

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 82 Sayı Number 2 Yıl Year 2024 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 82, Sayı 2, 2024

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,

İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130

E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihtm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press

İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,

Fatih / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Tel: +90 (212) 269 30 00

Sertifika No: 20179

Baskımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.

The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in March, June, September and December



DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Dr. Öğr. Üyesi. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - eba@istanbul.edu.tr

Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - aoszoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Zeynep TANYERİ, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
İstanbul, Türkiye - zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Yağmur ALTAY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
İstanbul, Türkiye - y.altay@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Kardelen YİĞİTBAŞI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenc@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekcanitez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajakic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- 2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin
Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme
Evaluation of The Implications of The European Union's New Product
Liability Directive Proposal No. 2022/0302 363
Ayşe Arat, Elif Akıncı

Araştırma makalesi/Research article

- Vesayeti Gerektiren Hallerden Biri Olarak Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Hakkında 7499
Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi
Evaluation of Amendments to Law No. 7499 on Custodial Sentence as One Condition
Requiring Guardianship 409
Caner Taştan

Araştırma makalesi/Research article

- Tereke Borçlarından Sorumluluk Kapsamında Rehinli Tereke Malının Mirasçıya Bırakılması
Transfer of Pledged Estate Property to the Heir within the Liability for
Inheritance Debt Framework 425
Cemile Turgut, Dilşah Buşra Kartal

Araştırma makalesi/Research article

- Yargıtay'ın İçtihat Değişikliği: Kıymetli Evrakın İptalinin Borçluyu Cezalandırıcı Etkisi
(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19-1636/319, 19.3.2019 Künyeli Kararı Üzerine)
The Precedent Change of the Supreme Court of Appeals: The Punitive Effect of the Annulment
of Negotiable Instruments on the Debtor (Upon the Decision of the Assembly of the Civil
Chambers Identified As 19-1636/319, 19.3.2019) 439
Esra Cencki

Araştırma makalesi/Research article

- Gemi Sicil Yönetmeliği'nin Gemi İpoteğinin Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin
Değerlendirilmesi
Evaluation of Ship Registry Regulation Provisions on Establishment of a
Ship Mortgage 479
Murat Aydın



Araştırma makalesi/Research article

Fikri Mahsuller Üzerindeki Mali Haklara Tecavüzün Ref'i Yöntemleri (FSEK 68)

Üzerine Bir İnceleme

A Review on (Art. 68 of TCC) the Termination Methods for

Infringement of Financial Rights on Copyrighted Products 525

Mustafa Ateş

Araştırma makalesi/Research article

EU Legal Landscape and EMCA on Mitigating Abuse by Majority Shareholder(s) in Public

Companies: Any Inspiration for Minority Protection in Independent and Privately Held

Turkish Anonim Ortaklık?

AB Hukuk Düzeni ve EMCA'da Anonim Ortaklıklarda Çoğunluğun Kötüye Kullanımının

Etkilerinin Azaltılması: İzole ve Halka Kapalı Türk Anonim Ortaklıklarında Azınlığın

Korunması İçin Esinlenmek Mümkün Mü?..... 575

Onur Görmez

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Kabahatler Kanunu'nda Düzenlenen Kanun

Yollarına İlişkin Bir İnceleme

A Review on the Remedies Arranged in the Misdemeanors Law Against

Decisions of Administrative Sanction..... 609

Muhammet Kahveci

Araştırma makalesi/Research article

Cumhuriyet Dönemi'nde Modern Avukatlık Mesleğine Geçiş, TBMM Genel

Kurul Görüşmeleri ve Günümüze Dair Eleştiriler

Transition to Modern Attorneyship Profession During the Republican Era, Discussions in

the Turkish Grand National Assembly (TBMM), and Criticisms Regarding Today 647

Mustafa Okan Yağcı

Araştırma makalesi/Research article

**Naming, Order and Power: She Unnames Them All of Ursula & Lord of
the Rings of Tolkien**

Adlandırma, düzen ve İktidar: Tolkien Yüzüklerin Efendisi & Ursula

She Unnames Them All..... 671

O. Vahdet İşsevenler

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

Yeni bir sayının heyecanı ve coşkusuyla sizlerle buluşmanın mutluluğunu yaşıyoruz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin köklü geleneği ve saygın geçmişiyle harmanlanan İstanbul Hukuk Mecmuası, 2024 yılının ikinci sayısıyla karşınızda. Dergimizin her yeni sayısı, hukuk dünyasında derinlemesine tartışmaları teşvik eden, güncel ve önemli konuları ele alan makaleleriyle okuyucusuna zengin bir içerik sunma ödevini sürdürmektedir. Bu sayımızda da farklı hukuk alanlarından seçkin makaleleri sizlerle buluşturmanın heyecanını yaşıyoruz.

2024 yılının yarısını geride bıraktığımız bu günlerde, hukuk dünyasının gündemini oluşturan birçok alanda yine kapsamlı ve nitelikli makaleleri okuyucularıyla buluşturmaktan kıvanç duyuyoruz. Bizler mecmua ekibi olarak hukukun her alanındaki tartışmaları sizlere en doğru ve en güncel şekilde aktarmak için büyük bir özen göstermekteyiz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında, birbirinden değerli on farklı makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk-kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, önceki sayımızdaki makale sayısı ile uyumlu olarak kamu hukuku alanında üç; özel hukuk alanında yedi makale ile sayına çıkmaktadır.

Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilkinde; “Cumhuriyet Dönemi’nde Modern Avukatlık Mesleğine Geçiş, TBMM Genel Kurul Görüşmeleri ve Günümüze Dair Eleştiriler” başlığı altında tarihî metinler üzerinden hareketle avukatlık mesleğinin gelişimi, Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi adli sistemleri içerisindeki farklılıklarla birlikte ele alınmıştır. Kamu hukuku alanının ikinci makalesi, “İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Kabahatler Kanunu’nda Düzenlenen Kanun Yollarına İlişkin Bir İnceleme” başlığını taşımaktadır. Makalede, hem idari hem cezai özellikler taşıyıp kabahat teşkil eden fiillere yönelik verilen yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yollarına ilişkin, alanın bu ikili doğasından kaynaklanan sorunlar, kararlar ışığında incelenmiştir. Kamu hukukuna dâhil İngilizce olarak kaleme alınan son makalede ise yazar, Ursula K. Le Guin’in İsimlendirme isimli kısa hikâyesi ve J. R. R. Tolkien’in Yüzüklerin Efendisi romanında takındıkları felsefi tavırları karşılaştırmış ve hukuk-iktidar ilişkisi üzerine edebi kaynakları referans alarak değerlendirmelerde bulunmuştur.

Özel hukuk başlığı altındaki makalelere gelindiğinde; ilk olarak sayımızda Avrupa Birliği hukukundaki güncel kanunlaştırma hareketlerine ilişkin bir makale yer almaktadır. “2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme” başlığını taşıyan makale, Türk hukukundaki düzenlemelere de yol gösterici olması adına ürün sorumluluğu konusunu ayrıntısıyla

ele almaktadır. Buna ek olarak miras hukuku alanında bir makale de bu sayımızda yer almıştır. “Tereke Borçlarından Sorumluluk Kapsamında Rehinli Tereke Malının Mirasçıya Bırakılması” başlıklı makale, hem miras hem de eşya hukuku alanındaki önemli bir sorunu değerlendirmeye özgülenmiştir. Özel hukuk alanındaki bir diğer makalede ise, FSEK m. 68 irdelenerek fikrî ürünler üzerindeki mali haklara tecavüzün ref’i yöntemleri incelenmiştir. Ayrıca bu sayımızda deniz ticaret hukukundaki önemli düzenlemelerden olan Gemi Sicil Yönetmeliği’nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin kapsamlı olarak değerlendirildiği bir makaleye de yer verilmiştir. İngilizce olarak kaleme alınmış başka bir makalede ise, AB hukuk düzeni ve EMCA’da anonim ortaklıklarda çoğunluğun kötüye kullanımının etkilerinin azaltılmasına ilişkin gelişmelerden, azınlığın korunması amacıyla, soyutlanmış ve halka kapalı Türk anonim ortaklıklarında esinlenmenin mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kıymetli evrakın iptaline ilişkin önemli sonuçlara ulaşarak görüş değişikliğine gittiği 19-1636/319, 19.3.2019 künyeli kararını; usul hukuku, iptal kararı ile senedin teşhis işlevinin kaldırılmasının anlamı, iptal kararı hamili ile senet hamili arasındaki ilişki ve borçlunun durumu yönlerinden inceleyen başka bir önemli makale de bu sayımızda yerini almıştır. Son olarak “Vesayeti Gerektiren Hallerden Biri Olarak Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Hakkında 7499 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi” başlıklı makalede, talep olmadan ergin kişinin kısıtlanması düzenlemesini ortadan kaldıran değişiklik incelenmiştir.

İstanbul Hukuk Mecmuasının başarısının ardında, değerli yazarlarımızın ve hakemlerimizin katkıları, editör ekibimizin özverili çalışmaları ve Rektörlüğümüzün destekleri yatmaktadır. Mecmuamız, her bir katkı sahibinin titiz çalışmasıyla ve tabii ki İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi kimliği ile bugünkü saygın konumuna ulaşmıştır.

Siz değerli okuyucularımızın geri bildirimleri, İstanbul Hukuk Mecmuasının gelişiminde önemli bir rol oynamaktadır. Sizlerden gelen her türlü görüş ve öneriyi dikkatle değerlendiriyor ve dergimizi sürekli olarak daha ileriye taşımak için çaba gösteriyoruz. Hukuk camiasına ve tüm okuyucularımıza en iyi içerikleri sunma gayretiyle, 2024 yılının bu ikinci sayısının da faydalı olmasını diliyor, katkı sunan herkese en içten teşekkürlerimizi sunuyoruz.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 08.03.2023
Revizyon Talebi: 24.04.2024
Son Revizyon Tarihi: 28.06.2024
Kabul: 24.06.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme

Ayşe Arat* , Elif Akıncı** 

Öz

Avrupa Birliği Hukukunda yaklaşık kırk yıldır uygulanmakta olan ve hatalı ürünler sebebiyle doğan zararlara karşı kusursuz sorumluluk rejimi içeren 85/374 sayılı Ürün Sorumluluk Direktifi'nin yürürlüğe girdiği tarihten bugüne imalat, satış ve ürün çeşitliliği alanlarında önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Direktifin amacı, hatalı ürünler sebebiyle meydana gelebilecek bedensel veya malvarlığına yönelik zararları tazmin etmeye yönelik bir sistem kurabilmektir. Bu çerçevede Direktif, 1985 yılında kabul edilmesinden bu yana etkili bir araç olarak uygulanmıştır. Ancak mevcut haliyle bugünün teknolojisinin getirdiği bazı gelişmeleri yakalamaktan uzaktır. Direktif, özellikle yapay zekâ, otonom cihazlarda yaşanan teknolojik gelişmeler ve yaygınlaşan döngüsel ekonomi ile bağlantılı ürünler göz önüne alındığında bu yeni risklerden zarar görenleri etkili bir biçimde koruyabilmek adına değişime muhtaçtır. Bu sebeple 28 Eylül 2022 tarihinde, tespit edilen ve eleştirilen eksikleri gidermek amacıyla yeni bir Ürün Sorumluluğu Direktifi Teklifi yayınlanmıştır.

Ürün Sorumluluğu Direktifi Teklifinde, direktifte yer alan mevcut sorumluluğun, modern dijital ekonomi ve döngüsel ekonominin ortaya çıkardığı ürünlere nasıl uygulanacağı, zararın ispatının kolaylaştırılması ve tazminat taleplerinin önündeki engellerin kaldırılmasına ilişkin sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Teklif, AB Komisyonu'nun Avrupa'yı dijital çağa uygun hale getirme politikası çerçevesinde, dijital teknolojilerle bağlantılı riskleri azaltmayı ve ürünlerin güvenliğini artırmayı hedeflemektedir. Bu bakış açısıyla, üründen kaynaklı bir zarar ortaya çıktığında zarar görenlerin tazminat taleplerinin karşılık bulacağı ve aynı zamanda üreticilerin sorumluluk risklerini öngörülebilecekleri bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Çalışmada tüm bu değişiklik hazırlıkları detaylı olarak incelenmiş, konu Türk Hukuku ve özellikle 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile karşılaştırılmalı olarak ele alınmış, söz konusu değişikliklerin hukukumuza nasıl yansiyabileceği ile ilgili değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

2022/0302/COD, Ürün Sorumluluğu Direktif Teklifi, Ürün Sorumluluğu, Hatalı Ürün, Dijital Ürün, Üreticinin Sorumluluğu, İmalatçının Sorumluluğu

Evaluation of The Implications of The European Union's New Product Liability Directive Proposal No. 2022/0302

Abstract

The Product Liability Directive (PLD) 85/374 has been a significant aspect of European Union law for almost four decades, introducing strict liability for damages arising from defective products. Although the PLD has operated effectively since its inception in 1985, it has not kept pace with modern technological advances. Particularly in the context of products involving artificial intelligence, autonomous devices, and the circular economy the shortcomings of the PLD have become obvious and require revision. A new Proposal for a PLD was published on 28 September 2022 to address these issues. The main objectives of the PLD are to ensure adequate compensation for individuals damaged by products derived from

* **Sorumlu Yazar:** Ayşe ARAT (Doç. Dr.), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: aysearat@akdeniz.edu.tr ORCID: 0000-0001-8261-4302

** Elif AKINCI (Arş. Gör.), KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: elif.akinci@karatay.edu.tr ORCID: 0000-0002-5479-5051

Atf: Arat A, Akinci E, "2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 363. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0001>



modern digital and circular economies, streamline damage assessment procedures, and to facilitate access to compensation claims. The proposed amendments aim to create a predictable framework for compensating parties who are injured by defective products and determining the liability of producers, thus striking a balance between consumer protection and the interests of producers. For these reasons, the proposed amendments to PLD represent a critical step towards addressing the challenges posed by technological developments, such as product safety, and ensuring comprehensive protection for both consumers and producers. Implementing these amendments will establish a robust legal framework that addresses the evolving digital landscape and protects consumer interests while encouraging innovation. Accordingly, in this study, all these amendment preparations are examined in detail and discussed in comparison with Turkish Law and in particular with the Product Safety and Technical Regulations Law No. 7223. Furthermore, it evaluates how these amendments could potentially impact Turkish law.

Keywords

2022/0302/COD, The Proposal for Product Liability Directive, Product Liability, Defective Product, Digital Product, Manufacturer's Liability, Producer's Liability

Extended Summary

Turkish Law has recently witnessed new developments in product liability law. With Code No. 7223 on Product Safety and Technical Regulations (ÜGTDK), which was published in the Official Gazette on March 12, 2020, and entered into force one year later, the regulatory gap regarding the liability of the manufacturer, which existed in Turkish Law for approximately six years, was eliminated. With the Code, European Union Council Directive 85/374/COD was tried to be integrated into national law. However, approximately one year after the Code entered into force, new developments regarding product liability law in the European Union came into the spotlight.

There is no doubt that the current Product Liability Directive 85/374 in the European Union is a valuable tool for compensating individuals who have suffered personal injury or material damage due to defective products. However, with rapid advances in technology, particularly in artificial intelligence, autonomous devices, and the circular economy, the current directive may not be sufficient to address emerging challenges and adequately protect the interests of injured parties. The Proposal for a new Product Liability Directive was published on September 28, 2022, to overcome these issues. This proposal aims to modernise the existing directive and adapt it to the realities of the modern digital economy, technological innovations, and developments.

The proposal addresses some key issues:

First, it provides liability for products from the modern digital economy: Determining liability has become more complex with the increasing use of artificial intelligence and other technologies in the field of products. The proposal introduces provisions to clarify the liability of manufacturers when these technologies are involved in product defects.

Second, it introduces liability for products that come from the circular economy: The circular economy promotes the recycling and reuse of products, which can also lead to complexity in determining liability for damages caused by defective products. The proposal could establish explicit guidelines for determining liability in such cases.

In addition, it facilitates proof of damage: The proposal aims to simplify the process for injured parties to provide evidence of bodily or property damage caused by defective products. This could involve new approaches to gathering and presenting evidence, particularly as advancing technology can sometimes make it impossible for injured parties to provide evidence of product defects. The proposal seeks to support the injured party in such impossible situations and to enable them to compensate for

their losses. However, these proof methods are also new to EU law but may not be entirely new.

It also balances the interests of injured parties and manufacturers: A fair balance must be struck between the rights of injured parties and the responsibilities of manufacturers. The proposal arguably seeks to achieve this balance while promoting product safety and innovation.

Finally, it protects damage to data: Damage to intangible goods is, as a principle, not recoverable under the product liability directive. However, the Directive introduces a major innovation in that it recognises that data damage is compensable under the product liability law. Therefore, the proposal demonstrates the EU's commitment to updating and improving its product liability regulations to keep pace with technological developments and economic changes and to provide better protection for consumers and injured parties.

This comprehensive research study delves into the proposed amendments introduced by the EU Product Liability Directive Proposal. It meticulously analyzes the potential impacts of these amendments on the Turkish legal framework, especially when compared to the Turkish Product Safety and Technical Regulations Law No. 7223. The aim is to explore a deeper understanding of how the proposed amendments could be integrated into Turkish law to strengthen product liability and protect consumers' rights more effectively.

Giriş

Hatalı ürünlerden kaynaklanan zararlar için kusursuz sorumluluk rejimini düzenleyen 85/374 sayılı Ürün Sorumluluk Direktifi (Direktif) 1985 yılından bu yana Avrupa Birliğinde uygulanmaktadır¹. Avrupa Birliği'nin özel hukuk alanındaki ilk düzenlemeleri arasında yer alan Direktif'in uzun yıllardır yalnızca birkaç değişiklikle uygulanmaya devam etmesinden hareketle doktrinde çeşitli eleştiriler baş göstermiş, adeta Avrupa Komisyonu'na (Komisyon) bir revizyon çağrısında bulunulmuştur. Bu eleştirilerin temelinde, Direktifin Avrupa Birliği Hukuku'ndaki yeni düzenlemeler ve reformları ele almaması, dijital çağa ayak uyduramaması ve piyasadaki tüm ürünleri kapsamakta zorlanması yer almıştır. Bunun üzerine Direktif, 2018 yılında Avrupa Komisyonu tarafından gözden geçirilmiş, özetle, dijital ve döngüsel gelişmeler kapsamında tanım ve kavramların yetersiz kaldığı, karmaşık ürünlerdeki hatanın ispatının zarar görenler için zorlayıcı olduğu ve tazminat talebinde bulunma imkanının parasal olarak sınırlandırılması gerekçeleriyle eksik bulunmasına rağmen düzenlemenin bir bütün olarak etkili olduğu sonucuna varılmıştır². Ancak yakın zamanda Avrupa Birliği Hukuku'nda ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde dijital çağı ve özellikle yapay zekâ teknolojisindeki gelişmeleri yakalamak, günümüzde iklim krizi sebebiyle giderek yaygınlaşan döngüsel ekonomiye ve verilerin korunması meselelerine ayak uydurmak amacıyla bir hareketlilik başlamıştır³. Komisyon, Eylül 2022'de yayınladığı bilişim teknolojileri ürünlerinin siber dayanıklılığına ilişkin Siber Dayanıklılık Kanun Teklifini⁴ takiben aynı ay içerisinde peş peşe iki yeni teklifte daha bulunmuştur⁵. Bunlardan ilki yapay zekâ sistemindeki bir hata sebebiyle zarara uğrayanların, geleneksel bir ürünlerdeki hata sebebiyle zarara uğrayanlarla eşdeğer koruma elde etmesini sağlamayı ve yapay zekâ geliştiren veya kullanan işletmelerin yasal belirsizliklerini azaltmayı amaçlayan Yapay Zekâ Sorumluluk Direktifi Teklifi⁶,

¹ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374> > Erişim Tarihi 04.01.2023.

² Bkz. Evaluation of Product Liability Directive, SWD (2018) 157. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2018%3A157%3AFIN> > Erişim Tarihi 04.01.2023.

³ Gerhard Spindler, “Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz” 2022 38 (11) Computer und Recht, 690, No. 1.

⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020 (CRA-D), 15.9.2022, COM (2022) 454 final. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0454> > Erişim Tarihi 04.01.2023.

⁵ Gerhard Spindler, “Different Approaches for Liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems”, (Ocak 2023), 2. < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4354468 > Erişim Tarihi 03.03.2023; De Bruyne Jan, Dheu Orjan ve Ducuing Charlotte, “The European Commission’s Approach To Extra-Contractual Liability and AI – An Evaluation of the AI Liability Directive and the Revised Product Liability Directive”, 2. < <https://ssrn.com/abstract=4295676> > Erişim Tarihi 03.03.2023.

⁶ Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AILD) COM/2022/496 final. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496> > ET. 04.01.2023. Teklif, yalnızca yapay zekâ sistemlerini içeren olaylardan kaynaklanan zararlar için haksız fiil temelindeki talepleri düzenlemektedir. Teklif hakkında detaylı bilgi ve Ürün Sorumluluğu Direktif Teklifi ile karşılaştırması için bkz. Hacker Philipp, “The European AI Liability Directives- Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future”, (Ocak 2023) 6-10. < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4279796 > Erişim Tarihi 14.03.2023.

diğeri ise işbu çalışmanın konusunu oluşturan 2022/0302 sayılı Hatalı Ürünlerden Kaynaklanan Sorumluluğa İlişkin (Ürün Sorumluluğu) Direktif Teklifidir⁷ (Teklif).

Komisyon, ürün sorumluluğuna ilişkin mevcut Direktifteki hemen hemen tüm maddelerin değişmesi gerekeceğinden, bir revizyon teklifi sunmak yerine baştan sona yenilenmiş bir direktif teklifi hazırlamıştır. Teklifin hazırlık aşamasında ise tüm paydaşların fikirlerine önem vermiş, birçok farklı çalışma ve yorumdan faydalanmıştır. Teklifin amacı, Direktifte olduğu gibi tüketicinin korunmasını sağlamak ve müteşebbisler ile tüketicilerin menfaatlerini dengede tutmaktır. Bu husus Teklifin Gerekçesinde (*Explanatory Memorandum*) iç pazar işleyişi, malların serbest dolaşımı ve rekabetin bozulmamasının sağlanması yanında tüketicilerin sağlığının ve mülkiyetinin iyi biçimde korunmasının amaçlandığı şeklinde belirtilmiş, ayrıca müstakbel davacıya tanınan kolaylıklar ve yeni koruma hükümleri ile teyit edilmiştir. Aynı şekilde yapılan değişikliklerde dijital çağdaki ve döngüsel ekonomideki ürünlerin doğası ve riskleri göz önünde bulundurulurken, Direktifin AB'deki yeni yasal çerçeve ve ürün güvenliği kuralları ile daha uyumlu hale gelmesinin sağlanmak istendiği vurgulanmıştır. Hatta Komisyon böyle bir değişikliğin sonuçlarını da değerlendirerek, teklifin yasalaşması halinde ürün sorumluluk sigorta primlerinin artacağını öngörmüştür⁸.

Tüm bu hazırlıklar ve çok yönlü değerlendirmeler sonucunda hazırlanan Teklif, Direktif olarak AB Resmî Gazetesinde yayınlanmasını takip eden yirminci gün yürürlüğe girecek ve yürürlüğe girdiğinde kuşkusuz hukukumuzu etkileyecektir. Zira hukukumuzda ürün güvenliği ile ilgili hususlar ilk olarak Avrupa Birliği mevzuatı temel alınarak 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile düzenlenmiş, ardından Avrupa Birliği yatay mevzuatında 2010 ve 2019 yıllarında meydana gelen önemli değişiklik ve yenilikler (güvenli olmayan ürünlerin geri çağırılması, ürünlerin sorumlusunu bulmaya yönelik iktisadi işletmecilerin izlenebilirliği, e-ticarette piyasa gözetimi ve denetimi, ürün sorumluluğu tazminatı gibi hususların düzenlenmesi gerekliliği) 4703 sayılı kanunun yürürlükten kaldırılmasına ve 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK)'nun düzenlenmesine yol açmıştır. Bu sebeple süreç devam edecek, konuya ilişkin Avrupa Birliği mevzuatında meydana gelen değişiklikler zaman içinde hukukumuzda yansiyacaktır. Çalışmanın amacı bu etkileri değerlendirebilmektir. Bu çerçevede çalışmada Teklifin, Direktif üzerinde yaptığı değişiklikler ÜGTDK ile karşılaştırmalı olarak ele alınmış ve Türk Hukuku için ne gibi yenilikler getirebileceği incelenmiştir. Özellikle Teklif metninde öne çıkan ürün kavramı, zararın kapsamı, tazimat talepleri, ispat yükü ve zamanaşımı konularında karşılaştırmalı değerlendirmeler yapılmıştır.

⁷ Metnin tamamı için bkz. [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)495&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)495&lang=en) > Erişim Tarihi 04.01.2023.

⁸ Gerekçe, 10. < [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)495&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)495&lang=en) > Erişim Tarihi 01.02.2023.

Ürün

A. Genel Olarak

Direktif m. 2 uyarınca bir taşınırın veya taşınmazın bütünleyici parçası olsun veya olmasın, elektrik dahil tüm taşınır mallar ürün olarak kabul edilmektedir. Bu tanım, Direktif'in 1985 yılında kabul edilmesinden bu yana büyük ölçüde varlığını korumuş, ürün kavramı ve onun kapsamında yaşanan gelişmelerden etkilenmemiştir. Oysa teknolojik gelişmelere bağlı olarak hayatımızda önemli bir yere sahip bulunan yazılım ve yapay zekâ gibi maddi olmayan öğeler ürün tanımı içerisinde yer almamakta ve bunlardan kaynaklanan zararların ürün sorumluluğu kapsamında karşılanıp karşılanmayacağı meselesi belirsizliğini korumaktadır⁹. Bu sebeple doktrinde, Direktif metnine ilişkin yapılan eleştirilerin temelinde ürün kavramının kapsamı yer almaktadır. Genel kabul gören görüş, dijital ürün fiziksel ürün ile birlikte satıldığı veya dağıtıldığı sürece, bir diğer ifade ile dijital ürün fiziksel bir ürünün parçası olduğu müddetçe Direktif kapsamında ürün olarak nitelendirileceği yönündedir. Bu noktada hatanın dijital üründen mi yoksa diğer bileşenlerden mi kaynaklandığına bakılmaksızın nihai ürünün üreticisi zarardan sorumludur. Buna karşın fiziksel bir ürünün parçası olmayan dijital ürünün Direktif nezdinde ürün olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ise tartışmalıdır¹⁰. Bu sebeple Teklif ile getirilen belki de en önemli değişiklik ürün tanımının kapsamına ilişkin olmuştur.

Teklif m. 3 (1) uyarınca ürün; elektrik, dijital üretim dosyaları¹¹ ve yazılım da dahil olmak üzere bir taşınırın veya taşınmazın bütünleyici parçası olsun veya olmasın tüm taşınırlar olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bu yeni tanım ile yazılım, yapay zekâ sistemleri, otonom araçlar, nesnelerin interneti (IoT), 3D yazıcılar gibi dijital gayri maddi ürünlerin tamamı, başka bir ürünün parçası olup olmadıklarına bakılmaksızın “ürün” olarak nitelendirilebilir hale gelmiştir¹². Böylece ürün kavramı, Komisyon'un bu radikal değişikliği ile halihazırda piyasaya sürülmüş ve kullanıcılarına zarar verme riski olan ürünleri de içerecek şekilde genişlemiş ve dijital çağa ayak uydurmuştur¹³.

⁹ European Law Institute, *Innovation Paper Series, Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, European Law Institute (Viyana: 2021) 5; Bernhard A. Koch, Jean-Sébastien Borghetti, Piotr Machnikowski, Pascal Pichonnaz, Rodríguez de las Heras Ballell Teresa, Christian Twigg-Flesner ve Christiane Wendehorst, “*Response of the European Law Institute to European Commission's Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*” 2022 1 (13) *Journal of European Tort Law*, 37; Duncan Fairgrieve ve Eleonora Rajneri, “*Is Software a Product under the Product Liability Directive?*”, *Member State & Academic Perspectives* (1. Auflage, *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht* 2019), 24; Jan De Bruyne, Thomas Gils ve Elias Van Gool, *Tort Law and Damage Caused by AI Systems, Artificial Intelligence and the Law* (2nd edition 2022), 377-380, No. 31.

¹⁰ ELI (n 9) 5.

¹¹ Gerekçede 3D yazıcılar gibi makine veya aletlerin otomatik kontrolünü sağlayarak somut bir ürün üretmek için gerekli işlevsel bilgileri içeren dijital üretim dosyalarının hatalı olması halinde tüketicilerin korunabilmesi için bu ürünlerin Teklif kapsamında ürün olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Gerekçe, No. 14.

¹² Teklif öncesi bu değişikliklerin getirilmesine ilişkin öneriler için bkz. ELI (n 9) 5-6.

¹³ Gerhard Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV* (8. Auflage, C.H.Beck 2020) ProdHaftG, § 2, No. 28; Gerhard Wagner, “*Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect*” 2023 3 (13) *Journal of European Tort Law*, 203; Spindler (n 5) 3; Hacker (n 6) 15; Spindler (n 3) 690, No. 4

ÜGTDK m. 3/s uyarınca ise ürün; her türlü madde, müstahzar veya eşya olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın Direktifin ürün tanımına göre daha geniş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte doktrinde hüküm, Direktife uygun olarak her türlü taşınır eşyayı kapsar biçimde yorumlanmakta¹⁴, yazılımlar¹⁵ ve Direktifte ayrıca belirtilen elektrik de ürün kapsamına dahil edilmektedir¹⁶. Hükümün ayrıca sadece maddi malları değil aynı zamanda gayri maddi malları da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁷. Müstahzar kavramı ise genellikle ilaç olarak anlaşılmakta ancak kanunda bu ifadenin yer alış biçimi isabetli bulunmamaktadır¹⁸. Kanun koyucunun ürün kavramını geniş tuttuğu hatta Teklifin korumak istediği ürün yelpazesine önceden ulaştığı söylenebilir. Bu sebeple Teklifin yasalaşmasının, Türk Hukukunda bu hüküm açısından herhangi bir değişiklik yapılmasını gerektirmeyeceği söylenebilir. İki hüküm arasında kapsam farklılıklarına ilişkin uyumsuzluk doğması halinde ise bu uyumsuzluğun ÜGTDK'daki ürün kavramının içeriğinin Teklifteki ürünleri kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiğine dair yapılacak bir yorum ile giderilmesi mümkündür. Zira ÜGTDK'nın ürün tanımı böyle bir yorum yapmaya uygundur.

B. Hizmet

Hizmet, kural olarak ürün sorumluluğunun konusunu oluşturmamakta ne Direktif ne de Teklifte yer alan ürün tanımı içerisine girmektedir. Ancak Teklif ile dijital hizmetlere ilişkin özel bir düzenleme getirilmektedir. Sorumluluktan muafiyet hallerinin düzenlendiği onuncu madde uyarınca “bir veya daha fazla işlevini yerine

¹⁴ Akın Ünal ve Arif Kalkan, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler” 2019 (39) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 66; Yeşim M. Atamer ve Gökçe Kurtulan Güner, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?” 2021 70 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 553, 554; Damla Özden Çelt, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu” 2021 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89; Seda Baş, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış” 2022 (52) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 370. Taşınmazları da ÜGTDK kapsamında ürün sorumluluğunda değerlendirmek gerektiği ancak taşınmazın ürün kabul edilememesi gerektiği yönünde Erhan Kanişlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu” 2020 78 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1432; ÜGTDK'nun yürürlüğe girmesinden önce mülga TKHK. m. 4 kapsamında taşınmazların da olduğu, burada amaca uygun yorum yapılması gerektiği ancak taşınmazın ürün kabul edilemeyeceği yönünde Çiğdem Kırca, Ürün Sorumluluğu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2007) 192; Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2005) 122; hukukumuzda göre taşınmazların da sorumluluğun konusu olacağı yönünde Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık 2008) 280; Erhan Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (On İki Levha Yayınları 2009) 19. Taşınmazların ÜGTDK kapsamında olduğu yönünde Sinan Okur, “Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı”, (1. Bası Adalet Yayınevi) 289-290; A. Lale Sirmen, “Ürün Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler) Haziran 23-24 2022 (Filiz Kitabevi 2022) 71; Cemre Polat, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu” 2021 70 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 984.

¹⁵ Kırca (n 14) 196; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 556; Kanişlı (n 14) 1434; Baş (n 14) 370; Sirmen (n 14) 72; aksi görüş, Polat (n 14) 988.

¹⁶ Kırca (n 14) 186; Havutçu (n 14) 121; Akçura Karaman (n 14) 286; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 555; Kanişlı, (n 14) 1431; Ünal ve Kalkan (n 14) 66; Baş (n 14) 370; Çelt (n 14) 90; Polat (n 14) 986; Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu* (1. Basım Adalet Yayınevi 2009) 133. Elektriğin ayrıca sayılarak ürün kapsamına alınması yönünde Sirmen 72.

¹⁷ Kanişlı (n 14) 1432; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 555-556. ÜGTDK yürürlüğe girmeden önce, aynı yönde Akçura Karaman (n 14) 289. Aksi yönde Havutçu (n 14) 122; Polat (n 14) 987.

¹⁸ Kanişlı (n 14) 1432; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 553; Baş (n 14) 370; Çelt (n 14) 90; Polat (n 14) 986; Sirmen (n 14) 71.

getirmesini sağlayacak şekilde ürüne entegre olan veya ürünle bağlantılı dijital hizmetlerden kaynaklanan” zararlar ürün sorumluluğu kapsamı içerisine dahil edilmiştir.

