış yapılamayacağını düzenlemiştir. ... kaldı ki mevcut enflasyon oranları çerçevesinde malik/kiralayanın gelir kaybının oldukça düşük (5 sene için tahmini %5-10) olacağı; dolayısıyla bu müdahalenin orantılı olduğu ifade edilmektedir.” İlgili kanun Alman Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir; Mahkeme, “maddi anlamda anayasaya aykırılık iddialarına ilişkin tespitlerde bulunmamış; meseleyi sadece **şekli anlamda anayasaya aykırılık** boyutuyla ele almış ve kanunu iptal etmiştir.”: Ayrıntılı inceleme için bkz. Ahmet Mert Duygun. “Türk-Alman Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne Yasa ile Yapılan Müdahalenin Anayasal Sınırları Berlin Eyalet Meclisi 2019 Tarihli "Mietendeckel (Kira Tavanı)" Yasasının Düşündükleri” İçinde *Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri / Contemporary Issues In Private Law And The Impact Of The Constitution On Private Law*, Ed. Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim, Özlem Karaman Coşgun, Hanife Doğrusöz Koşut (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022) 205-234.

sabit geliri bulunmamakta, geçimini kira alacağıyla sağlamaktadır. Ulaşılmak istenen kamu yararına kıyasla kiraya verenin payına katlanılamaz bir yük düşmekte, kiraya veren aleyhinde adil denge bozulmaktadır.

Çalışmada kira bedelleri artışına getirilen sınırlamanın, kamu yararını sağlamadaki yerindeliği tartışılmamıştır. Ulusal ve karşılaştırmalı hukukta kiracıyı koruyan benzer nitelikteki yasal ve yargısal kararlardan; keza Yargıtay, AYM, AİHM'nin kullandığı denetim ölçütlerinden hareketle mevcut hâlin hukuki bir tahlili yapılmıştır.

AİHM, konuyu AİHS P1-1'de korunan mülkiyet hakkı kapsamında incelemekte; üye devletlere kamu yararını belirlemede *mutlak*, kira bedelleri artış oranlarını belirlemede güçlü takdir alanı tanımaktadır. AİHM'ye muhtemel başvuru, iç hukuk yollarından geçmiş olacağından, etkili bir denetim neticesinde AYM ihlale/iptale karar vermediyse AİHM'nin de ihlale hükmetmeyeceği söylenebilir zira AİHM ulusal mahkeme kararlarından ayrılmak için ciddi nedenler aramaktadır. AİHS P1-1 kapsamındaki müdahalelerin denetiminde üye devletlere kural olarak geniş bir takdir alanı tanımakla beraber; bu makalede incelenen yasadan kaynaklanan muhtemel bir başvuruda AİHM, bir yandan emsal kararlarında belirlediği genel ilkeleri esas alacak, diğer yandan başvuruya konu somut olayı kendi şartları içinde değerlendirecek, nihayet müdahalenin *şiddeti* verilecek kararda belirleyici olacaktır. AİHM'nin emsal kararlarında belirlediği genel ilkeler şöyle özetlenebilir:

Sosyal adaletsizlik olarak değerlendirilen durumları ortadan kaldırmak, yasama organının işlevidir. Modern toplumlar, konut hakkını temel bir sosyal ihtiyaç olarak görür ve bunu tamamen serbest piyasanın koşullarına bırakmaz. Bu konuda devletin takdir marjı, sosyal adaleti daha güçlü güvence altına almayı sağlayacak kadar geniştir¹¹¹. Ev sahipleri ile kiracıların çatışan çıkarlarını uzlaştırmaya yönelik son derece zor ve sosyal açıdan hassas konuların dengelenmesinde Devlet “*ülkenin konut arzının dönüşümü ve reformu ile ilgili sosyal ve mali yükün adil bir şekilde dağıtılmasını*” sağlamalıdır. Örneğin Hutten-Czapska ve Lindheim kararlarına konu olaylarda, Polonya ve Norveç devletleri bu yükün neredeyse tamamını sadece belirli bir sosyal gruba yani mülk sahiplerine yükleyerek, adil denge prensibini

¹¹¹ AİHM, Berger-Krall ve Diğerleri v. Slovenya, Bn. 14717/04, 12.06.2014, p. 204. AİHM, James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Bn. 8793/79, 21.02.1986, p. 47

ihlal etmiştir¹¹². Kira tavanını düzenleyen yasalar neticesinde mülk sahiplerinin, kira alacağı yönünden aşırı kayba uğraması mülkiyet hakkı ihlali yaratmaktadır. Emsal kararlarında AİHM:

- Ölçülülük denetiminde “kira bedeli / gayrimenkul değeri oranının dikkate alınması gerektiğini” belirtmiştir. Kira bedeli / gayrimenkul değeri bağlamı içinde yaptığı ölçülülük denetimlerinde AİHM iki orana işaret etmiştir: **Yüzde 0,6 ve 0,25**. Kira bedelinin, mülk değerinin yaklaşık yüzde 0,6’sını karşıladığı hallerde AİHM, müdahaleyi ölçülü bulmuş; yüzde 0,25’ini karşıladığı hallerde ise müdahaleyi “çarpıcı-hayret verici” ölçüde orantısız bularak hak ihlaline karar vermiştir. Anılan oranlardan hareketle Türkiye’de satış değeri 5.000.000 TL olan bir konut için alınan kira bedelinin 30.000 TL olması ölçülü kabul edilebilir, 12.000 TL ise mülk sahibinin mülkiyet hakkına haksız müdahale yaratacak ölçüde düşük bir bedeldir.
- Keza AİHM, mevcut kira bedelinin, piyasa rayiç kira değerlerinden önemli ölçüde düşük olduğunu gözlemlediği hallerde de ihlal kararı vermektedir. Mevcut kira bedelinin, benzer gayrimenkuller için alınan piyasa rayiç kira değerinin yaklaşık % **26’sını** (yahut daha azını) karşıladığı hallerde müdahaleyi orantısız bulmaktadır. Anılan oranlardan hareketle Türkiye’de kira rayiç değeri 30.000 TL olan bir gayrimenkul için alınan 7.800 TL (yahut daha az) kira bedeli, mülkiyet hakkına haksız müdahale yaratacak ölçüde düşüktür.

Türkiye’de hayatın olağan akışı içindeki ampirik veriler dikkate alındığında; kira bedellerinin çok daha düşük miktarda seyrettiği örneklerle rastlanmaktadır. AİHM, somut olayda hak ihlali tespit etmenin yanı sıra, ihlalin altında yatan yasal düzenlemeye dikkat çekerek, adil bir denge sağlayacak uygun yasal ve/veya diğer genel önlemleri alması yönünde davalı devlete yol gösterebilir.

AİHM, Avrupa için ancak asgari bir kamu düzeni ve hak standardı oluştururken; ulusal mahkemeler temel hakları daha güçlü koruyan, daha aktivist kararlar verebilir. Türk yüksek mahkemelerinin geçmiş yıllarda benzer denetim pratiklerine rastlanır.

¹¹² AİHM, Berger-Krall ve Diğerleri v. Slovenya, p. 202. AİHM, Hutten-Czapska / Polonya, p. 225. AİHM, Lindheim v. Norveç, p. 129.

06.12.1994 tarihli içtihadında Yargıtay, enflasyonun bir yıllık kira döneminde yüzde 65'i geçmesi halinde, bunun kira artışına yansımalarının yüzde 65 ile sınırlanmasının adil olacağına karar vermiştir. Zira gelirindeki artış, enflasyon oranının altında kalan kiracıların korunmasında kamusal yarar vardır. Mülk sahibinin taşınmazının satış değerinin, diğer mallarla kıyaslanmayacak ölçüde durmadan artmakta olduğu dikkate alındığında, kira bedelinin enflasyon oranı altında artırılmasında *bir yarar denkleştirmesi* sağlanmaktadır. Üstelik özel nedenlerin kanıtlanması halinde, yüzde 65 oranının altında veya üstünde bir artış kabul edilebilecektir. Yargıtay'ın 1994 yılında verdiği kararın içinde doğduğu enflasyon ortamı ile günümüzdeki durum benzerlik göstermektedir. Yargıtay, kiraya verenin mülkiyet hakkı ile kamusal yarar arasındaki adil dengeyi fevkalade güçlü sağlamıştır. Keza karar, münferit olaylara uyarlanabilecek bir esnekliğe sahiptir.

19.07.2001 tarihli kararında AYM, Aralık 1999-2001 dönemlerinde kira bedeli artışlarını birinci yıl yüzde 25 ve ikinci yıl yüzde 10 oranıyla sınırlayan yasayı "ölçüsüz" bularak iptal etmiştir. İlgili dönemin tüketici fiyat enflasyon oranlarına bakıldığında, kira alacağı yönünden mülk sahibinin *yüzde 55* fakirleştiği görülmektedir.

Bugün söz konusu kayıp çok daha şiddetlidir; üstelik TBK'ya eklenen geçici maddeler, münferit olaylara uygulanabilecek esneklikte değildir. Oysa esneklik, yasaların olaylara uyarlanması, toplumun doğasında var olan dinamizme ve değişime uyum sağlaması açısından¹¹³ önemlidir. Kira ilişkisinde, korunması gereken taraf her zaman kiracı olmayabilir yahut sözleşme sürecinde dengeler değişebilir.

Günümüzde kira bedeli artış oranlarının yüzde 25'le sınırlanmasının mülkiyet hakkı ihlali yarattığı / anayasaya aykırı olduğu iddiasının AYM'nin önüne gelmesi ihtimalinde AYM, kararını emsal kararlar ışığında verebilir.

2001 yılında kiraya veren, kira alacağı yönünden, tüketici fiyat enflasyonu karşısında yaklaşık *yüzde 55* fakirleşmiş, AYM anılan kaybı ölçüsüz bularak iptal kararı vermiştir. Günümüzde ise kiraya veren, tüketici fiyat enflasyonu karşısında *yüzde 100*, kira bedellerine yansıyan reel enflasyon karşısında *yüzde 300* fakirleşmiştir, söz konusu kayıp fiilen beş yıl daha sürecektir.

¹¹³ Ulrich Karpen, "Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law," *European Journal of Law Reform* C. 11, S. 2 (2009): 216-217, <https://heinonline.org/>

Kira artış oranları yüzde 25'le sınırlanmasaydı dahi -kira bedelleri tüketici fiyat enflasyonu ile arttığına- kiracılar reel enflasyon karşısında yine korunacaktı ve ev sahipleri kira bedeli kaybına bu şiddette maruz kalmayacaktı.

Emsal kararlar ışığında, günümüzde yapılacak olası bir -bireysel yahut norm denetimi- başvurusunda AYM'nin, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengenin bozulduğundan hareketle ihlal/iptal kararı vermesi beklenir. Keza mevcut hâlin, aktüel hayattaki izdüşümlerinin şiddetli olduğu, kiracı-kiraya veren çatışmalarının sosyal ahengi, barışı bozduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler.” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9, S. 1-3 (1988): s. 11-22.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13697>
- Aktürk Çetin, Banu ve Kavruk, Hikmet. “Yerleşme Politikaları.” İçinde *Kamu Politikası Analizi Türkiye Uygulamaları*, Ed. Cenay Bababoğlu ve Elvettin Akman, 423-456. Ankara: Gazi Kitapevi, 2018.
- Algan, Bülent. *İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Altaş, Hüseyin. “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1 (2000): 97-116.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629348>
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. 5. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Başpınar, Veysel. *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Çakmak, N. Münci. *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2013.
- Demir, Hande Seher. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Hak İhlali Başvurularının Denetiminde Kullandığı “Yasal Dayanak” ve “Yasa Kalitesi” Ölçütü Üzerine Bir Değerlendirme.” *Yasama Dergisi* S. 47 (2023): 125-155.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3134226>
- Demir, Hande Seher. “Mülkiyet Hakkına Müdahalede Meşru Amaç Denetimi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İctihadî Yaklaşımı.” (yayın aşamasındadır).
- DIJK, Pieter Van, HOOFF, Fried Van, RIJN, Arjen Van ve ZWAAK, Leo. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4. Edition, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.
- Doğan, Bayram. “Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 3 (2023): 1321-1356.
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3269822>
- Doğru, Derya. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjî Doktrini*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2019.
- Doğru, Derya. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjî*. TC Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2018.

- Dolzhikov, Aleksei V. "Taking Public Interests Seriously? Security as a Legitimate Aim in Constitutional Adjudication in Russia." İçinde *Challenges, Risks and Threats for Security in Europe: 11th Network Europe Conference Warsaw 19th - 22nd May 2019*, Ed. Andreas Kellerhals and Tobias Baumgartner, 65-78. EIZ Publishing, 2019. https://www.academia.edu/90422678/Challenges_risks_and_threats_for_security_in_Europe_11th_Network_Europe_Conference_Warsaw_19th_22nd_May_2019
- Duygun, Ahmet Mert. "Türk-Alman Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne Yasa ile Yapılan Müdahalenin Anayasal Sınırları Berlin Eyalet Meclisi 2019 Tarihli "Mietendeckel (Kira Tavanı)" Yasasının Düşündürdükleri" İçinde *Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa'nın Özel Hukuka Etkileri / Contemporary Issues In Private Law And The Impact Of The Constitution On Private Law*, Ed. Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim, Özlem Karaman Coşgun, Hanife Doğrusöz Koşut, 205-234. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- ECHR. *Violations by Article and by State 1959-2022*. <https://www.echr.coe.int/statistical-reports>
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Eren, Fikret ve Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C: I, m.1-48*. 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Esen, Egemen. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019.
- Fidan, Özlem Sarı. "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi." *YBHD* S. 2023/1, (2023): 345-380. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2739656>
- Ganbari, Muhammed Kiomers. "Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 27, S. 4 (2023): 197-232. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3388087>
- Gemalmaz, Haydar Burak. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, Nisan 2017.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku*. 6. Baskı, Ankara: Turan Kitabevi, 1998.

- Hepsiemlak.com Emlak Endeksi. <https://www.hepsiemlak.com/emlak-yasam/haberler/emlakendeksi>
- İnce Akman, Nurten ve Özyakışır, Özkan. “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi.” *SDÜHFD* C. 11, S. 2 (2021): 725-770. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016785>
- İnceoğlu, Murat. *Kira Hukuku Cilt II*. 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- İnceoğlu, Sibel. “Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma,” *Anayasa Hukuku Dergisi* C.4, S.7 (2015): 85-108.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. 6. Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1981.
- Karpen, Ulrich. “Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law.” *European Journal of Law Reform*, C. 11, S. 2 (2009) 213-223. <https://heinonline.org/>
- Keskinsoy, Ömer. *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Monopol Yayınları, 2023.
- Köküsarı, İsmail. *Anayasal Hakların Çatışması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Kıratlı, Metin. *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1966.
- Makaracı Başak, Aslı ve Öktem Çevik, Seda. “7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi.” *Lexpera Blog* (08.07.2022). <https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/>
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuk İncelemesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- NTV Haber, “Ev sahibi-kiracı kavgasında kan aktı.” (29.10.2023). <https://www.ntv.com.tr/turkiye/ev-sahibi-kiraci-kavgasinda-kan-akti,a1rcmWi5IUaalGjIA-nJzQ>
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I*. 18. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Öktem Çevik, Seda. “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 24, S. 1 (2022): 39-77.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

- Özen, Burak. “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* C. 16, S. 3 (2016): 2033-2062. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372918>
- Özenç, Berke: *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2014.
- Ruhi, Muhammet Emin. “Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Bir Değerlendirme.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi C. 7, S. 1-2* (2003): 217-238. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1870901>
- Sahibinden.com Emlak Endeksi. <https://www.sahibinden.com/emlak360/emlak-endeksi/konut/kiralik/ankara>
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1982.
- Şimşek, Suat. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi.” *Sayıştay Dergisi* S. 88 (Ocak-Mart 2013): 27-47. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1713822>
- Tandoğan, Haluk. “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti.” *BATIDER* C. 1 (1961): 593-614.
- Teziç, Erdoğan. “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C. 51, S. 1-4 (1985): 23-43. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9070/113117>
- Teziç, Erdoğan. *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. Ankara: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Trechsel, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, 2005.
- TÜİK. İstatistik Veri Portalı. <https://data.tuik.gov.tr/Search/Search?text=t%C3%BCfe>
- Türker, Güray. “Kira Bedelini Sınırlayıcı Düzenlemelere İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 10.11.2022 Tarihli 2317/20 Sayılı Kararı’na İlişkin Değerlendirme.” İçinde *Türk Kira Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Ed. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Ayşe Melek Turhan, Rüveyda Çelik, 457-478. İstanbul: Legal, 2023.
- Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB). Enflasyon Hesaplayıcı. <https://herkesicin.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/ekonomi/hie/icerik/enflasyon+hesaplayici>

Türkmen, Ahmet ve Huysal, Süleyman Anıl. “6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25’lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler.” *Lexpera Blog* (06.12.2022). <https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykirligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/>

Uray, Gökberk. “Konut Hakkı ve Konut Aktivizmi.” *İDEALKENT C.* 13, S. 37 (2022): 1981-2001. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2461664>

ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI

AYM Kararları Erişim: T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

Yargıtay Kararları Erişim: Legalbank İçtihat ve Mevzuat Programı, <https://legalbank.net/arama>

AYM, E. 1963/3, K. 1963/67, 26.03.1963.

AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992.

AYM, E. 2000/26, K. 2000/48, 16.11.2000.

AYM, E. 2001/303, K. 2001/333, 19.07.2001.

Y. 3. HD, E. 1996/3377, K. 1996/4339, 02.04.1996.

Y. 3. HD, E. 1994/14420, K. 1994/15571, 06.12.1994.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Erişim: HUDOC (*HUman rights DOCumentation*) Database by the ECHR, <https://hudoc.echr.coe.int>

AİHM, Yunanistan v. Birleşik Krallık, Bn. 176/56, 26.09.1958.

AİHM, James ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Bn. 8793/79, 21.02.1986.

AİHM, Mellacher ve Diğerleri v. Avusturya, Bn. 10522/83 11011/84 11070/84, 19.12.1989.

AİHM, Scollo v. İtalya, Bn. 19133/91, 28.09.1995.

AİHM, Wingrove v. Birleşik Krallık, Bn. 17419/90, 25.11.1996.

AİHM [BD], The Former King of Greece and Others v. Yunanistan, Bn. 25701/94, 23.11.2000.

- AİHM, Tierce v. San Marino, Bn. 69700/01, 17.06.2003.
- AİHM, Hutten-Czapska v. Polonya, Bn. 35014/97, 22.02.2005.
- AİHM, Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Polonya, Bn. 51728/99, 28.07.2005.
- AİHM [BD], Hutten-Czapska v. Polonya, Bn. 35014/97, 19.06.2006.
- AİHM, Fleri Soler and Camilleri v. Malta, Bn. 35349/05, 26.09.2006.
- AİHM, Urbarska Obec Trencianske Biskupice v. Slovakya, Bn. 74258/01, 27.11.2007.
- AİHM [BD], Hutten-Czapska v. Polonya, Bn. 35014/97, 28.04.2008.
- AİHM, Jenisova v. Slovakya, Bn. 58764/00, 03.11.2009.
- AİHM, Sefcikova v. Slovakya, Bn. 6284/02 03.11.2009.
- AİHM, Salus v. Slovakya, Bn. 28697/03, 03.11.2009.
- AİHM [BD], Von Hannover v. Almanya (No. 2), Bn. 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012.
- AİHM, Tkachevy v. Rusya, Bn. 35430/05, 14.02.2012.
- AİHM, Lindheim ve Diğerleri v. Norveç, Bn. 13221/08 2139/10, 12.06.2012.
- AİHM, Karabet ve Diğerleri v. Ukrayna, Bn. 38906/07 52025/07, 17.01.2013.
- AİHM, Bittó ve Diğerleri v. Slovakya, Bn. 30255/09, 28.01.2014.
- AİHM, Berger-Krall ve Diğerleri v. Slovenya, Bn. 14717/04, 12.06.2014.
- AİHM, R & L, S.R.O. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, Bn. 37926/05 25784/09 36002/09, 03.07.2014.
- AİHM, Statileo v. Hırvatistan, Bn. 12027/10, 10.07.2014.
- AİHM, Zammit and Attard Cassar v. Malta, Bn. 1046/12, 30.07.2015.
- AİHM [BD] **Key Case**, Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. Fransa, Bn. 40454/07, 10.11.2015.
- AİHM, Silášová ve Diğerleri v. Slovakya, Bn. 36140/10, 28.06.2016.
- AİHM, Heldenburg v. Çek Cumhuriyeti, Bn. 65546/09, 09.02.2017.
- AİHM, Čapský And Jeschkeová v. Çek Cumhuriyeti, Bn. 25784/09 36002/09, 09.02.2017.
- AİHM, Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukrayna, Bn. 846/16 1075/16, 22.05.2018.

- AİHM, Arsovski v. “Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti”, Bn. 30206/06, 07.02.2019.
- AİHM, Kamoy Radyo Televizyon Yayıncılık ve Organizasyon A.Ş. v. Türkiye, Bn. 19965/06, 16.04.2019.
- AİHM, Gaughran v. Birleşik Krallık, Bn. 45245/15, 13.06.2020.
- AİHM, Kasmi v. Arnavutluk, Bn. 1175/06, 23.06.2020.
- AİHM, Baş v. Türkiye, Bn. 66448/17, 07.09.2020.
- AİHM, Kasilov v. Rusya, Bn. 2599/18, 06.07.2021.
- AİHM [BD], NIT S.R.L. v. Moldova Cumhuriyeti, Bn. 28470/12, 05.04.2022.
- AİHM, The Karibu Foundation v. Norveç, Bn. 2317/20, 10.11.2022.
- AİHM, Associations of Communally-Owned Forestry Proprietors Porceni Pleşa and Piciorul Bătrân Banciu v. Romanya, Bn. 46201/16 47379/18, 28.11.2023.

DEVREDEN KATMA DEĞER VERGİSİ

Value Added Tax Carried Forward

Esra DEMİR BELİN*

ÖZ

Devreden katma değer vergisi, Türk katma değer vergisi uygulamasının problemli alanlarından birini oluşturmaktadır. İndirilecek KDV'nin, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan KDV toplamından fazla olması halinde aradaki farkın iade edilmeyerek indirim konusu edilmek üzere sonraki dönemlere bırakılması devreden KDV sorununu ortaya çıkarmaktadır. Gelecek yıllarda indirim konusu yapılabilen bu farkın indirim mekanizması ile telafisi uzun süreler alabilmekte ya da bazı durumlarda telafi sağlanamamaktadır.