Gerekçede ayrıca, ürün sorumluluğu altındaki dijital hizmetin üreticinin kendisi tarafından tedarik edilmesi, üçüncü bir kişi tarafından tedarik edilmesini sağlaması ya da üreticinin bu hizmeti tavsiye etmesinin hizmetin niteliğini değiştirmeyeceği zira bu hallerde dijital hizmetin üreticinin kontrolü altında ve ürünün bileşeni olarak kabul edildiği belirtilmektedir¹⁹. Böylece ürünü tercih ederek üreticiye olan güvenini ortaya koyan tüketicinin, onun tavsiye ettiği veya yönlendirdiği hizmetlere karşı olan güveni de korunmuş ve başka bir hizmet yerine önerilen hizmeti tercih etmesi halinde ortaya çıkan zarardan yine üretici sorumlu tutulmuş olur²⁰. Ancak sorumluluk için üreticinin dijital hizmeti tavsiye etmesi veya alıcıyı başka şekilde etkilemesi tek başına yeterli değildir, ayrıca bu durumun üreticinin kontrolü altında bulunması da gerekmektedir.

Öte yandan “*üreticinin kontrolü altında olma*” halinin kapsamı da muhtemel tartışmalara gebe dir. Örneğin bir üreticinin önererek veya üçüncü kişiyi bu yönde etkileyerek dijital hizmeti nasıl kontrolü altında tutabileceği veya dijital hizmetlerin güncellenmesi/iyileştirilmesi halinde gelecekteki sürümler için de tavsiyesinin devam ettiğinin kabul edilip edilmeyeceği açık değildir²¹. Gerekçede dijital hizmetlere ilişkin daha açıklayıcı bilgiler verilerek bu tür tartışmaların önüne geçilebilirdi, ancak bu durumda yapılacak şey uygulamada kavramın sınırlarının çizilmesini beklemektir.

Türk Hukuku’nda ise hizmetler ürün olarak nitelendirilmemekte, ÜGTDK’da dijital hizmetlere ilişkin özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla hukukumuzda, dijital hizmetlerden zarar görenlerin dijital hizmet sağlayıcısına karşı ÜGTDK kapsamında talep yöneltmesi mümkün değildir. Ancak pek tabii ki Teklifin yasalasmasından sonra ÜGTDK’da yapılacak bir değişiklikle dijital hizmetlerin ülkemizde de ürün sorumluluğu kapsamına alınması düşünülebilir. Öte yandan hukukumuzda, hizmeti bizzat gören kişinin değil, hizmeti üreten olarak kabul edilebilecek işletme organizasyonundan sorumlu olanların, TBK. m. 66/III çerçevesinde sorumlu tutuldukları hallerle sınırlı olmak üzere ürün sorumluluğu kapsamında düşünülebileceği de ifade edilmektedir²².

C. Yazılım

Yazılım mevcut Direktif kapsamında başlı başına bir ürün olarak nitelendirilmemektedir. Teklif m. 4 (1) ise ürün tanımı içerisine açıkça yazılımı

¹⁹ Gerekçe, No. 15.

²⁰ Spindler (n 5) 5; Spindler (n 3) 691, No. 8.

²¹ Spindler (n 5) 5; Spindler (n 3) 691, No. 8.

²² Kırcı (n 14) 201, 202, 258.

eklemiş ve üye devletlerde yazılımın ürün olarak kabul edilmesine ilişkin eğilime destek vermiştir. Bir cihazda depolanmış yazılımlar ile bulut teknolojileri yoluyla erişilmiş yazılımlar da bu kapsamda ürün olarak değerlendirilmektedir²³. Yazılımların kaynak kodları ve açık kaynak kodları ise saf bilgi olduklarından bu kapsamın dışında tutulmuştur²⁴. Bu durum doktrinde, açık kaynak kodlu yazılımların başkasının mülkiyetinde bulunan ve ücreti mukabilinde kullanılabilen yazılımlarla beraber veya bir ürün veya dijital hizmet ile bağlantılı olarak bir “ürün gibi” müşteriye sunulduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir²⁵. Bununla birlikte açık kaynak kodlu yazılımın bir bedel veya kişisel verilerin paylaşılması karşılığında kullanıma sunulması halinde ise veriler münhasıran güvenlik, uyumluluk veya birlikte çalışabilirliği geliştirmek için kullanılmadığı sürece Teklif uygulama alanı bulacaktır²⁶.

Diğer taraftan bu kapsamda değerlendirilebilecek yazılım kütüphanesi (*programming library*) kavramına ise ne Teklif metninde ne de Gerekeçde değinildiği gözlemlenmiştir²⁷. Çalışabilir bir yazılım veya program yazmak için kullanılacak çeşitli kodların ve yazılımların yer aldığı kaynak olarak tanımlanabilen yazılım kütüphanesi (*programming library*), yazılımcılar tarafından yeni bir yazılım geliştirmek için kullanılan en önemli kaynaklardan biridir. Yazılım kütüphanesi (*Programming library*), zorunlu olmamakla genellikle birlikte açık kodlar, kaynak kodları ve yazılımları içerir ve bunları kullanıcılarına (yazılımcı, yazılım şirketleri vb.) sunar. Bu kütüphanelerde bulunan ve yazılımcıların kullanımına açık olan kodlar kullanılarak yeni kodlar, yazılımlar oluşturulur ve bu kod ve yazılımlar birbirinden farklı çeşitli ürünlerin üretiminde veya geliştirilmesinde kullanılır. Hangi kütüphaneden hangi kodu seçeceği veya kodu kendisinin mi yazacağına karar vermek ise yazılımcıya aittir. Bu bilgiler ışığında, söz konusu kütüphanelerin açıkça ürünün bir veya daha fazla işlevini yerine getirmesini sağlayacak şekilde ürüne entegre olan veya ürünle bağlantılı hizmet sundukları anlaşılmaktadır. Bu sebeple *programming library* olarak isimlendirilen yazılım kütüphanelerini kanaatimizce Teklifte yer alan dijital hizmet tanımını karşıladığı için birer ürün olarak kabul etmek gerekir²⁸.

²³ Spindler (n 5) 4; Spindler (n 3) 690, No. 5.

²⁴ Saf bilginin ürün oluşturmadığı 2021 yılında Avrupa Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen yeni tarihli *Krone* kararında ele alınmıştır. Karara konu olayda Avusturyalı bir gazete yayıncısı olan *Krone*'a karşı, romatizma ağrılarınin tedavisi için yanlış bitkisel ilaç tavsiyelerinde bulunulması ve buna uyan bir okuyucunun maruz kaldığı zararlar için ürün sorumluluğu doğduğu talebi ile açılan davada mahkeme, yalnızca bilgi niteliğinde olan sağlık tavsiyesinin Direktif kapsamında korunmayacağına karar vermiştir. Karar no: ABAD, 10.6.2021, C-65/20 (VI. / *Krone Verlag*), paragraf 29 vd. Karara ilişkin detaylı değerlendirme için bkz. < <https://europeanlawblog.eu/2022/01/19/case-c-65-20-krone-offering-some-clarity-relating-to-product-liability-information-and-software/> > Erişim Tarihi 03.03.2023. De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 17; Wagner, “Liability” (n 13) 202; Spindler (n 5) 4; Hacker (n 6) 15.

²⁵ Wagner, “Liability” (n 13) 202; Spindler (n 5) 7; Spindler (n 3) 689, No. 11.

²⁶ Gerekeç, No. 13.

²⁷ Spindler (n 5) 4.

²⁸ Aynı yönde bkz. Spindler (n 5) 4; Spindler (n 3) 690, No. 5. Yazar, yazılım kodları ürün olarak kabul edildiğinden, kodun parçası olan yazılım kütüphanesinin (*programming library*) de ürün olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Hukukumuzda ise ÜGTDK'nın ürün tanımı geniş yorumlandığı için doktrinde yazılımların bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir²⁹. Yazılımların ürün olduğu konusunda bir tereddüt olmamakla birlikte hukukumuzda yazılım kavramının kapsamı belirlenirken Teklife yönelik değerlendirmelerin göz önünde bulundurulması mümkündür.

D. İlaçlar

Direktif metninde ilaçların ürün kavramı içerisinde yer alıp almadığına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak yakın zamanda ABAD tarafından verilen iki ayrı kararda³⁰ Direktifin, farmasötik ürünleri kapsayacak şekilde geniş bir biçimde yorumlandığı görülmektedir³¹. Buna karşın kararlarda, ilaçların farmasötik ürün içerisine girip girmediği belli olmadığı gibi Direktif metninde de ilaçların ürün kavramı içerisinde yer alıp almadığına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Doktrinde ise ilaçların ürün değerlendirilmesinin doğru olup olmadığı meselesi tartışmalıdır. Bir görüş, hatalı ilaçlardan doğacak zararlara ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim ilaçlar, hatalı ilaçlardan doğan zararın daha geç ortaya çıkması ve on yıllık zamanaşımı süresi ile illiyet bağının ispatında yaşanan zorluklar sebebiyle diğer ürünlerden farklılık arz etmektedir. Ancak bu görüş, diğer ürünlerin de ayrı bir rejime tabi olup olmaması gerektiği sorusunu gündeme getirmekte ve Direktifin tüm ürünleri tek bir rejim içerisinde değerlendirme amacına uygun bulunmamaktadır. Bu sebeple ilaçlara özel bir düzenleme yapmak yerine Direktifin ilaçları da içerecek şekilde genişletilmesi ve sorumluluk rejiminin buna uygun hale getirilmesinin amaca daha matuf bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir³². Bu karar ve tartışmaların ışığında Gerekçede, üye devletler iç hukuklarında ilaçlardan kaynaklanan zararlara ilişkin bir özel düzenleme yapmamışlarsa bu düzenlemeler kapsamında yapılacak taleplerin, Teklif kapsamında yapılacak taleplerden etkilenmeyeceği ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca, zarar görene 8. madde ile getirilen ispat kolaylığından söz edilirken, bu ispat kolaylığından yararlanılabilecek karmaşık davalara örnek olarak ilaçlardan zarar görenlerin açtığı davalardan bahsedilmiştir. Bu sebeplerle Teklifin ilaçları da kapsadığı sonucuna varmak mümkündür.

Türk Hukukunda ise ÜGTDK'da ilaçlardan veya farmasötik ürünlerden söz edilmemekle beraber “*müstahzar*” kelimesi kullanılmıştır³³. Doktrinde baskın olarak,

²⁹ Kirca (n 14) 196; Atamer/Kurtulan Güner (n 14) 556; Kanişlı (n 14) 1434; Baş (n 14) 370; Sirmen (n 14) 72; Aydos (n 16) 137.

³⁰ Kararlar için bkz. *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen-Anhalt*, ECLI:EU:C:2015:148; 21.6.2017, C-621/15; *N. W and Others v Sanofi Pasteur MSD SNC and Others*: ECLI:EU:C:2017:484.

³¹ Koch ve et al. (n 9) 37; Spindler (n 5) 11. Bu içtihadın genelleştirilmemesi yönündeki eleştirisi için bkz. MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG, (n 13) § 3, No. 56.

³² Koch, Borghetti, Machnikowski, Pichonnaz, Rodríguez de las Heras Ballell, Twigg-Flesner ve Wendehorst (n 9) 37.

³³ Bu kelimenin 1262 sayılı “İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu” esas alınarak kullanıldığı düşünülmektedir.

bu kelimenin ilaç veya tıbbi ürünlerin yerine kullanılabilmesiyle gerekçesiyle kanun koyucunun hatalı ilaçlardan kaynaklanan zararları da bu kapsamda düzenlemek istediği kabul edilmektedir³⁴.

Hatalı Ürün³⁵

A. Genel olarak

Direktif m. 4 uyarınca üreticinin sorumluluğunun doğabilmesi için üründeki hatanın, uğranılan zararın ve zarar ile hata arasındaki illiyet bağının ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla zarar gören kişinin talepte bulunabilmesi için ürünün hatalı olduğunu göstermesi şarttır. Üründeki hata, Direktif m. 6 (2) uyarınca, tüm koşullar dikkate alındığında kişinin haklı olarak beklediği güvenliğin sağlanamaması olarak tanımlanmaktadır. Buna karşın Teklif, hata kavramını sübjektif olmaktan çıkarıp objektif esaslara bağlamak niyetindedir. Bu kapsamda hata kavramının tanımı değiştirilmiş ve hatanın, tüm koşullar dikkate alındığında kişiler tarafından değil, genel olarak toplum tarafından beklenen güvenliğin sağlanamaması olduğu ifade edilmiştir. Bu oldukça geniş ve objektif bir ifadedir. Komisyon Gerekçede “toplum tarafından beklenen güvenliğin”, hedeflenen amaç, ürünün nesnel özellikleri ve ürünün hedeflediği kullanıcı grubunun özel gereksinimleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁶.

Toplumun Haklı Güvenlik Beklentileri

Öncelikle toplum ile ifade edilen kamu değildir, aksi halde haklı bir güvenlik seviyesinin belirlenmesi mümkün olmaz. Her ürünün hitap ettiği çevre farklıdır ve yalnızca o çevre o ürün için haklı bir güvenlik beklentisi oluşturabilir. Genel olarak toplumda ürünlerin zarar doğurmaması beklenir. Özellikle doğaları gereği tehlikeli ürünler için toplum daha yüksek bir güvenlik beklentisi içine girer³⁷. Tabii bu

³⁴ Kanişlı (n 14) 1432; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 553; Baş (n 14) 370; Çelt (n 14) 90; Polat (n 14) 986; Sirmen (n 14) 71 Okur (n 91) 291.

³⁵ Hukukumuzda ürün sorumluluk hukukunda hata kavramının mı yoksa ayıp kavramının mı kullanılması gerektiği hususu tartışmalıdır. Türk Hukuku’nda ürün sorumluluğunu düzenleyen ÜGTDK bu iki terim yerine, daha ziyade ürün güvenliği hukukunda kullanılan “uygunsuz” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bu tercih söz konusu kanunun ürün sorumluluğu ve ürün güvenliği hususlarını bir arada düzenlemeye çalışması sebebiyle yaşanan bir kavram kargaşasından kaynaklanmaktadır ve bu çalışmada kullanılmamıştır. Ayıp hükümlerinden ayrıştırılmış olan bu sorumlulukta, hatalı ürün kavramını kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz. Bu tercih Alman hukukundaki isimlendirmeye de paralel görünmektedir. Nitekim Alman Hukukunda ürün sorumluluğu alanında ürünün güvenli olmaması halinde *Fehler*, ayıba karşı tekeffül borcu kapsamındaki ayıp kavramı için ise *Mangel* terimi kullanılmaktadır. (Detaylı bilgi için bkz. Havutçu (n 14) 23 vd.; Kırcı (n 14) 125 vd.; Akçura Karaman (n 14) 12 vd.; Ünal ve Kalkan (n 14) 54 vd.; Kanişlı (n 14) 1434 vd.; Sirmen (n 14) 70.) Ayıplı ürün kavramını tercih eden yazarlar Bilge Öztan, İmalâtçının Sorumluluğu (Turhan Kitabevi 1982) 22 vd.; Kırcı (n 14) 125; Akçura Karaman (n 14) 15; Polat (n 14) 978 vd.; Sirmen (n 14) 70. Hatalı ürün kavramını tercih eden yazarlar, Ünal ve Kalkan (n 14) 46 vd.; Çelt (n 14) 91 vd.; Atamer/Kurtulan Güner (n 14) 559 vd.; Kanişlı (n 4) 1435; Baş (n 14) 371 vd.

³⁶ Gerekçe, No. 22.

³⁷ Gerekçe, No. 22; De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 20, dn. 139. Örneğin 2015 yılında verilmiş C-503/13 sayılı *Boston Scientific Medizintechnik* davasında ABAD bu hususu “...*Kalp pilleri ve implante edilebilir kardiyoverter defibrilatörler gibi tıbbi cihazlarla ilgili olarak, bu cihazların işlevleri ve bunları kullanan hastaların özellikle hassas durumları ışığında, bu tür hastaların bu cihazlar için bekleme hakkına sahip olduğu güvenlik gerekliliklerinin özellikle yüksek olduğu* açıklar..

mutlak bir zararsızlık olamaz çünkü gerçekçi değildir. İmalatçıdan böyle bir yükü omuzlaması da beklenemez. Örneğin bir otonom araçtan beklenen, kaza yapmadan sürüşü gerçekleştirmesidir. Ancak bu beklenti hiç kaza yapmaması olmayacağına göre hangi kaza yapma oranının makul kabul edileceğinin belirlenmesi gerekir. İşte ürünlerdeki hatanın tespitine ilişkin şartların prensip olarak aynı kalmakla beraber kişi yerine toplum beklentisinin esas alınması ve ürün kapsamının otonom araçlar gibi ürünleri de içine alacak şekilde genişlemesi toplumun üründen beklediği makul güvenlik seviyesinin tespitinde bazı sorunları beraberinde getirebilir³⁸.

Dijital ürünlerde toplumun makul güvenlik beklentisinin nasıl tespit edileceği meselesi oldukça kritiktir. Kural olarak toplum, dijital üründen söz konusu hatayı yapmasını beklemiyorsa, bu dijital ürünün hatalı olduğu kabul edilmelidir. Ancak unutmamak gerekir ki örneğin yapay zekâ sistemleri insanların yapabileceği birçok hatadan kaçınabilirken onların yapmayacağı basit bir hatayı da yapabilir. Bu durumda yapay zekâ sistemi doğrudan hatalı bir ürün olarak kabul edilmemelidir. Ayrıca özellikle dijital ürünlerde bazı hataların önüne geçmek de oldukça zordur. Bu durum üreticileri ve dolayısıyla yapay zekâ geliştiricilerini minimum hata oranında ürün piyasaya sürmeye zorlarken aynı zamanda caydırıcı bir hal de alabilir³⁹. Tüm bu gerekçelerle doktrinde, dijital ürünlerde haklı güvenlik beklentisi tespit edilirken esas alınabilecek alternatif yöntemlerden söz edilmektedir.

Bunlardan ilki risk-fayda veya maliyet-fayda analizi testi (*risk-utility test*)dir⁴⁰. Doktrinde bir görüş, dijital ürünlerde ve özellikle yapay zekâ sistemlerinde hata tespit edilirken risk-fayda testinin daha objektif bir sonuç vereceğini ileri sürmektedir⁴¹. Bu testte bir ürünün hatalı olup olmadığı belirlenirken, ürünün mevcut tasarımı ile alternatif bir ürün tasarımı için yapılacak masraflar karşılaştırılır. Bir ürünün güvenli olarak kabul edilebilmesi için, ürünün mevcut hali ile zararın doğmasını engellemek amacıyla alınacak önlemlerin maliyetlerinin, ürünün sağladığı faydalarla dengeli

85/374 sayılı Direktif kapsamında üreticinin sorumluluğuna yol açacak potansiyel güvenlik eksikliği, söz konusu davada ele alınan türden ürünlerin ilgili kişiye verebileceği anormal zarar potansiyelinden kaynaklanmaktadır.” şeklinde açıklamıştır. Kararın tam metni için bkz. < <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-503/13> >

³⁸ Teklifin yayınlanmasından önce doktrinde Direktifte revizyon yapılması gerektiğine ilişkin eleştirel çalışmalarda, haklı güvenlik beklentisi testinin yapay zekâ sistemlerinin yeni, karmaşık ve otonom olması sebebiyle oldukça zor olduğu, özellikle yapay zekâ sistemlerinin kendi kendine öğrenebilme özelliği veya birden çok sistemin birbirine bağlı olması halinde bu tespitinin daha da zorlaşacağı ifade edilmiştir. Bkz. De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 16.

³⁹ Hacker (n 6) 21-23.

⁴⁰ Amerikan Hukukunda tasarımdan kaynaklanan hataların tespitinde iki temel yöntem esas alınmaktadır. Bunlar; tüketicilerin makul beklentileri ve risk-fayda testidir. İlkine göre, bir ürün sıradan bir tüketicinin kendisinden beklemeyeceği bir tehlikeyi içeriyorsa hatalıdır. Bu subjektif beklentiyi belirlemek ise mahkemeye aittir. İkincisinde ise ürünün tasarımının güvenli olup olmadığı, kullanımındaki olası tehlikeler ve faydalar dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu ikinci yöntem kullanılırken bilirkişilerden ve teknik uzman görüşlerinden faydalanmak gerekir. Bu sebeple daha karmaşık ürünlerin hatalı olup olmadığı değerlendirilirken genellikle risk-fayda testi uygulama alanı bulur. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Helmut Koziol, Michael D. Green, Mark Lunney, Ken Oliphant ve Lixin Yang, *Product Liability- Fundamental Questions in a Comparative Perspective* (de Gruyter 2017) No. 11/47, 375; Keith N. Hylton, *Tort Law - A Modern Perspective* (Cambridge University Press 2016), 351-352; Thomas Verheyen, “On Behavioural Asymmetry in Product Liability Law-How Privatising Nudging Will Get European Product Liability Theory Back on Track” 2021 1 (12) *Journal of European Tort Law* 40-64.

⁴¹ Wagner, “Liability” (n 13) 204-205

olması gerekir. Ayrıca, ürünün alternatif bir şekilde tasarlanması ve bu tasarımda zararın doğmasını engellemek için yapılacak masrafların, ürünün işlevselliğini ve faydalarını önemli ölçüde etkilemeden kabul edilebilir seviyede olması gereklidir⁴². Esas olarak Amerikan ürün sorumluluk hukukunda kullanılan bu yöntemin Avrupa Birliğine üye devlet hukuklarında da yer bulmaya başladığı görülmektedir⁴³. Teklifin, Direktifin bu zamana kadar hatanın tespiti sırasında esas aldığı tüketici beklentileri testini değiştirdiği, daha objektif olmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak yine de Komisyonun artık risk-fayda testini esas almayı tercih ettiği veya kullanılmasına açık kapı bıraktığı söylenememekle birlikte bakış açısının esnediği düşünülmektedir.

Bir diğer görüşe göre ise hatayı tespit edebilmek için toplumun makul beklentisinin değil yapay zekâ sisteminin risk seviyesinin değerlendirilmesi gerekir. Ancak tüm sisteme yayılmış bir hata varsa ürün hatalı kabul edilebilir⁴⁴. Bu değerlendirme yapılırken belirli endüstri dalları için getirilen teknik standartlar kullanılır⁴⁵. Ancak henüz çoğu alan için böyle teknik standartlar oluşturulmamıştır⁴⁶. Teknik standartların olmadığı hallerde ise farklı referans noktalarına ihtiyaç duyulur. Bunun için Alman yargı kararlarında benzer ürünlerle karşılaştırma yapılmaktadır. Örneğin, otonom aracın kilometre başı hata oranı ile geleneksel bir aracın hata oranı karşılaştırılarak, insan sürüşündeki kilometre başı hata oranının altında kalan her oranda otonom aracın hatasız olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Ancak doktrinde bu uygulamaya karşı çıkan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre yapay zekâ sistemlerinin insan performansı baz alınarak hatalı olup olmadığının belirlenmesi yanlıştır. İnsanlardan daha az performans gösteren ama yine de kullanılmasında avantajlar olan yapay zekâ modellerinin sırf bu sebeple hatalı olduğunun kabul edilememesi gerekir. Zira yapay zekâ sistemleri sürekli olarak geliştiğinden, otonom araçların kaza yapma oranı insanlardan daha yüksek bile olsa piyasaya hatasız bir ürün olarak sürülememelerinde bir sakınca bulunmamaktadır⁴⁸.

Sonuç olarak kanaatimizce iki görüş de makul olmakla birlikte bazı sorunlara gebe dir. Dijital ürünlerin hatalı olup olmadığı belirlenirken haklı güvenlik

⁴² Hacker (n 6) 20. Amerikan Hukuku'nda üründeki hatanın tespit edilmesi sırasında baskın olarak risk-fayda testinin kullanımı tercih edilmektedir. Buna karşın makul beklenti testini kullanan eyaletler de bulunmaktadır. Tüketicilerin makul beklentileri testini uygulayan eyaletler, kusursuz ürün sorumluluğu için bu testi kullanırken, kusura dayalı sorumlulukta ise risk-fayda testini kullanmaktadır. Ancak örneğin California gibi her iki testi de benimseyerek somut olaya göre uygulayan eyaletler de bulunmaktadır. Amerikan Hukuku'ndaki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Mark A. Geistfeld, *Product Liability Law* (2nd edition, Aspen Publishing 2021), 178-180; Koziol, Green, Lunney, Oliphant ve Yang (n 39) No. 11/47, s. 378.

⁴³ Alman Federal Mahkemesi 2009 yılında verdiği *Airbag* kararında bu testi kullanmıştır. (BGH Case VI ZR 107/08, *Airbag*, BGHZ 181); Hacker (n 6) 24

⁴⁴ Bu hususta detaylı bilgi için Mark A. Geistfeld, "A Roadmap For Autonomous Vehicles: State Tort Liability Automobile Insurance And Federal Safety Regulation" 2017 105 California Law Review, 1611-1694 (1645-1647).

⁴⁵ Hacker (n 6) 23; Spindler (n 5) 9; Geistfeld (n 41) 129, 143.

⁴⁶ Hacker (n 6) 23.

⁴⁷ Hacker (n 6) 23, dn. 143'te yer alan kararlar.

⁴⁸ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Hacker (n 6) 23 vd.

beklentileri standardı geniş çerçevede ele alınmalıdır. Zira toplum ister yapay zekâ sistemi içeriyor olsun ister olmasın bir üründen benzer ürünlerin sağladığı güvenlik standardını sağlamasını bekler. Bu açıdan benzer ürünlerde sağlanamamış olan bir güvenlik beklentisi haklı olarak nitelendirilemez. Asgari güvenlik standartlarının ele alındığı yer ise teknik standartlardır. Dolayısıyla eğer ürünü içine alan bir teknik standart mevcutsa, bu standart esas alınarak makul bir seviye belirlenebilir. Ancak her ürüne ilişkin teknik standart bulunamayabilir. Dahası günümüz teknoloji çağında henüz benzer bir ürün de olmayabilir. Bu doğrultuda yeni geliştirilmiş ürünler için haklı güvenlik seviyesi beklentisini tespit etmek de oldukça zordur. Sadece toplum değil üretici bile ileride ne olacağını bilemeyebilir, yepyeni bir ürün zaman içinde değişebilir. Dolayısıyla böyle durumlarda ne toplumun oluşmuş bir makul güvenlik beklentisi ne de teknik standartların varlığı söz konusudur. Bu halde kanaatimizce bu yeni ürün için, o meslek kolunda iştigal eden kişilerin mesleki tecrübeleri ve özeni ile öngörülebilecek nitelikleri içermesinin toplumun haklı beklentisini oluşturduğu ve bu standardı içermeyen ürünlerin hatalı olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda yine ürünün kullanım amacı, kullanıcıların makul beklentileri, güvenlik geçmişi ve aynı ürün olmasa da benzerleri baz alınarak bir seviye belirlenebilir. Yapılacak bu değerlendirme piyasaya yeni sürülmemesine rağmen hakkında teknik standart bulunmayan ürünler için de geçerli olmalıdır. Ancak yine de doktrinde, üründeki hatanın tespit edilmesine ilişkin geniş bir güvenlik seviyesinden bahsetmek yerine, daha net ve kesin olarak konunun sınırlarının belirlenmesinin, yapay zekâ ve gelişen teknolojilerden zarar gören kişileri korumak açısından daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

C. Hatanın Tespitinde Esas Alınacak Özel Durumlar

Direktif m. 6'da toplumun haklı beklentileri değerlendirilirken ürünün piyasaya sürüldüğü tarihin yanı sıra sunumu ve kullanım amacının da dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Direktifte yer alan bu liste dijital çağda ürünlerin özelliklerini ve hata kavramının kapsamını doğru bir şekilde ele alabilmek amacıyla Teklif ile genişletilmiştir. Teklif m. 6 uyarınca bu değerlendirme sırasında ele alınması gereken hususlardan ilki ürünün piyasaya sürüldükten sonra öğrenmeye devam edip etmeyeceğinin ürün üzerindeki etkisidir. Uygulamada yapay zekâ geliştiricileri genellikle ürün tamamlandıktan veya piyasaya sürüldükten sonra öğrenimi durdururlar⁵⁰. Bu sebeple hükümde kastedilenin daha ziyade makine öğrenmesi olduğu düşünülmektedir⁵¹. Bir makine öğrenmesi olan çevrimiçi öğrenme de bu kapsamda düşünülebilir. Örneğin üreticinin, kullanıcıların önerilerinden öğrenerek kendisini geliştiren dil çeviri aracının, kullanıcılar tarafından yapılan hatalı öneriler

⁴⁹ De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 16.

⁵⁰ Hacker (n 6) 21.

⁵¹ De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 19; Spindler (n 3) 693, No. 20.

sebebiyle bozulmaması gerekir⁵². Bu husus önceden tahmin edilebilir ise kodlama sırasında veri ayrımı yapılarak bazı türden bilgilerin öğrenilmemesi sağlanabilir. Ancak bu her zaman mümkün değildir. Kaldı ki geliştiriciler tarafından öğretilen bilgiler de her zaman doğru olmayabilir. Dolayısıyla Teklif, makine öğrenmesi söz konusu olduğunda ürünün hatalı olduğunun kolaylıkla kabul edilebilir hale getirmekte ve üreticilerin sorumluluk riskini yükseltmektedir.

Teklif ayrıca, ürün ile birlikte kullanılması makul olarak beklenebilecek diğer ürünlerin ürün üzerindeki etkisinin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵³. Bu yeni hüküm ile robotlar, dronlar veya akıllı ev sistemleri gibi ürünler, yazılım güncellemeleri, yapay zekâ veya diğer başka dijital hizmetler sebebiyle hatalı hale geldiklerinde doğan zararların ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirileceği açıklığa kavuşturulmuştur⁵⁴. Teklifte ayrıca üründeki hatayı tespit ederken siber güvenlik de dahil olmak üzere ürün güvenliği gerekliliklerinin de değerlendirilmesi gerektiği yer almaktadır. Bu durumda bir üründe yer alan siber güvenlik açığı o ürünün hatalı olarak değerlendirilmesine neden olabilir ancak bu tek başına ürünün hatalı olduğu anlamına gelmez⁵⁵.

Teklif ayrıca m. 6 (2)'de güncellemeler veya yükseltmelerin önceki sürümün hatalı olduğu anlamına gelmeyeceğini düzenlemektedir. Bu husus piyasaya sürülen daha yeni veya daha iyi ürünler için de geçerlidir. Ancak piyasaya sürülmüş bir ürünün hatalı fark edilerek güncelleştirme ile giderilmişse, bu durum söz konusu hüküm kapsamında yer almamalıdır⁵⁶. Teklif m. 10 (2) uyarınca ise yazılım güncelleme ve iyileştirmelerinin yapılmaması, üretici açısından sorumluluk doğuran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Buna karşın hükümde, güncelleme veya iyileştirme yapılmamış ürünün hatalı kabul edilip edilmeyeceği hususuna değinilmemiştir. Bu durumda uygulamada güncelleme ve yükseltmelerin mevcut eksiklikleri gidermek kadar yeni özellikler eklemek amacıyla da yapılıyor olması, tek başına bu işlemlerin ürünü hatalı kabul etmeye yetmeyeceğini göstermekte, hatanın fark edilerek giderilmesi sorumluluktan kurtulma imkânı verirken herhangi güncelleme yapılmaması sorumluluğa yol açmaktadır.

Son olarak Teklifte ürünü kullanması amaçlanan son kullanıcıların özel beklentilerinin de değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. O halde ürünü kullanması amaçlanan son kullanıcıların özel beklentilerinin karşılanamaması halinde ürün hatalı kabul edilebilecektir. Kanaatimizce bu değerlendirme, toplumun

⁵² Hacker (n 6) 21.

⁵³ Ürün ile birlikte kullanılması makul olan ürünlerin etkisi Direktif uyarınca da hatanın belirlenmesi sırasında dikkate alınıyordu ancak açıkça düzenlenmemiştir. Teklif ile bu husus açıklığa kavuşturulmuş oldu. Wagner, "Liability" (n 13) 205. MüKoBGB/Wagner, (n 13) § 823 Schadensersatzpflicht, No. 979.

⁵⁴ De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 16; Spindler (n 3) 693, No. 22-23.

⁵⁵ Gereke, No. 23.

⁵⁶ Spindler (n 5) 10; Spindler (n 3) 692, No. 17.

beklemesi haklı olan güvenlik beklentileri analizine kendiliğinden öznel bir nitelik kazandırabilir. Kaldı ki bunu Gerekeçde yer alan “*hataya ilişkin değerlendirmenin nesnel bir analizi içermesi ve herhangi bir kişinin beklemekte haklı olduğu güvenliğe atıfta bulunmaması gerektiği*” ifadeleriyle bağdaştırmak da zordur⁵⁷.

Hatanın Tespitinde Esas Alınacak Zaman

Direktif m. 6 (1) (c) uyarınca hata kavramı değerlendirilirken ürünün piyasaya sürüldüğü an esas alınmaktadır. ABAD⁵⁸, piyasaya sürülme anını, ürünün üretim alanından çıkıp tedarik zincirine girdiği an olarak kabul etmektedir⁵⁹. Bu kabul Teklif için de aynen geçerlidir. Ancak üreticinin, piyasaya sürüldükten veya hizmete alındıktan sonra ürün üzerindeki kontrolünü sürdürdüğü durumlara ilişkin bir yenilik getirilmiştir.

Günümüz teknolojisinde ürünler her zaman piyasaya sürülmek veya hizmete sunulmak ile üreticinin kontrolünden çıkmaz, özellikle güncelleştirme ve iyileştirme yolu ile ürün üreticinin kontrolünde ve erişilebilir kalmaya devam eder⁶⁰. Dolayısıyla bu tür ürünler piyasada, piyasaya ilk sürüldükleri şekliyle kalmazlar. İmalatçılar tarafından sürekli olarak yenilenerek ve güncellenerek, kendilerinin en iyi versiyonu olmaları için değiştirilirler. İşte bu türden ürünler için Teklif, hatanın tespitinde esas alınacak zamanı, ürünün piyasaya sürüldüğü an değil, *ürünün üreticinin kontrolünden çıktığı an* olarak değiştirmiştir. Esasında bu sonuca Direktif metninde yapılacak yorum yoluyla ulaşmak da mümkündür. Ancak Teklifin bu hususu açıkça ele alması, tüm şüphelerin ve tartışmaların bertaraf edilmesi açısından önemli bir gelişmedir. Öte yandan Ürünün, piyasaya sürülmekle üreticinin kontrolünden çıkan kısmı için hata belirlenirken ilk esas geçerli olmaya devam eder ve ürünün tedarik zincirine girdiği ana bakılır. Bir başka deyişle, ürünün piyasaya sürülmesinin ardından üreticinin üzerinde değişim yapamayacağı parçalar için hatanın belirlenmesinde esas alınacak zaman, piyasaya sürülme anı olarak kalmaya devam eder⁶¹.

ÜGTDK. m. 3(k)'ya göre ise piyasaya arz, “*ürünün piyasada ilk kez bulundurulması*”dır. İlk kez bulundurmadan ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla birlikte doktrinde ürünün tamamlanarak piyasaya sürülmesi, üretici tarafından ürünün dağıtım zincirine sokulması olarak kabul edilmektedir⁶². Bu değerlendirme hem Direktifle hem de ÜGTDK. m. 21/2(a) ile uyumludur. Teklif ile güncellenebilen

⁵⁷ Gerekeç, No. 22.

⁵⁸ CJEU, 09.02.2006, C-127/04 (*Declan O'Byrne v. Sanofi Pasteur MSD Ltd et Sanofi Pasteur SA*) < <https://euria.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-127/04> > Erişim Tarihi 12.02.2023.

⁵⁹ Wagner, “Liability” (n 13) 205; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG (n 13) § 1, No. 24 vd.

⁶⁰ Wagner, “Liability” (n 13) 206; Spindler (n 3) 693-694, No. 24. Dijital ürünlerde üreticinin güncelleme zorunluluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. Wagner, “Liability” (n 13) 207.

⁶¹ Wagner, “Liability” (n 13) 206.

⁶² Öztan (n 34) 21; Kırca (n 14) 144; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 558; Çelt (n 14) 93; Sirmen (n 14) 69; Kanışlı (n 14) 1444; Baş (n 14) 372; Polat (n 14) 1008, dpn. 133; Aydos (n 16) 194.

ürünler için getirilen hata tespit edilirken ürünün üreticinin kontrolünden çıktığı anın esas alınması hususu ise hukukumuz için yorum yoluyla ulaşılabilecek bir sonuçtur. Ancak Teklifte olduğu gibi açık bir düzenleme yapılması tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

Zararın Kapsamı Ve Sınırı

Direktif m. 9 uyarınca hatalı ürün sebebiyle ölüm veya bedensel zararlar ile hatalı ürünün mala verdiği zararlar, zarar gören tarafından talep edilebilir. Direktifte hatalı üründen kaynaklı ölüm veya bedensel zararlar, ürün sorumluluğunun öncelikli kapsamında yer almaktadır. Mala verilen zararlar ise ürünün kendisine gelen zararlar hariç olmak üzere, hatalı ürün sebebiyle diğer malların uğradığı zararlardır. Bu zararlar ürün dışındaki malların hasar görmesi veya telef olması şeklinde ortaya çıkar ve tazmini gerekir. Teklif, tazmin edilebilir zararların kapsamını genişleterek bu zarar kalemlerine psikolojik zararları da eklemektedir. Teklifin ilk maddesi uyarınca tazminat talebinde bulunma hakkı ise yalnızca gerçek kişilere aittir.

Mala Verilen Zararlar

1. Genel Olarak

Direktif uyarınca yalnızca tüketim amacına özgülenmiş malvarlığının zarar görmesi veya telef olması sebebiyle uğranılan zarar, ürün sorumluluğu kapsamında üreticiden veya onun gibi sorumlu olan kişilerden talep edilebilir. Buna karşın Teklif m. 4 (6) bu kapsamı değiştirmiş, yalnızca profesyonel amaç için kullanılmıyor olmak kaydı ile aynı anda hem tüketim amacıyla hem de profesyonel amaçlarla kullanılan malların uğradığı zararları da bu kapsamın içerisine dahil etmiştir. Böylece örneğin akıllı dijital sıcaklık kontrol cihazları ve diğer akıllı ev cihazları da dahil olmak üzere özel ve profesyonel kullanımın bir arada yer aldığı “*karma kullanılan*” ürünlere ilişkin sorumluluk da bu kapsamda tazmin edilebilecektir⁶³. Bu radikal değişiklik esasında fikir olarak, Teklif öncesinde dönemde de doktrinde desteklenmekteydi. Günümüzde bir eşyanın hangi amaçla kullanıldığını tespit edebilmenin gittikçe zorlaşmasından hareketle⁶⁴, doktrinde Direktifte zararın kapsamı belirlenirken yalnızca tüketim amacına özgülenen malların esas alınması eleştirilmiş⁶⁵ ve AB hukukunun diğer alanlarında kullanılan ve “*karma amaçlar*” olarak adlandırılan yaklaşımın, burada

⁶³ Gerekeç, No. 19.

⁶⁴ Doktrinde hangi amaçla kullanıldığının tespiti zor olan malvarlıklarına örnek olarak 3D yazıcılar gösterilmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Jürgen Oechsler, “Produkthaftung beim 3D-Druck” (Neue Juristische Wochenschrift 2018), 1569-1571 (1569 vd.).

⁶⁵ Teklifin AB Hukukunu yeknesaklaştırma hedefi ve ABAD tarafından verilen ve Direktifin amacının tüketicuyu korumak olmadığı anlamına gelen kararlarının (bkz. C-183/00; C-52/00; C-154/00 davaları) ardından mesleki amaçlarla kullanılan mallara gelen zararların da tazmin edilmesi gerektiği, üreticilerin ürün sorumluluk sigortası ile kendilerini korumaya alabileceği yönünde bkz. European Law Institute, Feedback on the European Commission’s Proposal for a Revised Product Liability Directive (2022) 17.

da devreye girmesi gerektiği savunulmuştur⁶⁶. Teklif ile getirilen bu değişiklik kanaatimizce olumludur. Teklifte olduğu gibi profesyonel-tüketim amaçlı kullanım ayrımı ÜGTDK'da da yapılmadığından, Türk Hukuku açısından bu sonuca varmak mümkündür⁶⁷.

Bu noktada Teklif m. 1 uyarınca, uğradığı zarar sebebiyle talepte bulunabilecek kişilerin yalnızca gerçek kişiler olarak sınırlandırılması da doktrinde eleştirilmektedir⁶⁸. Kanaatimizce bu eleştirinin önemi tüzel kişilerin kişisel kullanıma özgülenen mallarının olup olamayacağına ilişkin tercihe göre değişkenlik gösterir. Şayet Türk Hukukunda olduğu gibi tüzel kişilerin tüm malları ticari olmak zorunda değilse, özellikle dernek ve vakıfların ticari olmayan nitelikte kendi alanları olduğu kabul ediliyorsa bu haklı bir eleştiridir. Zira bu halde, dernek ve vakıfların her iki alana da özgülenmiş mallarının uğrayacağı zarar adeta yok sayılmış olur. Buna karşın tüzel kişilerin, kişisel alanlarının da profesyonel bir alan olduğu dolayısıyla profesyonel olmayan bir amaçlarının bulunmadığı görüşü benimsenirse, karma amaca özgülenen bir malvarlığından söz edilemeyeceğinden yalnızca gerçek kişilere talepte bulunma imkânı verilmesi makul bir sonuç olur. Kanaatimizce hukukumuz bakımından tüketici kavramının, gerçek kişiler yanında dernek ve vakıflarla sınırlı olsa bile tüzel kişileri de kapsayan ve AB hukukunun bu konudaki düzenlemelerinin önünde olan yaklaşımı, ürün sorumluluğu açısından da benimsenebilir ve ileride ÜGTDK'da Teklif çerçevesinde bir değişiklik yapılması gündeme gelirse bu husus göz önünde bulundurulabilir.

Hatalı ürün sebebiyle mala verilen zararlar bakımından saf ekonomik zararlar ve gayri maddi mallara verilen zararları ayrı başlıklar altında incelemek gerekir. Konuya ilişkin daha özel durumları teşkil eden bu tür zararlarla ilgili Direktif ve Teklif çerçevesindeki tartışmalar, sorumluluğun kapsamı bakımından önem arz etmektedir.

2. Saf Ekonomik Zararlar

Saf ekonomik zararların giderilmesi hususu ne Direktif ne de Teklif metninde ele alınmaktadır. Direktif ve Teklifte ürün sorumluluğu kişiye ve mala verilen zararları kapsamakta, hatalı ürünün kendisindeki değer eksikliği veya saf ekonomik zararlar ürün sorumluluğu dışında tutulmakta ve ulusal hukuklara bırakılmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla bu türden zararların Avrupa Birliği Hukuku'nda tazmin edilemeyen

⁶⁶ Koch, Borghetti, Machnikowski, Pichonnaz, Rodríguez de las Heras Ballell, Twigg-Flesner ve Wendehorst (n 9) 41-42; ELI (n 9) 9. Örneğin Alman Hukukunda Direktifin iç hukuka derç edilmesi ile yürürlüğe giren ProdHaftG, kişisel kullanıma özgülenen malların zarar görmesine karşı koruma sağlamaktadır. Ancak Alman doktrininde bu tespiti yapmanın zorluğu ve karma amacın malların bu niteliğini değiştirmeyeceğinden hareketle esas olarak kişisel kullanım amacına özgülenen ancak nadiren profesyonel amaçlarla kullanılan malların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği görüşü hakimdir. MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG (n 13) § 1 No. 13; Spindler (n 5) 8, dn. 34.

⁶⁷ Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 570; Kanişlı (n 14) 1441; Çelt (n 14) 95; Polat (n 14) 1003.

⁶⁸ Spindler (n 5) 8; ELI (n 64) 13.

⁶⁹ Akçura Karaman (n 14) 251; Kanişlı (n 14) 1425.

zararlardan olduğunu söylemek gerekir. Ancak doktrinde bu tercih eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin temelinde ise üçüncü kişilerin yapay zekâ sistemlerindeki hata sebebiyle sadece ekonomik olarak zarara uğramaları halinde ellerinde var olan tek imkânın genel hükümlere başvurmak olması yatmaktadır. Doktrinde bu hallere örnek olarak, ürünlerdeki hatadan kaynaklanan sigorta şirketleri tarafından prim bedelinin belirlenmesinde veya bankalar tarafından kredi puanının hesaplanmasında yaşanacak yanlışlık sebebiyle doğacak saf ekonomik zararın tazmin edilememesi gösterilmektedir⁷⁰. Benzer şekilde Türk Hukukunda da ÜGTDK kapsamında saf ekonomik zararlardan söz edilmez. Ancak ÜGTDK m. 6'da ürünün sebep olduğu zararlar için genel hükümlere atıf yapılmıştır. Dolayısıyla her ne kadar kanunda buna ilişkin özel bir düzenleme yer almıyor olsa da zarar görenin hakkı sınırlanmamakta, genel hükümler çerçevesinde uğranılan zararların tazmini mümkün olmaktadır. Böylece konuya ilişkin olarak ÜGTDK, Direktifin ve Teklifin iç hukuklara bırakmak suretiyle öngördüğü yaklaşımı benimsemiştir.

3. Gayri Maddi Mallara Verilen Zararlar

Direktif özel olarak maddi mallara verilen zararları teminat altına alırken, gayri maddi mallara verilen zararları ise kapsam dışında bırakmaktadır. Gayri maddi mallar, genel olarak cismani varlığı bulunmayan, hukuk düzenince haklara konu edilebilen, para ile ölçülebilen değerlerdir⁷¹. Elektronik ortamda hazırlanan yazılım, ses, görüntü (TKHK m. 3) ve veriler gayri maddi mal olarak ilk akla gelebilecek örneklerdir. Teklif, madde 4 (6)'da zararı tanımlarken özel olarak maddi zarardan söz etmektedir. Gayri maddi mallara verilen zararlardan ise veriler dışında söz edilmemektedir. Böylelikle verilere verilen zararlar ilk defa Teklif ile ürün sorumluluk hukuku çerçevesinde tazmin edilebilir zararlar içerisine girmiştir⁷². Teklif m. 4 (6) (c) uyarınca veri zararının tazmin edilebilmesi için verilerin münhasıran mesleki amaçla kullanılmıyor olmaları gerekir. Böylece zarar görenin tüketim amacının yanı sıra mesleki amacı da ekleyerek karma amaçla kullandığı verilere ilişkin zararların tazmin edilebilmesinin önü açılmıştır. Bu noktada verilerin depolanıp depolanmadığı veya nerede depolandığının ise bir önemi yoktur.

Verilerin zarar görebilecek bir varlık olarak kabul edilmesi, bugün verilerin uğrayacağı zararın fiziksel bir eşyanın göreceği zarardan çok daha yüklü masraflara yol açabileceği düşünüldüğünde oldukça olumlu bir gelişmedir⁷³. Ancak etraflıca

⁷⁰ Spindler (n 5) 9; ELI (n 64) 18.

⁷¹ Ümit Gezder, "Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği" 2016 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 1119-1132 (1127).

⁷² Bu tazminat kalemi GDPR'nin veri işleme ihlallerinden kaynaklanan maddi ve manevi zarar için veri işleyicileri ve kontrolörlerin/denetleyicilerin sorumluluğundan ayrı tutulmaktadır. Bkz. Gerekçe, No. 16. Verilerin uğradığı zararın Direktif kapsamına alınması gerektiği yönünde eleştiriler için bkz. ELI (n 9) 8.

⁷³ Wagner, "Liability" (n 13) 210-211; Spindler (n 5) 8; Spindler (n 3) 693, No. 13; MüKoBGB/Wagner (n 13) § 823 Schadensersatzpflicht, No. 332-339.

düşünüldüğünde, özellikle yalnızca mesleki amaçlarla kullanılan verilerin zarar görmesinin kapsam dışında bırakılması, doğabilecek esas zararlar yerine çok daha kısıtlı bir alanın koruma altına alındığını göstermektedir⁷⁴. Pek tabii ki yalnızca kişisel amaçlarla kullanılan verilerin uğrayacağı zarar da büyük kayıplara sebep olabilir. Örneğin, satın alınan bir bilgisayar programındaki hata sebebiyle bilgisayarın korsanlığa maruz kalması (hacking) ve böylece kredi kartı veya örneğin çevrimiçi pazaryeri şifresi gibi bilgilerin ele geçirilmesi sebebiyle uğranılacak zararlar böyledir. Bu noktada aynı kredi kartı veya çevrimiçi pazaryeri hesabı hem kişisel hem de mesleki amaçlarla kullanılıyor da olabilir. Böyle bir durumda da doğacak zarar yine bu hüküm kapsamında değerlendirilir. Doktrinde, mesleki amaçla kullanılan verilerin gördüğü zararın kapsam dışında bırakılması, kişisel verileri zarar gören kişilerin maddi zarardan ziyade üzüntü duymak, acı çekmek gibi manevi bir zarar görecekleri ve bunun da önemli olmayabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir⁷⁵. Kişisel veriler denilince ilk akla gelen kişisel fotoğraflar, videolar veya belgelerin kaybının kişi üzerinde manevi bir zarar doğuracağı şüphesizdir. Ancak kişisel veri kaybını sadece bu tür verilere indirgemek günümüz teknolojisi karşısında eksik bir yaklaşım olur. Örneğin veri kaybı sebebiyle kişinin bilgisayarını tamir ettirmesi ve bu verileri kurtarmaya çalışmak için yaptığı masraflar da maddi zarar kalemi olarak karşımıza çıkabilir. Nitekim Gerekçede verilerin kurtarılması veya geri yüklenmesine ilişkin giderlerin de bu kapsamda tazmin edilebileceği belirtilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla veri kaybına ilişkin zararların giderilmesinde, mesleki amaçlı kullanımın hariç tutulması, Teklifin getirdiği anlayış ile uyumlu olmakla birlikte kanaatimizce de hala eksiktir. Ancak bunun sebebi kişisel verilerin gördüğü zararın çoğunlukla manevi zarar doğuracağı düşüncesi değil, asıl zararların mesleki amaçla kullanım kaynaklı olmasının çok daha muhtemel bulunmasıdır. Bu sınırlama elbette mesleki amaçla kullanılan verilerin gördüğü zararların genel hükümler çerçevesinde talep edilmesine engel değildir.

Veriler ve dışında kalan gayri maddi mallara verilen zararlardan ise Teklif metninde bahsedilmemektedir. Bu tür gayri maddi mallara verilen zararların tazmin edilip edilmeyeceği hususunda ise iki bakış açısı geliştirilebilir. İlki diğer gayri maddi malların ihlal edilmesi sebebiyle meydana gelen zararın çok büyük bir zarar kalemi oluşturmayacağı düşüncesidir. Diğerisi ise başta manevi zarara ilişkin olmak üzere Teklifte ve Gerekçede, her alanda yapılan detaylı açıklamaların yanında bu konuya değinilmemesinin Komisyonun bilinçli tercihi olduğu izlenimindedir. Zira Komisyonun gayri maddi malları tamamen bir kenara bırakmış değildir. Örneğin Gerekçede, gayri maddi malların öneminin artması sebebiyle verilere gelen zararların tazmin edilebilir

⁷⁴ Wagner, “Liability” (n 13) 211.

⁷⁵ Wagner, “Liability” (n 13) 211.

⁷⁶ Gerekçe, No. 16.

hale getirildiği ifade edilmiştir⁷⁷. Bu sebeple kanaatimizce diğer gayri maddi mallara gelen zararlar Teklif kapsamında bir zarar kalemi oluşturmaz. Komisyon konunun önemi ve yaygınlığı karşısında bilinçli olarak verileri kapsama dahil etmiş görünmektedir.

Hukumumuzda ise ÜGTDK'nın ürün tanımı karşısında veriler de dahil olmak üzere gayri maddi malların tamamının ürün sorumluluğu kapsamına girmesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir⁷⁸. Gayri maddi malın ürün olarak kabul edilebilmesi için maddi bir varlıkta (cd, dvd, usb bellek gibi) cisimleşmiş olmasının aranması⁷⁹ ise kanaatimizce teknolojik gelişmeler karşısında artık eleştirilmesi gereken bir yaklaşımdır⁸⁰. Nitekim Teklif, tam da bu nedenle yazılımı açıkça ürün kabul ederek, konuya ilişkin tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

Kişiyeye Verilen Zararlar

Teklif, kişiyeye verilen zararların (ölüm ve yaralanma) tazmin edilmesi hususunda büyük ölçüde Direktifi takip etmektedir. Ancak önemli bir farkla; psikolojik zararların tazmini. Bugün için psikolojik zararlar, Direktif kapsamında ürünlerdeki hatadan kaynaklanan talep edilebilir bedensel zararları içerisine almamaktadır. Teklif ise fiziksel sağlığı koruduğu gibi psikolojik sağlığı da korumayı seçerek, psikolojik zararların tazmin edilebilir zararlar olduğunu açıkça hükme bağlamıştır⁸¹. Teklif m. 4 (6) (a) uyarınca psikolojik zararın tazmin edilebilmesi için söz konusu zararın tıbben tanınıyor olması gerekir. Teklifte tıbben tanınmış olma kavramı tanımlanmamakla beraber mahkemelerin karar verirken dünya çapında kabul gören sınıflandırmaları esas almaları mümkündür⁸². Teklif ayrıca maddi zararı düzenleyip, manevi zarara ilişkin düzenlemeleri üye ülke hukukları özeline bıraktığından, hükümden anlaşılması gereken psikolojik zarar sebebiyle ortaya çıkan maddi zararların tazmin edilebilir olduğudur⁸³.

ÜGTDK hatalı ürün sebebiyle uğranılan zararın miktarının belirlenmesinde TBK'daki maddi ve manevi zarar hükümlerine atıf yapmaktadır⁸⁴ (ÜGTDK m.

⁷⁷ Gerekeçe, No. 16.

⁷⁸ Kanışlı (n 14) 1432; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 555-556. Yazarlar ÜGTDK'nın ürün tanımının tanımda yer alan kelimelerin sözlük anlamı ile bakıldığında gayri maddi malları kapsamadığı ancak teknolojik gelişmeler karşısında böyle bir yorum yapılabileceği kanaatindedir. Aksi yönde Polat (n 14) 987. Yazara göre gayri maddi mallar, veri taşıyıcısı veya donanımda somutlaşmadıkça ürün kabul edilemez.

⁷⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kırcı (n 14) 192 vd.; Kanışlı (n 14) 1433 vd.; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 555 vd.; Havuçcu (n 14) 70, 71; Aydos (n 16) 136 vd.; Akçura Karaman (n 14) 288, 289; Polat (n 14) 978 vd.

⁸⁰ Aynı yönde Kanışlı (n 14) 1434; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 556.

⁸¹ Gerekeçe, No. 17; ELI (n 64) 16.

⁸² Dünya Sağlık Örgütü veya Amerikan Psikiyatri Birliği gibi kurumların dünya çapında kabul gören hastalık sınıflandırmalarının olduğu bilinmektedir. ELI (n 64) 17.

⁸³ Gerekeçe, No. 17.

⁸⁴ ÜGTDK'da TBK hükümlerine yapılan atıf bir sonuç atfı olarak değerlendirilmekte, tazminatın miktarının belirlenmesinde TBK hükümlerinin (m. 50 vd.), tazminat talebinin şartları ve talep edilebilecek kişiler konusunda ÜGTDK hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 567; Kanışlı (n 14) 1441.

6/5). Teklifte söz edilen psikolojik zararın, hukukumuz açısından bir bedensel zarar olarak hem maddi hem de manevi zarar içerisinde değerlendirilebilmesi ve ÜGTDK kapsamında zarar gören tarafından talep edilebilmesi mümkündür. Zarar gören psikolojik bir rahatsızlık geçirmiş ve bu sebeple tedavi olması gerekmişse, tedavi masrafları maddi zarardır. Aynı şekilde psikolojik durumunun bozulmasından ötürü çalışma gücü kaybı veya gelir kaybı yaşaması da maddi zarar kapsamındadır (TBK m. 54). Bu psikolojik durumun etkisiyle kişi varlığını oluşturan hukuki değerlerinde meydana gelen objektif eksilme ise manevi zarardır (TBK m. 56). Bu durumda Türk Hukukunda hatalı üründen kaynaklanan psikolojik rahatsızlık sebebiyle yapılan tedavi masrafları, çalışma veya gelir kaybı maddi zarar içerisinde, yaşanan üzüntü, elem, ıstırap ise manevi zarar kapsamında değerlendirilerek tazmin edilebilecektir.

Manevi Zarar

Direktifi takiben Teklif uyarınca da hatalı üründen kaynaklanan manevi zararların tazmin edilebilirliği üye devlet ülkelerinin iç hukuklarına bırakılmıştır⁸⁵. Hukukumuzda ise ÜGTDK m. 6/5 uyarınca maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatta da TBK hükümlerine atıf yapılmıştır. Böylece Direktifin yaklaşımına uygun bir çözüm hukukumuzda benimsenmiştir.

Tazminat Talebinin Sınırları

1. Konu Bakımından

Teklif madde 4 (6) (b) uyarınca malvarlığına verilen zararları teminat altına alırken bu teminatı üç zarar kalemi ile sınırlandırmıştır. Bunlar; ürünün kendisine verilen zararlar, ürünün hatalı bileşeni sebebiyle hatasız kısmının uğradığı zararlar ve yalnızca profesyonel amaca özgülenmiş malvarlığının uğradığı zararlardır. Bu tür zararlar başka bir malvarlığına zarar vermeleri hariç olmak üzere Teklif kapsamında tazmin edilemezler.

Ürün sorumluluğu, üçüncü kişinin hatalı üründen kaynaklanan zararını tazmin etmek temeline oturtulmuş bir sorumluluk türüdür. Dolayısıyla ürünün kendisinin uğradığı zararın tazmin edilmesi bu sorumluluğun mantığına aykırıdır⁸⁶. Bu esas Türk Hukuku için de geçerlidir.

⁸⁵ Gereğe, No. 18.

⁸⁶ Aksi yönde, ürünün kendisine gelen zararların Direktif kapsamında tazmin edilememesi ve bunun için üye devletin iç hukuku aracılığıyla talepte bulunması gerekmesinin tüketici açısından caydırıcı olabileceği, bu sebeple Teklifte hatalı ürünün maliyetinin üreticiden alabilmenin önünün açılmasına ilişkin görüş için bkz. ELI (n 9) 4-5

Ürünün hatalı bileşeni sebebiyle zarar görmesi, bir diğer ifade ile hatasız kısmının hatalı kısım sebebiyle zarar görmesi ise Direktifte olduğu gibi Teklif uyarınca da kapsam dışında bırakılmıştır. Teklif m. 4 (3) uyarınca bu bileşenin, ürünün üreticisi tarafından veya onun kontrolünde bir ürüne entegre edilen bütünleyici parça veya ürünle bağlantılı olan maddi veya gayri maddi bir öge veya hizmet olması durumu değiştirmez, bu zararlar tazmin edilemez⁸⁷. Hatalı bileşeni sebebiyle hatalı hale gelen ürünün verdiği zararlar ise Teklif kapsamında teminat altında olmaya devam eder. Örneğin, bir cep telefonunun bataryasındaki bir hata sebebiyle alev alması ve bu nedenle üçüncü bir kişiye veya onun mallarına zarar vermesi halinde, zarar gören kişinin hem nihai ürün olan telefon üreticisine hem de bileşen ürün olan batarya üreticisine başvurma imkânı vardır⁸⁸. Nihai ürün üreticisi ile bileşen ürün üreticisi bu zararın giderilmesinden müteselsilen sorumludur⁸⁹. Buna karşın telefonun sahibi, telefonun alev alarak kullanılamaz duruma gelmesi sebebiyle uğradığı zararı Teklif kapsamında telefon üreticisinden talep edemez. Zira bu hatalı bileşen sebebiyle ürünün hatasız kısmının gördüğü zarardır ve kapsam dışında bırakılmıştır. Aynı şekilde telefonun bataryasının kullanılamaz duruma gelmesi sebebiyle batarya üreticisine başvurma imkânı da yoktur, bu da ürünün kendisinin uğradığı zarardan başka bir şey değildir. Böyle bir durumda telefonun sahibi, aralarındaki sözleşme çerçevesinde telefonun yanması sebebiyle uğradığı zararı ayıp hükümlerine dayanarak zaten satıcıdan talep edebilir. ÜGTDK’da (sınırlayıcı) bir düzenleme bulunmamakla birlikte ürün sorumluluğu ile ayıp hükümlerinden doğan sorumluluğun ayırt edilmesinin önemli hale geldiği böyle durumlar için hukukumuz açısından da konu tartışmalıdır⁹⁰.

Yalnızca profesyonel amaçlara özgülenmiş malvarlığı zararlarının tazmin edilemez olması ise kanun koyucunun tercihidir. Bu durum Direktif ile başlamış ve görünen o ki Teklif ile de devam edecektir. Türk Hukukunda ise ÜGTDK’da böyle bir ayırım yapılmamış ister tüketim amacıyla ister mesleki amaçla kullanılsın hatalı ürün sebebiyle mala gelen zararlar tazmin edilebilir şekilde düzenlenmiştir. Bu yönden ÜGTDK Teklifin getirdiği koruma çemberinin ötesine geçmiştir. Nitekim

⁸⁷ Avrupa Birliği üyesi devletlerin iç hukuklarında ürünün hatalı kısmının hatasız kısmına verdiği zararın haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazmin edilebileceği görülmektedir. Bu tür zararlar örneğin Alman Hukukunda “*Weiterfresserschaden*” olarak adlandırılmakta ve haksız fiil hukuku çerçevesinde kusura dayalı olarak tazmin edilebilmektedir. Böylece Almanya gibi bu zararın tazminini başka bir sorumluluk temelinde mümkün kılan devletlerin iç hukuklarında aynı zararın tazmini için birbiri ile çelişen iki farklı hüküm bulunmaktadır. Doktrinde bu ikiliği giderebilmek için Teklif metninden bu zararlara ilişkin özel ifadenin çıkartılması ve bu zararın Avrupa ürün sorumluluğu hukuku kapsamında tazmin edilebilir bir zarar olup olmadığına ABAD’ın karar vermesinin beklenebileceği önerilmektedir. Diğer bir öneri ise şu an geçerli olan kümülatif uygulamadan vazgeçilerek Teklifte yer alan hükmü bu tür zararlar için uygulanabilecek tek yeknesak kural haline getirmek ve iç hukuklardan bu zararın tazmini imkanını kaldırmaktır. Bkz. Wagner, “Liability” (n 13) 210. *Weiterfresserschaden* için detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB/Wagner (n 13) § 823 Schadensersatzpflicht, No. 281. Kanaatimizce tüm Avrupa Birliği ülkelerinde yeknesak bir ürün sorumluluk uygulamanın arzu edilmesi *de lege ferenda* bir öneridir ancak üye devletlerin kendi iç hukuklarındaki hükümlere başvuramaları oldukça radikal ve uygulanması oldukça güç bir yaklaşımdır.

⁸⁸ ELI (n 64) 17.

⁸⁹ Gerekeç, No. 40.

⁹⁰ Atamer/Kurtulan Güner, (n. 14) 568, 569; Kanişlı, (n. 14); Okur, (n. 91) 512.

Teklif metni sonrası Kıta Avrupası hukuk doktrinde de bu durum eleştirilmiş, her ne kadar Direktifin ortaya çıkış amacının tüketicileri hatalı ürünlerden gelecek zararlara karşı korumak olsa da artık bu ayrımı yapmanın üreticinin sorumluluğu açısından bir öneminin olmadığı, ürün sorumluluğunun yalnızca seri üretim yapan üreticilere karşı tüketiciyi korumayı amaçlamadığı, bunun yerine makul güvenlik standardını sağlayamayan ürünlerin neden olduğu zararlara karşı hem tüketiciyi hem de profesyonelleri koruması gerektiği ileri sürülmüştür⁹¹. Kanaatimizce de bu gerçekçi bir yaklaşımdır. Komisyon bunca sene sonra yepyeni bir ürün sorumluluğu Direktifi hazırlarken ticari amaçlarla kullanılan ürünlerden kaynaklanan zararları da koruma altına almalı, üreticinin kusursuz sorumluluğunu yeknesaklaştırmalıdır.

1. Miktar Bakımından

Direktifte hatalı ürünün kendisi dışındaki herhangi bir mala gelen zararlarda alt sınır 500 Avro olarak belirlenmişken (m. 9), ölüm veya yaralanma sonucu ortaya çıkan ve aynı hataya sahip özdeş ürünlerin neden olduğu zarar bakımından üreticinin toplam sorumluluğunun 70 milyon Avro'yu geçemeyeceği (m. 16) düzenlenmiştir. Bir başka deyişle 500 Avro'nun altındaki bir zararın tazmini istenemezken, talep edilebilecek en yüksek miktar 70 milyon Avrodur. Teklif eleştirilen bu parasal sınırları kaldırılmıştır. Ayrıca bu defa üye ülkelere azami parasal sınır belirleme yetkisi de verilmemiştir. Böylece hakkın kullanımının önünde parasal bir engel kalmamıştır. Ancak bu yeni taslağın kanunlaşması halinde azami sınırın kalkacak olması Avrupa Birliği üye ülkelerinde Haziran 2023 itibariyle uygulanacak olan 2020/1828 sayılı tüketicilerin şirketlere karşı büyük ölçekte dava açmasını sağlamak amacıyla toplu dava menfaatlerini iyileştirmek ve yaygınlaştırmak için düzenlenen Toplu Tazminat Direktifi kapsamında açılacak davaların artışına sebebiyet verebilecek niteliktedir⁹². Türk Hukukunda ise ÜGTDK'da ne azami ne de asgari bir parasal sınır belirlenmiştir. Böylece AB hukukunda getirilmek istenen düzenleme, Türk hukukunda zaten benimsenmiş durumdadır.

⁹¹ Wagner, "Liability" (n 13) 209.

⁹² < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5a3884ca-23cb-4e60-a615-1c1c236e663c> > Erişim Tarihi 05.02.2023

Sorumlular

A. Genel Olarak

Ürün sorumluluğu üreticinin⁹³ hatalı olarak piyasaya sürdüğü üründen kaynaklanan zararlardan sorumlu olmasını ifade eder. Nihai ürün üreticisi, üründeki hatanın bir diğer ifade ile ürünün toplumun haklı olarak beklediği güvenlik standardını sağlamamasının neden kaynaklandığına, hatayı bilip bilmemesine ya da bunu kendisinin üretilip üretilmediğine bakılmaksızın üründeki tüm hatalardan sorumludur⁹⁴.

Direktif uyarınca ürünün sebep olduğu zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulabilecek kişiler; nihai ürün üreticisi, hammadde üreticisi, bileşen parça üreticisi, adını, ticari markasını veya diğer ayırt edici özelliklerini ürüne koyarak kendisini üretici olarak tanıtan kişiler (*quasi-manufacturer*) ile iş akışı içinde topluluğa satış, kiralama, leasing veya başka bir dağıtım için ürün ithal eden ithalatçılar olarak sıralanabilir⁹⁵. Tedarikçiler⁹⁶ ve dağıtıcılar⁹⁷ da dahil olmak üzere bu kişiler Teklif uyarınca sorumlu kalmaya devam etmektedir. Teklif ise Direktiften farklı olarak sorumluları belirlerken “müteşebbis” terimini de kullanmakta ve ürün sorumluluğunu başka bir boyuta taşıyarak sorumluların çerçevesini genişletmektedir⁹⁸. Bu kapsamda, yukarıdaki listeye ek olarak ürün sorumluluğunun muhatabı olabilecek kişilere dijital hizmet sağlayıcılar, ürende önemli değişiklik yapan işletmeler, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile ifa aracılığı hizmeti sağlayanlar eklenmiştir⁹⁹. ÜGTDK. m. 6’da sorumlu tutulan kişiler üretici ve ithalatçı, m. 11 (3) uyarınca ikincil sorumluluğu bulunan dağıtıcıdır. Teklifin belirlediği diğer kişiler, ÜGTDK kapsamında sorumlu tutulan kişiler arasında yer almamaktadır. ÜGTDK, sorumluların kapsamı itibariyle Direktife göre sınırlıdır. Teklif, Direktifin de kapsamını genişletmiştir. Teklifin yürürlüğe girmesinden sonra hukukumuz bakımından sorumlu kişilerin kapsamı tekrar gözden geçirilebilir. Zira teknolojiye paralel olarak gelişen yeni üretim, satış ve pazarlama yöntemleri bunu gerektirmektedir.