Devreden KDV sorunu yakın tarihte politika yapıcılar tarafından da ele alınmış, bu sorunun çözümü için birtakım yasa değişikliği çabalarına girişilmiştir. Söz konusu çalışmalar sonucunda, devreden KDV sorununa ilişkin köklü çözüm önerileri içeren Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, 27.02.2018 tarihinde TBMM Başkanlığı'na getirilmiştir. Ancak Genel Meclisteki görüşmeler esnasında devreden KDV'ye ilişkin hükümler Tasarıdan çıkarılmış ve devam eden süreçte de bu sorun ile ilgili yeni çalışmalar gerçekleştirilmemiştir.

Bu çalışmada katma değer vergisinde indirim ve iade mekanizmaları kısaca açıklanacak ve bu mekanizmaların gideremediği farkın yaratmış olduğu devreden KDV sorunu ele alınacaktır. Çalışmanın amacı küresel olarak finansal darboğazlardan geçilen bu dönemde devreden KDV'nin iadesi ile sağlanacak hukuki ve ekonomik yararı ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Devreden KDV, KDV İadesi, KDV İndirimi, İndirimli Orandan Kaynaklanan İade, Devreden KDV'nin İadesi

Makalenin Geliş Tarihi: 01.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 15.03.2024.

* Dr. Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: esrademir@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0880-3719

ABSTRACT

VAT carried forward is one of the problematic areas of Turkish VAT practice. If the VAT to be deducted is higher than the total VAT calculated due to the taxpayer's taxable transactions, the difference is not refunded and is left to the following periods to be subject to deduction, which creates the problem of VAT carried forward. This difference, which can be deducted in the coming years, may take a long time to be compensated by the discount mechanism, or in some cases, compensation cannot be provided.

This problem has recently been addressed by policymakers in order to solve it. As a result, a draft law containing solution proposals regarding this problem was submitted to the TGNA on 27.02.2018. However, during the negotiations, the provisions on VAT carried forward were removed from the draft and no new studies on it were carried out in the following period.

In this study, deduction and refund mechanisms in VAT will be briefly explained and the problem of VAT carried forward will be discussed. The purpose of the study is to present legal and economic benefits that will be provided by the refund of VAT carried forward in this period of global financial bottlenecks.

Keywords: VAT Carried Forward, VAT Deduction, VAT Refund, Refund Resulting from the Reduced Rate, Refund of the VAT Carried Forward

I. GİRİŞ

Katma değer vergisi sistemi, mal ve hizmetlerin üretiminden tüketimine kadar geçen bütün safhalarda yaratılan katma değer vergilendirilmesini öngörmektedir. Bu yapı, her safhada hesaplanan vergiden, bu değer yaratılmasıyla ilgili yapılan giderler için ödenen katma değer vergisinin indirilmesiyle ortaya çıkmaktadır¹. Bu noktada, hesaplanan katma değer vergisinin belli hükümler sebebiyle yüklenen katma değer vergisinden az olması halinde indirilemeyen kısım, iade edilmek ya da indirim konusu yapılmak üzere bir sonraki döneme devredilmektedir.

¹ Michael Keen ve Ben Lockwood, "The Value Added Tax: Its Causes and Consequences," *Journal of Development Economics* 92, no. 2 (July 2010): 139.

Avrupa Birliği üye devletleri, Kanada, Yeni Zelanda gibi ülkelerde iade edilen KDV, toplam KDV hasılatının%40'ına kadar erişmekte, ancak Afrika, Asya ve Latin Amerika'da yer alan devletlerde bu oran %20 civarında seyretmektedir². Katma değer vergisinin iadesi hususu, iadenin sağlanamaması halinin verginin tarafsızlığı, yatırım ve teknolojik gelişmeleri olumsuz etkilemesi nedeni ile söz konusu vergiyi uygulayan bütün devletler için önem taşımaktadır³. Bunun karşısında çoğu ülkede, katma değer vergisi uygulamaları sonucunda ortaya çıkan ve iadesi gereken tutarların iadesi söz konusu verginin zayıf tarafını oluşturmaktadır⁴. İade oranlarından da anlaşılabilirliği üzere gelişmekte olan ülkelerde daha fazla hissedilen bu zaaf, Zambiya'da KDV'nin kaldırılması noktasına kadar gelmesine dahi neden olmuştur⁵.

Devletler, KDV iadesinde gelir kaybına yol açacak uygulamaları kontrol altında tutabilmek için düzenlemeler öngörmektedir. Zira mükellefler iade tutarını artırmak için alış değerini yüksek göstermek gibi hileli davranışlarda bulunabilmektedir⁶. Bu durum, vergi idarelerini iade konusunda ihtiyatlı davranmaya itmekte ve vergi idaresi gelişmekte olan ülkelerde sıkı denetim iade sürecinin uzaması gibi sonuçlara yol açmaktadır⁷.

Katma değer vergisi, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Roma Antlaşması ile kurulmasının ardından topluluk üyesi devletlerin vergi

² Graham Harrison ve Russell Krelove, *VAT Refunds: A Review of Country Experience*. IMF Working Paper, no. WP/05/218 (International Monetary Fund, 2005), 5, 8, 38.; Türkiye'de bu oran %25 ile %35 arasında gerçekleşmektedir.; Öznur Gökçe, "Devreden Katma Değer Vergisinin İadesi," *Vergi Dünyası*, no. 440 (Nisan 2018): 95.

³ Sijbren Cnossen, "Global Trends and Issues in Value Added Taxation," *International Tax and Public Finance* 5, no. 3 (February 1998): 404, 405.

⁴ Harrison ve Krelove, *VAT Refunds*, 4.

⁵ Marius van Oordt, *VAT Refunds in Developing Countries*, International Tax and Investment Center Issues Paper (International Tax and Investment Center, 2019), 1.

⁶ Richard Bird ve Pierre-Pascal Gendron, *The VAT in Developing and Transitional Countries* (New York: Cambridge University Press, 2007), 176-180.; Michael Keen ve Stephen Smith, *VAT Fraud and Evasion: What Do We Know, and What Can be Done?*, IMF Working Paper, no. WP/07/31 (International Monetary Fund, 2007), 9,10.; Michael Keen, *VAT Attacks!*, IMF Working Paper, no. WP/07/142 (International Monetary Fund, 2007), 16.; Harrison ve Krelove, *VAT Refunds*, 16, 17, 22.; OECD, *Tax Repayments: Maintaining the Balance Between Refund Service Delivery, Compliance and Integrity*, Forum on Tax Administration, 2011, 9.

⁷ Kathryn James, *The Rise of The Value Added Tax* (New York: Cambridge University Press, 2015), 120.; Harrison ve Krelove, *VAT Refunds*, 17, 18, 21, 22.

sistemlerinin uyumlaştırılması noktasındaki tartışma ile⁸ önem kazanmış ve yüksek hızlı bir gelişme göstermiştir. Günümüzde Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin hepsinde KDV uygulanmakta ve Birlikte yer alan devletlerin gelirlerinin ortalama %20 civarına bir kısmını oluşturmaktadır⁹.

Avrupa Birliği'nin vergilendirmeye ilişkin düzenlemelerinde, vergi iadesine ilişkin bağlayıcı bir hüküm bulunmamasıyla birlikte 2006/112/EC sayılı Konsey Direktifi'nin 183. maddesi; “*Belli bir vergilendirme döneminde, indirilebilecek KDV'nin hesaplanan KDV miktarını aşması halinde, üye devletler, kendi belirleyecekleri hükümler çerçevesinde, aradaki farkı iade edebilir ya da farkın sonraki dönemlere devredilmesini öngörebilir. Ancak, üye devletler, farkın önemsiz miktarda olması halinde farkın iadesini veya devrini reddedebilir.*”¹⁰ düzenlemesini içermektedir.

Bu düzenleme ile üye devletlere, indirilebilecek KDV'nin hesaplanan KDV miktarını aşması halinde, farkın iadesi ya da sonraki döneme devrinin mümkün kılınması için düzenleme yapmaları önerilmiştir. Bunun yanı sıra, söz konusu farkın önemsiz sayılabilecek miktarda olması halinde, üye devletlere, iade ya da devir hükümlerini işletme konusunda serbesti tanınmıştır.

Bu kapsamda, Avrupa Birliği'ne üye bütün devletler, KDV iadesine ilişkin özel hükümler öngörmüştür¹¹. Bunun yanı sıra Almanya, Belçika,

⁸ Halil Nadaroğlu, *Kamu Maliyesi Teorisi* (İstanbul: Okan Dağıtımçılık Yayıncılık, 1983), 435.

⁹ OECD, *Revenue Statistics 2023: Tax Revenue Buoyancy in OECD Countries* (Paris: OECD Publishing, 2023), <https://doi.org/10.1787/9d0453d5-en>, Son Erişim Tarihi: 25.02.2024; European Commission – Directorate General for Taxation and Customs Union & CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, *A Study on the Economic Effects of the Current VAT Rates Structure*, 2016, 23.

¹⁰ “**Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax Article 183**

Where, for a given tax period, the amount of deductions exceeds the amount of VAT due, the Member States may, in accordance with conditions which they shall determine, either make a refund or carry the excess forward to the following period. However, Member States may refuse to refund or carry forward if the amount of the excess is insignificant.”

¹¹ Bakınız; “VAT Refunds,” European Union, son kontrol Kasım 27, 2023, https://europa.eu/youreurope/business/taxation/vat/vat-refunds/index_en.htm#inline-nav-1 Son Erişim Tarihi: 26.02.2024; Deloitte Global Tax Center, *European VAT Refund Guide 2023*, <https://www2.deloitte.com/be/en/pages/tax/articles/vat-refund-guide.html> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

Avusturya, Fransa, Hollanda ve İtalya gibi birçok Avrupa Birliği üye devletinde devreden KDV'nin ortaya çıkmaması için "KDV gruplaması"¹² uygulaması bulunmaktadır.¹³

Türk vergi sisteminde de indirim konusu yapılmak üzere bir sonraki döneme devredilen farkın indirim ya da iade konusu yapılabilmesi birtakım hükümlere bağlanmıştır. Bu hükümlerde öngörülen şartları taşımayan miktar üzerinden iade ya da indirim yapılması söz konusu olmamaktadır. Bu durumda 'devreden KDV' uygulaması karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada, devreden KDV'nin ortaya çıktığı indirim mekanizmasına değinildikten sonra bu hususa ilişkin düzenlemeler 27.02.2018 tarihinde Meclis'e sunulan Tasarıda yer alan değişiklikler ile birlikte ele alınacak ve son durum ortaya konulacaktır.

II. KATMA DEĞER VERGİSİNDE İADE UYGULAMASI

A. Genel Açıklama

Katma değer vergisinde, mal ve hizmetin tesliminin varış ülkesinde vergilendirilmesi amacına yönelik olarak geliştirilen istisnalar, vergi teşvikleri kapsamında öngörülen istisnalar ve indirimli vergi oranı gibi düzenlemelerin bir sonucu olarak iade mekanizması gerekliliği ortaya çıkmıştır.¹⁴ Bir malın tesliminin ya da bir hizmetin ifasının KDV'den istisna tutulması üzerine, mükellefin alışları ve giderleri sebebiyle yükledikleri vergilerin telafi edilemeyen bir kısmının ortaya çıkması halinde bu kısmın iadesi gerekmektedir.¹⁵ İstisna düzenlemeleri sonucunda ortaya çıkan iadenin yanı sıra indirimli oranların öngörülmesi halinde de bu oranlara tabi mal teslimleri ve hizmet ifaları kapsamında iade gerekebilmektedir. Bunların yanı sıra, 5035 sayılı Kanun¹⁶ gereğince kısmi tevkifat uygulanan işlemler ile fazla ve yersiz

¹² Ayrıntılı bilgi için bakınız; Sebastian Pfeiffer, *VAT Grouping From a European Perspective* (Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2015).

¹³ Gülşen Gedik, "KDV Bakımından Grup Şirketlerinde Konsolidasyon Gerekliliği", *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 358 (Temmuz 2018), 82-90.

¹⁴ Billur Yaltı Soydan, "Avrupa Topluluğu Hukuku Bakımından Katma Değer Vergisinde İfa Yeri", içinde *Prof. Dr. Adnan Tezel'e Armağan* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2000) 469.; Zühal Ergen ve Emrah İnci, "Yüklenim KDV Sorunu: Hazinesin Finansmanı Mı, Hazine Zararı Mı?," *Vergi Raporu*, no. 264 (Eylül 2021): 40.

¹⁵ Kemal Oktar, *KDV İstisnalar ve İadeler* (Ankara: Kılavuz Yayıncılık, 2017), 9,10.

¹⁶ Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun; RG, 02.01.2004, S. 25334.

ödenen vergilerin iadesi de söz konusu olmaktadır. Ancak bu hususta kanunda öngörülen düzenlemeler dışında kalan hallerde iade imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu durumlar, çalışmanın da konusu olan devreden KDV uygulamasına yol açmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere belirli sebepler ile indirilecek KDV'nin mükellefin ödemesi gereken KDV'den fazla olması hali KDV iadesini gerektirmekteyken 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun¹⁷ 29. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm bazı hallerde bu iadenin gerçekleşmeyeceğini; ortaya çıkan birtakım farkların ancak sonraki dönemlere devredilebileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme sonucunda, KDV iadesi yolunu işletemeyen mükellefler söz konusu farkı indirim konusu yapmak üzere sonraki dönemlere devretmektedirler. Bu fark mükellef tarafından indirim konusu yapılabilmekte ise de bu yolla giderilemeyen miktarlar mükelleflere finansman yükü oluşturarak birikmektedir.

B. Katma Değer Vergisinde Vergi İndirimi

1. Genel Açıklama

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesi vergi indirimini düzenlemiştir. Bu hükme göre mükellefler vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden birtakım indirimlerde bulunabileceklerdir. Bu indirimler;

- Mükelleflerin kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi,
 - Mükelleflerin ithal olunan mal ve hizmetler dolayısıyla ödedikleri katma değer vergisi,
 - Götürü veya telafi edici usulde vergiye tabi mükelleflerden gerçek usulde vergilendirmeye geçenlerin, çıkarılan envantere göre hesap dönemi başındaki mallara ait fatura ve benzeri vesikalarda gösterdikleri katma değer vergisi,
 - Vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulan mükellefler tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilerek ödenen katma değer vergisi,
- olarak gösterilmiştir.

¹⁷ RG, 02.11.1984, S. 18563.

Bu kapsamda mükellefler, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanan ve ithal ettikleri mal ve hizmetler dolayısıyla ödedikleri KDV ile vergi sorumlusu sıfatıyla beyan ederek ödedikleri KDV'yi, vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden indirebileceklerdir. Bunların yanı sıra gerçek usulde vergilendirmeye geçen mükellefler çıkarılan envantere göre hesap dönemi başındaki mallara ait fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini de indirim konusu yapabileceklerdir.

2. KDV İndiriminin Genel Koşulları

a. Genel Açıklama

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesi, vergi indiriminin gerçekleştirilebilmesini birtakım şartlara bağlamıştır. İndirim için aranan genel şartlar; mükellefin gerçek usulde vergilendirilmesi, indirilecek vergilerin mükellefiyet ile ilgili olması, verginin indirilebilecek nitelikte olması, verginin fatura ve benzeri belgeler ile gümrük makbuzunda gösterilmesidir.

b. Mükellefin Gerçek Usulde Vergilendirilmesi

Katma Değer Vergisi Kanunu 29. maddede aranan şartlardan ilki mükellefin gerçek usulde vergilendirmeye tabi olmasıdır. Kanunun 37. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca mükellefler, aksine hüküm bulunmadıkça gerçek usulde vergilendirilecektir. Kanunun 38. maddesinde¹⁸ yer alan 'Hasılat Esaslı Vergilendirme' hükmü gereğince ise ticari kazancı işletme hesabı esasına göre tespit edilenler ile mesleki kazancı serbest meslek kazanç defterine göre tespit edilenlerden Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen sektör ve meslek grupları kapsamında yer alanlar, talep etmeleri halinde vergiye tabi işlemlerin karşılığını teşkil eden bedel üzerinden, Cumhurbaşkanınca belirlenen oran uygulanmak suretiyle hesapladıkları katma değer vergisini beyan ederek ödeyebileceklerdir.

Bu kapsamda, mükelleflerin KDV'de vergi indiriminden yararlanabilmeleri için Katma Değer Vergisi Kanununun 38. maddesinde

¹⁸ Söz konusu madde, 3065 sayılı KDVK'nın ilk halinde 'Götürü Usulde Vergilendirme' başlığı altında düzenlenmiş; 4369 sayılı Kanun (RG, 29.07.1998, S. 23417.) ile yürürlükten kaldırılmıştır. 7104 sayılı Kanun (RG, 06.04.2018, S. 30383.) ile yeniden düzenlenen madde 'Hasılat Esaslı Vergilendirme' başlığı altında yürürlüğe girmiştir.

öngörülen hasılat esaslı vergilendirmeye değil, gerçek usulde vergilendirmeye tabi olmaları gerekmektedir.

c. İndirilecek Vergilerin Mükellefiyet ile İlgili Olması

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesi mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, faaliyetlerine ilişkin olarak yükledikleri KDV'yi indirebileceğini düzenlemektedir. Hâl böyle iken, *mükelleflerin şahsi harcamaları gibi*, mükellefiyetlerini doğuran faaliyetlerinin dışında kalan işlemlerinden doğan KDV'yi indirmeleri mümkün değildir¹⁹.

d. Verginin İndirilebilecek Nitelikte Olması

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesi genel anlamıyla mükellefiyeti doğuran faaliyetlerde ötürü yüklenen KDV'nin indirilebilmesini öngörmektedir. Ancak Kanunun 30. maddesi bu genel kuralın dışında kalan ve indirilemeyecek katma değer vergisini düzenlemiştir. Bu madde kapsamında, indirilmesi mümkün olmayan katma değer vergisi şunlardır;

- Vergiye tabi olmayan veya vergiden istisna edilmiş bulunan malların teslimi ve hizmet ifası ile ilgili alış belgelerinde gösterilen²⁰ veya bu mal ve hizmetlerin maliyetleri içinde yer alan KDV,

- Faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV,

- Deprem, sel felaketi ve Maliye Bakanlığının yangın sebebiyle mücbir sebep ilân ettiği yerlerdeki yangın sonucu zayı olanlar hariç olmak üzere, zayı olan mallara ait KDV,

¹⁹ Şükrü Kızılot, *Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması* (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2012), 1257.; Aziz Aysel, "İndirimli Orana Tabi İşlemlerdeki KDV İadesinde Dikkat Edilecek Hususlar" *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 356 (Mayıs 2018): 91.

²⁰ KDVK'nın 17 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b), (c) ve (d) bentleri ile (4) numaralı fıkrasının (1) ve (ö) bentleri uyarınca katma değer vergisinden istisna edilen işlemler bu hükmün dışında tutulmuştur.

- Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen KDV,

- 213 sayılı Vergi Usul Kanununun²¹ 322. maddesine göre²² değersiz hale gelen alacaklara ilişkin alıcı tarafından ödenmeyen KDV.

29. maddenin 1. fıkrası hükmünce yüklenilen KDV'nin indirilebilmesi için 30. maddede gösterilen indirilemeyecek katma değer vergisi kalemlerine girmemesi gerekmektedir. Kural olarak, bu hükümde sayılanlar dışında kalan KDV, indirim konusu edilebilmektedir²³.

e. Verginin Fatura ve Benzeri Belgeler ile Gümrük Makbuzunda Gösterilmesi

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesi gereğince verginin indirilebilmesi için ilgili fatura ve belgelerde bu vergilerin gösterilmesi gerekmektedir²⁴. Bu hükme göre, mükelleflerin kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla düzenlenen fatura ve benzeri vesikalar ile gerçek usulde vergilendirmeye geçen mükelleflerin, çıkarılan envantere göre hesap dönemi başındaki mallarına ait fatura ve belgeler indirim esas alınacaktır. Bunların yanı sıra Katma Değer Vergisi Kanununun 34. maddesinde yer alan düzenlemeye göre de, ithal olunan mal ve hizmetlere ait KDV, alış faturası veya benzeri belgeler ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek ve bu belgeler kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilecektir²⁵.

Sorumlu sıfatıyla beyan edilerek ödenen katma değer vergisinin indiriminde de dayanak, vergi sorumlularına ait 2 No.lu KDV beyannamesi olacaktır.

²¹ RG 10.01.1961, S. 10703.

²² **“VUK Madde 322:**

Kazai bir hükme veya kanaat verici bir vesikaya göre tahsiline artık imkan kalmıyan alacaklar değersiz olacaktır.

Değersiz alacaklar, bu mahiyete girdikleri tarihte tasarruf değerlerini kaybederler ve mukayyet kıymetleriyle zarara geçirilerek yok edilirler.

İşletme hesabı esasına göre defter tutan mükelleflerin bu madde hükmüne giren değersiz alacakları, gider kaydedilmek suretiyle yok edilirler.”

²³ Kızılot, *Açıklamalı ve İçtihatlı*, 1258.

²⁴ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Türk Vergi Sistemi* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2022), 282.

²⁵ D 9. D., E.2011/5681, K.2014/7135 K., 04.11.2014. (KİBB)

III. DEVREDEN KATMA DEĞER VERGİSİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Genel Açıklama

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin ilk fıkrası gereğince indirilebilecek vergiler yukarıda sayılmıştır. Bu kapsamda hükmün ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, bir vergilendirme döneminde ilk fıkraya göre hesaplanan indirilecek katma değer vergisi toplamının, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olması halinde aradaki fark iade edilmeyecek ve sonraki dönemlere devrolunacaktır.

Hükmün devamında indirimli vergi oranına tabi teslim ve hizmetlere ilişkin bir istisna öngörülmüştür. Söz konusu hüküm kapsamında öncelikle istisna hükmü ardından da devreden KDV incelenecektir.

B. İndirimli Orana Tabi Teslim ve Hizmetler İçin Öngörülen İstisna

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 2. fıkrasında indirilecek katma değer vergisi toplamının, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olması halinde söz konusu farkın iade edilemeyeceği ve sonraki dönemlere devredileceği düzenlendikten sonra indirimli orana tabi teslim ve hizmetlere ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmektedir. Bu düzenlemelere göre, Kanunun 28. maddesinde Cumhurbaşkanına verilen yetkiye dayanılarak vergi oranı indirilen teslim ve hizmetlere ilişkin indirilemeyen ve tutarı Cumhurbaşkanınca tespit edilen sınırı aşan vergi,²⁶ ilgili mükelleflerin birtakım kamu borçlarına karşılık mahsuben ödenmektedir.