⁹³ Teklifte, Direktiften farklı olarak “*producer*” terimi yerine “*manufacturer*” terimi kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. m. 4 (11). Nitekim Teklif öncesinde de doktrinde *producer* teriminin ürün sorumluluğu için yeterli genişlikte olmadığı, terimin *manufacturer* ile değiştirilmesi veya *producer* terimine eklemeye yapılması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. ELI (n 9) 6. Bu husus Türk doktrininde de tartışılmıştır. Bazı yazarlar, hem doğal olarak hem de endüstriyel olarak üretilen şeyleri kapsadığı, bu açıdan üretici kavramından geniş olduğu gerekçesi ve Direktifin isimlendirmesine de uygun olarak “üreticinin sorumluluğu” ifadesini kullanmaktadır. (Havuçtu (n 14) 23; Sirmen (n 14) 82; Polat (n 14) 1007; Kanışlı (n 14) 1426, dph. 31; Akçura Karaman (n 14) 15. Buna karşılık kavramın ilk ortaya çıkışının etkisiyle “İmalatçının sorumluluğu” kavramını tercih eden yazarlar da bulunmaktadır. Öztan (n 34) 1; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 544. ÜGTDK’da imalatçı terimi kullanılmaktadır.

⁹⁴ Wagner, “Liability” (n 13) 212; Spindler (n 5) 17; Spindler (n 3) 694, No. 30; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG (n 13) § 4, No. 31.

⁹⁵ Spindler (n 5) s. 17; Spindler (n 3) 695, No. 32; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG (n 13) § 4, No. 33 vd.

⁹⁶ Tedarikçiler sadece kendi ürettikleri veya katkıda buldukları kısımdaki hatadan nihai üretici gibi üründen sorumludurlar. Wagner, “Liability” (n 13) 212; Spindler (n 5) s. 17; Spindler (n 3) 695, No. 31.

⁹⁷ Dağıtıcıların yalnızca üreticinin tespit edilememesi halinde dağıtıcının makul süre içerisinde üreticinin kimliğini bildirmemesi halinde sorumluluğu gündeme gelir. Wagner, “Liability” (n 13) 212; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG (n 13) § 4, No. 48 vd.

⁹⁸ De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 19.

⁹⁹ Teklif yayımlanmadan önce hatalı üründen sorumlu olan kişi kategorilerinin tekrar düzenlenmesi gerektiği yönündeki ayrıntılı bilgi için Bkz. ELI (n 9) 6-7.

Teklif m. 11 uyarınca yukarıda sayılan müteşebbisler içerisinde en az iki veya daha fazla kişinin üründen kaynaklanan zararlardan sorumlu olduğu hallerde müteselsil sorumluluk gündeme gelmektedir. Bu duruma örnek olarak hatalı bileşeni sebebiyle zarara yol açan bir ürün gösterilebilir. Böyle bir üründeki bileşenin zarara neden olması halinde, nihai ürün üreticisi ile hatalı bileşen üreticisi tüketicinin korunması amacıyla söz konusu zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulur¹⁰⁰. Böylece yazılımın hatalı olması sebebiyle doğan sorumluluğun nihai üreticiyle birlikte bileşen parça üreticisi olan yazılım üreticisine de ait olacağı söylenebilir¹⁰¹. Ancak aynı sonuca, nesnelerin interneti (IoT) söz konusu olduğunda kolaylıkla varılamayabilir. Zira nesnelerin internetinde birden fazla fiziksel ve dijital ögenin etkileşimi, ayrı bileşen üreticileri tarafından birleştirilmek veya etkileşimde bulunmak üzere tasarlanmış olsa bile hangi ögenin hatalı olduğunun kanıtlanması oldukça zordur. Bu sebeple burada hangi parçanın hatalı olduğu değil nihai ürünün zarara yol açıp açmadığı tespit edilmelidir. Tespit sonrasında ise muhtemelen ürüne katkı sunan tüm üreticilerin müteselsil sorumlu olduğu kabul edilecektir¹⁰².

Dijital Hizmet Sağlayıcı

Teklif m. 10 (2) uyarınca, yokluğunda ürünün bir veya daha fazla işlevini yerine getirmesine engel olacak şekilde ürünün bileşeni haline gelmiş ve üreticinin kontrolünde olan dijital hizmetlerden doğan zararlar ürün sorumluluğu kapsamı altında değerlendirilmektedir¹⁰³. Bu hizmetlerden kaynaklanan zararlardan ürünü tedarik eden üretici ile hizmet sağlayıcısı müteselsilen sorumludur¹⁰⁴. Gerekçede bu tür hizmetlere örnek olarak navigasyon sistemi içerisinde sunulan trafik verilerinin sürekli olarak sağlanması hizmeti gösterilir¹⁰⁵. Bu örnekte bulut tabanlı harita sisteminde trafik verilerinin güncel olarak sağlanamaması sebebiyle doğan zararlardan hem hizmet sağlayıcı hem de navigasyon sistemi üreticisi zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olur. Zira bulut tabanlı harita sistemini navigasyon sistemine entegre eden navigasyon sistemi üreticisidir ve trafik verilerinin sağlanması da onun kontrolü altındaki hizmetlerdendir. Buna karşın üreticinin kontrolü altında olmayan ve ürünün efektif bir şekilde işlevini yerine getirebilmesi üzerinde hiçbir etkisi olmayan dijital bir hizmet örneğinin, bir cep telefonu uygulama merkezinden indirilen bir uygulamadaki yanlış bilgi sebebiyle uğranılan zarar, hatalı dijital hizmet sebebiyle uğranılan zarar olarak değerlendirilemez¹⁰⁶. Bu zarardan ne uygulama üreticisi ne de akıllı telefon

¹⁰⁰ Gerekçe, No. 40.

¹⁰¹ Kaynak kodu yazılımcıları üretici sıfatına haiz olmadıklarından sorumlulukları gündeme gelmez. Wagner, “Liability” (n 13) 201; Hacker (n 6) 16.

¹⁰² Koch, Borghetti, Machnikowski, Pichonnaz, Rodríguez de las Heras Ballell, Twigg-Flesner ve Wendehorst (n 9) 43.

¹⁰³ Spindler (n 3) 691, No. 7; Wagner, “Liability” (n 13) 202.

¹⁰⁴ Wagner, “Liability” (n 13) 202

¹⁰⁵ Gerekçe, No. 15.

¹⁰⁶ ABAD’ın *Krone* kararı bu örneğe uyarlanmıştır.

üreticisi Teklif kapsamında sorumlu tutulabilir. Bu durumda zarar gören kullanıcının tek olanağı dijital hizmet sağlayıcısına karşı haksız fiil hükümleri kapsamında talepte bulunmaktır¹⁰⁷.

Dijital hizmet sağlayıcı Direktifte yer alan sorumlular arasında yer almaz. Ancak ABAD'ın 2001 yılında verdiği bir kararda¹⁰⁸, başkaları için veri depolayan, bunları müşterileri adına ve kendi yazılım araçlarını kullanarak analiz eden sağlayıcının, verdiği hizmetten doğan zararlar için ürün sorumluluğu rejimine tabi tutulduğu görülmektedir¹⁰⁹. Bu karar, içtihat yoluyla üreticinin sorumluluğunun kapsamının genişletilebileceğini gösteren güzel bir örnektir. Nitekim doktrinde, Teklifin yasallaşmasının ardından bu yöntem ile hizmet sektörünün ürün sorumluluk kapsamına alınmasının mümkün olabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır¹¹⁰.

İfa Aracılığı Hizmeti Sağlayıcısı (*Fulfillment Service Providers*)

Teklif ile getirilen bir diğer sorumlu kişi grubu, ifa aracılığı hizmeti sağlayanlardır. Günümüzde Avrupa Birliğine üye devletlerde ikamet eden tüketicilerin, Avrupa Birliği içerisinde yerleşik olmayan, dünyanın herhangi bir yerindeki üretici, dağıtıcı veya satıcılardan sıklıkla alışveriş yaptıkları, teslim aldıkları ürünün hatalı olması halinde ise genellikle AB içerisinde başvurabilecek muhatap bulamadıkları bilinmektedir. İşte Avrupa Birliğine üye devletlerde ikamet eden tüketicilerin yaşadığı bu sorunun önüne geçmek amacıyla sorumlular listesine ifa aracılığı hizmeti sağlayanlar eklenmiştir¹¹¹. Bu kapsamda, Teklif m. 7 (3) uyarınca hatalı ürün sebebiyle doğan zararlardan AB içerisinde bulunan ithalatçı veya üreticinin yetkili temsilcisi; onlara da başvurulmadığı takdirde ise ifa aracılığı hizmeti sağlayıcısı sorumludur.

İfa aracılığı hizmeti sağlayıcısı, Teklif m. 4 (14) uyarınca, ürünün mülkiyetine sahip olmamakla birlikte ticari faaliyetleri sırasında ürünün depolanması, paketlenmesi, adreslenmesi ve nakliyesi gibi işlemlerinden en az ikisini sunan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır¹¹². Dolayısıyla sadece posta teslimatı veya yük taşımacılığı hizmeti vermek yeterli değildir¹¹³. Bu hizmet genellikle e-ticaret faaliyeti sırasında

¹⁰⁷ Wagner, "Liability" (n 13) 203

¹⁰⁸ CJEU, 10.5.2001, C-203/99 (*Henning Veedfald v Århus Amtskommune*). Karar metni için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0203> > Erişim Tarihi 05.02.2023.

¹⁰⁹ Wagner, "Liability" (n 13) 203-204; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG (n 13) § 1, No. 26.

¹¹⁰ Wagner, "Liability" (n 13) 204.

¹¹¹ "İfa aracılığı hizmeti" çevirisi yazarlara aittir. Bu faaliyet, Tekliften önce Piyasa Gözetimi ve Denetimi ve Ürünlerin Uygunluğuna İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü m. 3 (11)'de, "Ticari faaliyet sırasında aşağıdaki hizmetlerden en az ikisini sunan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi: ilgili ürünlerin mülkiyetine sahip olmaksızın depolama, paketlenme, adresleme ve sevkiyat işlemleri." şeklinde tanımlanmıştır. Bugün Türkiye'de lojistik alanında bu hizmete *fulfillment* hizmeti denilmektedir. Yazarlar ifadeyi Türkçeleştirerek "ifa aracılığı hizmeti" kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

¹¹² Gerekeç, No. 14. Aynı tanım Tekliften önce yayınlanıp yasalanan 20 Haziran 2019 Tarihli ve (AB) 2019/1020 sayılı Piyasa Gözetimi ve Denetimi ve Ürünlerin Uygunluğuna İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü m. 3 (11)'de de yer almaktadır. Nitekim bu hükmün ardından doktrinde söz konusu hizmeti sunanların Direktif kapsamında da sorumlu tutulmaları gerektiği savunulmuştur. ELI (n 9) 7.

¹¹³ Wagner, "Liability" (n 13) 213; Spindler (n 5) 18; Spindler (n 3) 695, No. 32.

verilmektedir. Örneğin, Amerika’da yerleşik bir üreticiden yine Amerika’da faaliyet gösteren bir elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı aracılığıyla satın alınan bir üründeki hata sebebiyle zarar gören, uğradığı zararın tazmini için üreticiyi ve adresini bulamadığında, zararını ifa aracılığı hizmeti sağlayıcısından talep edebilecektir. Dolayısıyla bu hizmeti sağlayanlar, ürün ithalatçısı ile eşit düzeyde, tâli sorumluluğa sahip dağıtıcılardan ise öncelikli olarak sorumlu hale gelmiş olur. O halde bir bölgede ifa aracılığı hizmeti sağlayıcısı varsa, dağıtıcıdan önce onlara başvurmak gerekir¹¹⁴. Doktrinde Komisyonun amacının ifa aracılığı hizmeti sağlayanı daha katı bir sorumluluğa tabi tutmak olmadığı, onları yalnızca AB içerisinde yerleşik bir üreticinin veya ithalatçının adını veremedikleri durumda sorumlu tutmanın amaçlandığı belirtilmektedir¹¹⁵.

Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcısı

Teklif ile getirilen bir diğer yenilik ise uzun süredir tartışmalı olan¹¹⁶ Amazon, Ebay, Alibaba gibi müşteriler ile üretici/dağıtıcı/ithalatçı gibi sınıflara sahip satıcılar arasında mesafeli satış sözleşmesi kurulmasına imkân tanıyan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısının kusursuz ürün sorumluluğu rejiminden ne derece sorumlu olacağına ilişkindir. Avrupa Birliği Hukukunda bugüne kadar elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısının sorumluluğu özen yükümlülüğü ile sınırlı kalmıştır¹¹⁷. Ancak 2016 yılında ABAD’ın verdiği *Wathelet* kararının¹¹⁸ ardından bu anlayış değişmiş, kararda elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısının sorumlu olabilmesi için belirleyici faktör olarak tüketicinin platformu gerçek sağlayıcı olarak algılayıp algılamadığının ve üreticinin veya satıcının platformun gözetimi altında olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁹. Teklif de bu anlayışı devam ettirerek elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısını kusursuz sorumlular listesine dahil etmiştir. Böylece internet üzerinden ticaret organize eden ve yürüten araçlar, ortalama bir tüketicinin, ürünün elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısının kendisi veya onun yetkisi ya da kontrolü altında hareket eden bir tacir tarafından sağlandığına inanmasına yol açacak şekilde ürünü sunuyorsa, üründeki hatadan kaynaklanan zarardan dağıtıcı gibi sorumlu tutulabilmektedir¹²⁰. Bu sorumluluğun önkoşulu, Telif m. 7 (5) uyarınca zarar görenin talep etmesine ve talebin platforma ulaşmasının üzerinden 1 ay geçmesine rağmen sorumlu tutulacak müteşebbisin (üretici veya ithalatçı) tespit edilememesidir. Komisyon bu düzenleme ile elektronik ticaret aracı

¹¹⁴ Wagner, “Liability” (n 13) 213-214.

¹¹⁵ Spindler (n 5) 18; Spindler (n 3) 695, No. 32.

¹¹⁶ Tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Wagner, “Liability” (n 13) 214, dn. 77.

¹¹⁷ Koch, Borghetti, Machnikowski, Pichonnaz, Rodríguez de las Heras Ballell, Twigg-Flesner ve Wendehorst (n 9) 40.

¹¹⁸ C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840 (*Sabrina Wathelet v Garage Bietheres & Fils SPRL*) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0149> > Erişim Tarihi 11.03.2023.

¹¹⁹ Spindler (n 3) 695, No. 33.

¹²⁰ Gerekeç, No. 28;

hizmet sağlayıcısının hatalı ürünün üreticisi, dağıtıcısı veya ithalatçısı olmadıkları, sadece taraflar arasında sözleşme kurulmasına aracılık yaptıkları savunması arkasına saklanarak sorumluluktan kurtulmalarının önüne geçmek istemiştir¹²¹.

Döngüsel Ekonomi Kapsamında Ürünleri Esaslı Biçimde Değiştirenler

Bu hususta bahsedilecek son temel yenilik ise döngüsel ekonomik girişimler ile ürünlerin yeniden üretilebilir, yenilenebilir¹²² ve yükseltilebilir hale gelmesine ilişkindir. Teklif halihazırda piyasaya arz edilmiş veya hizmete sunulmuş bir üründen değişiklik yapan müteşebbisi, yazılım güncellemeleri veya makine öğrenmesi de dahil olmak piyasaya sürdüğü üründen yaptığı değişikliklerden sorumlu tutulmaktadır. Madde 7 (4) uyarınca bir ürün orijinal üreticinin kontrolü dışında esaslı biçimde değiştirilmişse, burada artık yeni bir üründen söz etmek gerekir ve değişikliği gerçekleştiren kişi bu yeni ürünün üreticisi olarak kabul edilir. Böylece değişikliği gerçekleştirenler, ürünün verdiği zararlardan üretici gibi sorumlu tutulur.

Hangi değişikliklerin esaslı değişiklik olduğu ise ilgili Avrupa Birliği ve ulusal güvenlik mevzuatında yer alan kriterlere göre belirlenecektir. Gerekçede buna örnek olarak bir ürünün orijinal halinde amaçlanan işlevini değiştiren değişiklikler ile ürünün geçerli güvenlik gerekliliklerine uygunluğunu etkileyen değişiklikler gösterilmiştir. Esaslı nitelik göstermeyen onarım veya diğer işlemleri gerçekleştiren müteşebbisler ise bu kapsamda üretici gibi sorumlu tutulmayacaklardır¹²³. Sözelimi daha önce bir yorganın içerisinde kullanılan yün geri dönüştürülerek bir kazak içerisinde kullanılmışsa bunun esaslı bir değişiklik olduğu şüphesizdir. Ancak dijital ürünlerde bunun ayırdına varmak her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, bir şirket piyasaya bir yazışma uygulaması sürdükten sonra bu yazışma uygulamasına sesli arama veya görüntülü arama işlevleri eklenirse, yazışma kodları aynen kalacağı ve üzerine yeni işlev kodları ekleneceği için burada ürünün esaslı olarak değiştiği söylenemez. Yapılan güncelleme sonrası doğan zararlardan sorumluluk ise orijinal üreticiye ait olmaya devam eder. Buna karşın bu uygulamadan yazışma özelliği kaldırılarak sadece sesli arama veya görüntülü arama hizmeti verilmeye başlanmışsa,

¹²¹ Wagner, "Liability" (n 13) 214; Spindler (n 3) 695, No. 33.

¹²² Teklif ve Gerekçeden ürünün yenilenmesi ile tam olarak ne kastedildiği anlaşılmalıdır. Ancak yenilenmenin onarım gibi düşünülmemesi gerekir. Çünkü onarım sadece bir hizmettir, ortada bir üretim süreci yoktur. Bu hizmeti sunan kişi yeni bir şey yaratmaz. Oysa ürünün yenilenmesi böyle değildir. Ürün yenilenmek sureti ile tedarik zincirine yeniden girmeye hazır hale gelir. Onarımda ürünü teslim alan kişi genellikle onarım sürecini başlatan kişidir. Dolayısıyla ürünün onarım öncesi ve sonrası halini karşılaştırabilen ve istenilen sonuç elde edilmediğinde sözleşme kapsamında çözüm üretmeye çalışacak kişi tarafından teslim alınır. Buna karşın yenilenmiş ürün önceki sahibine geri dönmek. İşlevleri ve niteliklerini geri kazanmasının ardından üçüncü bir kişiye devredilir. Bu nedenle yenilenmiş ürünleri üreticilerin, Teklif içerisinde sorumlu müteşebbisler arasında yer alması önem arz etmektedir. Koch ve et al. (n 9) 38-39. Teklif yayınlanmadan önce yenileme yapan kişinin, hatanın orijinal üründen ya da kendi alanına girmeden önce var olduğuna dair bir savunmadan yararlanamaması gerektiği de ifade edilmiştir. Çünkü yenileme işlemi yapan kişi ile orijinal üretici arasındaki ilişki, nihai ürünün üreticisi ile hammadde tedarikçisi arasındaki ilişkiye benzer görülmektedir. Koch ve et al. (n 9) 16. Onarım, bakım, bazı parçaların değiştirilmesinin ürün sorumluluğuna değil, ayıp sorumluluğuna yol açacağı, ürünün tamamen elden geçirilip, modernize edilmesi halinde yeni bir üründen söz edilebileceği yönünde bkz. Akçura Karaman (n 14) 291.

¹²³ Gerekçe, No. 29.

bu değişiklik esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bu değişikliği gerçekleştiren yazılımcı/yazılım şirketi, üründen kaynaklanan zararlardan üretici gibi sorumlu tutulur.

Yazılımcıların/yazılım şirketlerinin yapay zekâ uygulamaları için ayrı bir öneme sahip olacağını söylemek yanlış olmaz. Zira bir üretici dijital bir ürününü piyasaya sürdükten sonra güncelleştirme ve iyileştirme için başka bir şirketten yardım alıyor ve kendisi bunları takip etmiyorsa, ürünün yapay zekâ sisteminin veri setleri ile eğitilmesi ile ürünün değişen kısımları ile değişmeyen kısımlarının ayırdı oldukça zor olacaktır¹²⁴. Bu zorluk müstakbel davacıya, belki de değişmeyen kısım ile ilgili olan ancak tespit edilemeyen hata sebebiyle orijinal üretici ile birlikte yapay zekâ sistemini güncelleyen şirkete karşı da talepte bulunma imkânı verecektir¹²⁵.

Sorumluluktan Muafiyet Halleri

Teklif ile getirilen sorumluluktan muafiyet halleri, birkaç değişiklik dışında büyük ölçüde Direktif ile paraleldir. Bu haller Teklifin 10. maddesinde düzenlenmiştir ve ispat yükü yine davalı müteşebbisin üzerindedir. Hükümün Direktif ile aynı yöndeki fıkralarını sıralamaya gerek yoktur¹²⁶. Ancak birkaç mühim husustan bahsetmekte de yarar vardır. Bunlardan ilki, “en son teknoloji” savunması olarak adlandırılan, hatanın üreticinin ürünü piyasaya sürdüğü, hizmete sunduğu veya üreticinin kontrolü altında bulunduğu tarihteki bilimsel ve teknik bilgilere dayalı olarak tespit edilemediğine ilişkin muafiyettir ve tüm endişelere rağmen Teklifteki yerini korumuş hatta sağlamlaştırılmıştır. Teklif uyarınca gelişim riski muafiyeti artık üye devletler için opsiyonel değil, düzenlenmesi zorunlu bir hüküm haline gelmiştir. Böylece uygulamada ürünün üretildiği tarihteki bilimsel ve teknik bilginin durumuna bağlı olarak üreticilerin güvенеbileceği “gelişim riskleri” veya “en son teknoloji” savunmasının kaldırılacağına dair endişeler giderilmiş, hükümdeki ifadeler biraz değiştirilmesine karşın varlığını korumuştur.

Gelişim riski, ÜGTDK’da yer almamakla birlikte ürün sorumluluk hukuku için önemli muafiyet hallerinden biridir. Direktif bu hususu bir muafiyet olarak düzenleyip düzenlememe konusunda ülkelere bir serbesti tanımıştır ve bazı üye ülkeler bunu muafiyet kabul etmemiş; bazı ülkeler ise sınırlı olarak kabul etmiştir. Direktifin bu konuda tanıdığı serbestinin de etkisiyle hukukumuz açısından bu tür

¹²⁴ Bu durum Teklif m. 10 (1) (g) uyarınca sorumluluktan muafiyet sebeplerinden biridir.

¹²⁵ Aynı yönde bkz. Spindler (n 5) 20; Spindler (n 3) 696, No. 36

¹²⁶ Hükümde bazı haller aynı kalmakla birlikte bazıları da küçük değişikliklere uğramıştır. Örneğin Direktif m. 7 (a)’da üreticinin ürünü piyasaya sürmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmişken, bu hüküm Teklifte “üretici ürünü piyasaya sürmediğini, dağıtıcı ise ürünü piyasaya sunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir” şeklinde yer almıştır. Bu değişikliğin temel sebebi Teklif madde 4 (8) ve (9) uyarınca, piyasaya sunmak ve piyasaya sürmek kavramlarının ayrıştırılmasıdır. Buna göre piyasaya sürmek bir ürünün Birlik pazarına ilk kez kullanıma sunulması; piyasaya sunmak ise, bir ürünün ticari bir faaliyet sırasında, ödeme karşılığında veya ücretsiz olarak Birlik pazarında dağıtılması, tüketilmesi veya kullanılması için tedarik edilmesidir.

riskler üreticilere yönelik bir muafiyet hali olarak düzenlenmemiştir. Bu durum, şüphesiz zarar görenler için olumlu bir yaklaşımdır. Ancak böyle bir muafiyet tanımamanın, üreticilerin araştırma-geliştirme faaliyetlerine yatırım yapmasını, yeni ürünlerin ortaya çıkmasını engelleyeceği, öngörülemeyen bir durum olarak sigortalıların düşünülmediğinde ise üretim maliyetini artıracakla gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Hukukumuzda da üreticilerin ürün geliştirme, rekabetçi davranabilme yeteneklerini engellemek için bu yönde bir muafiyetin ÜGTDK'ya eklenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu, muafiyetin uygulanmasında üreticinin sorumluluktan kolayca kurtulabileceği bir hüküm olarak yorumlanmamalı, zarar görenin menfaatiyle üreticinin menfaati arasında denge gözetilen bir yaklaşım benimsenmeli veya tercih sınırlı bir muafiyet yönünde olmalıdır¹²⁷.

Öte yandan Teklif muafiyet hallerine bazı yenilikler de getirmiştir. Buna göre, üründe değişiklik yapan üretici, zarara neden olan hatanın, ürünün değişiklikten etkilenmeyen parçası ile ilgili olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, hatalı bir bileşenin ürünün hatalı olmasına sebep olduğu durumlarda, hata bileşenin entegre edildiği ürünün tasarımına ilişkinse veya ürünün üreticisi tarafından bileşenin üreticisine verilen talimatlardan kaynaklanıyorsa müteşebbisin yine sorumluluktan kurtulması mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki muafiyet halleri sınırsız değildir. Üründeki hatanın ilgili bir hizmetten, yazılım güncellemeleri veya yükseltmeleri dahil olmak üzere yazılımdan veya güvenliği sağlamak için gerekli yazılım güncellemelerinin veya yükseltmelerinin yapılmamasından kaynaklanması halinde üreticinin kontrolü dahilinde olması kaydıyla müteşebbis sorumluluktan kurtulmaktadır. Komisyonun buradaki amacı, ürünlerini piyasaya sürdükten sonra (örneğin yazılım güncellemeleri veya ilgili hizmetler aracılığıyla) kontrollerini sürdüren üreticilerin, kontrolleri sonucunda ortaya çıkan hatalardan sorumlu olmaya devam etmelerini sağlamaktır. Ancak bu durum üreticilerin güncelleme ve iyileştirmelere devam etme yükümlülüğü altında olduklarının da bir göstergesidir. Bu aynı zamanda, üreticilerin siber güvenlik açıklarını ve güvenlik tehlikelerini ele almak için gerekli yazılım güncellemelerinin veya yükseltmelerin eksikliğinden kaynaklanan hatalardan, kurtulamayacağı anlamına da gelmektedir. Kanaatimizce bu sorumluluk yazılım üreticileri için önemli bir risk sorumluluğunu beraberinde getirecektir. Doktrinde bu hükmün kapsamına yapay zekâ, nesnelerin interneti ve makine öğrenme yazılımlarının girdiği kabul edilmektedir¹²⁸.

¹²⁷ Konuya ilişkin tartışmalar, muafiyet kabul etmeyen veya sınırlı olarak kabul eden ülke düzenlemelerine ilişkin bilgiler için bkz. Akçura Karaman (n 14) 345 vd.; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 578 vd.; Kanışlı (n 14) 1445 vd.; Aydos (n 16) 206 vd.; Polat (n 14) 1024 vd.

¹²⁸ De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 21; Spindler (n 3) 694, No. 25.

İllyet Bağı

Direktif m. 4 ve Teklif m. 9 uyarınca davacının üründeki hata ile uğradığı zarar arasındaki illiyet bağına ispat etmesi gerekir. Ancak Teklif bu ispat şartına ek olarak davacıya iki temel kolaylık getirmiştir. İlk olarak, Madde 9 (3) uyarınca ürünün hatalı olduğu veya meydana gelen zararın söz konusu hata ile tipik olarak uyumlu olduğu tespit edilmişse, üründeki hata ile uğranılan zarar arasında illiyet bağının var olduğu varsayılır. Diğerisi ise Madde 9 (4)'te düzenlenen, bir ulusal mahkeme davacının, teknik veya bilimsel karmaşıklık nedeniyle ürünün hatalı olduğunu veya hata ile zarar arasındaki illiyet bağına ya da her ikisini birden ispat etmekte aşırı zorlandığına karar verebilir. Bu durumda davacının, ürünün zarara katkıda bulunduğu ve ürünün hatalı olduğunu veya hatanın zararın muhtemel nedeni olduğunu ya da her ikisini birden, yeterince ilgili kanıtlara dayanarak göstermesi gerekir. Böylece ürünün hatalı olduğu veya hata ile zarar arasındaki illiyet bağının ya da her ikisinin birden varlığı kabul edilebilir. Görüldüğü üzere teknik veya bilimsel karmaşıklık sebebiyle illiyet bağı ispat edilemiyorsa, Teklif illiyet bağının ispatı yerine, yeterince ilgili kanıtlara dayanılmasına izin vermiştir. Bunun dışında davacının (zarar görenin) uyumsuzluk konusunun teknik ve bilimsel olarak karmaşık olduğunu ispat etmesinin gerekip gerekmeyeceği veya bu karmaşıklığı göstermenin yeterli olup olacağı hususunda ise bir açıklama yapılmamıştır¹²⁹.

Öte yandan illiyet bağının kanıtlanmasıyla, ürünün zarara katkıda bulunduğunu yeterince ilgili kanıtlara dayanarak göstermek arasındaki farkın ne olduğu yine belirsizdir. Pek tabii ki katkıda bulunmak, illiyet bağının kurulması ile aynı anlamama gelmemelidir. Aksi halde hükmün getirilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu sebeple doktrinde bu ifadenin, hata ile zarar arasında illiyet bağının olma ihtimalinin, olmama ihtimalinden daha yüksek bulunması olarak yorumlandığı görülmektedir¹³⁰. Söz konusu görüş kanaatimizce de yerinde olmakla birlikte henüz Teklif yasalasmamışken hükümde daha anlaşılır, yerleşik kavramlarla açıklanabilir bir dil kullanılmasında fayda vardır. Kaldı ki doktrinde bu hükmün, doğan zararın üründeki hatanın tipik sonucu olduğu hallerde illiyet bağının kurulduğunu kabul eden madde 9 (3)'ün varlığı karşısında, efektif bir anlam ifade edip etmediği de tartışılmalıdır¹³¹. Bu durumda eğer zarar üründeki hatanın tipik bir sonucu ise madde 9 (3)'ün; muhtemel bir sonucu ise de madde 9 (4)'ün uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Davalının ise Teklif m. 9 (5) uyarınca tüm bu karinelere itiraz etmesi mümkündür¹³². İllyet bağının ispatını zarar gören lehine kolaylaştıran bu düzenlemelerin, hukukumuz için de yol gösterici olduğu açıktır. Gelişen teknoloji karşısında zarar görenleri, sadece sorumluluğun

¹²⁹ Spindler (n 5) 25, 26; Spindler (n 3) 698, No. 56.

¹³⁰ Wagner, "Liability" (n 13) 217-218.

¹³¹ Hacker (n 6) 218.

¹³² Bu hallerde örnek olarak ürünün üreticinin niyetine aykırı olarak piyasaya sürülmesi veya hatanın zorunlu hükümlere uyulması sebebiyle doğması gösterilmektedir. Gerekçe, No. 36.

sonuçları ile değil sorumluluğun şartları bakımından da korumaya çalışmak isabetli bir yaklaşımdır.

İspat Yükü

Direktif m. 4 uyarınca ürünlerdeki hatanın, meydana gelen zararın ve zarar ile hata arasındaki illiyet bağının ispat yükü davacıya aittir. Bu kural Teklif m. 9 (1)'de de aynen tekrarlanmaktadır. Dolayısıyla ana kural değişmemekle birlikte Teklif, bazı hallerde bilgi asimetrisini gidermek amacıyla davacıya ispat kolaylığı getirmiştir¹³³.

Delillerin Açıklanması (*Disclosure of Evidence*)

Teklif ile getirilen belki de en sansasyonel yenilik ürün sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların görüldüğü davalarda davacılara tanınan ispat kolaylığına ilişkindir. Delillerin açıklanması (*disclosure of evidence*) olarak adlandırılan bu usul uyarınca davacı, davalının elinde bulunan ve kendi iddiasını ispat etmesini sağlayacak delillerin açıklanmasını mahkemeden talep edebilir¹³⁴. Avrupa Birliği medeni usul hukuk kuralları için yeni bir uygulama olan bu ispat kolaylığı, ürünlerdeki hatadan zarar gördüğü muhtemel olan ancak özellikle ilaç veya yapay zekâ gibi kendi elindeki bilgilerle bunu ispatlaması çok zor olan davacıların ispat yükünü hafifletmek amacıyla getirilmiştir¹³⁵.

Söz konusu usulün işleyişi Teklifin 8. maddesinde düzenlenmektedir. Hüküm uyarınca, delillerin açıklanması prosedürünün talep edilebilmesi için öncelikle davacının iddiasını haklı gösterecek yeterli olgu ve delilleri mahkemeye sunmuş olması gerekir. Mahkemenin talebi kabul etmesi halinde ise bunu, davacı ile davalı arasındaki menfaat dengesini koruyarak, davalının ticari sırlarını ve sınırlarını ihlal etmeden yapmalı ve yalnızca iddiayı desteklemek için “gerekli ve orantılı” kanıtların getirilmesine karar verilmelidir. Bu son husus oldukça kritiktir. Bu sebeple Teklif mahkemelere, menfaatlerin korunması gerektiği hallerde delillerin açıklanması talebini reddetmek veya sınırlandırmak dışında özel koruyucu tedbirler alma yetkisi de tanımıştır¹³⁶. Gerekçede bu tedbirlere örnek olarak, ticari sırları içeren veya içerdikleri iddia edilen belgelere erişimin sınırlandırılması veya yalnızca redakte edilmiş

¹³³ Spindler (n 3) 696, No. 44. Direktifin dijital ürünlere ilişkin ispat kolaylığı getirecek şekilde değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz. ELI (n 9) 9-10.

¹³⁴ Benzer bir düzenleme Yapay Zekâ Sorumluluk Direktif Teklifi m. 3'te de yerini almıştır. Ancak bu iki hüküm arasında birkaç fark bulunmaktadır. Buna göre, Yapay Zekâ Sorumluluk Direktif Teklifi uyarınca sadece yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin neden olduğu zararlara ilişkin uygulanabilecek bu prosedür hem duruşma sırasında hem de duruşma öncesinde talep edilebilir ve mahkemenin emrine uyulmaması halinde özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığına dair aksi ispatlanabilir bir karine oluşur. Buna karşın Ürün Sorumluluğu Direktif Teklifinde bu prosedür tüm karışık davalarda ancak sadece yargılama esnasında talep edilebilecek şekilde düzenlenmiş ve mahkemenin delillerin sunulması emrine uyulmaması halinde ise ürünün hatalı olduğuna dair aksi ispatlanabilir bir karinenin oluştuğu kabul edilmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Hacker (n 6) 26-27.

¹³⁵ Wagner, “Liability” (n 13) 216; Spindler (n 5) s. 22; Spindler (n 3) 696, No. 47.

¹³⁶ Wagner, “Liability” (n 13) 216; Spindler (n 3) 696-697, No. 47-48.

belgelere veya duruşma tutanaklarına erişime izin verilmesi ya da duruşmalara katılacak kişilerin sınırlandırılması gösterilmiştir¹³⁷.

Delillerin açıklanması usulü, Amerikan medeni usul hukukunda yer alan, tarafların davaya ilişkin ellerinde bulunan bilgi ve belgelerin duruşma öncesi karşı tarafa açıklanması olarak tanımlanabilecek *pre-trial disclosure procedure*¹³⁸ (tahkikat öncesi açıklama usulü)'ne benzetilmektedir¹³⁹. Ancak bu iki usul kuralının birbirinden farklı birçok yönü bulunmaktadır. Öncelikle tahkikat öncesi açıklama usulü, yargılamaya henüz başlanmadan, ilk duruşmadan en az 30 gün önce her iki tarafın da katılımıyla gerçekleşecek bir toplantı ile delillerin karşı tarafa sunulmasıdır¹⁴⁰. Teklif ile getirilen prosedür ise dava öncesi bir prosedür olmayıp delil toplama sürecinin bir parçasıdır. Her ne kadar yargılamanın başında talep edilmesi gerekiyor olsa da delillerin açıklanması yargılama başladıktan sonra, dava görülürken talep edilir¹⁴¹.

Öte yandan tahkikat öncesi açıklama usulü ile karşı tarafa sunulacak belgelerin kapsamı da oldukça geniştir. Herhangi bir şekilde dava ile ilgili olan tüm bilgi ve belgeler¹⁴² ve ayrıca tanık listelerinin de (tanıkların kimliklerini de içerecek şekilde) karşı tarafa sunulması gerekir¹⁴³. Daha sonra delil niteliğinde olan ve açıklanması gereken yeni durumlardan haberdar olunması halinde ise bu bilgi ve belgeler eklenerek halihazırda sağlanan bilgiler tamamlanır¹⁴⁴. Bu bilgi ve belgelerin ticari sır olup olmadığı, kişisel verileri ihlal edip etmediği veya gizlilik ise dikkate

¹³⁷ Gerekçe, No. 32.

¹³⁸ Söz konusu prosedür *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) m. 26-37 arası hükümlerde düzenlenmektedir. Kanun 2022 yılında revizyona uğramış ancak hükümler varlığını korumuştur. Kanuna şuradan ulaşılabilir: < <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/> > Erişim Tarihi 01.04.2023.

¹³⁹ Wagner, "Liability" (n 13) 217; Spindler (n 3) 697, No. 50; Ulrike Böhm, *Amerikanisches Zivilprozessrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2005), 181, No. 388. Bu hükmün *pre-trial discovery* prosedürünün Avrupa Hukukuna ihdası anlamını taşımadığı ve bu yöndeki endişelerin yersiz olduğu yönünde bkz. Wagner, "Liability" (n 13) 217.

¹⁴⁰ Haimo Schack, *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht* (4. Auflage, C. H. Beck 2011) 45, No. 110; Böhm (n 138) 185, No. 397. FRCP m. 26(a)(3) uyarınca süre en az otuz gün olarak düzenlenmiş olsa da birçok eyalette bu sürenin daha kısa, örneğin bir hafta kala şeklinde uygulandığı görülmektedir. FRCP m. 402 uyarınca toplantının ardından tarafların 14 gün içerisinde delillere itiraz etmeleri gerekir. Bu süre içerisinde yapılmayan itirazlar dikkate alınmaz. Ancak istisnaen haklı bir sebeple bu sürenin kaçırıldığının ispatlanması halinde mahkeme süresi geçmiş olsa da yapılan itirazları kabul edebilir. Böhm (n 138) 185, No. 397.

¹⁴¹ Spindler (n 3) 696, No. 47; Daniel Kettiger ve Petra Pekkanen, "Innovations on European Caseflow Management in Courts", iç Andreas Lienhard (edr) (Nomos Verlagsgesellschaft 2018), 49; Hacker (n 6) 27. Yazar ayrıca bu hususun özellikle dava masrafları açısından önemli olduğunu, masrafları azaltmak ve talepleri teşvik etmek amacıyla söz konusu prosedürün dava öncesi keşif için de uygun hale getirilmesinin önem arz ettiğini belirtmektedir.

¹⁴² Schack (n 139) 45, No. 111; Vera Hoppe, *Die Einbeziehung Ausländischer Beteiligten in US-Amerikanische Class Actions* (Peter Lang Internationaler Verlag Der Wissenschaften 2006) 139. Delillerin yazılı olması, her birinin taraf avukatı tarafından imzalanması ve resmi olarak tebliğ edilmesi gerekir. Bu imza açıklanan delillerin içeriğinin yazıldığı tarihte imza sahibinin bilgisi ve inancı dahilinde doğru ve eksiksiz olduğunu da tasdik etmektedir. Böhm (n 138) 186, No. 400.

¹⁴³ Böhm (n 138) 186, No. 400.s. 185, No. 397; Spindler (n 3) 697, No. 50. Uygulamada davahların, davacı tarafa binlerce belge teslim ederek bu belgelerin içinden önemli bilgileri keşfetmesini zorlaştırmaya çalıştıkları ve bu yöntem ile davalıyı uzlaşmaya zorladıkları görülmektedir. Örneğin bir davada 4 milyondan fazla sigorta poliçesinin, bir diğerinde ise binlerce sayfa Japonca belgenin ve İngilizce çevirisinin açıklanması istenmiştir. Schack (n 139) 46, No. 112, 114. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki Amerikan Hukuku'nda delillerin açıklanması bağlamında her bir tarafın kendi masraflarını karşılaması genel kuraldır. Bu talebinin muhatabı için bu belgelerin hazırlanması, saatler süren avukatlık ücretinden sayısız belgenin fotokopi masrafına kadar uzanan azımsanmayacak bir mali yük anlamına gelir. Böhm (n 138) 195, No. 418.

¹⁴⁴ Böhm (n 138) 186, No. 401.

alınmaz¹⁴⁵. Buna karşın Teklif ve Gerekçesinde ise delillerin açıklanması sırasında karşı tarafa sunulacak delillerin niteliğinden, tanık beyanlarından veya yeni delillerin tamamlanması gerektiğinden söz edilmemiştir¹⁴⁶. Gerekçede sadece davalı tarafından mevcut kanıtların derlenmesi veya sınıflandırılması yoluyla yeni oluşturulması gereken belgelerin de bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁷. Bu ifadeden çıkarılacak sonuç, üreticiden özellikle de dijital ürün üreticisinden çok geniş düzeyde bilgi ve belgeyi açıklamasının beklenebileceğidir. Bu da esasen tahkikat öncesi açıklama usulünde yer alan “*gerekli tüm bilgi ve belgelerin karşı tarafa iletilmesi*” ile benzer bir ifadedir. Ancak bir farkla, Teklif uyarınca söz konusu bilgi ve belgelerin açıklanması sırasında ticari sırların ve gizliliğin korunmasına özellikle dikkat edilir. Teklifin 8. maddesinde mahkemenin prosedürü uygularken davalının ticari sırlarını ve sınırlarını ihlal etmemesi, yalnızca “*gerekli ve orantılı*” delillerin açıklanmasına karar verilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Bu iki prosedür arasındaki bir diğer fark ise yaptırımlarda karşımıza çıkar. Amerikan Hukukunda taraflardan biri delilleri açıklamaktan imtina eder veya açıklama yükümlülüklerini ihlal ederse uygulanacak çeşitli yaptırımlar vardır¹⁴⁸. Bunlardan bazıları, açıklanmayan delillerin veya yargılama sırasında dayanılmak istenen diğer delillerin dava sırasında dikkate alınmaması; açıklanmayan delilin ilgili olduğu olguların karşı taraf lehine kanıtlanmış sayılmasına karar verilmesi veya yükümlülüğünü ihlal eden tarafın yükümlülüğünü yerine getirene kadar yargılamanın askıya alınması şeklinde sıralanabilir¹⁴⁹. Mahkeme bu yaptırımlardan birini veya birkaçını taraf aleyhine uygulayabilir¹⁵⁰. Teklif bünyesinde ise davalının delillerini açıklamaktan imtina etmesi ve mahkemenin emrine uymaması halinde bu yaptırımlardan sadece biri, ürünün hatalı olduğunun karine olarak kabul edilmesini düzenlenmektedir (Madde 9 (2)). Diğer yaptırımları seçmemek Komisyonun tercihidir. Ancak bu açıdan Teklifin eksik yönlerinin olduğunu da eklemek gerekir.

¹⁴⁵ Böhm (n 138) 181, No. 388; Schack (n 139) 48-49, No. 120, 123; Spindler (n 3) 697, No. 50. Hatta ticari sırlara ilişkin koruma kararı mahkemenin taktirine bırakılmıştır. Schack (n 139) 49, No. 122. Bu durumda Amerikan Hukuku'nda görülecek bir davada uygulanacak bu prosedür, Kıta Avrupası devletlerinde cezai bir sonuç doğuracak sorunları beraberinde getirebilir. Örneğin TTK'da dağınık olarak üretim, iş veya ticaret sırlarının ifşası kavramlarından bahsedilmiş ve Türk Hukuku'nda ticari sırların ve bankacılık sırlarının ifşası TCK m. 239 uyarınca suç, bu sırların bir yabancıya açıklanması ise 3. fıkrada ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Ancak burada nasıl bir ifşa suçunun oluşacağı da sorgulanmaya mahkumdur. Ürün sorumluluk davası çoğunlukla üreticiye karşı açılır ve üretici kendi sırrını ifşa ettiği için suç işlemiş olamaz. Ancak dava Direktif kapsamındaki diğer sorumlulara yöneltilmişse ve onlar bu sırları ifşa etmek durumunda kalmışlarsa ancak o zaman bu ifşanın aynı zamanda bir suç olup olmadığı değerlendirilebilir. Böyle bir davada yapılacak ifşanın ise düşük bir ihtimal de olsa tedarik zincirindeki diğer sorumluların ticari sırlarını içermesi mümkündür. Bu halde davanın Amerikan mahkemelerinde görülmesi sebebiyle yapılacak açıklamanın bu ticari sırları içermesi halinde bu kişilere kendi devlet hukuklarında ceza davası açılması muhtemel olacaktır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Ezgi Çırak, “Ticari Sırrın İfşasından Doğan Ceza Sorumluluğuna İlişkin Türk ve Alman Hukuk Sistemlerindeki Güncel Durumun Değerlendirilmesi” 2022 8 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 179-204.

¹⁴⁶ Doktrinde, hükmün uygulanması açısından mahkemenin hangi kanıtları kabul edeceğine dair katı kuralların var olması gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir. Kettiger ve Pekkanen (n 140) 48.

¹⁴⁷ Gerekçe, No. 31.

¹⁴⁸ Ancak öncesinde taraflardan uzlaşma ile aralarındaki sorunu çözmeleri beklenir. Şayet bu yolla sorun çözülemiyorsa, o halde mahkeme yaptırımları devreye sokar. Bkz. Böhm (n 138) 187, No. 402.

¹⁴⁹ FRCP, Rule 37.

¹⁵⁰ Böhm (n 138) 187, No. 403.

Söz gelimi davalının ticari sırlarını paylaşmasını gerektiren bir açıklama yapmak zorunda kalması halinde veya davacının ihtiyacı olmamasına rağmen kötü niyetli hareket ederek davalıdan ilgili kanıtları elde etmesi halinde hangi yaptırımların uygulanacağı belirsizdir¹⁵¹. Amerikan Hukuku'nda mahkemenin, iyi niyetli hareket etmeyen tarafı, yargılama giderleri de dahil olmak üzere karşı tarafın makul tüm masraflarını ödemeye mahkûm edebileceği düzenlenmektedir¹⁵². Yine Teklifte delillerin yok edilmesi halinde ne olacağına dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Amerikan Hukuku'nda ise delillerin yok edilmesi sonucunda hem ceza hem de tazminat davası açılabileceği düzenlenmiştir¹⁵³.

Sonuç olarak görülüyor ki Teklif ile getirilen “*disclosure of evidence*” (delillerin açıklaması usulü) prosedürü ile Amerikan Hukuku'nda uygulanan “*pre-trial disclosure*” (tahkikat öncesi açıklama usulü) prosedürü birbirine benzemekle birlikte birebir örtüşmemektedir. Ancak Amerikan Hukukunda düzenlenen tahkikat öncesi açıklama prosedürünün çok daha kapsamlı olarak ele alındığı aşikardır. Teklif ise yeni bir sistem getirmiş ama bu sistemin işleyişi sırasında yaşanabilecek uyumsuzluklara çözüm olabilecek kapsamlı düzenlemeler yapmamıştır¹⁵⁴.

Türk medeni usul hukukunda ise delillerin açıklanması veya tahkikat öncesi açıklama usulü bulunmamaktadır. Ancak birkaç farklı kurum ile benzerlik taşıyıp taşımadığı değerlendirilebilir. Bunlardan ilki hâkimin davayı aydınlatma ödevidir. HMK m. 31'de düzenlenen bu ödev uyarınca hâkim yargılama sırasında eksik, belirsiz veya çelişkili gördüğü hususlara ilişkin olarak tarafların delil göstermelerini talep edebilir¹⁵⁵. Tarafların ispat yükümlülükleri sırasında önemli bir rol oynayan bu ödev ile hâkim, tarafların ileri sürmediği veya dayanmadığı ancak varlığı dava dosyasından anlaşılan delilleri kendi talebi üzerine değerlendirebilmektedir. Bu doğrudan hâkime ait ve onun taktirinde olan bir yetkidir. Tarafların talepleri bu kapsamda değerlendirilmez¹⁵⁶. Dolayısıyla Teklif ile getirilen bu usul, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile örtüşmemektedir.

Bunun dışında belgelerin ibrazı kurumu ile de karşılaştırılabilir. Türk Hukukunda kural olarak davalı, davacının lehine kendisinin ise aleyhine delil teşkil edecek bilgi ve belgeleri mahkeme ile ve tabi davacı ile paylaşmak zorunda değildir. Ayrıca taraflarca getirilme ilkesi uyarınca her bir taraf kendi delilini mahkemeye kendisi sunar ve hâkim yargılama sırasında bu delillere bağlı kalır. Ancak tarafların kendi

¹⁵¹ Spindler (n 5) 24; Spindler (n 3) 697, No. 51.

¹⁵² FRCP, Rule 37.

¹⁵³ Schack (n 139) 50, No. 127.

¹⁵⁴ Hükümün yeterince kapsamlı olmaması sebebiyle özellikle yürürlüğün ilk yıllarında uygulamada sorun yaşanacağı yönünde bkz. Spindler (n 5) 24.

¹⁵⁵ Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt I-II (15. Bası On İki Levha Yayıncılık 2017), 818-819; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı, Legal Kitabevi 2016), 311.

¹⁵⁶ Erdönmez (n 154) Cilt I, 823-824; Kuru (n 154) 329.

iddiasını ispat etmek için sadece kendi ellerinde bulunan belgelere değil aynı zamanda karşı tarafın elinde bulunan belgelere de delil olarak dayanabilmeleri mümkündür. Bu kapsamda HMK m. 219 (1) uyarınca tarafların kendilerinin ve karşı tarafın delil olarak dayandığı ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri gerekir. Karşı tarafın elindeki bir belgeye delil olarak dayanabilmek için bunu talep eden tarafın HMK m. 194 gereği öncelikle iddiasını yeterince somutlaştırmış ve dayanmak istediği belgeyi de ayırt edici bir şekilde belirtmiş olması gerekir¹⁵⁷. Daha sonra hâkim HMK m. 220 (1) uyarınca ibrazı istenen belgenin ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olup olmadığını ve belgenin karşı tarafın elinde bulunup bulunmadığını araştırır. Şayet mahkeme buna kanaat getirir, belgeyi ister ancak taraf belgenin elinde olduğunu inkâr ederse, HMK m. 220/2 uyarınca mahkeme, belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif eder¹⁵⁸. Mahkemenin talebine rağmen haklı bir sebep olmaksızın ibrazdan kaçınılması halinde ise HMK m. 220 (3) mahkemeye belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanlarının doğru olduğunu kabul etme imkânı tanımıştır.

Sonuç olarak Türk Hukukunda davacının iddiasını ispatlamak için davalının elindeki belgeleri talep etmesi kısıtlı bir şekilde de olsa mümkündür. Pek tabii Teklifin getirdiği düzen bu usulün çok ötesinde, davacının iddiasını somutlaştırması kaydı ile davalının elindeki tüm belgeleri HMK ile benzer anlamda bir ayırt edicilik belirtmeden talep edebilmesini sağlayan kolaylaştırılmış bir prosedürdür. Belgelerin Türk Hukukunda olduğu gibi somutlaştırılmasına ihtiyaç olmadığından, mahkeme sadece davanın gerçekten davacının kendi başına ispat edemeyeceği kadar karmaşık olup olmadığını değerlendirir. Ayrıca Teklif, yaptırımlar bakımından da Türk Hukuku'ndan görece etkin düzenlemelere sahiptir. Türk Hukukunda mahkemeye ibraz emrine uymayan taraf aleyhine beyanların doğruluğuna hükmedebileceği yönünde bir imkân tanınmışken, Teklif mahkemeye başka bir seçenek tanımamış ve doğrudan davacının iddiasının doğru olduğu yönünde bir karinenin varlığını kabul etmiştir. Bu durumda kanaatimizce Teklif ile getirilen delillerin açıklanması Türk Hukuku için yepyeni bir usul olarak adlandırılmazsa da karşı tarafın elindeki belgeye ulaşabilme imkânı açısından çok daha efektif bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

Karineler

Teklifin ispat yükünü düzenlediği 9. madde, aynı zamanda ürünün hatalı olduğunun kabul edileceği yönünde karineler de içermektedir. Teklif, getirdiği bu yeni karineler

¹⁵⁷ Erdönmez (n 154) Cilt II, s. 1814; Hilal Ünal Kaya, "Türk ve Alman Medeni Usul Hukukunda Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkânları" 2018 67 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 783-806 (798).

¹⁵⁸ Bu hükmün kötü niyetle kullanılmasının muhtemel olduğu yönünde haklı eleştiriler için bkz. Erdönmez (n 154) Cilt II, 1818-1819; Ünal Kaya (n 156) 800.

ile bazı spesifik hallerde davacının işini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Buna göre ilk olarak, davalının mahkeme tarafından talep edilmesine rağmen elindeki delilleri sunmaktan imtina etmesi halinde ürünün hatalı olduğu kabul edilir. Ayrıca, davacının, ürünün AB Hukuku'nda veya ulusal hukukta öngörülen ve meydana gelen zarar riskine karşı koruma sağlamayı amaçlayan zorunlu güvenlik gerekliliklerine uymadığının tespit edilmesi halinde de aynı sonuç doğar. Aynı şekilde davacının zararın ürünün normal kullanımı sırasında veya olağan koşullar altında ürünlerdeki bariz bir arızadan kaynaklandığını kanıtlaması halinde de ürün hatalı kabul edilecektir. Gerekçede olağan koşullar ve bariz hatadan ne anlaşılması gerektiği izah edilmemiş, sadece normal kullanımı sırasında patlayan cam şişe örneği verilmiştir¹⁵⁹. Ancak doktrinde özellikle yapay zekâ sistemlerinin normal kullanımı sırasında beklenenden farklı hareket etmesi, bir diğer ifade ile sistemde bir üretim hatasının bulunması durumunda önem kazanacağı belirtilmektedir¹⁶⁰.

Zamanaşımı

Zamanaşımı süreleri, Direktifte olduğu gibi 3 yıl ve her halde 10 yıl olarak belirlenmiştir. Buna göre talep hakkı, zarar görenin zararı, hatayı ve muhtemel sorumluları öğrenmesinden veya öğrenmesi beklenen makul tarihten itibaren 3 yıl içerisinde zamanaşımına uğrar. Teklifte ayrıca ürünün piyasaya sürüldüğü, hizmete sunulduğu ve esaslı bir şekilde değiştirildiği tarihten itibaren ise 10 yıllık mutlak zamanaşımı süresi öngörülmüştür¹⁶¹.

Öte yandan Teklif, ortaya çıkması zaman alan bedensel zararlarla ilgili bir yenilik yapmış, bedensel zarar gören tarafın 10 yıl içinde dava açamaması halinde mutlak zamanaşımı süresini 10 yıldan 15 yıla çıkartmıştır. Bu her ne kadar tüketiciler lehine olumlu bir gelişme olsa da geçmişte yaşanan DES¹⁶² örneğinde olduğu gibi ilaçların yan etkisinin uzun yıllar sonra ortaya çıkabilmesi sebebiyle bu süre her zaman talebin ileri sürülebilmesi için yeterli olmayabilir. Kaldı ki on yıllık zamanaşımı süresinin kısa olması sadece ilaçlar açısından da önem taşımaz. Örneğin, asbest sebebiyle uğranılan zararların tazminine ilişkin davada yerel mahkemelerin zamanaşımı süresinin dolduğuna dair verdiği karara karşı AIHM, bu tür zararalarda, zarar gören kişinin zamanaşımı süresi dolmadan zarar gördüğünü bilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle zamanaşımı sürelerini kısa bularak bu sürelerin adil yargılanma hakkına müdahale niteliğinde olduğunu İsviçre aleyhine kabul etmiştir¹⁶³. Bu sebeplerle

¹⁵⁹ Olağan koşullar ve bariz olan hata ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği zaman içinde uyumsuzluklar ile uygulamada geliştirilecektir. De Bruyne, Dheu ve Ducuing (n 5) 21; Spindler (n 3) 698, No. 54.

¹⁶⁰ Wagner, "Liability" (n 13) 218

¹⁶¹ Teklif m. 14.

¹⁶² DES, gebe kadınların düşük yapmasını engellemek amacıyla önerilen ancak daha sonra rahim kanserine sebebiyet verdiği anlaşılan bir hormondur. Detaylı bilgi için *American Home Prod. v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 748 F.2d 760 (2d Cir. 1984) kararı incelenebilir.

¹⁶³ Karar için bkz. ECHR, 11.3.2014 (11.6.2014 final), *Howald Moor and Others v Switzerland*, No. 52067/10, 41072/11.

doktrinde bedensel zarar doğduğunda zamanaşımı süresinin uygulanmaması gerektiği de savunulmaktadır¹⁶⁴. Ancak bu üreticinin sorumluluğunu aşırı derecede genişleten bir çözümden başka bir şey değildir. Buna karşın zamanaşımı süresinin beş yıl uzatılması bile müteşebbislerin sorumluluk yükünü ağırlaştıracak, tazminat sorumluluğu yanında, ürünlere ilişkin bilgi ve belgeleri 10 değil 15 yıl boyunca saklamaları gerekecektir. Dolayısıyla özellikle ilaç sektörü gibi risk oranının oldukça yüksek olduğu bir alanda imalat yapmak bu riskleri göze almak anlamına gelir ve sorumluluk risklerini hafifletmek adına ürün sorumluluk sigortası yaptırmak daha yüksek prim ödemeleri gerekmesine rağmen diğer sektörlerle göre daha makul bir seçenektir.

Türk Hukukunda ise ÜGTDK uyarınca zamanaşımı süresi Direktif ile uyumlu olarak üç ve on yıl olarak belirlenmiştir. Ancak buradaki uzun sürenin başlangıcı, ürünün piyasaya sürüldüğü tarih değil, zararın meydana geldiği tarihtir. Sürenin bu şekilde belirlenmesi zarar göreni aşırı koruyan bir yaklaşımdır. Böyle bir durumda üreticilerin ürün piyasaya sürüldükten belki elli belki yüz sene sonra bile sorumlulukları gündeme gelebilir. Bu bakış açısının adil olmadığı, ülkemizde 1999 yılında gerçekleşen deprem sonrası Yargıtay'ın yüklenicileri sorumlu tutabilmek amacıyla (haksız fiil) zamanaşımı süresini zararın doğduğu tarihten itibaren başlatması sonrasında hukukumuzda yaşanan tartışmalarda ortaya konulmuştur. Nitekim 6098 sayılı TBK yürürlüğe girerken bu görüş benimsenmemiş, uzun zamanaşımı süresi yine haksız fiil tarihinden itibaren başlayacak şekilde düzenlenmiştir¹⁶⁵ (TBK. m. 71). Bu sebeple ÜGTDK'nın konuya ilişkin düzenlemesi isabetli görünmemektedir. Zira sorumluluk dengesinin bu denli bozulması ve üreticilerin sorumluluklarının çok uzun yıllar boyunca devam etme riski, üretim yapmaktan imtina etmelerine, ürün sorumluluk sigorta primlerinin olağanüstü yükselmesine veya sigorta şirketlerinin bu sigortayı yapmak istememelerine de sebebiyet verebilir. Ayrıca böyle bir düzenlemenin sorumluluk konusunda ülkemiz üreticilerini AB ülkeleri üreticilerine karşı dezavantajlı bir konuma düşürmesi de mümkündür¹⁶⁶. Bu yüzden ÜGTDK'da uzun zamanaşımı süresinin Direktif ve Teklifte düzenlendiği gibi ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten başlaması, zamanaşımının TBK'ya uygun olarak fiilin işlendiği tarihten başlatılması ile örtüşecektir¹⁶⁷. Bu hususun, en azından Teklif kabul edilip etkilerinin hukukumuzda yansımaları sırasında göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁶⁴ Koch ve et al. (n 9) 48. Koch, Borghetti, Machnikowski, Pichonnaz, Rodríguez de las Heras Ballell, Twigg-Flesner ve Wendehorst

¹⁶⁵ Ayrıca TBK m. 72'ye göre "tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır." Örneğin, eğer fiil taksirle adam öldürme suçunu da oluşturuyorsa, zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-d'ye göre 15 yıldır.

¹⁶⁶ Bu yöndeki haklı eleştiriler için bkz. Kanişlı (n 14) 1453; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 582; Çelt (n 14) 105; Polat (n 14) 1034; Sirmen (n 14) 90.

¹⁶⁷ Kanişlı (n 14) 1451; Atamer ve Kurtulan Güner (n 14) 582; Polat (n 14) 1033, 1034; Sirmen (n 14) 90.

Yürürlük

Komisyon'un 28 Eylül 2022'de yayınladığı Teklif metni Avrupa Parlamentosu tarafından 12 Mart 2024 tarihinde onaylamıştır. Böylece Teklifin yürürlüğe girebilmesi için gereken son adım Avrupa Konseyi onayıdır. Konseyin bu onayı 2025 yılına kadar verilmesi beklenmektedir. Bu onayının ardından Teklif, Direktif olarak AB Resmî Gazetesinde yayınlanmasını takip eden yirminci gün yürürlüğe girecektir. Yürürlüğe girdikten sonra ise tüm Avrupa Birliği üye devletleri için 12 ay içinde iç hukuka aktarılması zorunlu hale gelecek ve Direktifin yürürlüğe girmesinden 24 ay sonra piyasaya sürülen ürünler için geçerli olacaktır¹⁶⁸. Türk Hukuku açısından bir zorunluluk bulunmama ile birlikte Teklifin yürürlüğe girmesinin ardından getirilen değişikliklerin hukukumuzda da yansması beklenmektedir.

Sonuç

Teklifin Avrupa Birliği Hukuku için büyük yenilikler getirdiği ortadadır. Direktifin kapsamının genişletilmesi yapay zekâ, nesnelere internet (IoT), makine öğrenmesi veya diğer tüm dijital ürünler için çok önemlidir. Çünkü piyasada var olan ve herkesin bir şekilde hayatına dahil olan bu dijital ürünler, zarar verme tehlikesini de içinde barındırmaktadır. Bu tür ürünleri görmezden gelmek, bunlar hakkında düzenleme yapmamak üreticileri değil tüketicileri veya kullanıcıları korumamak, onları uzun ve içinden çıkılmaz bir dava sürecine mahkûm etmek anlamına gelir. Teklif bu tür ürünleri oldukça usta bir şekilde düzenleme içerisine derç etmiştir.

Teklif, çağımızın ürün kavramını yakalamış, modern dijital ve döngüsel ekonomideki akıllı cihazlar, otonom araçlar, yazılımlar gibi ürünleri kapsayan bir düzenleme getirmiştir. Böylece sadece geleneksel ürünlerden doğan riskler değil dijital çağın ürünlerinden doğacak riskler için de sorumluluk kuralları belirlenmiştir. Özellikle yapay zekâ sistemleri ve yapay zekâ özellikli ürünler sorumluluk kapsamına alınmıştır. Aynı şekilde yazılım ve dijital üretim dosyaları ve bunlarla ilgili bir hizmetin ne zaman ürün bileşeni olarak kabul edilebileceği düzenlenmiş, veri kaybı veya bozulması da zarar kapsamına dahil edilmiştir.

Ürün sorumluluğu, sözleşme dışı bir sorumluluktur ve hatalı bir üründen kaynaklanan kişiye (ölüm ve yaralanma) ve mallara verilen zararları karşılamayı hedefler. Hatalı üründen kaynaklanan bu zararların tazmini için açılan davalarda, ürünün hatalı olduğu ve bunun uğranılan zarara sebep olduğunun (illiyet bağının) ispatlanması, uygulamada özellikle ilaç, akıllı ürünler, yapay zekâ ürünleri gibi ürünlerde zorlayıcı durumlara yol açabiliyordu. Teklif bu durumu göz önünde bulundurarak, endüstri ve tüketici çıkarları arasında adil bir denge sağlayabilmek

¹⁶⁸ <[https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR18990/defective-products-revamped-rules-to-better-protect-consumers-from-damages?xtor=AD-78-\[Social_share_buttons\]-\[linkedin\]-\[en\]-\[news\]-\[pressroom\]-\[liability-of-defective-products\]&](https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR18990/defective-products-revamped-rules-to-better-protect-consumers-from-damages?xtor=AD-78-[Social_share_buttons]-[linkedin]-[en]-[news]-[pressroom]-[liability-of-defective-products]&)> Erişim Tarihi 05.04.2024.

için ispat yükünü hafifletmiştir. Böylece karmaşık ürünlerin klasik ispat kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi hususunda tüketiciler lehine önemli bir adım atılmıştır.

Teklif, hatalı üründen zarar görenlerin malvarlığı ve bedensel zararlar yanında, psikolojik zararlarının da tazminini isteyebileceğini düzenlemiştir. Psikolojik zararlar, psikolojik sağlığa tıbbi müdahalelerden doğan zararlardır (m. 4/a). Nitekim maddi zarar ayrıca düzenlenmiş, manevi zararlar ise üye ülke hukuklarına bırakılmıştır. Malvarlığı zararları konu ve miktar bakımından sınırlandırılmıştır. Özellikle Direktifte 500 avronun altındaki zararların kapsam dışı bırakılması, Teklifte bu hususun gözden geçirilmesine ve nihayet parasal sınırın kaldırılmasına yol açmıştır. Öte yandan Teklif sorumluların kapsamını da genişletmiş, Direktiften farklı olarak müteşebbis terimini kullanmıştır. Müteşebbis kavramının kapsamına ise dijital hizmet sağlayıcıları, üründe önemli değişiklik yapan işletmeleri, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları ile ifa aracılığı hizmeti sağlayanları eklemiştir.

Hatalı ürün sebebiyle zarara uğrayan zarar gören, bunun tazmini için üründeki hata ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmelidir. Teklif bu bağıın ispatına ilişkin kolaylıklar getirmiş, özellikle “*yeterince ilgili kanıtın*” ortaya konulması halinde illiyet bağıının varsayılacağı kabul edilmiştir.

Zamanaşımı süreleri, Direktifte olduğu gibi zarar görenin zararı, hatayı ve muhtemel sorumluları öğrenmesinden veya öğrenmesi gereken makul tarihten itibaren 3 yıl ve herhalde 10 yıldır. Teklifte ayrıca 10 yıllık sürenin başlangıcı ürünün piyasaya sürüldüğü, hizmete sunulduğu ve esaslı bir şekilde değiştirildiği tarih olarak düzenlenmiştir. Bir başka önemli husus ise bedensel zarar görenin 10 yıl içinde dava açamaması ihtimalinde, zamanaşımı süresinin 15 yıla çıkartılmış olmasıdır. Bu, etkilerini uzun yıllar sonra ortaya çıkarabilecek ürünler bakımından önemli bir gelişmedir.