Katma Değer Vergisi Kanununun 28. maddesi, katma değer vergisi oranını düzenlemektedir. Bu hükme göre katma değer vergisi oranı, vergiye tabi her bir işlem için %10'dur. Her ne kadar katma değer vergisi için tek oran belirlenmesi verginin idaresinin kolaylığı bakımından tercih sebebi olsa da

²⁶ 31.01.2017 tarihli ve 2017/9759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 2017 yılı için bu sınır 10.000 TL olarak belirlenmiştir. Anılan Bakanlar Kurulu Kararı'nda izleyen takvim yılları için bu sınırın Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında arttırılması suretiyle uygulanacağı belirtilmiştir. 2024 yılı için bu sınır Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 48) ile 90.800 TL olarak güncellenmiştir.

ekonomik, sosyal ve politik sebepler birden fazla oranın kabul edilmesi bakımından etkili olabilmektedir²⁷.

Türk Vergi Sistemi'nde de benzer sebepler ile Cumhurbaşkanına bu oranı, dört katına kadar artırmaya, %1'e kadar indirmeye ve farklı mal ve hizmetler için bu oranlar dâhilinde farklı vergi oranları tespit edebilme yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanı bu yetkiyi kullanarak, (I) sayılı listede yer alan teslim ve hizmetler için %1; (II) sayılı liste için teslim ve hizmetler için %10; bu listeler dışında kalan teslim ve hizmetler için de %20 oranlarını belirlemiştir²⁸.

Mal ve hizmet teslimleri için farklı oranların belirlenmesi, katma değer vergisi sisteminin indirim ile sağlanan yapısında birtakım sorunlara yol açabilmektedir. İndirimli orana tabi mal ve hizmet teslimi sonucunda iadesi gereken bir farkın ortaya çıkması, bu hususa ilişkin giderilmesi gereken en önemli sorunlardan birini teşkil etmektedir.

Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin ikinci fıkrası, indirimli vergi oranına tabi teslim ve hizmetlerle ilgili olup indirilemeyen ve Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen sınırı aşan vergilerin birtakım kamu borçlarına karşılık mahsuben ödeneceğini düzenlemiştir. Bu hükme göre söz konusu fark, “*mükelleflerin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve katma bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin % 51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan işletmeler ile organize sanayi bölgelerinden temin ettikleri mal ve hizmet bedellerine ilişkin borçlarına*” mahsuben ödenebilecektir. Belirtilen borçlara mahsuben ödenen miktar farkın karşılanması için yeterli olmazsa, Maliye Bakanlığınca belirlenen²⁹ sektörler, mal ve hizmet grupları ve dönemler itibarıyla nakden iade de söz konusu olabilecektir³⁰.

²⁷ Alan A. Tait, *Value Added Tax: International Practice and Problems* (Washington: International Monetary Fund, 1988), 42.; Sijbren Cnossen, “What Rate Structure For a Value-Added Tax?,” *National Tax Journal* 35, no. 2 (June 1982): 211, 212.

²⁸ (I) ve (II) sayılı listeler için bakınız; Gelir İdaresi Başkanlığı, KDV Oranları Listesi, <https://www.gib.gov.tr/node/108756> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

²⁹ Bu belirlemelere yetkisinin kullanımına, Maliye Bakanlığı'nın 10 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (R.G. Sayısı: 29968 – Tarihi: 03.02.2017) ile indirimli orana tabi konut teslimlerinden doğan KDV iadelerinin, yılı içinde vergilendirme dönemleri itibarıyla talep edilmesi kaydıyla nakden yapılması hakkında getirdiği düzenleme örnek olarak gösterilebilecektir.

³⁰ Oktar, *KDV ve İstisnalar*, 490, 491.

Yılı içinde mahsuben iade edilemeyen vergi, izleyen yıl içinde talep edilmesi şartıyla nakden veya mükellefin yukarıda sayılan borçlarına mahsuben iade edilebilecektir. Bu hüküm kapsamında Cumhurbaşkanına, vergi oranı indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, iade hakkını kısmen veya tamamen ya da amortismanına tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisi ile sınırlı olmak üzere kaldırma yetkisi; Maliye Bakanlığı'na ise Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 2. fıkrası hükmünün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir.

C. Devreden Katma Değer Vergisi

Yukarıda da belirtildiği üzere, Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin ikinci fıkrası, “*Bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolunur ve iade edilmez.*” hükmünü içermektedir. Hükmün devamında indirimli orana ilişkin mahsup ve iade düzenlemeleri yer almasına rağmen bu düzenlemeler farkın telafisi için yeterli olmamaktadır. Yatırım yapan, faaliyet alanı sınırlı ya da üretim süreci uzun olan, çok düşük kâr marjı ile veyahut maliyetinin altında satış yapmak durumunda kalan işletmelerin hesaplanan katma değer vergisi, ödedikleri katma değer vergisinden az olmakta ve bu işletmeler tarafından ödenen katma değer vergisinin indirim mekanizması yoluyla telafi edilebilmesi uzun süreler alabilmekte, bazı durumlarda da telafi söz konusu olmamaktadır³¹.

Sonuç olarak da, mükellefin indirilecek katma değer vergisi toplamının, vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu durumlarda aradaki farkın nakden ya da mahsuben iadesinin gerçekleştirilmemesi halinde, söz konusu fark telafi edilememekte ve sonraki dönemlere devretmektedir. 14.03.2018 tarihli Plan ve Bütçe Komisyonu toplantısında dönemin Maliye Bakanı Naci Ağbal'ın konuşmasında açıklamış olduğu rakama göre devreden KDV tutarının, 167 milyar liraya ulaştığı görülebilmektedir³². Dönemin Maliye Bakanı aynı konuşmada, bu duruma

³¹ Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesi, s. 9.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0926.pdf> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

³² TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Görüşme Tutanakları, 26. Dönem, Üçüncü Yasama Yılı, 44. Toplantı, 14.03.2018, s. 49.

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2109 Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

müdahale edilmemesi halinde bu yükün 300 milyar liraya ulaşacağını da belirtmektedir³³.

Çok önemli boyutlara ulaşan ve giderek artan devreden KDV'nin yukarıda bahsi geçen mükellefler üzerinde oluşturduğu ağır yük dikkate alınarak söz konusu düzenlemelerde değişikliğe gidilmesi için çalışmalar yapılmıştır. Bu süreçte, İngiliz KDV sistemine³⁴ benzer bir yapı oluşturularak, oranların basitleştirilmesi, istisnaların gözden geçirilmesi gibi hususlar ön planda tutulmuştur³⁵.

Söz konusu çalışmalar sonucunda, 25 maddeden oluşan Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, 27.02.2018 tarihinde TBMM Başkanlığı'na getirilmiştir. Aşağıda bu tasarı ile devreden KDV için öngörülmüş düzenlemelere yer verilmiştir.

D. Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

1. Genel Açıklama

Katma değer vergisi sistemine ilişkin olarak yapılan çalışmalar neticesinde 27.02.2018 tarihinde TBMM Başkanlığı'na 1 / 926 Esas No ile getirilen Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, KDV sistemi hususunda önemli birçok düzenleme öngörmüştür³⁶.

Katma değer vergisine ilişkin yapılan değişiklikler Tasarının genel gerekçesinde, yatırım, üretim ve ihracatın teşvik edilmesi amacıyla, katma

³³ TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Görüşme Tutanakları, 26. Dön., Üçüncü Y.Y., 44. T., 14.03.2018, s. 49.

³⁴ İngiltere KDV sistemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; TÜRMOB, *İngiltere Katma Değer Vergisi Sisteminin Temel Özellikleri* (TÜRMOB Yayınları) <http://www.turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/526b78f1-38ab-4685-9bd0-53b9e2b8b67c/> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

³⁵ "Maliye Bakanı: İngiltere'de KDV Sistemi Nasıl Çalışıyorsa Türkiye'de De Aynısı Olsun", *T24*, 06 Haziran 2017, <http://t24.com.tr/haber/maliye-bakani-ingilterede-kdv-sistemi-nasil-calisiyorsa-turkiyede-de-aynisi-olsun,407542> Son Erişim Tarihi: 29.02.2024.

³⁶ Bahsi geçen Tasarının 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanun'un bütünüyle yürürlüğe girdiği 09.07.2018 tarihinin öncesinde sunulmuş olması sebebiyle metinde *Bakanlar Kurulu* ifadesine rastlamak mümkündür.

değer vergisinin “işletmeler üzerinde finansman yükü oluşturmeyen bir yapıya dönüştürülmesi, küçük işletmelerin uyum yükümlülüklerinin kolaylaştırılması, işlem maliyetlerinin azaltılması, uygulama kolaylığının sağlanması, kayıtlı ekonomiye geçişin özendirilmesi” ve bunların sonucu olarak da ekonomik kalkınmaya katkı sağlanması hedefleri ile açıklanmıştır.

2. Tasarı ile Öngörülen Değişiklik ve Düzenlemeler

Söz konusu tasarı ile öngörülen genel hükümlere göz gezdirmek gerekirse aşağıdaki düzenlemeler göze çarpmaktadır:

- KDV iade sisteminde; daha hızlı bir sürede iadenin sağlanması, iadenin gecikmesi hallerinde faiz uygulanması, ihraç edilen mallar nedeniyle yüklenen verginin belli bir oranına kadar iadenin sağlanması gibi, mükelleflerin lehinde birçok değişiklik öngörülmüştür,
- İşletme hesabına göre defter tutan küçük işletmeler ile serbest meslek erbabı için ‘hasılat esaslı vergileme’ sistemi öngörülmüştür,³⁷
- Grup KDV mükellefiyeti tesisi imkânı öngörülmüştür,³⁸
- Ar-Ge, tasarım ve yenilik faaliyetlerine ilişkin istisnanın kalıcı hale getirilmesi ve teknokentlere yapılan oyun yazılımları istisna kapsamına alınması öngörülmüştür,
- Türkiye’de ikamet etmeyen yabancılara verilen sağlık hizmetlerinin istisna kapsamına alınması öngörülmüştür,
- İlişkili kişilerden emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir biçimde yüksek bedelle gerçekleştirilen mal ve hizmet alışlarında, alıcı tarafın kaydetmiş olduğu katma değer vergisinin, ödenmiş olmak şartıyla indirimi imkânı öngörülmüştür,
- Gümrüksüz satış mağazalarına ve bunların depolarına yapılan teslimlerin KDV ve ÖTV’den istisna kapsamına alınması öngörülmüştür,

³⁷ Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2023), 596, 597.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız.: Gedik, “KDV Bakımından,” 82-90.

- İndirimli orana tabi işlemlerde, işlemin gerçekleştiği vergilendirme döneminden sonra, bu teslimlere ilişkin yüklenilen KDV'nin iadesi imkânı öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemeler ile öngörülen değişiklikler, Avrupa Birliği ülkelerinde katma değer vergisine ilişkin gelişmelere paralellik göstermiş, Tasarının hazırlanış sürecinde de belirtildiği gibi İngiliz KDV sisteminin etkilerini taşımıştır.

Tasarının genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, iade hükümlerinde yapılan değişiklikler ve grup mükellefiyeti tesisi imkânı ile istisna hükümlerinin genişletilmesi gibi düzenlemeler mükelleflerin üzerindeki finansman yükünün azaltılması ve işlem maliyetlerinin azaltılması; bazı mükellefler için nispeten daha kolay bir sistemin öngörülmesi gibi düzenlemeler de uygulama kolaylığının sağlanması, kayıtlı ekonomiye geçişin özendirilmesi amaçlarına uygun düşmektedir.

3. Tasarıda Devreden KDV'ye İlişkin Öngörülen Değişiklikler

Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, önemli birçok değişikliğin yanı sıra devreden KDV hususunda reform niteliğinde bir düzenleme öngörmüştür. Tasarının 8. maddesinde KDVK'nın 29. maddesinin 2. fıkrasında yapılması öngörülen değişiklik ile hükümde, ilk cümlede yer alan “devrolunur ve iade edilmez” ifadesinin yerine “devrolunur ve oniki ay süreyle indirim yoluyla giderilememesi halinde, bu süreyi izleyen altı ay içinde talep edilmesi şartıyla, iade edilir.” ifadesinin getirilmesi; ikinci cümlede yer alan “teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde” ifadesinin kaldırılması ve hükme 5. fıkranın eklenmesi sonucunda hüküm şu şekilde öngörülmüştür;

“2. Bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolunur ve oniki ay süreyle indirim yoluyla giderilememesi halinde, bu süreyi izleyen altı ay içinde talep edilmesi şartıyla iade edilir...”

...

5.Bakanlar Kurulu bu maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan oniki aylık süreyi sektörler, işletme büyüklükleri ve indirim yoluyla

giderilemeyen katma değer vergisinin kaynağına göre yirmidört aya kadar uzatmaya, tekrar kanuni seviyesine indirmeye; Maliye Bakanlığı, bu maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan indirim ve iade için belirlenen süreyi sektörler, işletme büyüklükleri ve indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin kaynağına göre üç aya kadar indirmeye, belirlenen sürede mükelleflerce indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin kaynağına göre üç aya kadar indirmeye, belirlenen sürede mükelleflerce indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin iadesini, vergi incelemesiyle veya sektörlerle, işletme büyüklüklerine ve indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin kaynağına göre vergi incelemesi dışında belirlenecek diğer yöntemlerle yapmaya, vergi indirimi uygulamasında doğabilecek aksaklıkları vergi mükerrerliğine ve vergi muafiyetine meydan vermeyecek şekilde, bu Kanunun ana ilkelerine uygun olarak gidermeye, indirim veya iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

Tasarının 15. maddesi ile de KDVK'nın mülga 60. maddesinin “İade Süresi” başlığı altında şu şekilde yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür:

“Bu Kanun uyarınca iadesi gereken verginin, iadeye ilişkin tamamlanması gereken tüm bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 213 sayılı Kanunun 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir.”

Sayılan hükümlerin yanı sıra Tasarının 17. maddesi ile KDVK'ya eklenmesi öngörülen geçici 39. madde de şu şekilde düzenlenmiştir:

“31.12.2018 tarihi itibarıyla mükellefler tarafından bu Kanunun 29 uncu maddesinde yer alan esaslar çerçevesinde indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisi, Vergi Usul Kanunu ve ilgili mevzuatta yer alan usul ve esaslar çerçevesinde ayrı bir hesapta izlenir. Söz konusu hesapta izlenen tutar, 01.01.2019 tarihinden itibaren ödenecek katma değer vergisi ile iade edilecek katma değer vergisine, bu Kanunun, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki

hükümlerine göre yapılacak mahsup dışında, sonraki dönemlere devrolunmaz ve iade edilmez.

Maliye Bakanlığı, birinci fıkraya göre ayrı bir hesapta izlenen katma değer vergisini bütçe imkanlarını dikkate almak suretiyle uygun gördüğü zamanlarda, sektörler, işletme büyüklüklerine, indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin kaynağına göre kısmen ya da tamamen iade etmeye, mükellefin vergi dairesine olan borçlarına, borcun tür, tutar, tahsil kabiliyeti, faaliyetin devam edip etmediğini dikkate alarak mahsup ettirmeye, gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak dikkate alınmasına izin vermeye, iadeyi vergi incelemesiyle veya sektörler, işletme büyüklüklerine ve indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin kaynağına göre vergi incelemesi dışında belirlenecek diğer yöntemlerle yapmaya, iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Birinci fıkrada belirtilen hesapta izlenen katma değer vergisinin kısmen veya tamamen iadesi uygun görüldüğü takdirde, belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde talep edilmeyen vergi, hiçbir suretle indirim ve iade konusu yapılamaz, gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınamaz.”

Tasarının gerekçesinde de belirtildiği üzere devreden katma değer vergisinin iadesi işlemlerinin hızlı bir biçimde görülebilmesi için 21. madde³⁹ ile ilave vergi müfettiş yardımcısı kadrosu ihdası öngörülmüş⁴⁰ ve 22. maddede de Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kuruluş felsefesine uygun ihtisaslaşmanın sağlanması⁴¹ ve katma değer vergisine ilişkin iade incelemelerinin yapılması için Başkanlık bünyesinde Katma Değer Vergisi İade İncelemeleri Grup Başkanlığı kurulması öngörülmüştür.

³⁹ “5/5/2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

‘Kadro ihdası

EK MADDE 1- Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Gelir İdaresi Başkanlığına ait bölümüne eklenmiştir.’”

⁴⁰ Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesi, s. 10,11.

⁴¹ Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesi, s. 18.

4. Tasarı ile Devreden Katma Değer Vergisi Uygulamasında Öngörülen Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı kapsamında, yukarıda gösterilen hükümler ile devreden KDV uygulamasında esaslı değişiklikler öngörülmüştür.

Öncelikle 29. maddenin 2. fıkrası kapsamında söz konusu olan değişiklik ile indirilecek katma değer vergisi toplamının, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde bu farkın on iki ay süreyle indirim yoluyla giderilememesi halinde, bu süreyi izleyen altı ay içinde talep edilmesi şartıyla iade edilmesi öngörülerek devreden KDV'nin iadesi olanağı sağlanmıştır. Söz konusu değişiklik ile çoğu zaman mahsuben iade imkânı tanınmış hallerde dahi tafefisi gerçekleşemeyen bu farkın, sonraki dönemlere devamlı bir şekilde devrederek işlemler üzerinde haksız bir finansman yükü oluşturmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Tasarıda devreden KDV'nin iadesi iki farklı uygulama ile sağlanmaya çalışılmıştır. Buna göre iade; *hükümün kanunlaşacağı varsayılan takvim yılının sonu olan, 31.12.2018 tarihine kadar iadesi yapılamamış devreden KDV'nin iadesi ve 01.01.2019 tarihinden sonraki dönemlerde ortaya çıkan ve indirim ile iade mekanizmaları aracılığıyla giderilemeyen devreden KDV'nin iadesi olmak üzere iki farklı uygulamaya tabi tutulmuştur.*

Bu ayrıma göre 31.12.2018 itibarıyla mükelleflerce indirim konusu yapılamamış KDV'nin iadesi, Katma Değer Vergisi Kanununa eklenmesi öngörülen geçici 39. maddeye göre gerçekleştirilecektir. Bu hükümde, önceki dönemlerden devreden KDV'nin ayrı bir hesapta izleneceği, hesapta izlenen tutarın da 01.01.2019 tarihinden itibaren ödenecek katma değer vergisi ile iade edilecek katma değer vergisine, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki hükümlerine göre yapılacak mahsup dışında, sonraki dönemlere devrolunmayacağı ve iade edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Maliye Bakanlığı'na, bu hesapta izlenen KDV'yi, bütçe imkânlarını dikkate almak suretiyle, uygun gördüğü zamanlarda belli sektörlerle ya da diğer kriterlere göre kısmen ya da tamamen iade etme ve bu iadeye ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir.

01.01.2019 tarihinden itibaren ortaya çıkacak devreden KDV'nin iadesinin ise Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinde yapılması

öngörülen değişiklik ile gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Buna göre, bu tarihten itibaren, indirilecek katma değer vergisinin toplamının, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olması halinde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolunacak ve on iki ay süreyle indirim yoluyla giderilememesi halinde, bu süreyi izleyen altı ay içinde talep edilmesi şartıyla iade edilecektir. Bu uygulama kapsamında *Bakanlar Kurulu'na* on iki aylık süreyi sektörler ve indirim yoluyla giderilemeyen verginin kaynağı gibi kriterleri gözeterek yirmi dört aya kadar uzatma ve tekrar kanuni seviyesine indirme; Maliye Bakanlığı'na ise indirim ve iade için verilen süreyi üç aya kadar indirme, iadeyi vergi incelemesi ya da diğer yöntemler ile yapma, indirim ve iadeye ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir.

Bu ayırım, ilerleyen senelerde ortaya çıkacak devreden KDV'nin iadesi sorununun ortadan kalkması karşısında, yıllardır indirim konusu yapılamamış edilememiş devreden KDV'nin *bütçe olanakları dahilinde* mükelleflere *iade "edilebileceği"* bir çözüm yolu sunmaktadır. 31.12.2018 tarihi itibarıyla mükellef tarafından indirim konusu yapılamamış KDV zaman içinde indirim imkânı kullanılarak eritilebilecekse de bu fark eriyemeden faaliyetini sonlandıracak mükellefler durumunda olacağı gibi telafi edilemeyen bir farkın söz konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Tasarıda yer alan değişiklikler, basında ve mükellefler nezdinde oldukça olumlu karşılanmıştır⁴². 28.03.2018 tarihinde Tasarının geneline ilişkin Meclis görüşmeleri esnasında muhalefet partilerinin vekilleri de söz konusu hükümlerde iade imkânının sağlanmasını genel anlamda olumlu görmüş ancak iade yöntemlerinin ve Bakanlar Kurulu ile Maliye Bakanlığı'na verilen yetkilerin şirketlerin, özellikle de küçük işletmelerin, siyasal iktidara bağımlılığını artıracığına ilişkin kaygılarını dile getirmişler; hükümlerin muğlak olduğunu ve üzerinde daha ayrıntılı çalışılmasının doğru olacağına inandıklarını belirtmişlerdir⁴³.

⁴² “33 Yıllık KDV Yasası Değişiyor” *NTV*, 27 Şubat, 2018, https://www.ntv.com.tr/ekonomi/33-yillik-kdv-yasasi-degisiyor,RG-_BYmRF0qAO9qI9EDSrQ Son Erişim Tarihi: 26.02.2024; “Devreden KDV’ler İade Edilecek: Reel Sektör Devletten 140 Milyar Lira Alacaklı” *Diken*, 27 Şubat, 2018, <http://www.diken.com.tr/devreden-kdvler-iade-edilecek-reel-sektor-devletten-140-milyar-lira-alacakli/> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.

⁴³ CHP GRUBU ADINA MUSA ÇAM (İzmir): “...Diğer yandan, birikmiş KDV'nin ödenebilmesi, vergi incelemesi yapılması şartına bağlanmaktadır. Kamu yararınaymış

Öncelikli olarak, hükümde vergi iadesini vergi incelemesine tabi tutma şartına yönelik eleştirileri ele almak gerekmektedir. Katma değer vergisi iadesi taleplerinde özel vergi güvenlik önlemlerinin aranmasına ilişkin tutum, mükelleflerin kanuna aykırı eylemlerinin devreden KDV'nin ortaya çıkmasında etkili olmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle kayıt dışı mal teslimi ve hizmet ifası ya da sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanımının mükellefin iade talebini artıracak şekilde sonuç yaratabilmesi, bu taleplerin denetlenmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Bu eylemler ile mücadelede vergi iade talebinin bir kontrol mekanizmasından geçmesine yönelik düzenleme getirmek vergilendirme sürecinin doğru biçimde işlenmesini sağlama yönünde alınan bir önlem teşkil etmektedir. Söz konusu önlemin kanun ile öngörülmesinin yanında çerçevesinin de kanun ile

gibi gözükle de vergi incelemesi şartı geldiğinde işletmelerin, özellikle de küçük işletmelerin olası bir vergi cezasıyla karşılaşma ihtimalini düşünerek ya iade talep etmemeleri ya da maliyeyle, dolayısıyla da siyasi iktidarla iyi geçinmek zorunda kalmaları gerekecek. Bu durum, şirket sahiplerinin siyasi iktidarla ters düşmemeleri gerekeceği anlamına gelmektedir. Nitekim, devreden KDV'nin on iki ay içerisinde indirilememesi hâlinde, bu tarihten itibaren altı ay içinde mükellefe iade edilmesi öngörülürken, bu on iki aylık süreyi yirmi dört aya kadar çıkarmaya Bakanlar Kurulu, altı aylık süreyi de üç aya indirmeye Maliye Bakanlığı yetkili kılınarak şirketlerin siyasal iktidara olan bağımlılığı gittikçe sağlamlştırılmaktadır...

"MHP GRUBU ADINA MEVLÜT KARAKAYA (Adana): "Özellikle son yıllarda biz, bu konularda bazı indirim ve istisnalar uyguladık, bazı belki dezavantajlı kesimler için bir teşvik olması niteliğinde bu uygulamaları getirdik. Bunların doğal olarak işletmeler üzerindeki yansımaları farklı oldu ve buralardan kaynaklı olarak katma değer vergisinin kendi mekanizması ve felsefesi içerisinde olması gereken iade sisteminin de işletilmesinden kaynaklı bu birikimler söz konusu oldu. Dolayısıyla, bunlardan kaynaklanan finansman yükü de işletmeler üzerinde maalesef gerçekleşti. Yani katma değer vergisi uygulamasının esasında böyle bir şeyin olmaması gerekiyordu, iade mekanizmasının işlemesi gerekiyordu. Birinci bölümdeki maddelerde buna ilişkin bir düzenleme var ancak bu düzenleme gerçek anlamda firmaların üzerindeki finansman yükünü alacak durumda değil. Biz Milliyetçi Hareket Partisi olarak bunların üzerinde tekrar çalışılması gerektiğini söylüyoruz. Eğer mümkünse bu maddenin de çekilmesinin faydalı olacağını, üzerinde tekrar bir çalışmayla yeniden getirilmesi gerektiğinin uygun olacağını ifade ediyoruz. Mevcut getirilen uygulamada on iki aylık süre, onun devamındaki altı aylık süre böyle bir yükü yine ortadan kaldıracak nitelikte değil. Stoklarla ilgili yani birikmiş katma değer vergileriyle alakalı olan düzenleme de son derece muğlak, üzerinde detaylı çalışılması lazım."; TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26. Dönem, 3. Yasama Yılı, 78. Birleşim, 28.03.2018; <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/26/3/78/Basilmis/efa78067-a213-4041-8a68-2acf2d5a3d10.pdf> Son Erişim Tarihi: 28.02.2024

belirlenmesi tercih edilen seçenek olacaksa da⁴⁴ şartın kanun ile getirilmesinin yanında Maliye Bakanlığına bu konuda bir düzenleme yapmasına yönelik açık yetkinin de kanun ile verilmesinin kanunilik kaygısının ortadan kalkmasında etkili olduğu düşünülmektedir⁴⁵.

Vergi inceleme raporunun aranmasının iade sürecini talebi anlamsız hale getirecek kadar uzatmaya ya da vergi idaresinin iş yükünü artırmaya neden olacağına ilişkin eleştiriler de elektronik uygulamaların kullanımı ile ortadan kalkmaktadır. KDV iade başvurularında iade hakkı doğuran işlem ve belgelere ilişkin vergi dairelerinde çalışanlarca manuel olarak yapılan kontrol ve analizlerin büyük bir kısmının elektronik ortamda yapılmasını sağlayan KDVİRA Sistemi, bu taleplerin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını temin etmektedir⁴⁶.

⁴⁴ Cenker Göker, *Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 51,52.

⁴⁵ Bu konuda, “katma değer vergisi iade alacağının özel tüketim vergisinden mahsuben iadesinin, mükellefin talebine bakılmaksızın münhasıran vergi inceleme raporu veya teminat verilmesi şartına tabi olması ve bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte neticelenmemiş olan iade taleplerine de uygulanmasına ilişkin 22/06/2017 tarihli 30104 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 13 Seri No’lu KDV Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin 2. ve 3. maddelerinin iptali istemiyle açılan” davada Danıştay Dördüncü Dairesi, “Vergiye tabi işlemlerin mevcut olmaması veya hesaplanan verginin indirilecek vergiden az olması hallerinde indirilemeyen Katma Değer Vergisi, Maliye ve Gümrük Bakanlığınca tespit edilecek esaslara göre bu işlemleri yapanlara iade olunur.” ifadeleri ile Bakanlığa verilen yetkinin “Kanun’da vergi türleri arasında herhangi bir ayrıma gidilmediğinden genel olarak “vergi borçlarına” mahsup suretiyle sınırlandırma” ile sınırlı olduğu yönünde bir yorumlamada bulunmuştur. Danıştay 4. Dairesi bu kanaatten hareketle, “Dava konusu düzenleme ile hiç bir gerekçe gösterilmeksizin iade hakkı tanınan işlemlerden kaynaklanan katma değer vergisi iade alacağının Özel Tüketim Vergisi Kanunu’ndan doğan borçlara mahsuben iadesinin, mükellefin talebine bakılmaksızın vergi inceleme raporuna bağlanması, hukuka aykırı bir şekilde Kanun’da verilen yetkinin aşıldığı anlamını taşımaktadır.” diyerek ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir. Davalı İdarenin ilgili kararı temyiz etmesi üzerine Danıştay Vergi Dava Daireleri önüne gelen ilgili karar, Dördüncü Dairenin gerekçesinde gösterilen aynı hukuksal gerekçeler ile onanmıştır.; D. 4. D, E.2017/1255, K.2019/9334, 19.12.2019; DVDDK. E.2020/1144, K.2021/326, 24.03.2021 (<https://www.adalet.gen.tr/danistay-vergi-dava-daireleri-kurulu-esas-no-2020-1144-karar-no-2021-326.html> Son Erişim Tarihi: 25.02.2024)

⁴⁶ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Gelir İdaresi Başkanlığı 2022 Yılı Faaliyet Raporu*, Yayın No: 455, 2023, 99, 100.; http://www.sp.gov.tr/upload/xSPRapor/files/6UzuC+GIB_2022_FAALİYET_RAPORU.pdf Son Erişim Tarihi: 28.02.2024.

Vergilendirme ilkelerine uygun düzenleme ve yöntemler içinde kalarak vergi alacağını güvence altına alacak önlemler geliştirilmesi, vergilendirmenin ilişkisinin bir gereğini teşkil etmektedir. Vergi iadesi talebini, vergilendirme ilkelerine uygun bir biçimde öngörülmüş ve iade sürecini sürüncemede bırakmayacak birtakım güvenlik önlemlerine tabi tutmak, devreden KDV'nin iadesini öngören düzenlemelerin reddedilmesi için geçerli bir sebep olarak değerlendirilmemektedir.

Tasarımın Genel Kuruldaki görüşmelerinde bir başka eleştiri de iadenin bağlandığı süreye yönelmiştir⁴⁷. Devrolan vergi farkının on iki ay içinde indirim yoluyla giderilememesi halinde bu süreyi izleyen altı ay içinde talep edilmesi şartıyla iade edileceği düzenlemesinde yer alan on iki aylık ve devamında altı aylık sürelerin devreden KDV yükünü ortadan kaldırmada etkisizlik yaratacağı öne sürülmüştür. Söz konusu sürelerin, yüksek enflasyon dönemlerinin olumsuz etkisinin yadsınamayacak olsa da vergi iadesi bakımından makul görülebileceğini belirtmek yanlış olmayacaktır⁴⁸. Benzer bir şekilde, devreden KDV'nin ortaya çıktığı dönem ile nakdi iadenin talep edilebileceği dönemin arasında yer alan fasıl için öngörülecek makul bir süre, işletmelerin faaliyetlerinin ve belge düzeninin denetlenerek muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma gibi tespitlerinin gerçekleştirilebilmesi için

⁴⁷ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26. Dön., 3. Y.Y., 78. B., 28.03.2018.

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vergi iadeleri konusunda gecikmelerin mükellefler bakımından olumsuz sonuç doğurduğunu belirtmekle birlikte yasal sürelerin aşılması halinde makul bir faiz ile telafinin sağlanmasını mülkiyet hakkı bağlamında uygun bulmaktadır. Bunun yanı sıra Mahkeme'nin KDV iade süreçlerine ilişkin uyumsuzluk süreçlerinde belirsizlik bulunmasının mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığına ilişkin yorumu da bulunmaktadır.; AİHM *Riccardo Travers and 27 Others v. Italy*, App. No. 15117/89, 16.01.1995, §5. ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:\[%2215117/89%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22,%22ADVISORYOPINIONS%22,%22RESOLUTIONS%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%2215117/89%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22,%22ADVISORYOPINIONS%22,%22RESOLUTIONS%22]}) Son Erişim Tarihi: 24.02.2024); AİHM *INTERSPLAV v. Ukraine*, App. No. 803/02, 09.01.2007 (Final: 23.05.2007), §38-40. ([http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%22803/02%22\],%22itemid%22:\[%22001-68827%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%22803/02%22],%22itemid%22:[%22001-68827%22]}) Son Erişim Tarihi: 25.02.2024); Begüm Dilemre Öden, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Vergi Hukukuna Etkisi* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2017), 128, 129.; Ancak Mahkeme *Antonov v. Bulgaria* kararında, KDV iadesinden farklı olarak haksız yere alınan vergilerde gerek yargı mercilerince gerekse de idari mercilerce iade sürecinin dört yıl gibi bir süre sürüncemede bırakılmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ilişkin yorumda bulunmuştur.; AİHM *Antonov v. Bulgaria*, App. No. 58364/10, 28.05.2020 (Final: 28.08.2020), §56-65. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%2258364/10%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-202533%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2258364/10%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-202533%22]}) Son Erişim Tarihi: 25.02.2024)

vergi idaresine zaman tanınmasını sağlayacaktır. Söz konusu tespitler neticesinde bu faaliyetlerden doğan devreden KDV'ye ilişkin iade talepleri imkânsız hale gelecek ya da bu talepler reddedilebilecektir. Böylelikle makul süre devreden KDV'nin nakdi iadesinin uygulamada karşılaşılabileceği sorunlardan ve bu sorunlar nedeniyle nakdi iadeye karşı var olan önyargılardan bir nebze olsun korunmasını sağlayan bir faktör teşkil edebilecektir.

Bütün bu tartışmalar neticesinde, Tasarının 8. maddesi özelinde gerçekleşen görüşmeler esnasında 29. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*devrolunur ve iade edilmez.*” ibaresinin “*devrolunur ve oniki ay süreyle indirim yoluyla giderilememesi halinde, bu süreyi izleyen altı ay içinde talep edilmesi şartıyla iade edilir.*” yönünde değiştirilmesine ilişkin hüküm Tasarı metninden çıkarılmıştır⁴⁹. Bu duruma paralel olarak Tasarının 15. maddesinde yer alan, katma değer vergisi iadesinin üç ay içerisinde gerçekleştirilmemesi hâlinde mükellefe faiz ödenmesini öngören değişiklik ile Tasarının 17. maddesinde yer alan, 31.12.2018 tarihi itibarıyla mükelleflerce indirim konusu yapılamamış KDV'nin iadesi için izlenecek usulü gösteren ve Maliye Bakanlığı'na yetki verilmesini öngören değişiklik de Tasarıdan çıkarılmıştır⁵⁰.

1 / 926 Esas No'lu Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, sayılan değişikliklerin yanı sıra TBMM Genel Kurul görüşmelerinde gerçekleştirilen diğer birtakım değişiklikler ile birlikte kabul edilmiş ve 06.04.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵¹.

Hâl böyle iken devreden KDV uygulamasına ilişkin beklenen değişiklikler gerçekleşmemiş, belirtilen hükümler Tasarıdan çıkarılarak eski uygulamanın devam ettirilmesinde karar kılınmıştır.

Devam eden süreçte dönemin Maliye Bakanı Naci Ağbal, devreden KDV'nin iadesine ilişkin çalışmalara devam ettiklerini, bu çalışmalar esnasında bütçe koşullarını göz önünde bulundurdıklarını belirtmiş, ancak söz konusu değişikliklere ilişkin herhangi bir takvim açıklamamıştır⁵². 2024 yılı

⁴⁹ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26. Dön., 3. Y.Y., 78. B., 28.03.2018.

⁵⁰ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26. Dönem, 3. Yasama Yılı, 79. Birleşim, 29.03.2018; <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/26/3/79/Basilmis/7a38f803-03a1-4559-bb94-1336cfdc7b47.pdf> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

⁵¹ 7104 sayılı Kanun: RG 06.04.2018, S. 30383.

⁵² Söz konusu açıklama 06.04.2018 tarihinde gerçekleştirilen 14. Türkiye Vergi Kongresi bitiminde basın mensuplarının sorularının yanıtlanması esnasında gerçekleştirilmiştir: “Ağbal'ın Faiz Paketi Yorumu: Ekonomi Bir Bütündür” *Anadolu Ajansı*, 6 Nisan, 2018,

Şubat ayı itibarıyla da bu konuda herhangi bir yasal düzenleme gerçekleşmemiştir.

5. Devreden KDV'nin İadesine İlişkin Düzenleme Yapılmasına İlişkin Güncel İhtiyaç

Katma değer vergisinde vergi iadelerinin gerçekleştirilmemesi, bireylerin yatırımlarının üzerine getirilmiş ek bir mali yükümlülük olarak yorumlanmakta ve gelişmekte olan devletlerde iadelere ilişkin çözümlerin bu ekseninde tartışılması gerekliliği üzerinde durulmaktadır⁵³. Türkiye’de de devreden KDV sorununun bu paradigma ile ele alınması gerekmektedir.

Yukarıda ayrıntılı biçimde incelenen Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının sunulduğu 2018 yılına kıyasla günümüzde ticari ortamın iyileştirilmesi ve mali ilişkilerin düzenlenmesi bakımından devreden KDV'nin iadesine ilişkin düzenlemelere daha fazla ihtiyaç duyulmakta olduğu ileri sürülebilecektir. COVID-19 salgını küresel sağlık krizi olmaktan çıkmışsa da⁵⁴ takip eden süreçte ekonomik, mali ve sosyal yapıda gerçekleşen değişim ve dönüşümler birçok firma ve çalışanı olumsuz etkilemeye devam etmektedir⁵⁵. Daha önce gerçekleşen resesyon dönemlerini izleyen süreçlerde meydana çıkan ve pandemi sonrasında da gerçekleşeceği öngörülen⁵⁶ işsizlik, beşeri sermaye birikiminde bozulma, fiziki sermaye oluşumunda yavaşlama, verimliliği artıran teknolojik gelişmelerin takip edilememesi, firmaların iflası, iflaslar nedeniyle yaşanan know-how kaybı gibi birçok senaryo günümüz ekonomik ortamında yüksek enflasyon ile birlikte etkisini göstermektedir⁵⁷.

<http://www.businessht.com.tr/piyasalar/haber/1908708-agbal-in-faiz-paketi-yorumu-ekonomi-bir-butundur> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

⁵³ van Oordt, *VAT Refunds*, 13.

⁵⁴ “Ancak bu, COVID-19’un küresel bir sağlık tehdidi olmasının sona erdiği anlamına gelmemektedir.”; World Health Organization, “WHO Director-General’s Opening Remarks at the Media Briefing – 5 May 2023”, 5 Mayıs, 2023, <https://www.who.int/news-room/speeches/item/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing---5-may-2023> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

⁵⁵ Orçun Avcı ve Harun Yeniçeri, “Vergi Sistemlerine Pandemi Ayarı”, *Turkish Studies* 15, no. 6 (Ekim 2020): 134.

⁵⁶ Philip Barrett, et. al., *After Effects of the COVID-19 Pandemic: Prospects for Medium-Term Economic Damage*. IMF Working Paper, no. WP/21/203 (International Monetary Fund, 2021), 12, 18, 19.

⁵⁷ Klaus-Jürgen Gern, et.al., *World Economy Autumn 2022 – Global Growth Falts*, Kiel Institute Economic Outlook, no. 93 (Kiel Institute, 2022), 2, 5, 6, 9.; Eric Heyer, et. al.,

Açıklanan bu şartlarda düzgün işleyen bir KDV iade sistemi yatırımların canlanmasını, ekonomik öngörülebilirliğin artışı ile yabancı yatırımların çekilmesini, kayıt dışılığın azaltılmasını sağlama gibi sebeplerle desteklenmektedir⁵⁸. Bu kapsamda IMF de Türkiye ile ilgili Nisan 2018’de yayınladığı 4. Madde Konsültasyon Raporunda, devreden KDV’ye ilişkin olarak, basit ve bütçede ağır bir darbeye yol açmayacak bir düzenleme yapılması gerekliliğini, bu düzenlemeler ile işletmelerin üzerindeki yükün giderileceğini ve vergiye gönüllü uyumun teşvik edileceğini belirtmiştir⁵⁹. Devreden KDV’nin iadesi alanında geliştirilecek çözüm yolları, mevcut maliyet ve finansman sorununun çözülmesi yolunda reel sektörü canlandıracak adımlar olarak görülmektedir⁶⁰.

IV. DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Devreden KDV, mükellefin bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamının, vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olması halinde söz konusu olmaktadır. Zira KDVK’nın 29. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre indirilecek katma değer vergisi ile vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisinin arasındaki farkın sonraki dönemlere devrolunacağını ve iade edilmeyeceğini düzenlemiştir.

Hükmün devamında, indirimli orana tabi mal ve hizmet teslimlerinden kaynaklanan farkın, mükellefin diğer vergi, sosyal sigorta prim, genel ve katma bütçeli idareler ile belediyeler gibi kurumlara olan borçlarına mahsuben ödeneceği düzenlemesine yer verilmiştir. Bu kapsamda, mahsuben iade edilemeyen vergi Maliye Bakanlığınca belirlenen sektörler, mal ve hizmet grupları ve dönemler için yılı içinde nakden iade edilebilecekken, yılı içinde

Under Threat of Unemployment, OFCE Policy Brief, no. 122 (Outlook for the French Economy, 2023), 2 – 4, 11, 12, 18 – 20.

⁵⁸ van Oordt, *VAT Refunds*, 13, 14.

⁵⁹ International Monetary Fund. European Dept., *Turkey : 2018 Article IV Consultation- Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for Turkey*, Country Report No. 18/110, Washington, 30.04.2018, s. 11, 23.

⁶⁰ Emrah Akın, “Finansman Krizi İçin Panzehir: Devreden KDV’nin İadesi!”, *BloombergHT*, 3 Nisan, 2020, <https://www.bloomberght.com/yorum/emrah-akin/2252124-finansman-krizi-icin-panzehir-devreden-kdvnin-iadesi> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024; Talha Apak, “Vergi Ödeyen Mükellefler Devreden KDV’nin İadesini Bekliyor”, *Dünya Gazetesi*, 26 Temmuz, 2023, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-odeyen-mukellefler-devreden-kdvnin-iadesini-bekliyor/699484> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024

mahsuben iade edilemeyen vergiler de izleyen yıl içinde talep edilmeleri şartıyla naklen ya da sayılan borçlarına mahsuben iade edilecektir.

Söz konusu düzenlemeler sonucunda, yatırım yapan, faaliyet alanı sınırlı ya da üretim süreci uzun olan, çok düşük kâr marjı ile veyahut maliyetinin altında satış yapmak durumunda kalan işletmelerin Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 2. fıkrası hükmü kapsamında ortaya çıkan vergi farkının telafisi uzun zaman almakta ya da telafi edilememektedir. Hal böyle iken söz konusu fark, devamlı olarak ve bazı hallerde artarak sonraki dönemlere devretmektedir. Bu konuda 2018 yılı Nisan ayında gerçekleştirilen resmi açıklamalara göre 167 milyar TL olan birikmiş devreden KDV'nin, 2023 yılı itibarıyla da 300 milyar TL'yi aşacağı öngörülmüştür.

Önemli boyutlara ulaşan ve mükellefler üzerinde ağır bir finansman yükü oluşturan devreden KDV'nin iade edilebilmesi için çalışmalar yapılmış ve devreden KDV'nin iadesine ilişkin değişiklikleri de içeren Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı 27.02.2018'de TBMM'ye sunulmuştur. Devreden KDV'ye ilişkin değişiklikler Genel Kurul görüşmelerinde Tasarıdan çıkarılmış ve Tasarı devreden KDV'ye ilişkin bir değişiklik yapmaksızın yasalaşmıştır. Ancak sonraki açıklamalarda devreden KDV'ye ilişkin düzenlemeler üzerinde çalışılmaya devam edildiği belirtilmiştir.

Hâlihazırda uygulanan sistem, iadesi gereken verginin mükelleflere iade edilmesinin önüne geçmekte ve Devletin mükellefler üzerinde haksız bir vergi yükü oluşturmaya sebep olmaktadır. COVID-19 salgını izleyen dönemde, ekonomik darboğazlardan geçen Türkiye için devreden KDV'nin iadesi, haksız vergi yükünün ortadan kaldırılmasını sağlayacağı gibi reel sektörü canlandırarak mali bir destek olarak da görülmektedir.

Kayıt dışı mal teslimi ve hizmet ifası ya da sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanımı gibi nedenlerle ortaya çıkan devreden KDV tutarının azımsanamayacak ölçüde olmasının bu tutarlara ilişkin nakdi iade hususunda yarattığı önyargı, kanuni düzenlemeler ile nakdi iadenin devreden KDV'nin ortaya çıktığı dönemden itibaren makul bir sürenin sonunda talep edilebilmesi ve iade taleplerinin vergi incelemesine tabi tutulması gibi önlemler ile giderilebilecek hem de bu yollarla haksız iadelerin önüne geçilmesi sağlanabilecektir. Devreden KDV'nin ulaştığı rakamlar dikkate alındığında, yüklenilen KDV ile hesaplanan KDV arasındaki farkın ortaya çıkmaması ve ortaya çıkan farkın hızlı ve etkin iadesi için gereken düzenlemelerin yapılması gerekliliği, bu düzenlemeler gerçekleştirilene kadar önemini koruyacaktır.