Teklifte getirilen değişikliklerin hukukumuz bakımından yol gösterici olacağı aşikardır. Ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu konusunda AB Direktiflerinin takip edilmesinde olduğu gibi Teklifte getirilen değişikliklerin hukukumuzda yansımaları kuvvetle muhtemeldir. Bu durumun ürün sorumluluğu ile ürün güvenliğini bir arada düzenlemek yerine ayrı kanunlarda düzenlemeye vesile olması da mümkündür. Ancak ÜGTDK'nın mevcut halinde bir değişiklik yapılması gündeme gelirse, Teklifin özellikle ürün kavramı ve ispat konularındaki önemli değişikliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Kanunumuzun ürün tanımı, geniş yorumlanmaya uygun olduğu için Teklif yürürlüğe girdiğinde, benimsenen yaklaşımların yorum yoluyla hukukumuzda yansıtılması mümkün olabilir. Ancak ispat konusunda getirilen düzenlemeler bakımından aynı şey söylenemez. Hukukumuzda ispatla ilgili hükümler farklılıklar taşıdığı için ÜGTDK'da bu konuda bir değişiklik

yapılması söz konusu olabilir. Aynı şekilde eğer bir değişiklik yapılacaksa uzun zamanasını süresi (10 yıl) başlangıcının yine Direktife ve Teklife uygun olarak ürünün piyasaya sürüldüğü tarih olarak belirlenmesi isabetli olacaktır. Öte yandan teklifin hazırlanma süreci de yol gösterici özellikler taşımaktadır. Tüm paydaşların görüşlerinin alınması, mevcut uygulamadaki eksikliklere ilişkin doktrin ve sahadan gelen eleştirilerin değerlendirilmesi, ileriye dönük bir projeksiyon çizilerek olası durumların öngörülmesi ve hatta hesaplanması (örneğin söz konusu değişikliklerin sigorta maliyetini ne kadar artıracığı hesaplanmıştır) ideal bir hukuki düzenleme yapma çalışması olarak dikkat çekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dışbağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: A.A., E.A.; Veri Toplama: A.A., E.A.; Veri Analizi /Yorumlama: A.A., E.A.; Yazı Taslağı: A.A., E.A.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: A.A., E.A.; Son Onay ve Sorumluluk: A.A., E.A.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: A.A., E.A.; Data Acquisition: A.A., E.A.; Data Analysis/ Interpretation: A.A., E.A.; Drafting Manuscript: A.A., E.A.; Critical Revision of Manuscript: A.A., E.A.; Final Approval and Accountability: A.A., E.A.

Bibliyografya/Bibliography

Atamer YM / Kurtulan Güner G, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?” 2021 70 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 543-588.

Aydos OS, *Ürün Sorumluluğu* (1. Basım Adalet Yayınevi 2009).

Baş S, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış” 2022 (52) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 349-382.

Böhm U, *Amerikanisches Zivilprozessrecht* (Verlag Dr. Otto Schmidt 2005).

Çelt DÖ, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu” 2021 7 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-114.

Çırak E, “Ticari Sırrın İfşasından Doğan Ceza Sorumluluğuna İlişkin Türk ve Alman Hukuk Sistemlerindeki Güncel Durumun Değerlendirilmesi” 2022 8 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 179-204.

De Bruyne J, Dheu O ve Ducuing C, “The European Commission’s Approach To Extra-Contractual Liability and AI – An Evaluation of the AI Liability Directive and the Revised Product Liability Directive”. <https://ssrn.com/abstract=4295676> Erişim Tarihi 03.03.2023.

De Bruyne J, Gils T ve Van Gool E, *Tort Law and Damage Caused by AI Systems, Artificial Intelligence and the Law* (2nd edition 2022), 395- 445.

- Erdönmez G, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt I-II (15. Bası On İki Levha Yayıncılık 2017).
- European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products*, European Commission, COM (2022) 495, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495> Erişim Tarihi 01.02.2023.
- European Law Institute, *Feedback on the European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive*, 2022, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf Erişim Tarihi 04.02.2023. (ELI, *Feedback*).
- European Law Institute, *Innovation Paper Series, Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, European Law Institute, Viyana 2021. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf Erişim Tarihi 01.03.2023. (ELI, *Guiding*)
- Fairgrieve D ve Rajneri E, “Is Software a Product under the Product Liability Directive?”, *Member State & Academic Perspectives* (1. Auflage, Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht 2019), 24-27.
- Geistfeld MA, “A Roadmap For Autonomous Vehicles: State Tort Liability Automobile Insurance And Federal Safety Regulation” 2017 105 *California Law Review*, 1611-1694.
- Geistfeld MA, *Product Liability Law* (2nd edition, Aspen Publishing 2021), 178-180.
- Gezder Ü, “Elektronik Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği” 2016 22 (3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 1119-1132.
- Hacker Philipp, “The European AI Liability Directives- Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future,” (2023). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4279796 Erişim Tarihi 14.03.2023.
- Havutçu A, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2005).
- Hoppe V, *Die Einbeziehung Ausländischer Beteiligter in US-Amerikanische Class Actions* (Peter Lang Internationaler Verlag Der Wissenschaften 2006).
- Hylton KN, *Tort Law - A Modern Perspective* (Cambridge University Press 2016).
- Kanışlı E, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu” 2020 78 (3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1413-1468.
- Karaman TA, *Üreticinin ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık 2008).
- Kettiger D ve Pekkanen P, *Innovations on European Caseload Management in Courts*, Editör, Lienhard, Andreas (Nomos Verlagsgesellschaft 2018), 45-62.
- Kırca Ç, *Ürün Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2007).
- Kulaklı E, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (On İki Levha Yayınları 2009).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı, Legal Kitabevi 2016).
- Koch BA., Borghetti J-S, Machnikowski P, Pichonnaz P, Rodríguez de las Heras Ballell T, Twigg-Flesner C ve Wendehorst C, “Response of the European Law Institute to European Commission's Public Consultation on Civil Liability Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence” 2022 1 (13) *Journal of European Tort Law* 25-63.
- Kozioł H, Green MD, Lunney M, Oliphant K ve Yang L, *Product Liability- Fundamental Questions in a Comparative Perspective* (de Gruyter 2017).

- Oechsler J, “Produkthaftung beim 3D-Druck” (Neue Juristische Wochenschrift 2018), 1569-1571.
- Okur, S, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı* (Adalet Yayınevi 2021).
- Özcan B, *İmalâtçının Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi 1982).
- Polat C, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu” 2021 70 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 973-1041.
- Schack H, *Einfrührung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht* (4. Auflage, C. H. Beck 2011).
- Sirmen AL, “Ürün Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler) Haziran 23-24 2022 (Filiz Kitabevi 2022), 63-92.
- Spindler G, “Die Vorschläge der EU-Kommission zu einer neuen Produkthaftung und zur Haftung von Herstellern und Betreibern Künstlicher Intelligenz” 2022 38 (11) Computer und Recht 689-704. (Spindler, CR)
- Spindler G, Different Approaches for Liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems, Ocak 2023. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4354468 ET. 03.03.2023. (Spindler, Pros and Cons)
- Ünal A ve Kalkan A, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler” 2019 (39) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 45-82.
- Ünal Kaya H, “Türk ve Alman Medeni Usul Hukukunda Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkânları” 2018 67 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 783-806.
- Verheyen T, “On Behavioural Asymmetry in Product Liability Law- How Privatising Nudging Will Get European Product Liability Theory Back on Track” 2021 1 (12) Journal of European Tort Law 40-64.
- Wagner G, “Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect” 2023 3 (13) Journal of European Tort Law 191-243.
- Wagner G, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV* (8. Auflage, C.H.Beck 2020). (MüKoBGB/Wagner)



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 01.03.2024
Revizyon Talebi: 03.07.2024
Son Revizyon Tarihi: 04.07.2024
Kabul: 04.07.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Vesayeti Gerektiren Hallerden Biri Olarak Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Hakkında 7499 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Caner Taşatan*

Öz

Türk Medeni Kanunu'nun bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kişinin kısıtlanmasını emredici biçimde düzenleyen m. 407/1 hükmü ile bununla bağlantılı olarak aynı Kanun'un infazını başlattığı hususunun bildirilmesine ilişkin m. 407/2 ve bu tür vesayetin sona ermesine ilişkin m. 471 hükümleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Yürürlüğe girmesi ertelenen bu iptal kararının ortaya çıkaracağı hukuki boşluğu ve uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermek amacıyla kanun koyucu, söz konusu hükümleri yeniden düzenlemiştir. Yapılan değişiklikler sonucunda özgürlüğü bağlayıcı ceza, bu kez daha farklı koşullar altında olmakla birlikte, vesayeti gerektiren hallerden biri olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu kapsamda, asgari olarak belirli süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezası infaz edilmeye başlanan her ergin kişinin kısıtlanması gerektiği yönündeki düşünce terk edilmiştir. Yeni düzenlemeyle birlikte kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişinin, salt özgürlüğü bağlayıcı cezasının infaz edilmesinden ötürü, talebi olmaksızın kısıtlanması mümkün değildir. Toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezası infaz edilen kişiler bakımından ise bunların kişiliğinin veya malvarlığının korunması bakımından gerekli görülmesi halinde vesayet makamı tarafından resen kısıtlama kararı verilebilir. Özgürlüğü bağlayıcı cezası sebebiyle kısıtlanan kişi üzerindeki vesayet, bu cezanın hukuka uygun bir şekilde sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. İnfaz sürecinde özgürlüğü bağlayıcı cezanın toplam beş yıldan az kalması durumunda kişinin talebi doğrultusunda üzerindeki vesayetin sona erdirilmesi gerekir. Özgürlüğü bağlayıcı cezanın toplam süresinin beş yıl veya daha fazla olması durumunda ise kişinin talebi üzerine inceleme yapacak olan mahkeme, kişiliğinin veya malvarlığının korunması sebebinin ortadan kalkması durumunu tespit etmesi halinde vesayetin sona ermesine karar verebilir.

Anahtar Kelimeler

Vesayet, Vasi, Kısıtlı, Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza, Kişiliğin Korunması, Malvarlığının Korunması

Evaluation of Amendments to Law No. 7499 on Custodial Sentence as One Condition Requiring Guardianship

Abstract

The provision of Article 407/1 of the Turkish Civil Code, which mandates that every adult who has been sentenced to a term of imprisonment of one year or longer, along with the related provisions of Articles 407/2 and 471 of the same Code, have been annulled by the Constitutional Court. To address the legal vacuum and potential uncertainties in practise arising from the delayed implementation of this annulment decision, the legislator has reorganised the relevant provisions. Because of these amendments, custodial sentences will continue to exist as a condition requiring guardianship, albeit under different conditions. In this context, the idea that every adult who begins to serve a custodial sentence of a minimum fixed term

* **Sorumlu Yazar:** Caner Taşatan (Doç. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-Posta: caner.tasatan@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4090-324X.

Atf: Tasatan C, "Vesayeti Gerektiren Hallerden Biri Olarak Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Hakkında 7499 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 409. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0002>



duration should be restrained has been rejected. With the new regulation, it is not possible to restrict an adult who is in a penal institution for the execution of a finalised prison sentence without his or her request for this reason. For persons who have been sentenced to a total of five years or more of finalised imprisonment, a restraining order may be issued ex officio if deemed necessary for the protection of their personality or assets. The guardianship of a person who is restricted due to their custodial sentence shall be terminated automatically upon the lawful termination of this sentence. If the total sentence of imprisonment during the execution process is less than five years, the guardianship over the person must be terminated upon the request of the person. If the total imprisonment is five years or more, the court, which will conduct an examination upon the request of the person, may decide to terminate the guardianship if the reason for the protection of personality or assets disappears.

Keywords

Guardianship, Guardian, Restricted, Custodial Sentence, Protection of Personality, Protection of Assets

Extended Summary

The provision of Article 407/1 of the Turkish Civil Code, which mandates that every adult who has been sentenced to a term of imprisonment of one year or longer, along with the related provisions of Articles 407/2 and 471 of the same Code, have been annulled by the Constitutional Court. To address the legal vacuum and potential uncertainties in practise arising from the delayed implementation of this annulment decision, the legislator has reorganised the relevant provisions. Because of these amendments, custodial sentences will continue to exist as a condition requiring guardianship, albeit under different conditions. In this context, the idea that every adult who begins to serve a custodial sentence of a minimum fixed term duration should be restrained has been rejected. With the new regulation, it is not possible to restrict an adult who is in a penal institution for the execution of a finalised prison sentence without his or her request for this reason. However, the manner in which Article 407/1 of the Turkish Civil Code is structured is open to discussion. This is because, in its current form, the provision is suitable for interpretation as the person may assert any of the requests for guardianship or appointment of a trustee and the judge is bound by this request. However, interpreting Article 407/1 of the Turkish Civil Code in this way is not an appropriate application in terms of the discretionary authority of the guardianship authority, which is also emphasised in the Constitutional Court's decision. It is also unacceptable in terms of "public guardianship" carried out by guardianship offices consisting of guardianship authority and supervisory authority within the scope of Article 397/1 of the Turkish Civil Code. In any case, Article 487/1 of the Turkish Civil Code should be interpreted as an implicit addition to the reasons stipulated in Article 408 of the Turkish Civil Code and as giving the judge the discretionary power not to restrict the person. For persons who have been sentenced to a total of five years or more of finalised imprisonment, a restraining order may be issued ex officio if deemed necessary for the protection of their personality or assets. In fact, we are of the opinion that it is not appropriate to determine this situation, which raises the possibility of restriction of the person against their consent, only

according to the duration of the custodial sentence and ultimately to leave it entirely to the discretion of the judge. In its new version, Article 407/3 of the Turkish Civil Code clearly regulates that guardianship authorities must listen to the individual before making a decision. This provision must be applied in both cases where a guardianship examination is made upon request or ex officio. According to the wording of the provision, it is obligatory for the guardianship authority to hear and listen to the person concerned. The guardianship of a person who is restricted due to their custodial sentence shall be terminated automatically upon the lawful termination of this sentence. If the total sentence of imprisonment during the execution process is less than five years, the guardianship over the person must be terminated upon the request of the person. If the total imprisonment is five years or more, the court, which will conduct an examination upon the request of the person, may decide to terminate the guardianship if the reason for the protection of personality or assets disappears. Nevertheless, the provision of Art. 471/2, b. 1 of the Turkish Civil Code (The Regulation) regarding the termination of guardianship in the presence of a total sentence of less than five years is open to discussion. This is because, in such a case, it may be concluded that the guardianship may not be terminated in line with the wording of the provision; in other words, the judge is given a discretionary power in this regard. However, this expression, which gives discretionary power to the judge, should be read together with the provisions of Article 407/1-2 of the Turkish Civil Code and should be specific to persons who have been sentenced to a total of five years or more; in other words, guardianship examination is carried out ex officio. In such cases, the judge has a right to decide whether the reason for protecting personality or assets has disappeared. However, this amendment to the provisions of Art. 407 and Art. 471 of the Turkish Civil Code, which was made as a result of the Constitutional Court's annulment decision and which gives priority to the person's request to be heard, should be considered a positive development in favour of fundamental rights and freedoms, despite its shortcomings and possible problems.

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nun bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her erginin kısıtlanmasını emredici biçimde düzenleyen m. 407/1 hükmü ile buna bağlı olarak aynı Kanun'un böyle bir cezanın infazının başladığı hususunun ilgili kurum tarafından vesayet makamına bildirilmesine ilişkin m. 407/2 ve bu tür vesayetin sona ermesine ilişkin m. 471 hükümleri, Tarsus 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık itirazı sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi aşağıda etraflıca ele alınacak T. 22.03.2023 E. 2022/105 K. 2023/54 sayılı kararı ile iptal edilmiştir¹. İptal hükmü, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 23.06.2023 tarihinden dokuz ay sonra, buna göre de 23.03.2024 tarihinde yürürlüğe girecekti. Vesayet kurumunun oldukça önemli bir uygulama alanını oluşturan özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin bu hükümlerin iptali, özellikle bu sebepten ötürü verilmiş kısıtlama kararlarının ve vesayetlerin kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu bakımından büyük bir belirsizlik ortaya çıkarmaya elverişliydi.

Yaşanan bu gelişme üzerine kanun koyucu, söz konusu hükümlerin iptali sebebiyle ortaya çıkacak hukuki boşluğu ve uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermek amacıyla, kamuoyunda 8. Yargı Paketi/Reformu olarak da bilinen ve 12.03.2024 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak ilgili hükümleri bu tarih itibarıyla yürürlüğe giren 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un m. 5 ve m. 8 hükümleri kapsamında², TMK m. 407 ve m. 471 hükümlerini yeniden düzenlemiştir. Söz konusu hükümler çerçevesinde özgürlüğü bağlayıcı ceza, bu kez daha farklı koşullar altında olmakla birlikte, vesayeti gerektiren hallerden biri olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir. Buna göre, ilk bakışta, söz konusu sebepten ötürü verilmiş kısıtlama kararlarının ve vesayetlerin kendiliğinden sona ermeyeceği hususunun da örtülü olarak düzenlendiği sonucuna ulaşmak gerekir.

Bu çalışma, temelinde, vesayeti gerektiren hallerden biri olarak varlığını sürdürmeye devam edecek özgürlüğü bağlayıcı ceza hakkında 7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklik sonrası hukuki durumu ve söz konusu düzenlemeye rağmen uygulamada yaşanması muhtemel tereddütleri ve halihazırda karşılaşılan fakat ne var ki belirtilen kanun değişikliğinde herhangi bir çözüm getirilmeyen başlıca sorunları incelemektedir. Ayrıca belirtelim ki bu çalışma, sözü geçen Kanun kapsamında yapılan değişikliğin amacına uygun biçimde, temel hak ve hürriyetler

¹ İptal kararına konu olan hükümlerden, TMK m. 407 hükmüne göre "(1) Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır. (2) Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür." TMK m. 471 hükmüne göre de "Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar."

² 7499 sayılı Kanun'a ilişkin Adalet Komisyonu raporundan ve Genel Kurul görüşmelerinden anlaşıldığı üzere sözü geçen m. 5 ve m. 8 hükümleri teklif edildiği biçimde Komisyondan geçmiş ve Genel Kurul'da bu halleriyle kabul edilerek kanunlaşmışlardır. Komisyon'da ileri sürülen tek muhalefet şerhine aşağıda ayrıca değineceğiz.

lehine bir yorum ve değerlendirme gayesi taşımaktadır. Halihazırda yürürlükte olan hükümlerin bu ekseninde okunması ve uygulanması gerektiği kanısındayız. Ancak en başta -değişiklik öncesi- TMK m. 407 ve m. 471 hükümleri ve bunlara yönelik eleştiriler ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerinde durmakta fayda vardır.

I. 7499 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Değişiklik Öncesi TMK m. 407 ve m. 471 Hükümleri

Türk Medeni Kanunu'nun m. 407/1 hükmü, 7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklik öncesinde, kişinin bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum edilmesini³, kısıtlama kararı verilmesi için “*temel ve yegane*”⁴ bir koşul olarak öngörmekteydi⁵. Buna bağlı olarak, TMK m. 407/2 hükmü kapsamında, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığı ilgili ceza infaz kurumu tarafından kendisine bildirilen vesayet makamı, başka herhangi bir hususu incelemesine gerek ve esas itibarıyla böyle bir imkan olmaksızın⁶, kişi hakkında kısıtlama kararı vermekteydi. Diğer bir anlatımla, hükümlünün vesayet altına alınmaması veya ona yalnızca bir kayyım atanması mümkün değildi. Burada Kanun'un, velayet altında bulunmayan küçüklerin durumuna benzer biçimde, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezası infaz edilmeye başlanan kişi hakkında “mutlak” bir vesayet gerekliliği düşüncesinden hareket ettiği görülür.

Türk Medeni Kanunu'nun m. 471 hükmü ise yine 7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklik öncesinde özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlanan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesiyle kendiliğinden kalkacağı yönündeydi. Hükmün gerekçesinde, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan m. 415 hükmünün ikinci cümlesinin, yani geçici veya şartlı olarak salıverilen kişinin vesayet altında bulunmasının, onun özgürlüğünü kısıtlaması yönüyle bir çelişki olması ve ayrıca bunun iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kötüye kullanılma ihtimali sebepleriyle, yeni düzenlemeye alınmadığı ifade edilmektedir⁷. Bu doğrultuda, kişinin ceza infaz kurumundan bir biçimde tahliye edilmesi, vesayet sona ermesi bakımından yeterli kabul ediliyordu⁸. Burada da Kanun'un, küçük üzerindeki vesayet onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona ermesine benzer biçimde, özgürlüğü bağlayıcı cezası sebebiyle bulunduğu infaz kurumundan tahliye edilen kişinin vesayet altında bulunmasının gerekli olmadığı düşüncesinden hareket ettiği söylenebilir.

³ Hükmün ikinci fıkrasına bağlı olarak bu sebeple kişi hakkında kısıtlama kararı verilmesi, söz konusu cezanın infaz sürecinin başlamasına ve devam etmesine bağlıydı.

⁴ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (18. Bası, Filiz 2023) n 1964. Bu yönde bkz. Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku* (20. Bası, Beta 2017) 486; Aslı Açıkgöz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2017) 158.

⁵ İsviçre hukukunda, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler öncesi, ZGB Art. 371/1 hükmü de bu yöndeydi.

⁶ Bkz. Açıkgöz (n 4) 158.

⁷ Bu yeni düzenleme biçimi öğretilerde de isabetli kabul ediliyordu. Bkz. Akıntürk ve Ateş (n 4) 542.

⁸ TMK m. 471 hükmünde yer alan “*hapis halinin sona ermesi*” ifadesinin “açık ve mutlak” olduğu yönünde bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (3. Bası, Turhan 2017) 629.

7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikten önce TMK m. 407/1 hükmü gereği, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan her erginin -mutlak biçimde- kısıtlanacak olması, tartışmaya açık bir husustu. Nitekim öğretide⁹, özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilen kişinin öncelikle korunmaya muhtaç olup olmadığına bakılması ve ancak böyle bir ihtiyacın varlığı halinde kişinin vesayet altına alınması gerektiği, kişiye bir kayyım atanmasının yeterli olduğu durumlarda vesayet hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “orantılılık ilkesi” doğrultusunda bu yolun tercih edilmesinin daha uygun olacağı ileri sürülüyordu. Belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, TMK m. 407 hükmünün karşılığını oluşturan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler öncesi ZGB Art. 371 hükmünde, özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan kişinin korunmaya muhtaç olduğuna yönelik bir faraziye bulunmadığı, bunun aksi ispat edilebilir bir karineden ibaret olduğu yönünde kararlar verilmişti¹⁰. Ancak Yargıtay’ın bu yönde bir kararına rastlayamadığımızı ifade edelim. Esas itibarıyla TMK m. 407/1 hükmünün, lafzı itibarıyla bu tür bir yoruma elverişli olmadığı da söylenebilir.

Kanımızca da kişinin, salt bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olması sebebiyle, mutlak biçimde kısıtlanması pek çok açıdan sakıncalıydı. Gerçekten, Türk Medeni Kanunu’nda vesayeti gerektiren diğer haller olan küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim sebepleri incelendiğinde bunlar arasındaki ortak noktanın “işlerini gerektiği gibi yönetememe” durumu ve nihayetinde ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir belirsizlik olduğu görülür. Üstelik, yukarıda belirtilen sebepler arasında yer alan -küçüklük dışındaki- bütün sebeplerde, vesayet kararı verilmesi bakımından hakime bir takdir yetkisi de tanınmaktadır. Ne var ki özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kişinin işlerini gerektiği gibi yönetebilmesi -en azından- ihtimal dahilindedir¹¹. Böyle bir durumda kişiyi her halde kısıtlayarak ona bir vasi atanması, kanun koyucu tarafından arzu edilen sonucun¹² tam tersini doğurabilir. Kaldı ki burada, hakime, kişiyi vesayet altına almama veya ona yalnızca bir kayyım atayabilme yönünde herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış olmasının makul bir gerekçesi de yoktur.

II. Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararında İleri Sürdüğü Temel Gerekçe

Tarsus 1. Sulh Hukuk Mahkemesi, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezayı vesayeti gerektiren hallerden biri olarak öngören ve bu tür vesayetin sona

⁹ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015) 1287-1288; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 4) n 1965; Açıkgöz (n 4) 159-160. Karş. Kılıçoğlu (n 8) 568-569; Nuri Berkay Özgenç, “*Türk Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyetin Sonucu Olarak Kişinin Kısıtlanması*” (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 652, 658-659. Ayrıca bkz. Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz 1998) 442-443.

¹⁰ BGE 114 II 210; BGE 109 II 8.

¹¹ Bkz. ve karş. Özgenç (n 9) 652, 653-654.

¹² Akıntürk ve Ateş (n 4) 485-486.

ermesini düzenleyen TMK m. 407 ve m. 471 hükümlerinin, gerçekte bir yardıma ihtiyaçları olmayan kişilerin dahi başka bir koşula tabi olmaksızın kısıtlandığı, bu tür vesayetin sona ermesinde (TMK m. 471 hükmünde yer alan) “*hapis halinin sona ermesi*” ifadesinin belirsiz olduğu, iptale konu edilen hükümlerin mülkiyet hakkını ihlal ettiği ve akıl sağlığı yerinde olan kimselerin hukuki işlemlerini uzattığı gerekçeleriyle, Anayasa’nın mülkiyet hakkı (m. 35), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48) ile çalışma hakkı ve ödevine (m. 49) ilişkin hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla, Anayasa’nın m. 152-153 hükümleri kapsamında itiraz yoluna başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un m. 43/3 hükmü kapsamında itiraz yolunda ileri sürülen gerekçeler ile bağlı olmaksızın, TMK m. 407/1 hükmünün, Anayasa’da birer temel hak ve özgürlük olarak belirtilen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına (m. 13) ve mülkiyet hakkına (m. 35) sınırlamalar getirdiği, bu sınırlamaların temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin diğer ilkelere uygun olmakla birlikte ölçülülük ilkesine (m. 13) aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiş, iptal sebebiyle uygulanma imkanı kalmayan TMK m. 407/2 ve m. 471 hükümlerini de ayrıca iptal etmiş, halihazırda söz konusu hükümlerin iptal edilmiş olmaları sebebiyle çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi özelinde bir inceleme yapmamıştır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında ileri sürdüğü temel gerekçe, TMK m. 407/1 hükmüne öğretilen eleştirilerle aynı doğrultuda, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezası infaz edilmeye başlanan kişi hakkında öngörülen bu vesayet altına alma zorunluluğunun, ölçülülük ilkesine aykırı olmasıdır. Bu durumun, Anayasa Mahkemesi kararında incelenmemiş olmakla birlikte, itiraz yoluna başvuran mahkemenin de ileri sürdüğü biçimde sözleşme özgürlüğü bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Kararda vurgulanan asıl hususun ise iptal kararına konu hükümde vesayet makamına kısıtlama veya kısıtlamama yönünde bir takdir hakkının tanınmaması olduğu görülmektedir. Buna göre, vesayet makamı tarafından, kişinin gerçekten korunmasını gerektiren bir durumun olup olmadığı araştırılıp ancak böyle bir durumun varlığı halinde kısıtlılık kararı verilmeli, böyle bir durum yok ise diğer tedbirler olan yasal danışman veya kayyım ataması yolu da tercih edilebilmelidir.

III. 7499 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Değişiklik Sonrası TMK m. 407 ve m. 471 Hükümleri ve Bunların Sonuçları

7499 sayılı Kanun’un m. 5 ve m. 8 hükümleri, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının yürürlüğe girmesinden önce, TMK m. 407 ve 471 hükümlerini değiştirerek, özgürlüğü bağlayıcı cezayı vesayeti gerektiren hallerden biri olarak yeniden düzenlemiş ve bu sebeple verilen vesayetin sona ermesini özel olarak hüküm

altına almıştır. Hemen bu noktada belirtmek gerekir ki söz konusu düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakışından daha özgürlükçü biçimde, vesayet makamının takdir yetkisine sahip olması yerine, kişinin kısıtlanması yönündeki talebini ve iradesini ön plana alan niteliktedir. 7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan bu değişikliğin sonuçlarını, her iki hüküm bakımından ayrı ayrı ele almak gerekir.

A. TMK m. 407 Hükümü Bakımından

7499 sayılı Kanun kapsamında TMK m. 407 hükümü şu şekilde değiştirilmiştir:

“(1) Kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi, isteği üzerine kısıtlanır veya kendisine kayyım atanır.

(2) Toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi, isteği bulunmasa dahi kişiliğinin veya malvarlığının korunması bakımından gerekli görülmesi hâlinde kısıtlanabilir. Cezayı yerine getirmekle görevli makam hapis cezasının infazına başladığını derhâl vesayet makamına bildirir.

(3) Vesayet makamı karar vermeden önce hükümlüyü dinler.

(4) Bu Kanunun kayyımlığa ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu madde için de uygulanır.”

Hükümün bütünü incelendiğinde açıkça görüldüğü gibi kanun koyucu, öncelikle, öğretilerde bu yönde ileri sürülen görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen gerekçe doğrultusunda, (bir yıl veya daha uzun süreli) kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan -ayırt etme gücü yerinde olan, ergin ve başka herhangi bir sebepten ötürü kısıtlanmamış- kişi hakkında mutlak bir vesayet gerekliliği düşüncesini terk etmiştir. Bununla birlikte hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunmanın beraberinde getirdiği “işlerini gerektiği gibi yönetememe” durumu, ikinci fıkradan anlaşıldığı üzere toplam beş yıldan daha az kesinleşmiş hapis cezası bulunan kişinin isteğine bağlı biçimde, bir kısıtlama sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu yönüyle özellikle TMK m. 407/1 hükümünün, istek üzerine vesayet altına alınmaya ilişkin TMK m. 408 hükmünde öngörülen yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik ve ağır hastalık biçiminde “sınırlı sayıda” (*numerus clausus*) olarak sayılan sebeplere örtülü bir ekleme yaptığı söylenebilir.

Burada, hükümün kaleme alınış biçimi dikkate alındığında, kişinin vesayet altına alınması veya kendisine kayyım atanması taleplerinden herhangi birisini ileri sürebileceği ve hakim bu taleple bağlı olduğu (takdir yetkisi olmadığı), hakim vesayet altına alınmak isteyen kişiye kayyım atayamayacağı veya kendisine kayyım atanmasını talep eden kişiyi vesayet altına alamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Yine hükümün kaleme alınış biçimi karşısında bu kararın, kişinin dinlenilmesi ve başkaca araştırma yapılması gerekmeden, diğer bir anlatımla “dosya üzerinden” verilmesinin

mümkün olduğu da söylenebilir. Üstelik böyle durumlarda, TMK m. 407/1 hükmünde işlerin gerektiği gibi yönetilemediği hususunun bir faraziye olarak kabul edildiği, hal böyle olunca, TMK m. 408 hükmünde öngörülenden farklı biçimde, vesayet altına alınmayı talep eden kişinin söz konusu durumu ispat etmesinin de gerekli olmadığı sonucu çıkarılabilir.

Ne var ki TMK m. 407/1 hükmünü bu şekilde yorumlamak, Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulanan vesayet makamının takdir yetkisi bakımından uygun bir düzenleme olmadığı gibi TMK m. 397/1 hükmü kapsamında vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülen “kamu vesayeti” bakımından da kabul edilemez niteliktedir. Gerçekten, kişinin kısıtlanmasını ve kendisine vasi atanmasını istemesi halinde vesayet makamının bu taleple bağlı olması, vesayeti iradi temsilden büyük ölçüde farksız bir kurum haline getirir. Belirtelim ki bu durum, kişinin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği yönündeki TMK m. 23/1 hükmüne de aykırı nitelik taşır¹³.

Kanımızca hüküm şu şekilde kaleme alınsa daha isabetli bir düzenleme olurdu: “Özgürlüğü bağlayıcı cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi ancak talebi bulunması halinde kısıtlanabilir.” Bu halde hüküm, hem kişinin talepte bulunmasını ön plana alır hem de hakime talepte bulunan kişiyi kısıtlamama yönünde açık bir takdir yetkisi tanırdı. Oysa 7499 sayılı değişiklik sonrası TMK m. 407/1 hükmü, ilk bakışta, bu seçeneklerden birini uygulamak dışında, vesayet makamına bir takdir yetkisi tanımış gözükmediği biçiminde de yorumlanabilir. Belirtelim ki hükümde kişiye kayyım atanmasının özel olarak belirtilmesine de gerek yoktur. Zira TMK m. 426/b. 1 hükmü, “başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple” ifadesiyle, özgürlüğü bağlayıcı cezası sebebiyle ceza infaz kurumunda bulunan kişiye kayyım atanabilmesi bakımından zaten yeterlidir.

Her halde TMK m. 407/1 hükmünün, TMK m. 408 hükmünde öngörülen sebeplere örtülü bir ekleme yaptığı ve hakime kişiyi kısıtlamama yönünde bir takdir yetkisi tanıdığı biçiminde yorumlamak gerektiği kanısındayız. Hükümde, önceki düzenlemeden farklı olarak, asgari olarak bir yıl veya uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın varlığının aranmaması da isabetli bir değişiklik olarak kabul edilmelidir. Burada son olarak hükmün lafzı bakımından esasa etkili olmayacak bir eleştiriyi daha yapmak gerekebilir. Hükmün başlığı “özgürlüğü bağlayıcı ceza” olmasına rağmen içeriğinde “kesinleşmiş hapis cezası” ifadelerine yer verilmesi ifade bütünlüğü sağlanabilmesi açısından isabetli olmamıştır. Gerçi, özgürlüğü bağlayıcı ceza alınmış olmasının vesayet altına alınma bakımından yeterli olmayacağı, bunun mutlaka kesinleşmiş olması gerektiği, benzer biçimde tutukluluk halinin kısıtlama için yeterli olmayacağı, nitekim hükümde bu belirsizliğin giderildiği söylenebilir.