KAYNAKÇA****I. Kitap ve Makaleler**

- Akdoğan, Abdurrahman. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2023.
- Akın, Emrah. “Finansman Krizi İçin Panzehir: Devreden KDV’nin İadesi!”, *BloombergHT*, 3 Nisan, 2020, <https://www.bloomberght.com/yorum/emrah-akin/2252124-finansman-krizi-icin-panzehir-devreden-kdvnin-iadesi> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Anadolu Ajansı. “Ağbal’ın Faiz Paketi Yorumu: Ekonomi Bir Bütündür,” 6 Nisan, 2018, <http://www.businessht.com.tr/piyasalar/haber/1908708-agbal-in-faiz-paketi-yorumu-ekonomi-bir-butundur> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Apak, Talha. “Vergi Ödeyen Mükellefler Devreden KDV’nin İadesini Bekliyor”, *Dünya Gazetesi*, 26 Temmuz, 2023, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-odeyen-mukellefler-devreden-kdvnin-iadesini-bekliyor/699484> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Avcı, Orçun ve Yeniçeri, Harun. “Vergi Sistemlerine Pandemi Ayarı”, *Turkish Studies* 15, no. 6 (Ekim 2020): 123-137.
- Aysel, Aziz. “İndirimli Orana Tabi İşlemlerdeki KDV İadesinde Dikkat Edilecek Hususlar” *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 356 (Mayıs 2018): s. 90-96.
- Barrett, Philip, Sonali Das, Giacomo Magistretti, Evgenia Pugacheva, Philippe Wingender. *After Effects of the COVID-19 Pandemic: Prospects for Medium-Term Economic Damage*. IMF Working Paper, no. WP/21/203. International Monetary Fund, 2021.
- Bird, Richard ve Gendron, Pierre-Pascal. *The VAT in Developing and Transitional Countries*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Cnossen, Sijbren. “Global Trends and Issues in Value Added Taxation,” *International Tax and Public Finance* 5, no. 3 (February 1998): 399-428.

**** Çalışmada kullanılan kısaltmalar:**

AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi / B.: Birleşim / D: Daire / D.: Danıştay / Dön.: Dönem / DVDDK: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu / E.: Esas / IMF: International Monetary Fund / K.: Karar / KİBB: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası / KDV: Katma Değer Vergisi / no.: Sayı / RG: Resmi Gazete / s.: Sayfa / S.: Sayı / T.: Toplantı / TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi / TGNA: Turkish Grand National Assembly / VAT: Value Added Tax / WHO: World Health Organisation / Y.Y.: Yasama Yılı

- Cnossen, Sijbren. “What Rate Structure For a Value-Added Tax?,” *National Tax Journal* 35, no. 2 (June 1982): 205-214.
- Deloitte Global Tax Center. *European VAT Refund Guide*, 2017. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-european-vat-refund-guide.pdf> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Diken. “Devreden KDV’ler İade Edilecek: Reel Sektör Devletten 140 Milyar Lira Alacaklı,” 27 Şubat, 2018, <http://www.diken.com.tr/devreden-kdvler-iade-edilecek-reel-sektor-devletten-140-milyar-lira-alacakli/> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Dilemre Öden, Begüm. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Vergi Hukukuna Etkisi*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2017.
- Ergen, Zuhâl ve İnci, Emrah. “Yüklenim KDV Sorunu: Hazinesinin Finansmanı Mı, Hazine Zararı Mı?,” *Vergi Raporu*, no. 264 (Eylül 2021): 36-60.
- European Commission – Directorate General for Taxation and Customs Union & CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis. *A Study on the Economic Effects of the Current VAT Rates Structure*, 2016.
- European Union Official Website. “VAT Refunds.”. Son kontrol: Kasım 27, 2023. https://europa.eu/youreurope/business/taxation/vat/vat-refunds/index_en.htm#inline-nav-1 Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Gedik, Gülşen. “KDV Bakımından Grup Şirketlerinde Konsolidasyon Gerekliliği”, *Vergi Sorunları Dergisi*, no. 358 (Temmuz 2018), 82-90.
- Gelir İdaresi Başkanlığı. *Gelir İdaresi Başkanlığı 2022 Yılı Faaliyet Raporu 2023*. http://www.sp.gov.tr/upload/xSPRapor/files/6UzuC+GIB_2022_FAALIYET_RAPORU.pdf Son Erişim Tarihi: 28.02.2024.
- Gelir İdaresi Başkanlığı Kurumsal İnternet Sayfası. *KDV Oranları Listesi*, <https://www.gib.gov.tr/node/108756> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Gern, Klaus-Jürgen, Stefan Kooths, Jan Reents, Nils Sonnenberg, Ulrich Stolzenburg. *World Economy Autumn 2022 – Global Growth Falts*, Kiel Institute Economic Outlook, no. 93. Kiel Institute, 2022.
- Gökçe, Öznur. “Devreden Katma Değer Vergisinin İadesi,” *Vergi Dünyası*, no. 440 (Nisan 2018): 94-100.
- Göker, Cenker. *Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Harrison, Graham ve Krelove, Russell. *VAT Refunds: A Review of Country Experience*. IMF Working Paper, no. WP/05/218. International Monetary Fund, 2005.

- Heyer, Eric, Xavier Timbeau, Mathieu Plane, Elliot Aurissergues, Bruno Coquet, Maagali Dauvin, Ombeline Julien de Pommerol, Pierre Madec, Raul Sampognaro. *Under Threat of Unemployment*, OFCE Policy Brief, no. 122. Outlook for the French Economy, 2023.
- International Monetary Fund European Department. *Turkey : 2018 Article IV Consultation-Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for Turkey*, 2018, Country Report No. 18/110, Washington, 30.04.2018.
- James, Kathryn. *The Rise of The Value Added Tax*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- Keen, Michael. *VAT Attacks!*, IMF Working Paper, no. WP/07/142. International Monetary Fund, 2007.
- Keen, Michael ve Lockwood, Ben. “The Value Added Tax: Its Causes and Consequences”, *Journal of Development Economics* 92, no. 2 (July 2010): 138 – 151.
- Keen, Michael ve Smith, Stephen. *VAT Fraud and Evasion: What Do We Know, and What Can be Done*, IMF Working Paper, no. WP/07/31. International Monetary Fund, 2007.
- Kızılot, Şükrü. *Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Uygulaması*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2012.
- Nadaroğlu, Halil. *Kamu Maliyesi Teorisi*. İstanbul: Okan Dağıtım Yayıncılık, 1983.
- NTV. “33 Yıllık KDV Yasası Değişiyor,” 27 Şubat, 2018, https://www.ntv.com.tr/ekonomi/33-yillik-kdv-yasasi-degisiyor,RG-_BYmRF0qAO9qI9EDSrQ Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- OECD. *Tax Repayments: Maintaining the Balance Between Refund Service Delivery, Compliance and Integrity*, 2011, Forum on Tax Administration. <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/47986466.pdf> Son Erişim Tarihi: 28.02.2024.
- OECD. *Revenue Statistics 2023: Tax Revenue Buoyancy in OECD Countries*, 2023. <https://doi.org/10.1787/9d0453d5-en> , Son Erişim Tarihi: 25.02.2024.
- Oktar, Kemal. *KDV İstisnalar ve İadeler*. Ankara: Kılavuz Yayıncılık, 2017.
- Şenyüz, Doğan, Yüce, Mehmet ve Gerçek, Adnan. *Türk Vergi Sistemi*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2022.
- Tait, Alan A.. *Value Added Tax: International Practice and Problems*. Washington: International Monetary Fund, 1988.

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Kurumsal İnternet Sayfası. *TBMM Genel Kurul Tutanağı*, 26. Dönem, 3. Yasama Yılı, 78. Birleşim, 28.03.2018. <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/26/3/78/Basilmis/efa78067-a213-4041-8a68-2acf2d5a3d10.pdf> Son Erişim Tarihi: 28.02.2024.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Kurumsal İnternet Sayfası. *TBMM Genel Kurul Tutanağı*, 26. Dönem, 3. Yasama Yılı, 79. Birleşim, 29.03.2018. <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/26/3/79/Basilmis/7a38f803-03a1-4559-bb94-1336cfdc7b47.pdf> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Kurumsal İnternet Sayfası. *TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Görüşme Tutanaqları*, 26. Dönem, Üçüncü Yasama Yılı, 44. Toplantı, 14.03.2018. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2109 Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Kurumsal İnternet Sayfası. *Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gereğesi*. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0926.pdf> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- TÜRMOB. *İngiltere Katma Değer Vergisi Sisteminin Temel Özellikleri*. <http://www.turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/526b78f1-38ab-4685-9bd0-53b9e2b8b67c/> Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- T24. “Maliye Bakanı: İngiltere’de KDV Sistemi Nasıl Çalışıyorsa Türkiye’de De Aynısı Olsun”, 06 Haziran, 2017, <http://t24.com.tr/haber/maliye-bakani-ingilterede-kdv-sistemi-nasil-calisiyorsa-turkiyede-de-aynisi-olsun,407542> Son Erişim Tarihi: 29.02.2024
- van OORDT, Marius. *VAT Refunds in Developing Countries*, International Tax and Investment Center Issues Paper. International Tax and Investment Center, 2019.
- World Health Organisation. “WHO Director-General’s Opening Remarks at the Media Briefing – 5 May 2023,” 5 Mayıs, 2023, <https://www.who.int/news-room/speeches/item/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing---5-may-2023> Son Erişim Tarihi: 26.02.2024.
- Yaltı Soydan, Billur. “Avrupa Topluluğu Hukuku Bakımından Katma Değer Vergisinde İfa Yeri”, içinde *Prof. Dr. Adnan Tezel’e Armağan*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2000.

II. Yargı Kararları

AİHM: *Riccardo Travers and 27 Others v. Italy*, App. No. 15117/89, 16.01.1995. (HUDOC).

AİHM: *INTERSPLAV v. Ukraine*, App. No. 803/02, 09.01.2007 (Final: 23.05.2007). (HUDOC).

AİHM: *Antonov v. Bulgaria*, App. No. 58364/10, 28.05.2020 (Final: 28.08.2020). (HUDOC).

D. 4. D: E.2017/1255, K.2019/9334, 19.12.2019. (ADALET.gen.tr).

D. 9. D: E.2011/5681, K.2014/7135 K., 04.11.2014. (KİBB).

DVDDK: E.2020/1144, K.2021/326, 24.03.2021. (ADALET.gen.tr).

CEZA MUHALEMESİNDE GİZLİ SORUŞTURMACININ TANIKLIĞI MESELESİ

*The Issue of the Confidential Investigator's Testimony in Criminal
Procedure*

Fulya KORKMAZ*

ÖZ

Klasik koruma tedbirlerinin dünyada giderek yaygınlaşan örgütlü suçların araştırılmasında yetersiz kalması, devletlerin bu suçlarla mücadelede başkaca yöntemleri benimsemelerini gerekli hâle getirmiştir. Bunlardan biri olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, bugün için ülkemizde de uygulanan bir koruma tedbiridir. Ne var ki bu tedbirin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 139. maddesi ilk günlerden itibaren çokça eleştirilmiş, birkaç kez değişikliğe uğramış ve çeşitli zamanlarda bu maddeye bazı eklemeler yapılmıştır. Yapılan bu değişikliklerin veya eklemelerin söz konusu tedbire ilişkin sorunlara bir çözüm getirdiğini ifade etmek oldukça güçtür. Hatta aksine, 2018 yılında 139. maddenin 3. fıkrasına eklenen bir cümleyle gizli soruşturmacının gizli tanık olarak dinlenmesinin öngörülmesi, bu sorunlara yeni bir boyut kazandırmıştır. Gerçekten de savcı adına soruşturmayı gizli olarak yürüten, suç işlemek dışında adeta bir örgüt üyesi gibi hareket etmesi beklenen, örgüt içerisine sızan bir kişinin tanıklığı adil yargılanma hakkı bakımından nasıl değerlendirilmelidir? Gizli soruşturmacının klasik yöntemlerle yürütülen bir soruşturmada savcının emri altında görevini yerine getiren adli kolluktan bir farkı var mıdır? Gizli soruşturmacının delillerini topladığı bir olayda bir de tanıklık etmesi tanıklığa ilişkin hükümler ve muhakemenin temel ilkeleri bakımından nasıl yorumlanmalıdır? Bu makalenin amacı bu sorulara bir cevap bulmaya çalışarak gizli soruşturmacının tanıklığı meselesini ele almaktır.

Anahtar Kelimeler: Gizli soruşturmacı, tanıklık, gizli soruşturmacının tanıklığı, organize suçlar, gizli koruma tedbirleri

Makalenin Geliş Tarihi: 01.03.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 06.03.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: fulyakorkmaz_88@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5800-9812.

ABSTRACT

The inadequacy of classical protection measures in the investigation of organized crimes, has made it necessary for states to adopt other methods in the fight against these crimes. One of these methods, the appointment of a confidential investigator, is a protection measure that is also applied in our country today. However, Article 139 of the Code of Criminal Procedure, which regulates this measure, has been widely criticized since its enactment. With the addition of an article stipulating that a confidential investigator can be heard as a secret witness, the article has become even more controversial. Indeed, how should the testimony of a person who conducts the investigation secretly on behalf of the prosecutor be evaluated in terms of the right to a fair trial? Does a confidential investigator differ from a judicial police officer who performs his/her duties under the order of the prosecutor in an investigation conducted by classical methods? How should the confidential investigator's testimony in a case in which he has collected evidence be interpreted in terms of the basic principles of criminal procedure? The aim of this article is to address the issue of the confidential investigator's testimony by trying to find answers to these questions.

Keywords: Confidential investigator, testimony, testimony of a confidential investigator, organized crimes, secret protection measures

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri; muhakemenin gecikmeksizin yapılabilmesini, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden somut olaya uygun bir karar verilebilmesini ve verilen bu kararın yerine getirilebilmesini sağlamaya yönelik tedbirleri ifade eder¹. Esas itibarıyla delillerin toplanmasında ve failerin belirlenmesinde oldukça önemli bir yer işgal eden bu tedbirler², 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 90 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Koruma tedbirlerini çeşitli şekillerde tasnif etmek mümkündür. Bu tasnif şekillerine girmeksizin hemen belirtelim ki; “yakalama”, “gözaltı”, “tutuklama”, “adli kontrol”, “arama”, “elkoyma” klasik koruma tedbirleridir.

¹ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2023), 253.

² Ersan Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 25.

Nitekim bunların bir kısmı kişilere bir kısmı ise eşyalara ulaşmaya yönelik³ klasik yöntemleri içerir. Bununla beraber, bazı koruma tedbirleri doğrudan delil elde etmeye yöneliktir: “*arama*”, “*elkoyma*”, “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*”, “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*”, “*teknik araçlarla izleme*” tedbirlerinde olduğu gibi⁴. Bu belirtilenlerden başka bir de gizliliği öne çıkan koruma tedbirleri bulunmaktadır. İşte az önce ifade ettiğimiz doğrudan delil elde etmeye yönelik olan; “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*”, “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*”, “*teknik araçlarla izleme*” bu gizli koruma tedbirleri kapsamında yer alırlar⁵.

Belirtilmelidir ki delil elde etmeye yönelik birçok yöntem, karmaşık yapıdaki organize suçların⁶ araştırılmasında ve bu tür suçlulukla mücadelede

³ Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2014), 98-99.

⁴ Doktrindeki bir düşünceye göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, delile ulaşmak için başvurulmuş bir yöntem olduğundan niteliği itibarıyla bir koruma tedbiri değildir; bir “*araştırma vasıtası*”dır. (Bkz. Ayşe Nuhoğlu, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi,” içinde *Sulhi Dönmezer Armağanı*, c. II (Ankara: 2008), 1058; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 516; benzer yönde bkz. Güneş Okuyucu Ergün, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Soruşturmacının Tanıklığı Sorunu,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 71, s. 2 (2022): 807).

⁵ Delil toplamaya yönelik koruma tedbirlerinin tasnifi için bkz. Aydın, *Deliller*, 98 vd. Gizli soruşturma tedbirleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2001), 48 vd.

⁶ “Organize suçluluk” kavramını açıklamakta fayda vardır. Ne var ki çok yönlü ve karmaşık yapısı sebebiyle bunu tanımlamak pek de kolay değildir. Organize suçluluğa yönelik araştırmalarda en çok dikkat çeken husus; araştırmacıların bu kavram içerisinde birbirinden farklı konulara ve sorunlara odaklanmış olmalarıdır. (Bkz. Edward R Kleemans, “Organized Crime and the Visible Hand: A Theoretical Critique on the Economic Analysis of Organized Crime,” *Criminology & Criminal Justice*, 13(5), 616 vd.). Dolayısıyla sorunları dahi kendi içerisinde tasnif etmek, söz konusu organize suçluluk olunca bu denli güçken bir de bunu tanımlamak ve yapılan tanım üzerinde uzlaşmak neredeyse imkânsızdır. (Organize suçluluğun kabul gören bir tanımı olmadığı hakkında bkz. Uğur Alacakaptan, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu,” içinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004), 45. Ancak yine de bugün için organize suçluluk temel unsurları dikkate alınarak; “*birden fazla kişinin “hiyerarşik düzende”, “disiplinli”, “sürekli”, “kamu düzeni”ni bozduğu varsayılan “aynı amaca yönelik” suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenme*” şeklinde tanımlanabilir. (Çetin Özek, “Organize Suç,” içinde *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan* (İstanbul, 1998), 195). Eksik olmakla beraber bu tanımın kabul edilebilir olduğu yönünde bkz. Alacakaptan, “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma

oldukça yetersiz kalmıştır⁷. Öyle ki suç örgütlerinin ellerindeki gücün yanı sıra, sahip oldukları teknik ve teknolojik imkânlar, suç işlemede veya işlenen suçları gizlemede kullandıkları değişik taktik ve yöntemler, bunların faaliyetlerinin araştırılmasını zorlaştırmakta, suç delillerinin elde edilme olanağını sınırlandırmaktadır⁸. İşte bu nedenlerle devletler, bu tür suçların soruşturulmasında klasik koruma tedbirleri yerine, doğrudan örgüt içerisinden bilgi, belge veya delil elde etmeye yönelik bazı gizli koruma tedbirlerini kanunlarında düzenleme yoluna gitmişlerdir⁹. Bunlardan biri olan “*gizli soruşturmacı görevlendirilmesi*”, ülkemizde de benimsenen ve organize suçlarla mücadelede oldukça etkili olarak değerlendirilen bir tedbirdir¹⁰.

Bu çalışmada gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, gizli soruşturmacının tanıklığı yönünden ele alınacaktır. Son derece tartışmalı olan bu konuya ilişkin olarak CMK’de uzunca bir süre bir düzenleme bulunmamasına rağmen, uygulamada gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebileceği genel olarak kabul edilmekteydi¹¹. Daha sonra 1/2/2018 tarihli

Suçtu,” 45. Organize suçluluğun unsurları için ayrıca bkz. Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, 37 vd. Örgüt kavramının tanımının kanunilik ilkesi gereğince kanunla yapılması gerektiği yönünde bkz. Sulhi Dönmezer, “Organize Suçlulukla Mücadele,” içinde Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, y.1, s.1 (Ocak 2002): 7. Hafizoğulları ve Kurşun’un tanımına göre örgütlü suçluluk; “İster yaygın ister örgün olsun, arzı olsun veya olmasın, suçun birçok kişi tarafından birlikte işlenmesidir. Bu, ya bir suçu birlikte işlemek için kişilerin bir araya gelerek suç işlemesini, ya da bir suçu veya birkaç suçu birlikte işlemek amacıyla matuf olarak ör- günleşmeyi, ayrıca örgüt kimliği altında suç işlenmesini ifade etmektedir.” (Zeki Hafizoğulları ve Günal Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 71 (2007): 28).

⁷ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 388.

⁸ Okuyucu Ergün, “Gizli Soruşturmacının Tanıklığı,” 805; Atacan Köksal, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4) (2016): 2134.

⁹ Köksal, “Gizli Soruşturmacı,” 2135. Belirtmelidir ki gizli koruma tedbirleri, klasik koruma tedbirlerine göre özel yaşama daha fazla bir müdahaleyi gerektirdiğinden, bunların düzenlenmesinde “toplumsal yarar”, “kamu düzeni” ve “hukuk devletinin gereklilikleri” hususlarına daha da dikkat edilmelidir. (Göksel Yüksel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi,” *Ankara Barosu Dergisi*, (2011/3): 289).

¹⁰ Köksal, “Gizli Soruşturmacı,” 2136.

¹¹ “Sanığın olay tutanağını ve atılı suçu kabul etmediği takdirde, suçun sübutu için “güven alımı” adı verilen uyuşturucu madde temin etme eylemini gerçekleştiren kamu görevlileri kolluk görevlisi ise tanık olarak dinlenmeleri gereklidir. 5271 sayılı

7078 sayılı Kanun'un 137. maddesiyle CMK m. 138/3'e bir ekleme yapılarak gizli soruşturmacının kovuşturma evresinde gizli tanık olarak dinlenmesi öngörülmüştür. Anılan düzenlemeye göre; "soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır." Ne var ki sorun gizli soruşturmacının gizli tanık olarak dinlenmesinden öte muhakemede tanıklık etmesidir; yani tanıklığıdır. Bu itibarla çalışma kapsamında gizli tanıklık konusu inceleme dışında bırakılarak şu sorulara bir cevap aranacaktır: Gizli soruşturmacının muhakemedeki görevi ve yeri nedir? Tanıklık bu görevle bağdaşır mı? Tanıklığa ilişkin hükümler çerçevesinde gizli soruşturmacının tanıklığı nasıl değerlendirilmelidir?

I. GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ TEDBİRİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER VE GİZLİ SORUŞTURMACININ MUHAKEMEDEKİ YERİ

A. Genel Olarak Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, ilk olarak mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenlemeyle¹², "gizli görevli kullanılması" adı altında hukuk sistemimizde

CMK'nın 139. Maddesine göre kimliği gizli tutulması gereken gizli soruşturmacıların, CMK'nın 58/(2). maddesinin "Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaktır; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir." hükümleri ile Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre dinlenmeleri mümkündür." (Yargıtay 20. CD, E. 2016/470, K. 2016/3796, T. 15.06.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, son erişim: 3.12.2023). Benzer yöndeki diğer bazı kararlar için bkz. Yargıtay 10. CD, E. 2014/1, K. 2014/5430, T. 11.07.2014; 20. CD, E. 2015/13889, K. 2015/4086, T. 15.10.2015; 20. CD, E. 2015/312, K. 2015/2691, T. 29.06.2015; 20. CD, E. 2016/470, K. 2016/3796, T. 16.06.2016; 20. CD, E. 2015/14831, K. 2016/793, T. 16.02.2016; 20. CD, E. 2015/14985, K. 2015/5043, T. 08.12.2015; 10. CD, E. 2016/1098, K. 2016/1424, T. 02.05.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>), son erişim: 06.12.2023.

¹² Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığı anlaşıldığında, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir. Gizli görevli gerektiğinde örgüt içine de sızarak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür. Gizli görevli, 1 inci

yerini almıştır. 5271 sayılı CMK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte söz konusu tedbir bugünkü adıyla (gizli soruşturmacı görevlendirilmesi), Kanunun "Koruma Tedbirleri" için ayrılan dördüncü kısmının "Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme" başlıklı altıncı bölümünde, 139. maddesinde düzenlenmiştir.

Tedbire ilişkin usul ve esaslar ilk olarak 14.02.2007 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik"¹³te öngörülmüştü¹³. Anılan yönetmeliğin 4. maddesinin (ç) bendinde gizli soruşturmacı; "gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi" şeklinde tanımlanmıştı¹⁴. Ne var ki bu yönetmelik Danıştay'ın 10. Dairesinin 09.03.2017 tarihli, 2012/1001 Esas, 2017/1361 Karar sayılı ilamı ile iptal edilmiştir¹⁵. Temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa m. 13 hükmü gereğince, belirtilen bu düzenlemenin baştan itibaren kanunla

maddede yazılı suçları işlediğinden şüphe edilen bir veya birden çok kişinin gözetlenmesi ile görevlendirildiğinde, bu kişilerin evvelce suç işlemiş olması veya bu Kanunda Öngörülen suçları işlemesi tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması veya suç işlemeyi meslek veya alışkanlık haline getirmiş olmaları gereklidir. Gizli görevli, görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli görevli görevini yerine getirirken suç işleyemez. Gizli görevlinin kimliği saklı tutulur. Bu maddenin uygulanması, gizli görevlinin kendisinin ve aile bireylerinin güvenlikleri yönünden benzeri bir göreve atanması için gerekli hususlar, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."

¹³ Okuyucu Ergün, "Gizli Soruşturmacının Tanıklığı," 806.

¹⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070214-11.htm>, son erişim: 21.09.2023.

¹⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022), 398. Söz konusu iptal kararının gerekçesi şu şekildedir: "Muhakeme" kavramı, yalnızca yargılama usulünü değil, yargı yerinin uyumsuzluğunun çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin sujelerinin işlemlerini de içer"diğinden; "genel anlamda mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran Yasa konusu olduğunun kabulü gerek"tiğinden ve "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi bulunmadığından..." (Bkz. Okuyucu Ergün, "Gizli Soruşturmacının Tanıklığı," 806).

yapılması gerekirdi¹⁶. Bu itibarla iptal kararının yerinde olduğunu ifade etmek gerekir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi adlî niteliği haiz¹⁷ bir gizli koruma tedbiridir¹⁸. Buna “gizli” denmesinin nedeni; CMK’de düzenlenen klasik nitelikteki diğer koruma tedbirlerinin veya açık soruşturma metotlarının aksine, örgüt içerisine sızma suretiyle delillere ulaşılmasını mümkün kılmasıdır¹⁹. Öte yandan gizli soruşturmacı görevlendirilmesine benzer bazı önleyici nitelikteki tedbirlere Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nda (PVSK) da yer verilmiştir²⁰.

CMK m. 139/1’e göre; “*Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hâkim tarafından karar verilir.*” Şu hâlde gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ancak soruşturma evresinde başvurulabilir ve bu göreve

¹⁶ Okuyucu Ergün, “Gizli Soruşturmacının Tanıklığı,” 806.

¹⁷ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 299.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, 48 vd.

¹⁹ Bkz. Veli Özer Özbek, *Organize Suçluluk ile Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerekirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2003), 15.

²⁰ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 515. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine benzer nitelikteki önleyici tedbirler şunlardır: PVSK’nin ek 5. maddesine göre; “*Genel güvenlik, kaçakçılık ve uyuşturucu maddelerle ilgili önemli olayları takip etmek, gerekiyorsa müdahale ederek soruşturmasını yapmak üzere; A) İçişleri Bakanlığınca doğrudan veya ilgili valinin talebi üzerine merkez personelinden ekipler (timler) görevlendirilebilir. B) Yukarıdaki bent hükmüne uygun olarak bir ilde soruşturması yapılan olayın aydınlatılması, delillerin toplanması, sanıkların yakalanması, başka illerde de araştırma ve soruşturma yapılmasını gerektiriyorsa iller arasında ilgili valiliklerce ekipler görevlendirilebilir. Bu ekiplerin polis yetkilerini kullanması, polis bölgesi sınırları ile kayıtlı değildir. Bu ekipler görev yaptıkları mahallin en büyük mülki amirine bilgi vermek zorundadırlar. Görevin ifası sırasında mahallin en büyük mülki amirine karşı da sorumludurlar. Genel ve özel kolluk makam ve memurları bu personele gereken her türlü yardımı yapmaya mecburdur.*” PVSK ek 7. maddenin ilk paragrafına göre; “*Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.*” (Bkz. Köksal, “Gizli Soruşturmacı,” 2139, dp. 13).

ancak kamu görevlileri tayin edilebilir²¹. Ayrıca, söz konusu tedbire başvurabilmek için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı²² ve başka surette delil elde edilememesi gerekir. Belirtilen bu şartlar, tedbirin ikincil (tali) niteliğini ortaya koymaktadır²³. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararda her iki koşulun da gerekçesine yer

²¹ Kolluk görevlisi olmayan kişiler tarafından bu görevin yerine getirilmesi, delillerin tespiti ve muhafaza altına alınması bakımından oldukça güçtür. Bu nedenle öğretilerde çok istisnai hâllerde, “örneğin bir işyerinin veya binanın içindeki faaliyetlerle ilgili olarak yürütülen soruşturmada” bu kişilerin soruşturmacı olarak tayin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. (Devrim Aydın, “Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, y. 6, s. 2021/2 (2021): 21).

²² Kanunda geçen “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” ifadesi doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç söz konusu ifadenin “kuvvetli şüphe” olarak anlaşılması gerektiğini, böyle anlaşılması hâlinde mahkûm edilmesi kuvvetle muhtemel olan bir kişi hakkında bu tedbirin uygulanma imkânının olmayacağını, kanun koyucunun bilinçli olarak bu kavramı tercih ettiğini belirtirlerken (Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç, *Koruma Tedbirleri*, 301); Özbek/Doğan/Bacaksız söz konusu ifadenin basit şüpheden daha yoğun ancak yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması gerekmeyen bir şüphe derecesi olarak anlaşılması gerektiğini, aksi hâlde söz konusu tedbire ikincillik ilkesi gereğince başvurmanın gereksiz hâle geleceğini belirtmişlerdir. (Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 380). Bununla beraber, Yenisey/Nuhoğlu gizli soruşturma tedbirlerinin uygulanmasında basit şüphenin yeterli olacağını; fakat şüphe sebebinin kuvvetli olması, somut delile dayanması ve sağlam olması gerektiğini ifade etmişlerdir. (Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 505). Centel/Zafer ise, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” koşulunun “başka surette delil elde edilememesi” koşuluyla bir araya geldiğinde bir çelişki yarattığı düşüncesindedirler. (Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 519). Aksi yönde bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 543.

²³ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 467. Aynı yazar söz konusu normu “yedek norm” olarak da nitelendirilmekte ve ancak zorunluluk hâlinde bu tedbire başvurulabileceğini ifade etmektedir. (Yurtcan, *Ceza Yargılaması*, 465). İkincillik koşulu; “aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder. Bu durumda söz konusu suç açısından uygulanabilecek tedbirler arasında bir karşılaştırma yapılmalı ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise o seçilmelidir. Yani arama, el koyma ve tutuklama gibi koruma tedbirleri gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi göz önüne alındığında diğer tedbirler gizli soruşturmacı tedbirine göre önceliğe sahip olacaktır.” (Mehmet Işık, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 110 (2014): 387).

verilmelidir²⁴. Söz konusu tedbire yalnızca m. 139/7’de yer alan katalog suçlar²⁵ bakımından başvurulabilir²⁶. CMK’de tedbirin süresine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak örgütün yapısı, işlenen suçların niteliği ve/veya çokluğu, delil elde edilmesine ilişkin zorluklar göz önüne alınarak,

²⁴ Aydın, *Deliller*, 122.

²⁵ Söz konusu hüküm uyarınca; “*Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1. *Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
 2. *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),*
 3. *Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).*
- b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*
- c) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.*

²⁶ 24.11.2016 yılında 6763 sayılı Kanunla CMK m. 139/7-a-1’e yapılan değişikliğe kadar örgüt kapsamında işlenmeyen suçlar bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri uygulanamazken, anılan değişiklikte beraber örgüt kapsamında işlenmeyen uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu bakımından da bu tedbirin uygulanması öngörülmüştür. Ne var ki bunun öncesinde bu husus birçok karara konu olmuştur: “*Somut olayda dava konusu suç, uyuşturucu madde ticareti yapma suçu olduğu ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suç olmadığı; CMK’nın 139. maddesinin 4. fıkrasına göre örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlarda gizli soruşturmacı görevlendirilemeyeceği dosya kapsamından anlaşılmıştır;*” Yargıtay 20. CD, E. 2016/1163, K. 2019/6192, T. 13.11.2019; “*Somut olayda dava konusu suçun, uyuşturucu madde ticareti yapma suçu olduğu ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suç olmadığı; 6763 sayılı yasa ile değişiklikten önceki CMK’nın 139. maddesinin 4. fıkrasına göre örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlarda gizli soruşturmacı görevlendirilemeyeceği dosya kapsamından anlaşılmıştır. Yapılan soruşturma işlemleri, kovuşturma kapsamı ve tüm dosya içeriğine göre sonuç olarak; Suçun sübutunun tespiti için sanıktan uyuşturucu madde alma-temin etme eylemini gerçekleştiren gizli soruşturmacılar kolluk görevlisi ise “suçu ve faili belirleme, suçla ilgili delilleri toplama” konusunda faaliyette bulunabileceklerinden, öncelikle gizli soruşturmacıların adli kolluk görevlisi olup olmadığının sorulması, gizli soruşturmacıların adli kolluk görevlisi olmadığının tespiti halinde “suçu ve faili belirleme, suçla ilgili delilleri toplama” konusunda faaliyette bulunamayacaklarından bu yöntemle elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilemeyeceği,” 10. CD, E. 2019/243, K. 2021/7282, T. 10.06.202. Aynı konuda benzer başka bazı kararlar için bkz. Yargıtay 20. CD, E. 2015/61, K. 2015/3471, T. 09.09.2015; 20. CD, E. 2015/90, K. 2015/2804, T. 01.07.2015; 10. CD, E. 2020/5723, K. 2020/4272, T. 24.09.2020; 20. CD, E. 2019/3301, K. 2020/1786, T. 11.03.2020, 10. CD, E. 2019/2565, K. 2022/336, T. 13.01.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, son erişim: 06.12.2023.*

sürenin somut durum ile orantılı olması aranmalıdır²⁷. Bununla beraber, koruma tedbirlerinin geçici olma özellikleri nedeniyle, tedbire başvurmayı gerektiren nedenler ortadan kalktığı anda buna derhâl son verilmesi gerekir²⁸.

Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemek üzere görevlendirildiği örgütle ilgili her türlü araştırmayı yapmak ve örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür (m. 139/4)²⁹. Soruşturmacı görevini icra ederken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlardan dolayı sorumlu tutulamaz (m. 139/5). Ancak öğretide kişinin suç işlemeyen örgüt üyesi hâline gelmesinin veya örgüt içerisinde önemli bir konuma sahip olmasının mümkün olmadığı³⁰, bu nedenle kişilere zarar vermemek şartıyla örgütün amaçlarına uygun olan basit nitelikteki suçların işlenmesine imkân tanınmasının daha uygun olabileceği³¹ yönünde değerlendirmeler bulunmaktadır.

Öte yandan çeşitli ülkelerde daha farklı soruşturma yöntemlerine veya “bilgi veren”, “güvenilir adam”, “gizli soruşturma yapan polis”, “ajan provokatör”, “yer altı ajanı” gibi kavramların tartışıldığı değişik uygulamalara³² rastlanmaktadır³³. Belirtilen bu kavramlar arasında belki de en çok dikkat çeken ve gizli soruşturmacıyla benzerlik gösteren “ajan provokatör”dür. “Polis taktiği açısından amaca uygun “rutin” bir uygulama” olarak ifade edilen ajan provokatör kullanılması, sayısız eleştirilere rağmen, suçlulukla mücadelede devletlerin hiçbir dönem vazgeçemediği bir yöntem olmuştur³⁴. Uluslararası alanda üzerinde uzlaşılan bir tanıma göre ajan provokatör; “devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer

²⁷ Erdal Yerdelen, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri* (Adil Yayınevi, 2006), 123.

²⁸ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 480. Bu noktada “dürüst işlem ve oranlılık ilkesi”ne uygun davranılmasının önemi göz ardı edilmemelidir. (Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 400).

²⁹ Gizli soruşturmacının bu görevi yerine getirebilmesi için “ortama uyum sağlayabilme, iyi bir hafızaya sahip olma, gizli bilgi toplama, teknik araçları kullanabilme, göreviyle ilgili hukuki konularda bilgi sahibi olma” gibi yeteneklerinin bulunması ve bu hususta eğitim almış olması gerekir. (Necati Meran, *İletişimin Denetlenmesi & Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 361).

³⁰ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022), 386.

³¹ Bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 482.

³² Bu kavramlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Veli Özer Özbek, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu,” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, c. 2, s. 1-2, 138 vd.; Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, 81 vd.; Köksal, “Gizli Soruşturmacı,” 2140 vd.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, 77 vd.

³⁴ Özbek, “Gizli Soruşturmacının,” 142.

kişileri bir suç işlemeye teşvik eden kişi”dir³⁵. Şu hâlde ajan provokatör, kovuşturma organlarının talimatıyla, üçüncü kişilerin suç işlemesine neden olan veya onları suç işlemeye yönelten kişiyi ifade eder³⁶. Hâlbuki gizli soruşturmacıda durum tam tersidir. Gizli soruşturmacı pasiftir; failleri izler, delilleri toplar, üstelik failler hakkında ceza kovuşturması yapılabilmesi yönünde bir amaç taşımaz³⁷.

Gizli soruşturmacının faaliyetlerini izlemekle görevli olduğu örgütle ilgili olarak telefon dinleme veya teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerini uygulayıp uygulamayacağı da uzunca bir süre tartışılan bir konu olmuştur³⁸. Doktrinde gizli soruşturmacının bu tedbirleri uygulayabilmesi için ayrıca yetkilendirilmiş olması gerektiğini belirtenler olduğu gibi³⁹; “izleme ve araştırma” faaliyetleri kapsamında bunları zaten uygulayabileceğini, bu tedbirlerin gerçekte iç içe geçmiş bir durumda olduğunu ifade edenler de olmuştur⁴⁰. Oysaki koruma tedbirlerinden her birinin şartları ve uygulanma

³⁵ Özbek, “Gizli Soruşturmacının,” 142-143. Ajan provokatörün tanımı için ayrıca bkz. Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, 85; Ozan Ercan Taşkın, *Kışkırtıcı Ajan* (Eskişehir: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008), 7 vd.

³⁶ Erdem, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, 85.

³⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 516.

³⁸ Yargıtay, 28.03.2023 tarihinde m.139/4’e yapılan ekleme öncesi, çeşitli kararlarında, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararına dayanılarak bu tedbirlerin uygulanamayacağını belirtmiştir: “*Olayımızda sanığın 5271 sayılı CMK’nın 140. maddesindeki düzenlemeye göre teknik araçlarla izlenmesine ilişkin bir karar bulunmamaktadır. CMK’nın 139. maddesine göre alınan Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karara dayanılarak ve CMK’nın 140. maddesine göre ayrıca bir karar alınmadan Teknik Araçlarla izleme yapılamaz. Buna rağmen teknik araçlarla izleme, görüntü ve ses kayıtları yapılmıştır. Mahkemece olayların sübutu gizli soruşturmacının faaliyetleri ile teknik izlemeye dayandırılmıştır. CMK’nın 217. maddesine göre; Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka uygun olmayan teknik izlemelerle elde edilen delillere dayanılarak sübuta gidilmesi mümkün değildir.*”, Yargıtay 20. CD. E. 2015/15972, K. 2016/1364, T. 08.03.2016. “*Mahkemece suçun sübutu gizli soruşturmacı faaliyetleri ile teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen kayıtlara ve sanığın ikrarına dayandırılmıştır. CMK’nın 217. maddesine göre sanığa atılı suç hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka uygun olmayan teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen delille dayanılarak sübuta gidilmesi mümkün değildir.*”, Yargıtay 10. CD, E. 2020/6502, K. 2020/3467, T. 15.09.2020., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, son erişim: 06.12.2023.

³⁹ Bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 517.

⁴⁰ Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 410. Öte yandan aynı yazarlar “izleme” ve “araştırma” faaliyetleri kapsamında gizli soruşturmacının belirtilen bu tedbirleri uygulaması hususunda bir engelin bulunmadığını, ancak bir hukuk devletinde

şekli CMK’de ayrı ayrı düzenlenmiştir; bunlardan birinin şartları diğerlerini kapsamaz. Nitekim temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran koruma tedbirleri yönünden kanunilik ilkesi geçerlidir⁴¹. Bu itibarla gizli soruşturmacının başka tedbirleri uygulama yetkisi bulunmamaktadır⁴².

Ne var ki 28.03.2023 tarihinde, CMK m. 139/4’e 7445 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle şu yönde bir düzenleme eklenmiştir: “*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir.*” Bu itibarla “*örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti*” suçu bakımından gizli soruşturmacıya hâkim kararıyla aynı zamanda teknik araçlarla izleme yetkisi de verilebilmektedir. Peki ya hem ev hem de iş yeri olarak kullanılan yerler bakımından durum ne olacaktır? Bize göre böyle bir durumda, kişinin konutunda teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanamayacağını açıkça ifade eden CMK m. 140/5 hükmü uyarınca, teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanamaz. Kaldı ki iş yeri ile konut arasında gerçekte pek bir fark yoktur. Her ikisi de aynı ölçüde kişilerin özel yaşamlarını sürdürdükleri alanı ifade eder. Hatta iş yerlerinde geçirilen süre kimi zaman konutta geçirilen süreden çok daha fazla olabilmektedir.

B. Gizli Soruşturmacının Görevi ve Muhakemedeki Yeri

Gizli soruşturmacının görevi CMK m. 139/4’te belirtilmiştir. Buna göre; “*Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 28/3/2023-7445/19 md.) Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir.*” Anılan hükme göre gizli soruşturmacının muhakemedeki görevi kısaca; suç örgütüne ilişkin araştırmada bulunmak ve örgütün faaliyetleri

kanunda açıkça düzenlenmediği sürece bir tedbir içerisinde başka bir tedbire başvurmanın mümkün olamayacağını belirterek, söz konusu düzenlemeye bir eleştiri de getirmişlerdir. (Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 423).

⁴¹ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 253.

⁴² Gizli soruşturmacının koruma tedbirlerine res’en karar verip uygulayabilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. (Bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 481).

kapsamında işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamaktır⁴³. Öyleyse öncelikle şu sorunun cevaplandırılması gerekir: Bu görev, ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısının yerine getirdiği iddia görevinden farklı mıdır?

Bilindiği üzere muhakemede Cumhuriyet savcısı belirtilen bu görevi emrindeki kolluk görevlileri aracılığıyla yerine getirir. Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri CMK m. 160 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre Cumhuriyet savcısı her şeyden önce “*ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere*” işin gerçeğini araştırmaya başlar (m. 160/1). Bu araştırma adli kolluk görevlileri marifetiyle yapılır ve Cumhuriyet savcısı “*şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla*” yükümlüdür (m. 160/2). Ayrıca Cumhuriyet savcısının emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla her türlü araştırmayı yapabileceği, kolluk görevlilerinin ise Cumhuriyet savcısının araştırmaya ilişkin emirlerini yerine getirmekle, savcı tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri derhâl temin etmekle yükümlü oldukları hususları ve bu yükümlülüklerin uyulmamasının sonuçları CMK m. 161, f. 1-5’te detaylı olarak düzenlenmiştir.

Bu belirtilenler doğrultusunda az önce sorduğumuz soruya dönecek olursak; gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kolluk görevlisinin örgütün faaliyetlerini araştırma ve delilleri toplama görevi CMK’nin 160 ve 161. maddelerde öngörülen yükümlülüklerle doğrudan ilişkilidir. İşte bu nedenle gizli soruşturmacı olarak atanan kolluk görevlisinin yerine getirdiği görev, bir arama veya elkoyma tedbirini yerine getiren kolluk görevlisinininkinden farksızdır⁴⁴. Esasen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, arama

⁴³ Doktrinde Şen ve Aksüt, gizli soruşturmacının asli görevini şu şekilde açıklamışlardır: “*Duyduğunu, gördüğünü ve hissettiğini rapor edip tutanağa kaydetmek değil, suçla ilgili somut delillere ulaşım onları toplamak olup, gizli soruşturmacı araştırmaya konu suçu ve sorumluları ile somut delillerini bulmalı, bilgi ve belgeler ile tanıkları tespit etmeli, tüm bunları bağlı olduğu adli makama aynen ve gecikmeksizin iletmelidir. Bu tedbirle; suç örgütü yapılanmalarında ve CMK m.139/7’de sayılan suçlarda kamu görevlilerinin gizli araştırma tayini edilerek, suça ve faillerine ilişkin delillerin toplanması öngörülmüştür.*” (Ersan Şen ve Ertekin Aksüt, “Gizli Soruşturmacı Tayininde Genel ve Soyut Karar Sorunu,” <https://sen.av.tr/tr/makale/gizli-sorusturmaci-tayininde-genel-ve-soyut-karar-sorunu>, son erişim: 06.12.2023).