¹³ Bu yönde bkz. Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (Filiz 1993) 345.

Ancak -uygulamada hiçbir tereddüt olmayan- bu halde yapılması gereken şey hükmün başlığının da değiştirilmesi olmalıydı.

TMK m. 407/2 hükmünün ilk cümlesi, özgürlüğü bağlayıcı cezanın vesayeti gerektiren bir hal olup olmadığı hususunda resen inceleme yapılması gerekli durumu düzenlemektedir. Bu durum, yukarıda da işaret edildiği üzere, kişinin “toplam beş yıl veya daha fazla” özgürlüğü bağlayıcı ceza almış olmasıdır¹⁴. Belirtelim ki bu düzenleme, hükmün önceki halinde kişinin bir yıldan kısa süreli cezalarının birbirine eklenerek bir yıl veya daha fazla süreyle özgürlüğü bağlayıcı biçimde infaz edilmesi durumunda ortaya çıkan belirsizliği ve tartışmayı¹⁵ sona erdirecek niteliktedir. Gerçekten, hükmün açıkça “*toplama*” ifadesini içermesi karşısında, kişinin beş yıldan az süreli birden fazla cezasının, toplam beş yıl veya daha fazla süreyle özgürlüğü bağlayıcı biçimde infaz edilecek olması, uygulamadaki adıyla “(toplam) yatarının” belirtilen süreye ulaşması durumunda, cezalarından herhangi biri belirtilen süreye tek başına ulaşmasa dahi, bunun vesayeti gerektiren bir hal olup olmadığı resen incelenecektir.

Özgürlüğü bağlayıcı cezanın toplam beş yıl veya daha fazla olması halinde kısıtlama kararı verilmesi, TMK m. 407/1 hükmünün lafzından farklı olarak açıkça, hakimın takdir yetkisine bırakılmıştır (“*kısıtlanabilir*”). Temel hak ve hürriyetler lehine olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilecek bu durumda söz konusu incelemenin neden resen yapıldığı hususu ise belirsizdir. 7499 sayılı Kanun’un gerekçesinde buna dair herhangi bir açıklama yoktur. Yine TMK m. 407/2 hükmünün devamında cezayı yerine getirmekle görevli makamın hapis cezasının infazına başladığını, önceki düzenlemede olduğu biçimde, derhal vesayet makamına bildirmesi gerekecektir. Esasen, kişinin rızasına aykırı biçimde kısıtlanması ihtimalini ortaya çıkaran bu durumun, yalnızca özgürlüğü bağlayıcı cezanın süresine göre belirlenmesi ve nihayetinde bütünüyle hakimın takdir yetkisine bırakılmasının isabetli olmadığı kanısındayız. Her halde kişinin talebi olmaksızın salt özgürlüğü bağlayıcı cezası sebebiyle kısıtlanabilmesi, yine temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale niteliği taşımaktadır¹⁶.

¹⁴ Bu sürenin neden beş yıl olarak tercih edildiği de belirsizdir. Burada, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun m. 33/1 hükmünde yer alan beş yıllık süre dikkate alınmış olabilir. Sözü geçen hüküm şu şekildedir: “*Beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkûm olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur. Ve emvalinin idaresinde mahcurlar hakkındaki kanunu medeni ahkâmı tatbik olunur.*” Burada, 743 sayılı mülga Medeni Kanun’dan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndan farklı olarak, özgürlüğü bağlayıcı cezanın vesayeti gerektiren bir hal olması “ağır hapis cezası” niteliğini taşımasına bağlıydı. Ayrıca bu tür bir cezaya mahkûm olan kişilerin “kısıtlanmış sayılacağı”, hal böyle olunca vesayet makamlarının kısıtlama kararı vermek yerine yalnızca hükümlüye bir vasi ataması gerektiği kabul ediliyordu. Bkz. Oğuzman ve Dural (n 9) 441-444; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz 1989) 318; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Hasan Cumhur Özakman ve Enis Sarıal, *Aile Hukuku* (3. Bası, Filiz 1986) 639-640; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz 1990) 628; Akıntürk ve Ateş (n 4) 486.

¹⁵ Oğuzman ve Dural (n 9) 442; Öztan (n 9) 1287.

¹⁶ 7499 sayılı Kanun’un hazırlık sürecinde Komisyon Raporu’na eklenen bir muhalefet şerhi de bu yöndedir. Bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf>, s. 78. Bu çalışmanın konusunu oluşturan hükümler hakkında Komisyon’da ileri sürülen yegane görüşün bu olduğunu da belirtelim.

TMK m. 407/3 hükmü ise vesayet makamının karar vermeden önce kişiyi dinlemesi gerektiği hususunu açıkça düzenlemektedir. Bu hükmün, vesayet incelemesinin talep üzerine veya resen yapıldığı durumların her ikisinde de uygulanması gerekir. Hükmün “*dinlenir*” ifadesi gereği burada yalnızca yazılı bir açıklamanın yeterli olmaması, vesayet makamının duruşma açarak ilgili kişiyi dinlemesi gerekir. Burada vesayet makamı, HMK m. 149/3 hükmü doğrultusunda, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla kişinin bulunduğu ceza infaz kurumundan dinlenilmesine resen karar verebilir.

B. TMK m. 471 Hükmü Bakımından

7499 sayılı Kanun kapsamında TMK m. 471 hükmü şu şekilde değiştirilmiştir:

“(1) Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin hukuka uygun bir şekilde sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

(2) Hapis hâlinin devamı süresince aşağıdaki şartların varlığı hâlinde vesayet sona erdirilebilir:

1. Toplam beş yıldan az olan hapis cezasının infazına bağlı olarak verilen kısıtlama kararları bakımından kişinin isteminin bulunması,

2. Toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasının infazına bağlı olarak verilen kısıtlama kararları bakımından kişinin talebi üzerine kişiliğinin veya malvarlığının korunması sebebinin ortadan kalkması.”

Görüldüğü gibi özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle verilen vesayetin sona ermesine ilişkin TMK m. 471 hükmü, TMK m. 407 hükmünde yapılan değişikliğin doğal bir sonucu olarak, bu kez iki ayrı fıkra halinde ve kapsamlı biçimde değiştirilmiştir. Hükmün ilk fıkrası, hükmün değişiklik öncesi halini “*hukuka uygun bir şekilde*” ifadesi eklemesiyle tekrar etmektedir. Özgürlüğü bağlayıcı cezanın sona ermesi ve kişinin özgürlüğünü yeniden kazanmasıyla birlikte, bu sebeple verilen vesayetin sona ermesi beklenen ve olağan bir durumdur. Hükmeye eklenen ifadenin ise herhangi bir etkisi olmadığı kanısındayız. Zira bu tür cezanın infazına hukuka aykırı bir biçimde sona erdiği veya bunun kesintiye uğradığı, sözgelimi hükümlünün ceza infaz kurumundan kaçtığı durumlarda vesayetin sona ermeyeceği hususunda herhangi bir kuşku yoktur.

Esas itibarıyla buradaki belirsizlik, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından açıkça anlaşılmasa dahi -muhtemelen itiraz yoluna başvuran mahkeme tarafından da ileri sürüldüğü biçimde- koşullu salıverilen veya denetimli serbestlikten yararlanan hükümlü üzerindeki verilen vesayetin sona erip ermeyeceğine ilişkindi. Ancak Kanunda buna ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması ve hükmün değişiklik öncesi gerekçesi dikkate alındığında, koşullu salıverilen veya denetimli serbestlikten

yararlanan kişi üzerindeki vesayetın de sona ereceği yönündeki uygulamanın¹⁷ devam edeceği kolaylıkla söylenebilir.

Özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle verilen vesayetın sona ermesine ilişkin asıl değişiklik, TMK m. 471/2 hükmünde yer alır. Burada, vesayet incelemesinin talep üzerine veya resen yapılması ayırımını belirleyen süreye uyumlu biçimde, vesayetın sona ermesi de özgürlüğü bağlayıcı cezanın toplam beş yıldan az olması ile beş yıl veya daha fazla olmasına göre ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre, toplam beş yıldan az olan cezanın varlığı durumunda hükümlünün talebi üzerine (b. 1), toplam beş yıl veya daha fazla cezanın varlığı durumunda ise yine hükümlünün talebi üzerine ancak ayrıca hükümlünün kişiliğinin veya malvarlığının korunması sebebinin ortadan kalkması (b. 2) durumunda vesayet “*sona erdirilebilir*”.

Kanımızca toplam beş yıldan az olan cezanın varlığı durumunda vesayetın sona ermesine ilişkin TMK m. 471/2, b. 1 hükmünün düzenleniş biçimi tartışmaya açıktır. Zira böyle bir durumda, hükümde yer alan “*sona erdirilebilir*” ifadesi dikkate alındığında, vesayetın sona erdirilmeyebileceği, diğer bir anlatımla hakime bu hususta bir takdir yetkisi tanındığı sonucuna varılabilir. Ne var ki hakime takdir yetkisi tanıyan bu ifadenin, 7499 sayılı Kanun değişikliği ve TMK m. 407/1-2 hükümleri ile birlikte okunarak, toplam beş yıl veya daha fazla cezası bulunan, diğer bir anlatımla vesayet incelemesi resen yapılan kişilere özgü olması gerekir¹⁸. Böyle durumlarda hakim, kişiliğın veya malvarlığının korunması sebebinin ortadan kalkmış olup olmadığı hususunda bir takdir yetkisine sahiptir. Hükümde açıkça ifade edilmemekle birlikte bu halde de hakimin karar vermeden önce kişiyi dinlemesi isabetli olur.

IV. 7499 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Değişiklikte Yer Almayan Ancak Uygulamada Karşılaşılan Diğer Sorunlar

Vesayeti gerektiren hallerden biri olarak özgürlüğü bağlayıcı ceza hakkında uygulamada karşılaşılan başlıca sorunları şu şekilde sıralayabiliriz: (i) Kişi üzerinde vesayet olup olmadığı veya varsa bunun sona erip ermediğı hususu üçüncü kişiler tarafından bilinmeye yeterince elverişli değildir. (ii) Özgürlüğü bağlayıcı cezası sebebiyle infaz kurumunda bulunan kişinin cezasının infazına başladığı hususu

¹⁷ Yarg. 4. HD T. 05.12.2016 E. 2016/10628 K. 2016/11874“(…) Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalılar ..., ..., ve ...'ın koşullu salıverme hükümlerinden yararlanarak cezaevinden tahliye oldukları ve bozma sonrası duruşmaya da katıldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda; mahkeme gerekçeli kararının bizzat davalılara tebliğ edilmesi gerekirken vesayet yasa gereği kendiliğinden sona erdiği halde vasiye tebliğ edilmesi usul ve yasaya uygun olmadığından, usule uygun şekilde davalı asillere tebligat yapılmak üzere dosyanın geri çevrilmesi gerekmiştir. (...)”; Yarg. 2. HD T. 31.05.2005 E. 2005/5846 K. 2005/8442 “(...) Hükümlü Rahmi'nin 30.05.2004 tarihinde, koşullu salıverme hükümlerinden yararlanarak cezaevinden tahliye edildiğı anlaşılmaktadır. Hapis halinin sona ermesiyle vesayet kendiliğinden sona erer. (T.M.K.471.mad.)Bu bakımdan davanın devamı sırasında vesayeti gerektiren sebep ortadan kalktığına göre, dava konusuz kalmıştır. Konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, cezaevinden çıkmış kişi hakkında hükümlülük sebebiyle vasi tayini karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (...)” (Kazanıcı).

¹⁸ Burada şöyle bir ihtimal akla gelebilir: Toplam beş yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olması sebebiyle vesayet altına alınması resen incelenen kişinin cezası bu sürenin altına düşmüştür. Böyle bir durumda dahi kişinin talebine üstünlük tanınması gerekir. Zira TMK m. 407 hükmü, vesayeti gerektiren bir hal olarak özgürlüğü bağlayıcı cezayı değil, onun süresini esas almıştır.

vesayet makamına geç bildirilmektedir. (iii) Hakkında kısıtlama kararı alınan kişinin başka bir ceza infaz kurumuna nakledildiği durumların pek çoğunda bu durum yasal temsilciden de uzaklaşılması sonucunu doğurmaktadır. 7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikte herhangi bir çözüm üretilmeyen bu sorunların her birini sırayla inceleyebiliriz.

(i) Özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kişi üzerinde vesayet olup olmadığı veya varsa bunun sona erip ermediği hususu üçüncü kişiler tarafından bilinmeyebilir. Nitekim uygulamada, özellikle devam eden yargılamalar sırasında, hakkında böyle bir kısıtlama kararı verilen kişilere karşı tebligatlar yapılmakta, ancak sonradan kısıtlılığın varlığı veya buna ilişkin bir belirsizlik olduğu anlaşıldığında -kapsamlı bir araştırmanın ardından ve gerekirse yargılamanın önceki aşamalarına da geçilerek- söz konusu tebligatlar yeniden yapılmaktadır¹⁹. Benzer durum, vesayet sona ermesine rağmen tebligatların vasiye yapılmış olması bakımından da geçerlidir. Bunun doğal bir sonucu olarak uzayan yargılamaların, diğer tarafın adil yargılanma hakkına -ihlal düzeyine varmadığı durumlarda dahi- bir müdahale niteliği taşıdığına tereddüt yoktur. Burada, taraflar arasında bir menfaat dengesinin kurulması amacıyla, özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlama kararı verilen kişi hakkında mahkemelerin veya bunun sona erdiği durumlarda ilgili ceza infaz kurumlarının, söz konusu kişilerin taraf olduğu davaları gören mahkemelere bildirimde bulunması gerektiği yönünde bir düzenleme getirilebilirdi.

(ii) Uygulamada karşılaşılan diğer bir sorun, kişinin özgürlüğü bağlayıcı cezasının infazına başlandığı hususunun vesayet makamına geç bildirilmesidir. Gerçi TMK m. 407 hükmünün hem 7499 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikten önceki hem de sonraki hallerinde bu durumun cezayı yerine getirmekle görevli makam tarafından vesayet makamına (“*hemen*” veya “*derhal*”) bildirileceği açıkça yer alır. Ancak başta ceza infaz kurumlarının iş yükü sebebiyle bunda gecikmelerin yaşanması, özellikle son yerleşim yeri bir büyükşehir olan hükümlüler bakımından vesayet incelemesi sürecini daha da uzatmaktadır. Kural olarak kısıtlanmadığı süre boyunca her türlü işlemi yapabilecek olan hükümlü, pratikte birtakım engellerle karşılaşmaktadır. Yeni düzenlemeyle birlikte toplam beş yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezası bulunan kişiler bakımından geçerli olacak böyle durumlarda, söz konusu bildirim

¹⁹ Pek çokları yerine örnek olarak bkz. Yarg. 10. HD T. 30.11.2021 E. 2021/120 K. 2021/15089: “(...) Dosya içindeki belgelerden davalı ... hakkında herhangi bir vesayet kararı olup olmadığına dair herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Buna göre davalı ...'nin karar tarihi itibarıyla hükümlü veya tutuklu olup olmadığı, hükümlü veya tayınlı değil ise tebliğın adı geçen davalıya Tebligat Kanunu uyarınca usulünce yapılması, hükümlü ise hükümlülük süresi, şartla veya bihakkan tahliye tarihleri belirlenip, Türk Medeni Kanununun 407. ve devamı maddeleri gereği bir yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergine vasi tayini gerektiğinden, hükümlülük süresi bir yıl veya daha fazla ise, anılan davalıya vasi tayin edilip edilmediği, edilmişse gereğeli kararın vasisine yönteminde tebliğ edilmesi; vasi tayin edilmemiş ise, usulünce vasi tayininin sağlanarak aleyhe gıyabi hükmün vasiye tebliğinin sağlanması ve vesayet ilamının dosyaya eklenmesi akabinde temyiz süresi geçtikten ve gerektiğinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun geçici 3.maddesi gereği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 432. maddesindeki prosedür işletildikten sonra gönderilmek üzere, dosyanın mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 30/11/2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Böyle durumlarda kısıtliya atanan vasinin veya vesayetin sona ermesi durumunda kişinin, daha önce yapılmış usul işlemlerine icazet vermesi mümkündür. Bkz. Yarg. 3. HD T. 29.09.2022 E. 2022/4829 K. 2022/7190 (Kazancı).

geç yapılmasından doğan zararlardan Devleti sorumlu tutan ve zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu imkanı tanıyan bir düzenleme getirilmesi faydalı olabilirdi.

(iii) 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un m. 53 vd. hükümleri kapsamında hükümlülerin buldukları yerden başka bir ceza infaz kurumuna nakledilmeleri mümkündür²⁰. Ancak bu nakil, pek çok defa, hükümlünün vasiden de uzaklaşması sonucunu doğurmaktadır. Zira vasinin de hükümlü ile birlikte yer değiştirmesinin her durumda pek kolay olmayacağı açıktır. Söz konusu durum, özellikle hükümlünün isteği dışında başka bir ceza infaz kurumuna nakledilmesi durumunda daha belirgin bir biçimde ortaya çıkar. Böyle durumlarda vasinin değiştirilmesi mümkün olmakla birlikte vesayet dairelerinin iş yükünün fazla olduğu büyükşehirlerde çok daha uzun sürecek bir incelemeyi gerektirir. Bu kapsamda, TMK m. 407 hükmüne hükümlünün nakli sebebiyle vasinin değiştirilmesi sürecini kolaylaştıracak bir hükmün eklenmesi isabetli olabilirdi.

Değerlendirme ve Sonuç

Özgürlüğü bağlayıcı ceza, 7499 sayılı Kanun kapsamında, vesayeti gerektiren hallerden biri olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir. Ancak asgari olarak belirli süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezası infaz edilmeye başlanan her erginin kısıtlanması yönündeki düşünce terk edilmiştir. Bunun yerine kişinin talebine öncelik tanınmış ve her halde kısıtlı adayının dinlenilmesi esası benimsenmiştir. Vesayeti gerektiren haller arasında oldukça önemli bir uygulama alanına sahip olan özgürlüğü bağlayıcı ceza hakkında kapsamlı değişiklikler getiren bu düzenlemeler üzerinde, kanunlaşma sürecinde, yeterli ölçüde durulmadığı anlaşılmaktadır. Yine de TMK m. 407 ve m. 471 hükümlerinde kişinin talebine ve dinlenilmesine öncelik tanıyan bu kanun değişikliği, eksikliklerine ve yaşanması muhtemel sorunlara rağmen, temel hak ve hürriyetler lehine olumlu bir gelişme olarak kabul edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

²⁰ Hükümlülerin (ve tutukluların) nakli hakkında ayrıca bkz. Bahattin Aras, "Hükümlü ve Tutukluların Nakil Esasları ve Güncel Sorunlar" (2022) 80 (4) Ankara Barosu Dergisi 223, 226 vd.

Bibliyografya/Bibliography

- Açıkgöz A, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Haller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2017).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Aile Hukuku* (20. Bası, Beta 2017).
- Aras B, “*Hükümlü ve Tutukluların Nakil Esasları ve Güncel Sorunlar*” (2022) 80 (4) Ankara Barosu Dergisi 223-281.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (18. Bası, Filiz 2023).
- Feyzioğlu FN, Özakman HC ve Sarıal E, *Aile Hukuku* (3. Bası, Filiz 1986).
- Hatemi H ve Serozan R, *Aile Hukuku* (Filiz 1993).
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (3. Bası, Turhan 2017).
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz 1989).
- Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz 1998).
- Özgenç NB, “*Türk Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyetin Sonucu Olarak Kişinin Kısıtlanması*” (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 652-668.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015).
- Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz 1990).
- www.kazanci.com



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 22.01.2024
Revizyon Talebi: 24.05.2024
Son Revizyon Tarihi: 28.05.2024
Kabul: 27.06.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Tereke Borçlarından Sorumluluk Kapsamında Rehinli Tereke Malının Mirasçıya Bırakılması

Cemile Turgut*, Dilşah Buşra Kartal**

Öz

Kişinin ölümünden sonraki özel hukuk ilişkilerini düzenleyen miras hukuku, mirasbırakanın ve mirasçıların menfaati yanında alacaklıların menfaatini de korumaktadır. Bu alacaklılardan bir kısmı ise mirasbırakanın alacaklılarıdır. Mirasçılar, mirasbırakanın terekesindeki borçlardan tüm kişisel malvarlıklarıyla ve diğer mirasçılarla müteselsilen sorumludurlar (TMK m 599, 641-ZGB Art 560, 603). Miras ortaklığının giderilmesi kural olarak bu sorumluluğu kendiliğinden ortadan kaldırmaz (TMK m 681, ZGB Art 639). Ancak tereke borçlarının bölünmesine veya üstlenilmesine alacaklı tarafından rıza gösterilmesi mümkündür. Alacaklının bölünmesine veya üstlenilmesine razı olduğu tereke borçlarına ilişkin olarak diğer mirasçıların müteselsil sorumluluğu sona erer. Mirasbırakanın üçüncü kişilere karşı borçları için üzerinde rehin tesis edilmiş bir tereke malının paylaşılması halinde ise kanun koyucu TMK m 655'te (ZGB Art 615) özel bir hüküm öngörmüştür. Hükme göre "Paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur." Ancak hükümden ne anlaşılması gerektiği, mirasbırakanın alacaklısına karşı kimin, ne şekilde sorumlu olacağı, alacaklının rızasının aranıp aranmayacağı açık değildir. Çalışmada bahsi geçen hüküm incelenecek olup paylaşmada kendisine rehnedilmiş tereke malı düşen mirasçının sorumluluğunun şartları, kapsamı ve sonuçlarına yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Tereke Borcu, Rehinli Tereke Malı, Mirasçının Sorumluluğu, Müteselsil Sorumluluk, Borcun Üstlenilmesi

Transfer of Pledged Estate Property to the Heir within the Liability for Inheritance Debt Framework

Abstract

Inheritance law, which regulates private law relations after the death of an individual, protects the interests of creditors, the deceased, and heirs. Some of these creditors are the creditors of the deceased. Joint and several heirs' liability for debts of the estate is regulated in the CC (CC Art. 599, 641-ZGB Art. 560, 603). As a rule, this liability does not disappear with the dissolution of the community of heirs per se (Art. 681 CC, Art. 639 ZGB). On the other hand, a creditor may give consent to the division or assumption of the debt of the property. In this scenario, the joint and several liabilities of the heirs against the creditor shall cease. In the case of the division of an estate property pledged for the debts of the deceased, the legislator has provided a special provision in Article 655 of the CC (ZGB Art 615). According to this provision, "The heir who inherits an estate property pledged for the debts of the deceased shall assume the debt secured by that property." However, this provision is not clear in meaning and does not directly regulate who is liable to the deceased's creditor and does not specify how and whether the consent of the creditor will be sought. In this study, the aforementioned provision is analysed, and the conditions, scope and consequences of the liability of the heir who receives pledged property in the partition are discussed.

Keywords

Estate Debt, Pledged Estate Property, Heir's Liability, Joint and Several Liability, and Assumption of Debt

* **Sorumlu Yazar:** Cemile Turgut (Dr. Öğr. Üyesi), Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Kocaeli, Türkiye. E-posta: cemile.turgut@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2969-8700.

** Dilşah Buşra Kartal (Dr. Öğr. Üyesi), Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Kocaeli, Türkiye. E-posta: dilshah.kartal@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2615-5698.

Atf: Turgut C, Kartal DB, "Tereke Borçlarından Sorumluluk Kapsamında Rehinli Tereke Malının Mirasçıya Bırakılması" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 425. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0003>



Extended Summary

In Turkish inheritance law, heirs obtain the entire estate as a whole upon testator's death. This classical understanding, which is rooted in Roman and Pandect law, is also acknowledged in the Turkish-Swiss legal system as well (Art 599 of the Turkish Civil Code; Art 560 of the Swiss Civil Code).

When multiple heirs exist, they form a community of heirs. In this case, the heir jointly bears the rights and assets of the inheritance. For this reason, they must make a unanimous decision on all disposals of the probate property. They are also under joint and several liability for the debt of the estate. Joint ownership of the estate continues until division. However, joint and several liabilities for debts do not cease with the division of the property. As a rule, in order for the division or assumption of the debts of the estate among the heirs to be effective against creditors, the heirs must consent to an agreement between them (Art 681 of the Turkish Civil Code).

Art. 655 of the Turkish Civil Code regulates this special provision. According to Art. 655, *“The heir who inherits an estate property pledged for the debts of the deceased shall assume the debt secured by that property.”* There is a dispute concerning whether this provision establishes an exception to Article 681. The debate centres on whether the consent of the creditor is required for the assumption of debt or whether a mere transfer of the property that is pledged to the heir is sufficient.

The first requirement for the application of Art. 655 of the Turkish Civil Code is the establishment of a pledge on the deceased's own property. The scope of the provision includes pledges concerning movable and immovable property. The second condition is that the pledge must be established for the deceased's debt. Although a pledge is generally granted by the debtor of the receivable it secures, it may also be granted by another person to the debt of another person. If the deceased has established a pledge for the debt of a third party, Art. 655 shall not be applicable and the heir to whom the pledged property is assigned shall not have assumed the original debt. Under these circumstances, the heir only has to bear the risk that if the debt is not fulfilled, the property will be sold and the receivable will be collected. The last requirement for the application of the provision is that the pledged property is left to the heir. This is done through division of inheritance. The heirs may conclude a written sharing agreement (Art 676 of the Turkish Civil Code), or if they cannot agree, a partition lawsuit is filed (Art 642 of the Turkish Civil Code).

When interpreting Article 655, Article 888 of the Turkish Civil Code should be taken into account where the pledge concerned an immovable property. Accordingly, in the event that the immovable property on which the mortgage is established is left to one or more of the heirs in the division of inheritance, the creditor must notify the land registry officer in writing that he reserves the right to apply to the other heirs

within one year following the notification of this circumstance to him. Otherwise, the debt is assumed by the heirs to whom the property was left. Thus, other heirs are released from liability.

The basic principles of inheritance law should be considered when assigning other pledged probate assets. For the protection of the creditors of the deceased, the legislator has provided a double guarantee by allowing recourse to both the estate of the deceased and heirs' personal assets. The joint and several liabilities of the heirs against the creditors end upon the approval of the creditors to the agreements regarding the debt's assumption by one of the heirs or upon the expiration of the 5-year period stipulated in the law. All of these regulations are primarily intended to protect the creditors of the deceased. There is a risk that the pledged creditor may be harmed by leaving the pledged probate property to an heir that is financially unstable. As a result, it should be accepted that the provision regulates only the internal relations of the heirs and cannot be asserted against creditors without their consent.

Giriş

Mirasbırakanın ölümü mirasçılarının mirası bir bütün olarak ve kanun gereği kazanması sonucunu doğurur (TMK m 599). Hüküm külli halefiyet prensibini (*successio per universitatem*) düzenler¹. Anlamı, ölüm ile birlikte mirasbırakanın terekedeki hak ve borçlarının *ipso iure* (kendiliğinden) ve *ipso morte* (ölüm anında) bütün olarak mirasçılara geçmesidir. Türk – İsviçre hukuk sisteminde hakim olan bu klasik anlayış (*ZGB Art 560*), Roma ve Pandekt hukukuna dayanmaktadır².

Mirasçı sayısı birden fazla ise yasal ve atanmış mirasçılar arasında miras ortaklığı meydana gelir (TMK m 599, 640/I). Elbirliği ile hak sahipliğinin bir türü olan miras ortaklığında tüm mirasçılar, miras paylaşılana kadar tereke malları üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar ve tüm tasarruf işlemlerini oybirliği ile gerçekleştirmeleri gerekir (TMK m 640/II). Tüm mirasçılar tereke borçlarından da kişisel malvarlıklarının tamamı ile diğer mirasçılarla müteselsilen sorumlu olurlar (TMK m 599, m 641). Kanunkoyucunun, mirasçıları borçlardan müteselsil sorumlu kılma tercihi, alacaklıların alacaklarına kavuşmasını kolaylaştırmaktır. Zira alacaklılar, kendi malvarlıklarıyla da (terekeden kalanlarla sınırlı olmaksızın) kişisel olarak sorumlu kılınan mirasçıların değil, kural olarak mirasbırakanın alacaklılarıdır³. Mirasçıların her birine veya hepsine birden başvurarak haklarını talep edebileceklerdir (TBK m 162/II, 163).

Tereke borçlarından mirasçıların müteselsil sorumluluğu, mirasın açılması ile başlayarak, miras ortaklığı süresince devam etmektedir. Oybirliği ile hareketin ve müteselsil sorumluluğun olduğu miras ortaklığında arzu edilen, paylaşım ile birlikte münhasır hak sahipliğine geçmektir. Bu kapsamda mirasçılar terekedeki hakların ve borçların bölünmesine ilişkin anlaşmalar yapabilirler. Özellikle tereke borçlarına ilişkin akdedilen sözleşmelerin diğer mirasçıların sorumluluğuna etkisi önem arz eder. Bu hususta TMK m 681 tereke borçlarının paylaşılmasına veya devrine ilişkin anlaşmaların alacaklılara karşı hüküm ifade etmesini onların rızasına bağlayan genel bir prensip öngörmüştür. Diğer yandan “*Paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur.*” hükmünü düzenleyen TMK m 655’in TMK m 681’e istisna getirip getirmediği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Düzenlemenin lafzı, paylaşmayla birlikte borcun kanun gereği mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesi sonucunu doğuracak şekildedir. Ancak hükümden ne anlaşılması (hükümün nasıl yorumlanması) gerektiği tartışmalıdır. Tartışma özellikle, rehinle güvence altına alınan borcun üstlenildiğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi için alacaklının üstlenmeye ilişkin rızasının gerekip gerekmediğinde toplanmaktadır. Buna göre;

¹ Miras hukuku, mirasbırakanın terekesinin kaderini, temel kavramlarda istisna olan külli halefiyet ilkesiyle ortaya koyar. İlke, istisna olduğu için kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Bkz Herdem Belen, (2. Baskı, Beta 2021) 3.

² Zahit İmre ve Hasan Erman, (16. Baskı, Der 2022) 11.

³ Belen (n 1) 296.

“rehinli tereke malının özgülendiği mirasçı sadece iç ilişkide bu borcu üstlenir, borcun üstlenildiğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi için alacaklının da buna rıza göstermesi gerekir” sonucuna mı; yoksa “alacaklının rızası olmasa da rehinli malın mirasçığa bırakılmasıyla borç üstlenilmiş olur” sonucuna mı varmak gerekir? Çalışma bu hukuki sorunun çözüme kavuşturulmasına ilişkindir.

I. Tereke Borçlarının Paylaşılmasına İlişkin Genel Esaslar

Mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılar tereke borçlarının paylaşılmasına ilişkin anlaşma yapmazlarsa miras paylaşıldıktan sonra da borçlardan müteselsil sorumlulukları devam eder (TMK m 681). Bu bakımdan tereke borçlarının paylaşılması da somut olayda mirasçıların menfaatine uygun olabilir. Ancak mirasçıların yanı sıra mirasbırakanın alacaklarının menfaatlerini de korumak gerekir⁴. Nitekim TMK m 681 de tereke borçlarının paylaşılmasına ilişkin anlaşmalara imkan verirken bunu dikkate almıştır.

Mirasçıların mirası paylaşırken tereke borçlarının da bölünmesini veya mirasçılardan biri ya da birkaçı tarafından üstlenilmesini kararlaştırdıkları anlaşma miras paylaşımına ilişkin bir sözleşme niteliğinde olacağı için TMK m 676/III uyarınca yazılı şekilde düzenlenmelidir⁵. Tereke borcunun ifasına yönelik bu anlaşmalar, mirasçıların kendi aralarındaki iç ilişkide hüküm ve sonuç doğurur ancak alacaklılara karşı dış ilişkide ileri sürülemez. Alacaklılar borçların bu şekilde paylaşılmasına veya nakline açıkça ya da örtülü olarak rıza göstermedikçe, tüm mirasçılar paylaşmadan sonra da tereke borçlarının tamamından müteselsil şekilde ve tüm malvarlıklarıyla sorumlu olurlar (TMK m 681/I). Paylaşma sözleşmesine alacaklı tarafından rıza gösterilmesi mirasçıların durumunu etkiler. Buna göre alacaklının rızası borcu üstlenen mirasçının borcunun kapsamını değiştirir ve diğer mirasçıların kendisine karşı sorumluluğunu sona erdirir⁶. Artık tereke borçlarının paylaşılmasına veya devrine rıza gösteren alacaklılar, paylaşmadan sonra diğer mirasçılardan bu borçların ifasını talep edemezler.

Tereke borçlarının paylaşılmasına veya nakline alacaklının rıza göstermesinin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin özel bir türünü teşkil ettiği söylenebilecekse de kural olarak TBK'nın 195 vd maddeleri değil, TMK m 681 hükmü uygulanır. Çünkü TBK m 195 vd hükümlerindeki borcun üstlenilmesinde, borç ilişkisinin tarafı olmayan bir kişi borcu devralmak suretiyle sorumlu hale gelirken paylaşma sözleşmesiyle borcu üstlenen mirasçı zaten müteselsil sorumluluk altındadır. Yalnızca

⁴ İmre ve Erman (n 2) 576.

⁵ Sezer Çabri, (On İki Levha 2020) 587.

⁶ Tereke alacaklılarından sadece bazıları mirasçılar arasındaki anlaşmayı kabul ederse, mirasçıların müteselsil sorumluluğu sadece söz konusu alacaklılara karşı sona erer. Bkz İmre ve Erman (n 2) 577; Çabri (n 5) 586; Gamze Turan Başara, 'Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Mirasbırakanın Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk', (2022) 71 (3) 1099, 1110.

borcu üstlenen mirasçının halihazır sorumluluğunun kapsamı değişmektedir⁷. TBK m 195 vd hükümleri ancak bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir⁸. Eğer miras paylaşıldıktan sonra borçlar ayrı bir sözleşme ile bir mirasçıdan diğerine nakledilirse TBK m 195 vd hükümleri doğrudan uygulanacaktır⁹.