⁴⁴ Kolluk görevlilerinin, CMK m. 160 vd. gereğince Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri kapsamında, işlendiği iddia edilen suçla ilgili delil toplamak için alıcı rolüne girmeleri mümkündür. Bunun için CMK m. 139 bağlamında

tedbirinin gizli soruşturmacı tarafından gizli şekilde uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu itibarla gizli soruşturmacının araştırma yapma ve delilleri toplama yükümlülüğünün kapsamı; failerin yakalanması, suç delillerinin ve müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesinden ibarettir⁴⁵. Yalnızca, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinde görevin niteliği farklıdır: Bu görev gizlidir, ilgililerce bilinmemektedir. Ancak bu nitelik bunu diğer koruma tedbirlerinden ayırmaz ve kolluk görevlilerinin muhakemedeki yerini değiştirmez.

Sonuç itibarıyla adli kolluk görevlileri, muhakemede iddia görevini yerine getiren Cumhuriyet savcısının⁴⁶ emri altında olduklarından, gizli soruşturmacının muhakemedeki yeri⁴⁷ Cumhuriyet savcısınıninkiyle aynıdır. Bu

gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmelerine gerek bulunmamaktadır. (Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi*, 546-547).

⁴⁵ “Öte yandan, gizli soruşturmacıların asıl görevi “uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak” değil, “suçu ve failini belirlemek, suçla ilgili delilleri elde etmek”ten ibarettir. Bu nedenlerle gizli soruşturmacı tarafından sanıktan birden çok kez uyuşturucu madde satın alınmasının, ayrıca suç oluşturmayacağı ve gerçek anlamda bir “alım-satım”ın söz konusu olmadığı gözetilmeden atılı suçun zincirleme olarak işlendiği kabul edilerek, sanığın cezasının TCK’nın 43. maddesi ile artırılması...”, Yargıtay 10. CD, E. 2019/243, K. 2021/7282, T. 10.06.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, son erişim: 06.12.2023.

⁴⁶ Cumhuriyet savcısının süjeliği, taraf olup olmadığı sorunu, ödev ve yetkileri konularında detaylı bilgi için bkz. Toroslu ve Fezyioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 132 vd.

⁴⁷ Yargıtay -daha sonra CMK m. 139’da bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte- 11.07.2014 tarihli bir kararında gizli soruşturmacının hukukî durumunu şu şekilde tartışmıştır:

“1- Gizli soruşturmacı hangi suçlarda kullanılabilir?

a) TCK’nın 220. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan “örgüt kurma” ve “örgütü yönetme” suçları,

b) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması şartıyla 139. maddede sınırlı olarak sayılan diğer suçlar.

2- Gizli soruşturmacı “tanık” olarak dinlenebilir mi?

a) Sanık, gizli soruşturmacı tarafından düzenlenen rapor veya tutanağa itiraz etmiş olup da, bu rapor veya tutanak dışında sanık aleyhinde mahkûmiyetini gerektirecek delil yoksa;

aa) Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi ve düzenlediği rapor veya tutanağa uygun beyanda bulunması durumunda sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi muhtemel ise, gizli soruşturmacı tanık olarak dinlenmelidir.

bb) Gizli soruşturmacı CMK’nın 58. maddesi uyarınca ve kimliği mutlaka gizli tutularak dinlenmelidir.

cc) Dinleme sırasında sanık ve müdafine soru sorma olanağı tanınmalıdır.

ifadeden kolluk görevlilerinin muhakemenin bir süjesi oldukları veya muhakemenin tarafı oldukları şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır. Elbette kolluk görevlileri muhakemenin süjesi değildirler. Fakat iddia görevini yerine getiren savcının emri altında soruşturma işlemlerini yürütmeleri nedeniyle, kolluk görevlilerini ceza muhakemesinde savcıdan bağımsız veya ayrı bir yerde düşünmek mümkün değildir.

-
- dd) *Duruşmada dinlenmeyen gizli soruşturmacının düzenlediği rapor veya tutanak hükme esas alınmaz.*
- b) *Sanık, gizli soruşturmacı tarafından düzenlenen rapor veya tutanağın doğru olduğunu söylemiş ise ya da bu rapor veya tutanak dışındaki deliller sübut için yeterli ise; gizli soruşturmacının dinlenmesine gerek yoktur.*
- c) *Gizli soruşturmacının, düzenlediği rapor veya tutanağa uygun olarak beyanda bulunması halinde bile, sübutun varlığı kabul edilmeyecek ise; sonuca etkisi olmayacağı için gizli soruşturmacının dinlenmesine gerek yoktur.*
- 3- *Örgütlü olmayan suçlarda gizli soruşturmacı görevlendirilmiş ise, gizli soruşturmacının hukukî statüsü nedir ve topladığı deliller hukuka uygun delil olarak kabul edilir mi?*
- a) *Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişi adli kolluk görevlisi değil ise;*
- aa) *Delil toplama yetkisi bulunmadığından, elde ettiği deliller ve bu bağlamda düzenlediği rapor veya tutanak "hukuka aykırı" delil niteliğinde olup hükme esas alınamaz.*
- bb) *Bu görevlinin tanık olarak dinlenmesi de gerekmez.*
- b) *Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişi adli kolluk görevlisi ise;*
- aa) *Adli kolluk görevlisi, kollukla ilgili kanunlar ile CMK'daki hükümlerde yer alan genel yetkisi ve görevi kapsamında olmak üzere, Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı emirleri doğrultusunda delil toplayabilir. Bu nitelikte topladığı deliller hukuka uygundur. Bu nedenle, örgütlü olmayan suçlar için gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen ve adli kolluk görevlisi olan kişinin statüsü "adli kolluk görevlisidir."*
- bb) *Adli kolluk görevlisi tarafından düzenlenen rapor veya tutanak dışında, sanık aleyhinde delil yoksa, adli kolluk görevlisinin tanık olarak dinlenmesi ve düzenlediği rapor veya tutanağa uygun beyanda bulunması durumunda sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi muhtemel ise; adli kolluk görevlisi tanık olarak dinlenmelidir.*
- cc) *Adli kolluk görevlisi, diğer tanıklar gibi kimlikleri gizlenmeden dinlenmelidir.", Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2014/1, K. 2014/5430, T. 11.07.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, son erişim: 06.12.2023.*

II. CEZA MUHALEMESİNDE TANIKLIĞA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak Tanık Beyanı

Tanık, ceza muhakemesinde delilin kaynağıdır. Nitekim muhakemede doğrudan inceleme konusu yapılan tanığın kendisi değil, beyanıdır⁴⁸. Şayet sübut konusunda karar vermeye yetkili makam tarafından bu beyanın maddî gerçeği yansıttığına kanaat getirilirse, tanık beyanı ceza muhakemesinde “delil” niteliğini kazanır⁴⁹. Belirtilmelidir ki; tanık beyanı, olayın tanığın mahkeme veya hâkim huzurunda yaptığı sözlü açıklamalar için kullanılan bir kavramdır⁵⁰. Ne var ki CMK soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının da tanık dinleyebileceğini kabul etmiştir (m. 54/2). Bu nedenle savcı huzurunda tanığın yaptığı sözlü açıklamalar da tanık beyanı niteliğini haizdir; ancak yetkili olmayan kişiler veya makamlar huzurunda yapılan açıklamalar⁵¹, bunların tutanağa geçirilmeleri hâlinde, belge delili olarak kabul edilebilirler⁵².

Bir görüşe göre tanık beyanı, ceza muhakemesinde delil çeşitleri arasındaki önem sıralamasında en başta yer alır. Bir hâkim için belge, itiraf, belirti olmadan bir yargılama yapmaktansa, “adaletin gözü ve kulağı” olan tanık olmadan yargılama yapmak çok daha zordur⁵³. Hâlbuki muhakemede her türlü tanık beyanına şüpheyle yaklaşılması gerekir⁵⁴. Zira insan beyni üzerinde yapılan bazı bilimsel araştırmalar, tanığın bir olayı unutmamış olması hâlinde doğru hatırladığı varsayımının yanlış olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Gerçekten de insan hafızası, çeşitli sebeplerle, olan şeyleri aynen kaydedemez. Duyu organları aracılığıyla gerçekleşen algılama esnasında bazı

⁴⁸ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1996), 26.

⁴⁹ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 26.

⁵⁰ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 548.

⁵¹ Tanığın sübut hakkında karar verecek olan makama yaptığı sözlü açıklamaların “tanık beyanı” olarak ifade edilmesi gerektiği; buna karşın, sübuta ilişkin karar vermeyecek resmi makamlar huzurunda yaptığı açıklamalara “ifade” adı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Feyzioğlu, *Tanıklık*, 30, 31; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 548.

⁵² Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 208; Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 548.

⁵³ Roger Merle ve André Vitu, *Traité de Droit Criminel* (Paris: Editions Cujas, 1997), 214-215.

⁵⁴ Devrim Güngör, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 6, s. 2 (2015): 311.

veriler değişim gösterir. Hatta aynı değişim hafızaya daha önce kaydedilmiş olan veriler bakımından dahi mümkün olabilmektedir. İşte bu nedenle hâkim, verilerin algılanmasında rol oynayan etkenleri göz önünde bulundurarak somut olayda tanığın beyanının ne ölçüde ve ne şekilde etkilenmiş olabileceği hususunu değerlendirmeli, buna göre tanık beyanının delil değerini belirlemelidir⁵⁵.

Tanık, basit bir tanımla, muhakemede uyumsuzluğun konusunu oluşturan olayla ilgili bilgi sahibi olan ve kanuna göre tanıklıkla bağdaşmayan niteliklerden birine sahip olmayan kişiyi ifade eder⁵⁶. Esasen bu tanım, tanıklık edebilecek olan tanık kavramını açıklamaktadır; zira “tanık olmak” ile “tanıklık etmek” farklı şeylerdir. Şöyle ki; olayın tanığının sübut konusunda karar vermeye yetkili olan mahkeme veya onun adına hareket eden hâkim önünde dinlenmesi “tanıklık etmek”tir⁵⁷. Kimlerin ceza muhakemesinde tanıklık edebileceğini belirleyebilmek için az önceki tanım çerçevesinde tanıklıkla bağdaşmayan niteliklerin neler olduğunu ortaya koymak gerekir. Bunun için ise genel olarak tanıklığa ilişkin hükümlerin incelenmesi gerekir.

B. Tanıklığın Şartları

1. Tanığın Muhakemenin Tarafı Olamaması

Tanık uyumsuzluğun tarafı olmayan bir kişidir⁵⁸. Bu itibarla muhakemede üçüncü kişi durumundaki herkesin tanık olarak dinlenmesi mümkündür; yeter ki muhakemeye konu olan olayı algılama ve edindiği bilgileri aktarabilme yeteneğine sahip olsun⁵⁹. Esasen CMK’de bu husus açık bir biçimde ifade edilmemiştir; ancak tanıklığa ilişkin hükümler incelendiğinde tanığın taraf olamayacağı kuralının benimsendiği hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, “Tanık Beyanının Delil Değeri,” 309-310.

⁵⁶ Paolo Tonini ve Carlotta Conti, *Manuale di Procedura Penale* (Milano: Giuffrè Editore, 2021), 286.

⁵⁷ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku dahil olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1989), 631.

⁵⁸ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 32 vd.; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 208.

⁵⁹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 303.

Örneğin doğru bir tanık beyanına ulaşabilmek için CMK’de öngörülen hükümler arasında en önemli yere sahip olan m. 52 gereğince; “*her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir*” (m. 52, f.1). “*Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hâllerde birbirleri ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler*” (m. 52, f.2). Bu düzenleme ile amaçlanan tanıkların duruşmada dinlenilmelerinden önce şüpheli veya diğer tanıklarla bir araya gelip birbirilerinden etkilenmelerini önlemektir⁶⁰. Şöyle ki; bir tanık duruşmada dinlenirken aynı anda başka bir tanığın da hazır bulunması durumunda, dinleme sırası kendisine gelen tanık önceki tanıkla çelişmemek için kendi beyanını ona benzetmeye çalışır. Sonra dinlenen tanığın beyanının öncekiyle çelişkili olması, onun yalan beyanda bulunduğu yönünde bir kanaate neden olur; sonra dinlenen tanık da bunu önlemek için böyle bir yola başvurur⁶¹. İşte bu nedenle, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanların veya muhakeme görevini yerine getiren, muhakeme makamlarını işgal eden sùjelerin (örneğin; şüpheli veya sanık, müdafî, katılan) tanık olarak dinlenmeleri söz konusu olamaz⁶². Gerçekten de bu kişilerin beyanlarının uyumsuzluğunun konusunu oluşturan olaya ilişkin olarak objektif olması mümkün değildir⁶³. Oysa muhakemede “tanık beyanının objektifliği ilkesi” geçerlidir⁶⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ceza muhakemesinde vicdani delil sistemi geçerli olduğundan, şüpheli, sanık, suçtan zarar gören, müdafî gibi kişilerin beyanına tanık beyanı niteliğinin atfedilmesi bunları daha değerli hâle getirmez. Başka bir deyişle; tanık dışındaki kişilerin beyanı, muhakemede tanık beyanına göre daha az değerli olmadığı gibi, bu kişilerin beyanlarının değersiz olduğunu peşinen kabul etmek de mümkün değildir⁶⁵. Esas sorun tanıklar hakkında geçerli olan hükümlerin, diğer kişiler bakımından da

⁶⁰ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 234.

⁶¹ Güngör, “Tanık Beyanının Delil Değeri,” 312-313.

⁶² Makam itibarıyla taraf ve şahıs itibarıyla taraf şeklindeki ayırmada, tanığın taraf olmaması gerektiği kuralını yalnızca “makam itibarıyla taraf olma” kavramıyla sınırlandıran, bu itibarla tanığın şahıs itibarıyla muhakemenin tarafı olan kişilerden biri olabileceğini savunan görüş için bkz. Feyzioğlu, *Tanıklık*, 40-42.

⁶³ Sanık, savcı, müdafî ve vekilin tanıklık yapamayacağı yönünde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 606, 608.

⁶⁴ Kunter, *Muhakeme Hukuku dalı olarak*, 633. Tanığın kendi aklı, duygu ve düşünceleri ile yaptığı çıkarımlar onun sübjektif değerlendirmeleridir. Bunlar tanık beyanına dahil değildir. (Kunter, *Muhakeme Hukuku dalı olarak*, 633; Feyzioğlu, *Tanıklık*, 78).

⁶⁵ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 39.

uygulanıp uygulanamayacağıyla ilgilidir. Bu konuda belirtelim ki ister şahıs itibarıyla ister makam itibarıyla muhakemenin tarafı olsun, ceza muhakemesi süjelerinin beyanına tanık beyanı niteliği atfedilemez ve bunlara tanıklığa ilişkin kurallar uygulanamaz. Örneğin tanığın beyanda bulunma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü varken (CMK m.53, 55; TCK m. 272), şüpheli veya sanık susma hakkına sahiptir (CMK m. 147/1-e)⁶⁶. Nitekim Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan “hiç kimse kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz” kuralı, CMK m. 48’de de açıkça öngörülmüştür. Buna göre; “tanık, kendisini veya 45’inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekilebileceği önceden bildirilir.”

Öte yandan Kanun iştirak hâlinde işlenen suçlardan sanık olanlar ile suçun mağdurunun tanık olarak dinlenebileceğini düzenlemiştir⁶⁷. Ancak ilgili hükümler incelendiğinde, esasen bu kişilerin muhakemenin tarafı hâline gelmedikleri bir aşamada dinlenmeleri gerektiği anlaşılmaktadır⁶⁸. Örneğin CMK m. 50/1-c’de yemin verilmeden dinlenecek tanıklar arasında, “soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar” sayılmıştır. Bir sanığın aynı davada birlikte yargılandığı diğer sanıklar lehine veya aleyhine olarak tanıklık yapması kabul edilemeyeceğinden bu düzenleme ile anlaşılması gereken; bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi yoluna gidilemediği hâllerde suça iştiraktan dolayı sanık olanların birbirleri hakkında tanıklık yapabilmeleridir. Nitekim birlikte yargılanan sanıklardan birinin

⁶⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 606. Henüz kendisine suç isnat edilmemiş şüphelinin tanık sıfatıyla dinlenmesi gerektiği yönünde bkz. Feyzioğlu, *Tanıklık*, 49. Ne var ki, muhakemede tanık, şüpheli, sanık sıfatına sahip olan kişilerin hak ve yükümlülükleri birbirinden farklıdır; bu nedenle belirtilen bu sıfatların aynı kişide birleşmesi söz konusu olamaz. (Faruk Turhan, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirilmesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXIV, s. 4 (2020): 368).

⁶⁷ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 208.

⁶⁸ Ne var ki Anayasa Mahkemesi tanık kavramını “özerk” olarak tanımlamaktadır: Tanığın olay hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini; suça iştirak eden, mağdur, müşteki, gizli soruşturmacı gibi kişilerin de tanık olabileceğini ifade etmektedir. (Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 547; Okuyucu Ergün, “Gizli Soruşturmacının Tanıklığı,” 808).

savunmasının mahkeme tarafından inandırıcı bulunması ve diğer sanıklar bakımından da verilecek olan hükme esas alınması mümkündür⁶⁹.

Yine CMK m. 236'da "*mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır*" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Hemen belirtelim ki; mağdurun tanık olarak dinlenmesi, henüz katılan sıfatını almamış olan mağdurlar bakımından mümkün olabilir⁷⁰. Zira mağdur, katılan sıfatını aldığı anda muhakemenin süjesi hâline gelir ve duruşmalara katılma hakkı kazanır. Bu hakkın kazanılmasıyla birlikte hiç şüphesiz katılanın beyanının CMK m. 52'de öngörülen "*her tanığın ayrı ayrı ve sonraki tanık yanında olmadan dinlenmesi*" kuralına uygun olarak alınması mümkün olmaz. Bu sebeple, katılma talebinde bulunan mağdur, sanığın sorgusunun ardından duruşma salonuna alınmalı ve tanık olarak dinlenmeli; bu aşamadan sonra mahkeme katılma talebine ilişkin bir karar verilmelidir⁷¹.

CMK'de yer alan bir başka hükme göre; "*duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği*" hususunun tanığa anlatılması gerekir (m. 53, f. 1-d). Aslında bu düzenleme ile tanığın beyanda bulunduktan sonra, duruşma salonunun önünde bekleyen diğer tanıklarla karşılaşması önlenmek istenmiştir⁷². Bu durumda, duruşma sona erene kadar tanığın mahkeme salonunun dışında fakat diğer tanıklardan ayrı bir yerde bekletilmesi gerekir⁷³. Öte yandan tanıkların beyanda bulunduktan sonra, duruşmada dinlenen diğer tanıkların veya sanığın etkisinde kalmamaları için duruşma salonundan çıkartılmaları gerekir. Nitekim az önce ele aldığımız m. 52/1 hükmü gereğince her bir tanık ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir. Aksi hâlde tanık, yeniden beyanda bulunması gerektiğinde, yalan söylediğinin düşünülmemesi için diğer tanıkların veya sanığın beyanı ile aynı yönde olacak şekilde beyanını değiştirebilir⁷⁴.

Doğru ve objektif bir tanık beyanının elde edilebilmesine yönelik düzenlemelerden devam edecek olursak; CMK m. 59'a göre bildiklerini

⁶⁹ Bkz. Güngör, "Tanık Beyanının Delil Değeri," 313-314.

⁷⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 208.

⁷¹ Güngör, "Tanık Beyanının Delil Değeri," 313.

⁷² Güngör, "Tanık Beyanının Delil Değeri," 315.

⁷³ Tanığın dışarıdaki tanıklarla konuşmasını önleyecek tedbirlerin alınması gerekir. (Feyzioğlu, *Tanıklık*, 321).

⁷⁴ Öğretide CMK m. 52/1 bakımından ortaya çıkan aykırılığın tek başına bozma nedeni olmadığı değerlendirilmektedir. (Bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Ceza Muhakemesi*, 321).

anlatmaya başlamasından sonra tanığın sözü kesilmez. Bunun nedeni, etki altında kalmaksızın tanığın bildiklerini anlatabilmesini sağlamaktır⁷⁵. Şu hâlde ancak beyanını bitirdikten sonra konuyu aydınlatmak, eksik hususları tamamlamak, bilgilerin dayanağını değerlendirebilmek için tanığa soru yöneltilir⁷⁶. Bu itibarla CMK m. 201’de düzenlenen doğrudan soru yönelme yetkisi⁷⁷, tanık beyanını bitirdikten sonra kullanılabilir⁷⁸.

Bununla beraber, çelişme yönteminin hayata geçirilebilmesi bakımından tanığın hazır bulunma hakkına sahip olanların huzurunda dinlenmesi de oldukça önemlidir. Hem bu şekilde m. 58/1’in son cümlesi uyarınca tanığa “*gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular*” da yöneltilerek⁷⁹ beyanın güvenilirliği tartışılabilir⁸⁰. Ancak dikkat edilecek olursa, m. 201 kapsamında ister doğrudan ister mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla olsun, tanığa bu soruları yöneltecek olan yine

⁷⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 629.

⁷⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 629.

⁷⁷ CMK m. 201’e göre; “(1) Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. (2) Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.”

⁷⁸ Doğrudan soru yönelme sistemi ile tanıklık ederken söz kesmeme kuralının birlikte uygulanmasının çapraz sorgu sistemiyle tam olarak bağdaşmadığı yönünde bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 560. Bunun aksi yönündeki düşünce için bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Ceza Muhakemesi*, 325.

⁷⁹ “...Tanıklardan işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adres, varsa telefon numaraları ve gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular sorulmaksızın sadece ad, soyad, baba adı ve doğum tarihi ile yetinilmesi,.... Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş”, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2014/4793, K. 2014/28847, T. 10.09.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>, son erişim: 20.12.2023.

⁸⁰ Güngör, “Tanık Beyanının Delil Değeri,” 316.

muhakemenin sjeleridir. Dolayısıyla muhakeme sjeliği ile tanıklık aynı kiŒide birleŒmez⁸¹.

Bu konuda son olarak belirtelim ki; CMK m. 212, tanığın kendi tutmuŒ olduğu notları ve önceki ifadesini içeren tutanağı okuyarak beyanda bulunamayacağını öngörmektedir. Anılan hükme göre; “*tanık, bir hususu hatırlayamadığını söylerse önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir (f,1)*”. “*Tanığın duruŒmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çeliŒki bulunduğunda, evvelce alınmıŒ ifadesi okunarak çeliŒkinin giderilmesine çalıŒılır (f, 2)*”. Tanığın olayı olduğu biçimiyle anlatmasını sağlamaya yönelik olan bu düzenleme⁸², doğru ve objektif içerikte bir tanık beyanın alınabilmesi bakımından oldukça önemlidir⁸³. Bu ise hiç Œüphesiz ancak muhakemenin tarafı olmayan bir kimseden beklenebilir.

⁸¹ Muhakeme süjeleri, “*aralarında ceza muhakemesi iliŒkisi kurulan kiŒiler*”i ifade eder. (Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 108). Belirtilmelidir ki tanık, muhakemeye katılmakla beraber, muhakeme süjesi değildir. (Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 108-109; Semiyet Badem, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık,*” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, y. 12, s. 45 (Ocak 2021), 290).

⁸² Güngör, “*Tanık Beyanının Delil Değeri,*” 315.

⁸³ “*Tanıklık yapan farklı kiŒilerin, geçmiŒte yaŒadıkları aynı olaya iliŒkin anlatımlarının bire bir aynı olması beklenemez. Ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenen tanıkların anlatımları arasında yargılama açısından önemli olan konularda, uzlaŒtırılması mümkün olmayan çok büyük farklılıklar ya da çeliŒkiler olması halinde, yzleŒtirilmeleri yoluyla çeliŒki giderilmeye çalıŒılır. Tanığın, duruŒmada sözlü olarak aktaracağı bilgilerde, araya zamanın girmesi nedeniyle unutma, hatırlayamama, daha önceden alınan ifadelerini aynen aktaramama gibi durumlarla karŒılaŒılması mümkün olduğundan CMK’nın 212/2 maddesi, tanığın önceki beyanlarının, duruŒmada ifadesinin alınmasından sonra okunmasını, bu Œekilde farklılıkların giderilmesini amaçlamaktadır. Tanığın, aŒama anlatımları arasında, araya zamanın girmesi ve dilin iŒlevsel niteliği nedeniyle ihmal edilebilir farklılıklar bulunması doğaldır. Yargılamaya konu somut olayda; katılan ile tanıklar... ile ...’in soruŒturma ve kovuŒturma evrelerinde, sanığın elinde balta ile tehdit içeren sözler söylediği ve hakaret ettiği yönünde anlatımda buldukları, sadece tanık ..soruŒturmadaki ifadesine göre farklı beyanda bulunarak duruŒma ifadesinde ısrar ettiği, ilk ifadelerinden yaklaşık sekiz ay sonra duruŒmada dinlenen tanıkların, Œikayet dilekçesinde bildirildiği ve kendilerinin de ifade ettikleri gibi birden fazla olay olması nedeniyle, iddianamede tanımlanan eylemi tam olarak hatırlamalarının ve duruŒmada da önceki ifadelerinin aynısını tekrarlamalarının beklenemeyeceği, ayrıntılarda ihmal edilebilir farklılık olsa bile katılan ve tanıkların, sanığa yüklenen eylemi özünde birbirleri ile uyumlu Œekilde ifade ettikleri gözetilmeden, “anlatımlar arasında bariz mbâyenetler bulunduğu ve bu*

2. Tanığın Uyuşmazlığın Konusunu Oluşturan Olayla İlgili Bilgi Sahibi Olması

Tanık, uyuşmazlığın konusunu oluşturan olay hakkında bilgi sahibi olduğu varsayılan kişidir⁸⁴. Olay hakkında iki şekilde bilgi sahibi olunabilir: doğrudan veya dolaylı olarak. Tanığın beş duyusundan birisi vasıtasıyla olayı bizzat algılaması hâlinde doğrudan bilgi sahibi olmasından; başkalarının sözlü, yazılı veya başkaca yollarla (örneğin; resimler veya jestler) olaya ilişkin algılamalarını anlatması hâlinde dolaylı olarak bilgi sahibi olmasından söz edilir⁸⁵. Şu hâlde dolaylı tanıklık, ispatlanması gereken olayın onu anlatan kişi tarafından bizzat algılanmadığı, başka bir kaynak tarafından aktarıldığı durumlarda söz konusu olur⁸⁶.

Dolaylı tanıklık İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 195. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir (art. 195, "testimonianza indiretta"). Türk Hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bazı yazarlar tarafından bu tür tanıklık kabul edilmektedir⁸⁷. Ne var ki tanığın beyanı olayı temsil ettiği ölçüde değerlidir; bu nedenle doğrudan bilgi sahibi olan tanığın anlattıklarının gerçeği daha iyi temsil ettiğini kabul etmek gerekir⁸⁸. Gerçekten, duyduğunu söyleyen kişi bunun doğruluğunu bilemez; yalnızca bilgiyi aktarabilir. Ne var ki bu aktarım sırasında bilgilerin doğruluğunu yitirmesi mümkün hâle gelir⁸⁹. Esasen CMK'de tanığın beyanının doğruluğunu sağlamaya yönelik düzenlemelere genişçe yer verilmişken (yemin, yalan tanıklığının suç olması, doğrudan soru yöneltme gibi), dolaylı tanıklığa ilişkin bir hükmün bulunmaması, bu tanıklık türünün hukukumuzda kabul edilmediği sonucuna bizi götürmektedir. Bu itibarla dolaylı tanık, bilgisine dayandığı kişileri

mübayenetlerin giderilemediği, katılanın açtığı şuf'a davasını kaybetmesinin verdiği kızgınlıkla atfi cürümde bulunmuş olabilecekleri yönünde kuvvetli şüphe oluştuğu" şeklindeki gerekçeyle beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı ve katılan vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA," Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2013/8032, K. 2015/25076, T. 23/03/2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>, son erişim: 20.12.2023.

⁸⁴ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 65.

⁸⁵ Tonini ve Conti, *Manuale*, 290.

⁸⁶ Tonini ve Conti, *Manuale*, 291.

⁸⁷ Bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Ceza Muhakemesi*, 303. Dolaylı tanıklığı destekleyen görüşler için bkz. Volkan Maviş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Dolaylı Tanık," *Suç ve Ceza*, s. 2 (2022): 259 vd.

⁸⁸ Kunter, *Muhakeme Hukuku dalı olarak*, 634.

⁸⁹ Bkz. Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 418.

açıklamalı ve bu kişiler mahkemede mutlaka dinlenmelidir⁹⁰. Bunların dinlenmelerinin mümkün olmaması hâlinde, dolaylı tanık beyanının destekleyici delil olarak da değerlendirilmemesi gerekir; zira bu kişi kanuna göre tanık sıfatını haiz değildir⁹¹.

Öte yandan öğretilerde bazı yazarlarca kimi durumlarda dolaylı tanığın beyanının doğrudan tanığın beyanı ile aynı ölçüde değerli olabileceği de düşünülmektedir⁹². Bir yangının infilâk nedeniyle ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılırken, olay sırasında orada olmadığından infilâkı bizzat duymayan ve olaydan hemen sonra oraya gelip oradakilerden infilâk sonucu yangının çıktığını öğrenen kimsenin beyanı bu duruma örnek olarak gösterilmiştir⁹³. Ancak bize göre ceza muhakemesinde “tanıklık” kavramının kapsamına dolaylı tanıklığı dahil etmek, pek çok açıdan tartışmalı olan tanık beyanının güvenilirliği konusunu daha da tartışmalı hâle getirir ve adil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek uygulamaların önünü açar.

⁹⁰ Nitekim öğretilerde de dolaylı tanık tarafından açıklanan hususların başka delillerle doğrulanması gerektiği (Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 418), duyduğunu söyleyen kişilerin beyanına ancak bu hâlde dayanılabileceği belirtilmiştir. (Friedrich-Christian Schroeder, “Ceza Muhakemesinde “Dürüst Yargılama” İlkesi,” çev. Cumhur Şahin, içinde Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 5, s. 1-2 (1996): 279). Yargıtay da olayın doğrudan tanığı olmayan bir kimsenin beyanına dayanarak mahkûmiyet hükmünün kurulamayacağı görüşündedir: “Bozma sonrası dinlenen tanıklardan ...’ün görgüye dayalı bilgisinin olmadığını söylemesi, yine tanıklar ... ve ...’ın da alınan ifadelerinde yakmanın cevzlerini çalan kişiyi görmediklerini, sadece hatırlamadıkları birilerinden suça sürüklenen çocuğun aldığını duyduklarını söylemeleri ve bozma ilamımızda tanık olarak dinlenmesi istenen ...’un da görgüye dayalı bilgisinin olmadığını anlaşılması karşısında dosya içeriğine uygun mahkemenin beraat kararında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.”, Yargıtay 2. CD, E. 2016/4369, K. 2016/9993, T. 25.05.2016, .

⁹¹ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda dolaylı tanıklığı düzenleyen m. 195 hükmü aslında dolaylı tanıklığa engel teşkil etmemektedir; aksine, muhakemede dolaylı tanığın bilgisinin doğruluğunu kontrol edebilme imkânı sunmaktadır. (Tonini ve Conti, *Manuale*, 291, dp. 24).

⁹² Bkz. Fezyioğlu, *Tanıklık*, 67, 68.

⁹³ Kunter, *Muhakeme Hukuku dalı olarak*, 634, dp. 314.

III. GİZLİ SORUŞTURMACININ TANIK OLARAK DİNLENMESİNİN TANIKLIĞA İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gizli soruşturmacının araştırmada bulunduğu ve suç delillerini elde ettiği bir olayda aynı zamanda tanık olarak dinlenmesi mümkün müdür? Eğer bunun mümkün olduğu kabul edilirse, bu husus tanıklığa ilişkin hükümler yönünden nasıl değerlendirilmelidir? Her ne kadar CMK m. 139/3'te gizli soruşturmacının kovuşturma evresinde dinlenmesinin zorunlu olması hâlinde gizli tanık olarak dinleneceği öngörülmüşse de öncelikle muhakemenin temel ilkeleri esas alınarak bu sıfatların aynı kişide birleşip birleşmeyeceğini ortaya koymak gerekir. Zira gizli soruşturmacının tanıklığını tartışmadan gizli tanıklığa ilişkin sorunları irdelemenin bir önemi yoktur. Esas tartışılması gereken gizli soruşturmacının gizli tanıklığı değil, tanıklığıdır. Öte yandan gizli tanıklığın muhakemenin en temel ilkelerini tehlikeye atan bir kurum olduğuna şüphe yoktur. Fakat gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebileceği kabul edildikten sonra, bu kişinin gizli tanık olarak dinlenmesinden başka bir çare yoktur⁹⁴. Bu itibarla mesele gizli soruşturmacının gizli tanık olarak dinlenmesi değil, muhakemede tanıklık etmesidir. Çalışmamızın şimdiye kadar olan kısmında aynı kişinin hem gizli soruşturmacı hem de tanık olup olamayacağını tespit edebilmek için bu kişilerin muhakemedeki rollerinin ne olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Bu belirttiklerimiz çerçevesinde konuyu ele alacak olursak:

Her şeyden önce tanık muhakemenin tarafı olmayan bir kişiyken, gizli soruşturmacı muhakemede bir tarafı temsil etmektedir. Nitekim örgütün içerisine sızmak suretiyle soruşturmayı savcı adına gizlice yürüten ve iddia görevini temsilen örgüt içerisinde yer alan soruşturmacının, tarafsız bir üçüncü kişi olabileceğini, objektif ve doğru bir beyanda bulunabileceğini kabul etmek eşyanın doğası gereği mümkün değildir. Bununla beraber tanık, beş duyusuyla olay hakkında bilgi sahibi olan bir kişidir. Hâlbuki soruşturmacının örgütün faaliyetlerine ilişkin bilgi sahibinin tek sebebi, diğer üyelerce kendisinin de örgüt üyesi olduğunun sanılmasıdır⁹⁵. Aslında soruşturmacı kamusal iddia makamını temsilen örgütün içerisinde yer

⁹⁴ Sacit Yılmaz, "Gizli Soruşturmacı," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, s. 14, y. 4 (Temmuz 2013): 574.

⁹⁵ Örneğin bir silâh kaçakçılığı suçunu aydınlatmak üzere görevlendirilen gizli soruşturmacının, örgütün faaliyetlerine vakıf olabilmesi için silâhların naklinde ve pazarlanmasında sahte kimlikle görev alması gerekir. (Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2018), 293).

almaktadır. Başka bir ifadeyle, soruşturmacının esas görevi örgüt üyesi olduğu konusunda bir kanaat uyandırarak suç delillerini elde etmektir. Bu nedenlerle soruşturmacı tarafından edinilen bilgiler bir tesadüfe veya yerine getirdiği kamu görevine dayalı değildir; aksine bu kişi bir plan doğrultusunda olayın tanığı hâline getirilmiştir⁹⁶. Bu durum hiç şüphesiz tanığın taraf olmaması ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, edinilen bilginin güvenilirliğini de etkiler.

Ayrıca belirtmelidir ki bir kamu görevlisini hem delilleri toplamak hem de tanıklık etmek üzere örgüt içerisine yerleştirmek, bir soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısını kovuşturma evresine geçildikten sonra tanık olarak dinlemenin yaratacağı tehlikeden çok daha fazlasını yaratır. Zira burada kamu görevlisinin soruşturmacı olduğu ne örgüt üyelerince ne de diğer ilgililerce bilinmektedir. Oysaki Cumhuriyet savcısının yürüttüğü bir soruşturma, ilgililer tarafından bilinir. Dolayısıyla iddia görevini her türlü ön yargıdan uzak şekilde, objektif ve kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yerine getirmesi gereken savcının, soruşturmasını yürüttüğü bir olayda tanıklık etmesini kabul etmek nasıl mümkün değilse⁹⁷. -ki aynı durum adli kolluk görevlileri için de geçerlidir⁹⁸- gizli soruşturmacının tanıklığını kabul etmek

⁹⁶ Aksi yönde bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Ceza Muhakemesi*, 303.

⁹⁷ Keyman'a göre; savcı bakımından çekinme hakkı kabul edilmediğinden, böyle bir durumda savcının başvurusu üzerine veya re'sen başka bir savcının görevlendirilmesi gerekir. (Bkz. Selâhattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, (Ankara: Sevinç Matbaacılık, 1970), 202).

⁹⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok, *Ceza Muhakemesi*, 297. Aksi yönde bkz. Feyzioğlu, *Tanıklık*, 60 (yazar bunun gerekçesini kolluk görevlilerinin makam itibarıyla taraf olmamalarına dayandırmıştır). Gizli soruşturmacının örgüt kapsamında işlenmeyen bir suç için görevlendirilmesi ve adli kolluk görevlilerinin tanık olarak dinlenmesi hususlarına ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: "Örgütlü olmayan suçlarda gizli soruşturmacı görevlendirilmiş ise, gizli soruşturmacının hukukî statüsü nedir ve topladığı deliller hukuka uygun delil olarak kabul edilir mi?"

a) Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişi adli kolluk görevlisi değil ise;
aa) Delil toplama yetkisi bulunmadığından, elde ettiği deliller ve bu bağlamda düzenlediği rapor veya tutanak "hukuka aykırı" delil niteliğinde olup hükme esas alınamaz.

bb) Bu görevlinin tanık olarak dinlenmesi de gerekmez.

b) Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişi adli kolluk görevlisi ise;
aa) Adli kolluk görevlisi, kollukla ilgili kanunlar ile CMK'daki hükümlerde yer alan genel yetkisi ve görevi kapsamında olmak üzere, Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı emirleri doğrultusunda delil toplayabilir. Bu nitelikte topladığı deliller hukuka uygundur. Bu nedenle, örgütlü olmayan suçlar için gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen ve adli kolluk görevlisi olan kişinin statüsü "adli kolluk görevlisidir."

de aynı şekilde mümkün olmamalıdır⁹⁹Objektif ve doğru bir tanık beyanına ulaşabilmek için yukarıda ele aldığımız üzere CMK’de birçok kural öngörülmüştür. Bunların hepsini tersine çevirecek bir düzenleme ile gizli soruşturmacının tanıklığını kabul etmek, muhakemenin en temel ilkelerini ve bu itibarla en başta adil yargılanma hakkını tehlikeye atar. Zira soruşturmacının topladığı bilgi ve belgelerin içeriğine ilişkin olarak bir de kovuşturma evresinde tanıklık etmesi hâlinde ne silâhların eşitliğinden ne de çelişmeli muhakemeden söz edilebilir. Böyle bir durumda savunma makamı bertaraf edilmiş, tanıklıkla kamusal iddia aynı kişide birleşmiştir. Şu hâlde yapılabilecek şey; soruşturmacının elde ettiği delillerin temsil ediciliğini ve doğruluğunu huzurda tartışmak ve varsa tespit edebildiği tanıkları dinlemektir; tıpkı her muhakemede olduğu gibi.

Öte yandan bu tedbire başvurabilmek için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi şartlarının gerçekleşmesi arandığına göre, kuvvetli şüpheyi oluşturan delillerin zaten elde edilmiş olması, ancak somut olayın ispatı açısından gerekli olan başkaca delillerin yalnızca gizli soruşturmacı görevlendirilerek elde edilebilir olması gerekir¹⁰⁰. Bu itibarla gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin, bu kişinin tanıklığı yoluna gidilmeksizin, herhangi bir soruşturmada savcı veya kolluk tarafından toplanan deliller gibi, muhakemenin taraflarınca huzurda tartışılması yeterlidir. Ancak diğer delil elde etme yöntemlerinden farklı olarak, bu tedbir gizli bir nitelik taşıdığından, bu yolla elde edilen delillerin tek başına hükme esas alınmaması, başka delillerle desteklenmesi

bb) Adli kolluk görevlisi tarafından düzenlenen rapor veya tutanak dışında, sanık aleyhinde delil yoksa, adli kolluk görevlisinin tanık olarak dinlenmesi ve düzenlediği rapor veya tutanağa uygun beyanda bulunması durumunda sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi muhtemel ise; adli kolluk görevlisi tanık olarak dinlenmelidir. cc) Adli kolluk görevlisi, diğer tanıklar gibi kimlikleri gizlenmeden dinlenmelidir.”, Yargıtay 10. CD, E. 2014/1, K. 2014/5430, T. 11.07.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, son erişim: 25.11.2023.

⁹⁹ Doktrinde Şen gizli tanıklıkla gizli soruşturmacı kavramlarını birbirinden ayırarak iki sıfatın aynı kişide birleşmeyeceğini şu sözlerle ifade etmiştir: “Kanaatimizce CMK m.139 kapsamında gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlisinin tanıklığına başvurulamaz. Bu kişi taraftır. Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla görevlendirilmiştir.” (Ersan Şen, “Gizli Tanıklık,” *Nevşehir Barosu Dergisi*, s. 1, y. 1 (Mart 2014): 278.

¹⁰⁰ Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabilmesi için diğer tedbirlere başvurmak suretiyle delil edilebilme imkânının bulunmaması gerekir. (Yılmaz, “Gizli Soruşturmacı,” 568).

adil yargılanma hakkının tesisi bakımından en doğru uygulama olacaktır¹⁰¹. Gerçekten de özel soruşturma usulü uygulanarak elde edilen delillerin güvenilirliğine ilişkin sorunlar ancak bu yolla aşılabılır.

¹⁰¹ Gizli soruşturmacının gizli tanık olarak dinlenmesi hâlinde 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu m. 9/8 gereğince gizli soruşturmacının bu beyanı tek başına hükme esas alınamayacaktır. (Bkz. Metin Köse, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XIV, s. 1 (2019): 187).

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur. “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu.” İçinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, 45-60. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Aydın, Devrim. “Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, y. 6, s. 2021/2 (2021): 1–38.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2014.
- Badem, Semiyet. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, y. 12, s. 45 (Ocak 2021): 289-326.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Dönmezer, Sulhi. “Organize Suçlulukla Mücadele.” İçinde *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, y.1, s.1. Ocak 2002: 3-9.
- Erdem, Mustafa Ruhan. *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1996.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Güngör, Devrim. “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 6, s. 2 (2015): 307-318.
- Hafizoğulları, Zeki ve Günal Kurşun. “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2007): 25-80.
- Işık, Mehmet. “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 110 (2014): 383-398.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022.
- Keyman, Selâhattin. *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*. Ankara: Sevinç Matbaacılık, 1970.
- Kleemans, Edward R. “Organized Crime and the Visible Hand: A Theoretical Critique on the Economic Analysis of Organized Crime.” *Criminology & Criminal Justice*, 13(5): 615–629.

- Köksal, Atacan. “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), (2016): 2133-2176.
- Köse, Metin. “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XIV, s. 1 (2019): 175-209.
- Kunter, Nurullah. *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1989.
- Maviş, Volkan. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Dolaylı Tanık.” *Suç ve Ceza*, s. 2 (2022): 249-290.
- Meran, Necati. *İletişimin Denetlenmesi & Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Merle, Roger ve André Vitu. *Traité de Droit Criminel*. Paris: Editions Cujas, 1997.
- Nuhoğlu, Ayşe. “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi.” *İçinde Sulhi Dönmezer Armağanı*, c. II, 1057-1067. Ankara: 2008.
- Okuyucu Ergün, Güneş. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Soruşturmacının Tanıklığı Sorunu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 71, s. 2 (2022): 803-818.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özbek, Veli Özer. *Organize Suçluluk ile Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gereklettiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2003.
- Özbek, Veli Özer. “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu.” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, c. 2, s. 1-2: 135-155.
- Özek, Çetin. “Organize Suç.” *İçinde Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, 195-297. İstanbul: 1998.
- Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Schroeder, Friedrich-Christian. “Ceza Muhakemesinde “Dürüst Yargılama” İlkesi,” çev. Cumhuriyet Şahin. *İçinde Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 5, s. 1-2 (1996): 269-283.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2018.

- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şen, Ersan ve Ertekin Aksüt. “Gizli Soruşturmacı Tayininde Genel ve Soyut Karar Sorunu.” <https://sen.av.tr/tr/makale/gizli-sorusturmaci-tayininde-genel-ve-soyut-karar-sorunu>.
- Şen, Ersan. “Gizli Tanıklık.” *Nevşehir Barosu Dergisi*, s. 1, y. 1 (Mart 2014): 273-283.
- Şen, Ersan. *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Taşkın, Ozan Ercan. *Kışkırtıcı Ajan*. Eskişehir: Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- Tonini, Paolo ve Carlotta Conti. *Manuale di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2021.
- Toroslul, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.
- Turhan, Faruk. “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirilmesi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXIV, s. 4 (2020): 359-409.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yerdelen, Erdal. *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*. Adil Yayınevi, 2006.
- Yılmaz, Sacit. “Gizli Soruşturmacı.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, s. 14, y. 4 (Temmuz 2013): 559-588.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Yüksel, Göksel. “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”.” *Ankara Barosu Dergisi*, (2011/3): 287-298.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070214-11.htm>