Alacaklı tereke borçlarının paylaşılmasına rıza göstermezse mirasçıların yaptığı anlaşma sadece kendi aralarında hüküm ifade eder ve alacaklıya karşı ileri sürülemez¹⁰. Bu durumda TMK m 681 uyarınca mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğu miras paylaşımından ve paylaşımından sonra muaccel hale gelecek olan borçlarda ise muacceliyet tarihinden başlayarak 5 yıl daha devam eder.

II. Rehinli Tereke Malının Paylaşılması

A. Genel Olarak

Mirasbırakanın terekesinde rehinli bir malın bulunması mümkündür. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte rehinli mal, üzerindeki tüm takyidatlarla birlikte mirasçılara geçer. Mirasın anlaşma veya dava yoluyla paylaşılmasından sonra bu malın mirasçılardan birine veya birkaçına özgülenmesi halinde rehinle teminat altına alınan borcun akıbeti TMK m 655'te hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, *“Paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur.”* TMK m 655 yedek hukuk kuralı niteliğinde olup taraflarca aksi kararlaştırılabilir¹¹. Tarafların TMK m 655'ten ayrılan bir anlaşma yapmamaları halinde ise hüküm aşağıda açıklanacak olan şartların varlığı halinde uygulanabilecektir. Hükümün uygulanma şartları konusunda doktrinde pek tartışma olmasa da hukuki sonuçları bakımından birbirine zıt görüşler bulunmaktadır.

B. TMK m. 655 Hükümünün Uygulanışı ve Şartları

TMK m 655'in uygulanabilmesi için ilk şart mirasbırakanın kendi malı üzerinde bir rehin tesis edilmesidir¹². Rehin hakkı, bir borç ilişkisinde alacaklının alacak hakkını teminat altına alan, borç yerine getirilmezse rehinli alacaklıya, rehin hakkının konusu olan şeyi veya hakkı paraya çevirmek suretiyle alacağını tahsil etme yetkisi veren bir ayni haktır¹³. Rehin hakkı yalnız eşya üzerinde değil, alacaklar ve diğer haklar (TMK

⁷ İmre ve Erman (n 2) 579; Çabri (n 5) 586; Turan Başara (n 6) 1110.

⁸ İmre ve Erman (n 2) 579.

⁹ İmre ve Erman (n 2) 579; Didem Özcan, (On İki Levha, 2017) 130.

¹⁰ İmre ve Erman (n 2) 579; Mustafa Dural ve Turgut Öz, (18. Baskı, Filiz 2022) 467.

¹¹ Necip Kocayusufoğlu, (3. Baskı, Filiz 1987) 734 dn 37a; Mehmet Özgür Avcı, (On İki Levha 2014) 216; Çabri (n 5) 294; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, (3. Baskı, Yetkin 2020) 546; Thomas Meyer, (3. Baskı, Schulthess 2016) N 2; Claudia Büchi-Wehinger ve Rahel Reich, 'Art. 615' in (4. Baskı, Orell Füssli Verlag 2021) N 3.

¹² Stephan Wolf ve Martin Eggel, 'Art. 615' in (Stämpfli 2014) N 8.

¹³ Lale Sirmen, (10. Baskı, Yetkin 2022) 645; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, (22. Baskı, Filiz 2020) 1021.

m 954) üzerinde de kurulabilmektedir¹⁴. Ancak TMK m 655 hükmünde “*rehnedilmiş tereke malı*” ifadesiyle sınırlandırılmıştır. Her ne kadar hükmün gerekçesinde, “*rehinli bir taşınmazın devredilmesi durumunda, taşınmazın yeni malike rehinle yüklü geçeceği kuralının, mülkiyetin miras yoluyla (mirasçılara) geçmesi hâlinde de söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır*” denilse de hüküm kapsamına taşınır ve taşınmaz malların rehni dahildir. TMK m. 655 muhtevası gereği ipotek, ipotekli borç senedi veya teslim bağli taşınır rehni ile yüklü tereke mallarının mirasçığa bırakılmasında da uygulanabilecektir¹⁵. Yine hükümde “rehin” ifadesi yer aldığı için, başka tür bir teminat işlevi gören taşınmaz yükü hükmün kapsamında değildir¹⁶.

Hükmün uygulanabilmesinin ikinci şartı rehlin mirasbırakanın kendi borcu için tesis edilmiş olmasıdır. Rehin genellikle güvence altına aldığı alacağın borçlusu tarafından verilse de başkasının borcu için üçüncü kişi tarafından da verilebilir. Diğer ifadeyle üçüncü kişi, başkasının borcunu güvence altına almak amacıyla alacaklı lehine rehin hakkı kurabilir¹⁷. Mirasbırakan üçüncü kişinin borcu için rehni tesis etmişse TMK m 655 uygulanamaz ve rehinli mal kendisine özgülenen mirasçı asıl borcu üstlenmiş olmaz. Bu ihtimalde mirasçının sadece, borç ifa edilmezse bu malın paraya çevrilerek alacağın tahsil edilmesi riskine katlanması gerekir¹⁸.

Hükmün uygulanması için aranan son şart, mirasbırakanın borcu için rehnedilen malın mirasçığa bırakılmasıdır. Bu da mirasın paylaşılması yoluyla olur. Mirasçılar paylaşmanın nasıl yapılacağı konusunda uzlaşmaya varırsa yazılı bir paylaşma sözleşmesi akdedebilirler (TMK m 676). Paylaşma sözleşmesi, her bir mirasçının, diğer tüm mirasçılarla karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanını içerir. Sözleşme iki taraflı değil, çok taraflıdır¹⁹. İlgili mirasçı bu sözleşmenin ifasını diğer mirasçılardan talep ederek rehinli malın kendisine devrini sağlayabilir. Eğer mirasçılar anlaşamazsa paylaşma davası açılır (TMK m 642). Paylaşma davasında hakim her bir mirasçığa özgülenecek olan payların içeriğini tespit ederken rehinli malla temin edilen borç tutarını da dikkate almalıdır²⁰. Buna göre rehinli malın bırakıldığı mirasçının payına rehinle temin edilen borç tutarı kadar eklemeye yapılarak mirasçının miras payındaki kayıp giderilmelidir²¹.

¹⁴ Sirmen (n 13) 647.

¹⁵ Stephan Wolf ve Stephanie Hrubesch-Millaue, (Stämpfli Verlag 2017) 461; Wolf ve Eggel, (n 12) N 6; Avcı (n 11) 216.

¹⁶ Wolf ve Eggel, (n 12) N 7; Peter C. Schaufelberger ve Katrin Keller Lüscher, ‘Art. 615’ in (6. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) N 3.

¹⁷ Sirmen (n 13) 648.

¹⁸ Dural ve Öz (n 10)468 dn 1176; Çabri (n 5) 295; Büchi-Wehinger ve Reich, (n 11) N 2.

¹⁹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, (14. Baskı, Vedat 2018) 42; Belen (n 1) 306.

²⁰ Çabri (n 5)295; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, (11. Baskı, Seçkin 2022) 585; Büchi-Wehinger ve Reich, (n 11) N 1; Schaufelberger ve Keller Lüscher, (n 16) N 1.

²¹ Çabri (n 5) 295; Wolf ve Eggel, (n 12) N 10; Wolf ve Hrubesch-Millaue (n 15) 461.

C. TMK m 655 Hükümüne İlişkin Tartışmalar ve Değerlendirmemiz

TMK m 655'te, borcun rehinli malın bırakıldığı mirasçı tarafından üstlenilmiş olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak hüküm tek başına borcun üstlenilmesinin nasıl gerçekleşeceğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Borcun üstlenilmesine ilişkin genel prensiplere bakıldığında Türk Borçlar Kanunu'nun borcun üstlenilmesini m 195 vd hükümlerinde iki ayırım ile düzenlediği görülmektedir: Birincisinde borçlu ile borcu üstlenmek isteyen kişi arasında mevcut borçluyu borcundan kurtarmanın vaat edildiği bir sözleşme yapılır. Buna borcun iç üstlenmesi denir (TBK m 195). İkinci ayırmada borçluyu borcundan kurtarmayı vaat eden kişi ve alacaklı arasında borcun devrine ilişkin bir sözleşme yapılır (TBK m 196). Bu işleme borcun dış üstlenmesi denir ve esas borcun üstlenilmesi sözleşmesi budur. Zira *“borçlunun yerine yenisinin geçmesinin ve borcundan kurtarılmasının, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle”* olacağı açıkça düzenlenmiştir (TBK m 196/I). O halde Türk Borçlar Kanunu borcun üstlenilmesi için eski borçlu ile yeni borçlu arasında yapılan bir borcun üstlenilmesi sözleşmesini yeterli görmemiştir.

Dış üstlenme sözleşmesi ile birlikte sözleşme konusu borç, eski borçludan, üstlenene geçer²². Borcun dış üstlenilmesi akabinde alacaklı, borcu artık sona ermiş olan eski borçluya karşı ifa talebini ileri süremez. Yeni borçlunun borca aykırı davranışı, ödeme güçlüğü içinde olması veya başka bir sebeple de alacaklı eski borçluya başvuramaz. Alacaklının tek muhatabı yeni borçludur²³.

Doktrindeki bir görüşe göre²⁴, TMK m 655'te kanun gereği gerçekleşen borcun dış üstlenilmesi hüküm altına alınmıştır. Burada borcun üstlenilmesi alacaklı ve mirasçılardan iradesinden bağımsızdır. Alacaklının rızası olmasa da rehinli malın mirasçıya bırakılmasıyla borç da üstlenilmiş olur. Hükme göre, kendisine terekedeki rehinli malın bırakıldığı mirasçı, mirasın paylaşılmasıyla birlikte, beş yıl beklemezsizin, rehinle teminat altına alınan borçtan bizzat sorumlu olacaktır²⁵. Dolayısıyla mirasın paylaşılmasından sonra diğer mirasçıların bu borçtan sorumlulukları kalmaz. Alacaklı sadece rehinli malın özgülendiği mirasçıdan ifa talebinde bulunabilir.

Diğer görüşe göre²⁶ ise TMK m 655 hükmü, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen borcun üstlenilmesi sözleşmesi ile paralel değerlendirilmelidir. Hüküm, mirasçıların

²² Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, (7. Baskı, Filiz 1993) 272; Fikret Eren, (24. Baskı, Yetkin 2019) 1396; Oğuzman ve Öz (n 19) 617.

²³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 22) 272; Oğuzman ve Öz (n 19) 617; Eren (n 22) 1397.

²⁴ Dural ve Öz (n 10) 468; Çabri (n 5) 297; Süleyman Yılmaz, (Yetkin 2022) 283; Belen (n 1) 303; Erhan Günay, (Seçkin 2016) 159; Turan Başara (n 6) 1112-1113.

²⁵ Hayrunnisa Özdemir, 'Mirasçıların Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu', (2012) 16 (1-2) 191, 212.

²⁶ Wolf ve Eggel, (n 12) N 14; Schaufelberger ve Keller Lüscher, (n 16) N 4; Cem Baygın, (Seçkin 2005) 80; Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, (Turhan 2011) 362; Avcı, (n 11) 216-17; Büchi-Wehinger ve Reich, (n 11) N 5; Zafer Kahraman, (Vedat 2013) 188; Eugen Spirig, 'Vorbemerkungen zu Art. 175-183' in , (3. Baskı, Schulthess 1994) N 168.

kendi iç ilişkilerini düzenleyen bir karineden ibarettir ve rehinli tereke malının özgülendiği mirasçı sadece iç ilişkide bu borcu üstlenmiş olur. Borcun üstlenildiğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi için (genel kural uygulama alanı bularak) alacaklının da buna rıza göstermesi gerekir. Borcun devrine rıza göstermeyen alacaklı dilediği mirasçıdan borcun ifasını talep edebilir²⁷. Yine bu görüşü savunan yazarların bir kısmına göre²⁸, alacaklının borcun üstlenilmesine rızası olmadığını ve diğer mirasçılara başvurma hakkının saklı olduğunu bir yıl içinde yazılı olarak diğer mirasçılara bildirmesi gerekir. Aksi halde rehinli alacaklının borcun üstlenilmesine örtülü rızası olduğu kabul edilmeli ve diğer mirasçıların sorumlulukları sona ermelidir. Görüş dayanağı, ipotekli taşınmaz devrini düzenleyen TMK m 888 (*ZGB Art 832*) hükmünün kıyasen uygulanmasıdır²⁹.

Kanaatimizce de TMK m 655'in hukuki sonuçlarını tespit ederken TMK m 888 hükmü özel olarak incelenmelidir. Hükmün ilk fıkrasına göre, “*ipotekli taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez.*” Buna göre yeni malik, taşınmazın mülkiyetini rehin yükü ile birlikte kazanır³⁰.

Türk Borçlar Kanunu'na göre iki safhada gerçekleşen borcun üstlenmesine karşın TMK m 888/II ile “*Yeni malik, borcu yüklediği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur*” hükmü düzenlenmiştir³¹. Bu hüküm uyarınca borçluyla yeni malik arasında akdedilen borcun üstlenilmesi sözleşmesinin hüküm doğurması için borcun yeni malik tarafından üstlenildiğinin tapu müdürlüğünce rehinli alacaklıya bildirilmesi (TMK m 890) ve rehinli alacaklının borcun üstlenilmesine rıza göstermesi veya süreyi geçirmesi şeklinde iki şartın gerçekleşmesi gerekir³².

Buna göre ilk aşamada yeni malikle borçlunun yaptığı borcun üstlenilmesi sözleşmesinin tapu memuru tarafından rehinli alacaklıya bildirilmesi gerekir³³. Bu bildirim tapu idaresinin, yeni maliki temsilen yaptığı bir öneri veya beyan olmayıp tapu memurunun resmen yerine getirdiği kanuni bir görevdir³⁴. Bu bildirimden sonra

²⁷ Bu görüş yanlırlarınca, müteselsil sorumluluğun yarattığı riski bertaraf etmek için mirasçılardan birinin tereke borçlarının paylaşmadan önce ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını talep etmesi (TMK m 649/III) tavsiye edilmektedir. Bkz: Avcı (n 11) 216-17; Schaufelberger ve Keller Lüscher, (n 16) N 4.

²⁸ Baygın (n 25) 80-81; Ozanemre Yayla (n 25) 363-364; Avcı (n 11) 216 dn 712.

²⁹ Wolf ve Eggel, (n 12) N 15; Baygın (n 25) 80-81.

³⁰ Urs Fasel, ‘Art 832’ in (4. Baskı, Schulthess 2023) N 3-4; Sirmen (n 13) 714.

³¹ Hem Türk Borçlar Kanunu m 204 hem İsviçre Borçlar Kanunu Art 183, miras paylaşımı ve rehinli taşınmazların devri durumunda borcun üstlenilmesine dair özel hükümleri açıkça saklı tutmuştur. Özel hükmün gerekliliği için bkz. Thomas Wenger, ‘Art. 832’ in (4. Baskı, Orell Füssli Verlag 2021) N 2.

³² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 13) 1106; Sirmen (n 13) 714. Mehmet Ayan, (8. Baskı, Seçkin 2017) 236.

³³ Wenger, (n 31) N 6; Urs, (n 30) N 9; Taşınmaz üzerinde intifa hakkı olduğu takdirde bu bildirim intifa hakkı sahibine de yapılması gerektiği konusunda bkz. Ayan (n 32) 236.

³⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 13) 1106; Sirmen (n 13) 714. Yeni malik veya borçlunun rehinli alacaklıya bildirimde bulunmasının bir yıllık süreyi başlatmayacağı yönünde bkz. Wenger, (n 31) N 6.

borcun üstlenilmesine rehinli alacaklı tarafından rıza gösterilmesi halinde borç, rızanın verildiği andan itibaren yeni malike geçer ve eski malik borçtan kurtulur³⁵.

Bildirimi takip eden bir yıl içinde, rehinli alacaklı, borcun üstlenilmesine rızasının bulunmadığını, yeni maliki borçlu olarak tanımadığını yazılı şekilde eski borçluya bildirirse borcun üstlenilmesi hüküm doğurmaz³⁶. Bir yıllık sürede alacaklı, borcu üstlenmek isteyeninin durumu hakkında bilgi edinme olanağına kavuşmaktadır³⁷. Rehlinli alacaklı bahsi geçen bir yıl içinde borcun üstlenilmesine rızası olmadığını yazılı şekilde bildirmeyerek sustuğu takdirde, borcun üstlenilmesine örtülü rıza gösterdiği kabul edilir. Burada alacaklının susmasına onay anlamı yükleyen bir faraziye söz konusu olduğu için süre dolduktan sonra alacaklının borcun üstlenilmesine rızasının olmadığını ileri sürme imkanı ortadan kalkmaktadır³⁸. Bir yıllık süre hak düşürücü niteliktedir³⁹. Süre sona erdiğinde yeni malik kişisel borçlu sıfatını haiz olur ve eski borçlu artık borçtan kurtulur.

Mirasbırakanın borcu sebebiyle üzerinde ipotek tesis edilen ve terekede bulunan bir taşınmazın mirasçılardan birine (veya birkaçına) özgülenmesi halinde de alacaklının durumun kendisine tebliğ edilmesinden itibaren bir yıl içinde yazılı şekilde diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tuttuğuna yönelik bildirimde bulunmaması, borcun, taşınmazın özgüldüğü mirasçı (veya mirasçılar) tarafından üstlenildiğini kabul ettiği sonucunu doğurur⁴⁰. Alacaklı, diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tuttuğunu bu sürede bildirmediğinde, alacağını yalnızca ipotekli taşınmazın özgüldüğü mirasçıdan talep edebilir. Bu ihtimalde mirasçıların bu borcun ödenmesinden müteselsil sorumlulukları, beş yıldan önce, bir yılın dolmasıyla sona erer⁴¹. O halde mirasbırakanın borcu için üzerinde rehin tesis edilen tereke malının taşınmaz olması durumunda yukarıdaki tartışmadan bağımsız olarak doğrudan TMK m 888 hükmü uygulanacaktır.

Miras hukukundaki külli halefiyet ilkesinin işlevi, mirasbırakanın pasifinin (borçlarının) aktifıyla (haklarla) birlikte, terekenin ayrılmaz bir unsur olarak tümünden mirasçılara geçmesidir. Kanunkoyucu mirasbırakanın alacaklılarını korumak için çifte teminat öngörmüş ve borçların mirasçılara geçmesinin yanında mirasçıların bu borçlardan kendi malvarlıklarıyla da sınırsız sorumlu olmasını düzenlemiştir. Gerçekten, miras resmi deftere göre kabul etmek dahi mirasçının sorumluluğunu tereke ile elde edilen değerlerle sınırlandıramaz (TMK m 619 vd)⁴². O halde kural,

³⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 13) 1106.

³⁶ Wenger, (n 31) N 7.

³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 13) 1106.

³⁸ Kahraman (n 26) 180; Fasel (n 30) N 11.

³⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 13) 1106; Ayan (n 32) 236.

⁴⁰ Ozanemre Yayla (n 25) 363.

⁴¹ Ozanemre Yayla (n 25) 364.

⁴² Bununla birlikte bazı istisnai hallerde mirasçıların şahsi sorumluluğu, tereke değeri ile zenginleştiği ölçüde yahut terekeden

tüm mirasçılarının tereke borçlarından şahsi malvarlıklarının tamamı ve diğer mirasçılar ile müteselsilen sorumlu olmasıdır (TMK m 599, 641). Çünkü alacaklılar, şahsi olarak sorumlu kılınan mirasçılarının değil, kural olarak mirasbırakanın alacaklılarıdır. Alacaklı, borcun mirasçılar arasında bölünmesine veya bazı mirasçılar tarafından üstlenilmesine açık veya örtülü olarak rıza göstermedikçe, müteselsil sorumluluk miras paylaşımının ardından beş yıl daha sürecektir (TMK m 681). Hükme göre müteselsil sorumluluğun sınırı mirasçılar arasındaki iç ilişkiye (mirasçılarının borçlarını bölünmesine ve üstlenilmesine dair olan anlaşmasına) alacaklının rıza göstermesi veya beş yıllık sürenin geçmesidir. Yine TMK m 888 hükmünde ipotek hakkına sahip alacaklının diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tutması için bir yıllık süre tanınmıştır. Düzenlemelerin nedeni, mirasçılarının lehine olan miras paylaşımının alacaklı aleyhine bir durum yaratmasını engellemektir. Mirasbırakanın borçlarını üstlenen mirasçının mali durumunun kötülüğü, alacaklının alacağına kavuşmasını engelleyebilecek hatta imkansız kılabilir. O halde genel prensiple, alacağın ve alacaklının tahsil kabiliyetinin korunması açısından TMK m 655 hükmünün, mirasçılarının kendi iç ilişkilerini düzenleyen bir karineden ibaret olduğu ve rehinli tereke malının özgülediği mirasçının sadece iç ilişkide bu borcu üstlenmiş olacağı şeklinde yorumlanması gerekir. Borcun üstlenildiğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi için alacaklı da buna rıza göstermelidir. Söz konusu olan rehinli mal taşınmaz ise TMK m 888 uyarınca alacaklının kendisine yapılacak bildirimden sonraki bir yıl içinde rıza göstermesi veya bu süre dolana kadar susarak örtülü rızası ile bu şart sağlanacaktır. Diğer rehinli tereke malların mirasçılardan biri veya birkaçına özgülenmesi halinde ise TMK m 681/I uyarınca alacaklının borcun üstlenilmesine açıkça veya örtülü biçimde rıza göstermesi gerekecektir. Alacaklının sessiz kalması ise güven teorisi çerçevesinde yorumlanacaktır. Buna göre somut olayda işin niteliği ve durumun gereği, alacaklının açık rızası gerekmedikçe susmasına rıza anlamı yüklenebilecektir (TBK m 6). Güven teorisi çerçevesinde alacaklının susmasına rıza anlamı yüklenemediği müddetçe borcun dış üstlenilmesi gerçekleşmeyecektir. Rehinli tereke malının paylaşılması halinde borcun üstlenilmesine alacaklı rıza göstermediğinde ise rehinli malı devralan mirasçı da dahil, tüm mirasçılar paylaşmadan itibaren beş yıl daha borçtan müteselsilen sorumlu olmaya devam edecektir. Beş yıl içerisinde alacaklı herhangi bir mirasçıdan alacağı talep edebilecektir. Mirasçılardan biri borcu öderse rehinli tereke malı kendisine düşen ve böylece borcu yüklenen mirasçığa rücu edebilecektir.

Sonuç

Mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte, kanunen ve kendiliğinden terekedeki tüm hakları kazanır ve tereke borçlarından sorumlu olurlar. Miras ortaklığı devam ettiği müddetçe de mirasçılar, terekedeki malvarlığı unsurlarında elbirliğiyle hak

elde ettiği değerlerle sınırlanmıştır. Bkz: Baygın (n 25) 52.

sahibidirler ve terekedeki borçlarından tüm kişisel malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludurlar. Böylece mirasbırakanın alacaklılarının tahsil kabiliyeti de artmış olur.

Mirasçılardan tereke borçlarını aralarında paylaşmak suretiyle müteselsil sorumluluklarını sonlandırmaya ilişkin anlaşmaları TMK m 681 uyarınca alacaklılara karşı ancak paylaşmaya rızaları varsa ileri sürülebilir. Terekede rehinli bir malın bulunması halinde ise TMK m 655 özel bir düzenleme getirmiştir. Hüküm, rehinli tereke malının paylaşılması durumunda, malın bırakıldığı mirasçının rehinli borcu üstlenmiş sayılacağını düzenler. Bu hükmün uygulanabilmesi için mirasbırakanın kendi malı üzerinde, kendi borcu için rehin tesis edilmesi ve rehinli malın anlaşma veya paylaşma davası sonucunda mirasçıya bırakılması gerekir.

TMK m 655'in uygulanması için aranan şartlar gerçekleştikten sonra rehinli tereke malının kendisine bırakıldığı mirasçının borcu üstlenmesinin ne anlama geldiği tartışmalıdır. Kanaatimizce rehin konusu tereke malı taşınmaz ise TMK m 888 hükmü dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Buna göre üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazın miras paylaşımında mirasçılardan biri veya birkaçına bırakılması halinde, alacaklı durumun tapu memuru tarafından tebliğ edilmesinden itibaren bir yıl içerisinde yazılı şekilde diğer mirasçılara başvurma hakkını saklı tuttuğuna yönelik bildirimde bulunmazsa, borcun malın bırakıldığı mirasçılar tarafından üstlenildiğini kabul etmiş sayılır. Böylece diğer mirasçılar sorumluluktan kurtulur ve alacaklı ifa talebini artık sadece malın kendisine özgülediği mirasçı veya mirasçılara yöneltebilir. Diğer rehinli tereke mallarının mirasçıya özgülenmesinde de sorunun TMK m 655'in miras hukukunun temel prensipleri göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu mirasbırakanın alacaklılarını korumak için hem mirasbırakanın terekesine hem de mirasçıların kişisel malvarlıklarına başvurulmasına imkan sağlayarak çifte teminat sağlamıştır. Mirasçılardan alacaklılara karşı müteselsil sorumluluğu, borcun mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesine ilişkin anlaşmalara alacaklıların rıza göstermesi veya kanunda öngörülen muacceliyetten itibaren 5 yıllık sürenin dolması ile sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemelerin hepsi miras paylaşımında öncelikle alacaklıları korumaya yöneliktir. Rehlinli tereke malının mali güçlük içinde olan bir mirasçıya bırakılması suretiyle rehinli alacaklının zarara uğratılması riski mevcuttur. Böyle bir durumda TMK m 655'in borcun kanun gereği devri sonucu doğurduğu kabulü alacaklı açısından kendi dahli olmaksızın orantısız bir güçlük yaratmaktadır. Haliyle TMK 655'in lafzını yorumlarken tüm bu prensipler ve riskler de dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak da hükmün mirasçılardan sadece kendi iç ilişkilerini düzenlediğini ve alacaklılara karşı rızaları olmadıkça ileri sürülemeyeceğini kabul etmek gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dışbağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: xx.; Veri Toplama: xx.; Veri Analizi /Yorumlama: xx.; Yazı Taslağı: xx.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: xx.; Son Onay ve Sorumluluk: xx

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: xx.; Data Acquisition: xx.; Data Analysis/ Interpretation: xx.; Drafting Manuscript: xx.; Critical Revision of Manuscript: x.; Final Approval and Accountability: xx.

Bibliyografya/Bibliography

- Avcı MÖ, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (On İki Levha, 2014).
- Ayan M, *Eşya Hukuku Cilt 3* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017).
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).
- Belen H, *Miras Hukuku Şema Kitap* (2. Baskı, Beta 2021).
- Büchi-Wehinger C ve Reich R, 'Art. 615' in *ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar* (4. Baskı, Orell Füssli Verlag 2021).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt III* (On İki Levha 2020).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2022).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin 2019).
- Fasel U, 'Art 832' in *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB – Art. 1-61 SchIT ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (4. Baskı, Schulthess 2023).
- Günay E, *Yargıtay Kararları Eşliğinde Miras Paylaşım Davaları* (Seçkin 2016).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (16. Baskı, Der 2022).
- Kahraman Z, *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)* (Vedat 2013).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987).
- Meyer T, 'Art. 615' in *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Baskı, Schulthess 2016).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (14. Baskı, Vedat 2018).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020).
- Ozanemre Yayla HT, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011).
- Özcan D, *Borcun Üstlenilmesi* (On İki Levha, 2017).
- Özdemir H, 'Mirasçılardan Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu', (2012) 16 (1-2) *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 191-223.
- Schaufelberger PC ve Keller Lüscher K, 'Art. 615' in *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Cilt II* (6. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2022).
- Spirig E, 'Vorbemerkungen zu Art. 175-183' in *Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Cilt 5/I* (3. Baskı, Schulthess 1994).

- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 1993).
- Turan Başara G, 'Mirasçılardan Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Mirasbırakanın Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk', (2022) 71 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1099-1123.
- Wenger T, 'Art 832' in *ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar* (4. Baskı, Orell Füssli Verlag 2021).
- Wolf S ve Eggel M, 'Art. 615' in *Berner Kommentar Zivilgesetzbuch Die Teilung der Erbschaft, Art. 602 - 619 ZGB* (Stämpfli 2014).
- Wolf S ve Hrubesch-Millauer S, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts* (Stämpfli Verlag 2017).
- Yılmaz S, *Miras Hukuku, Cilt IV* (Yetkin, 2022).



Yargıtay'ın İçtihat Değişikliği: Kıymetli Evrakın İptalinin Borçluyu Cezalandırıcı Etkisi (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19-1636/319, 19.3.2019 Künyeli Kararı Üzerine)

Esra Cencki*

Öz

Bu makalede, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19-1636/319, 19.3.2019 künyeli kararıyla varılan sonuçlar ele alınmaktadır. Çalışmanın amacı, kıymetli evrak iptal edildiğinde iptal kararı hamili ile senet hamilinin hakları arasında borçluyu da gözeterek adil bir denge kurmaktır. Yargıtay önceki kararlarında, iptal kararına konu olsa dahi senedin iyiniyetle iktisap edilebileceğini; ancak, iptal kararının sonuçlarının görmezden gelinemeyeceğini; bu durumda, senet hamili ile iptal kararı hamilinin karşı karşıya geleceği bir davada senetten doğan hakkın sahibinin kim olduğunun belirlenmesi gerektiğini; borçlunun, bu davada hak sahibi olduğu tespit edilen kişiye ödeme yapmakla yükümlü tutulabileceğini içtihat etmiştir. Böylece iptal kararı hamilinin, senet hamilinin ve borçlunun menfaatleri arasında iptal kararının etkisi ile kıymetli evrakın dolanım amacı gözetilerek bir denge kurulmaya çalışılmıştır. İncelenen kararda ise, iptal kararının hüküm ve sonuçları görmezden gelinmek ve çek hamilinin iktisabına üstünlük tanınmak suretiyle anılan denge bozulmuştur. Bozulan terazinin faturası ise, iki kez ödeme yapma tehlikesine maruz bırakılarak borçluya kesilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kıymetli Evrak, Zayı Olmak, İptal Kararı, İyiniyetli Hamil, Borçtan Kurtulma

The Precedent Change of the Supreme Court of Appeals: The Punitive Effect of the Annulment of Negotiable Instruments on the Debtor (Upon the Decision of the Assembly of the Civil Chambers Identified As 19-1636/319, 19.3.2019)

Abstract

In this article, the conclusions reached in the decision of the Assembly of the Civil Chambers identified as 19-1636/319, 19.3.2019) are discussed. The aim of this study is to create a balance between the rights of the holder of an annulment decision and the bill holder, considering the status of debtor when a negotiable instrument is annulled. The Supreme Court of Appeals has decided in its previous precedents that a bill can be acquired in good faith even if it has been subjected to an annulment decision; however, the consequences of an annulment decision cannot be ignored, and it is necessary to determine who is the owner of the right arising from the bill in a case in which the bill holder and the holder of annulment decision are confronted, and afterward, the debtor can be held liable to pay to the person entitled as the right holder in this case. In this way, it has been tried to create a balance between the interests of the holder of an annulment decision, the bill holder, and the debtor by considering the effect of an annulment decision and the circulation purpose of negotiable instruments. In the decision subjected in this study, the balance was disturbed by ignoring the consequences of the annulment decision and giving priority to the acquisition of the check holder. On the other hand, an invoice for the disturbed balance was made out to the debtor by exposing him to the risk of paying twice.

Keywords

Negotiable instrument, get lost, annulment decision, holder in good faith, discharge

* **Sorumlu Yazar:** Esra Cencki (Doç. Dr.), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye. E-posta: esracencki@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.

Atf: Cencki E, "Yargıtay'ın İçtihat Değişikliği: Kıymetli Evrakın İptalinin Borçluyu Cezalandırıcı Etkisi" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 439. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0004>



Extended Summary

The most characteristic feature of negotiable instruments is the unity of right and bill. As a result, right cannot be claimed separately from bills, and the debtor is only obliged to pay for the bill submission (TCC¹ 645). When a negotiable instrument is lost, it becomes either objectively difficult or impossible to claim the right within the bill. The annulment sanction can only be applied in the event of the loss of a negotiable instrument; therefore, it shall be accepted as limitedly applied method. An annulment decision gives a person who is a bill holder at the time of loss the opportunity to claim right without a bill or to request a new issued bill (TCC 651, 652). Thus, while the right holder is protected from the risk of not being able to obtain his/her right due to loss, the debtor is also protected from the risk of paying to an unentitled person.

Annulment decisions have two effects, positive and negative. With its positive effect, it authorises decision holder to claim his rights against the debtor. However, its negative effect removes the diagnostic function of the lost bill. Since an annulment does not affect its function of transferring the right, third parties who have acquired the bill may obtain the right under the bill. Nevertheless, to place the right of third parties before the decision holder requires their acquisition in good faith (TCC 686/2, 792).

When a bill, which was subjected to an annulment decision, is held by third parties, the debtor may be exposed to two separate claims for enforcement because one of them is the decision holder and the other is the bill holder. There are no regulations in law regarding how debtors should act in this case. Considering the problem in the context of the Procedural law, the content of an annulment decision should be respected unless proven otherwise, even if it is taken within an ex-part proceeding. In this case, neither the annulment decision nor the contrary of the decision was proven. Moreover, there is evidence supporting the maliciousness of the bill holder.

Regarding the effects of an annulment decision; since the diagnostic function of a bill is removed by annulment, it is impossible to determine the right holder on a bill in accordance with the formal entitlement principles (TCC 686/1). Therefore, bill holders cannot take advantage of the entitlement presumption. However, contrary to this, it has been concluded in the present case that a regular endorsement chain is sufficient to accept the bill holder as the right holder.

The holder of a bill, which has been removed from its owner in any way, is obliged to return it if he/she is malicious or has a gross fault in his/her acquisition (TCC 686/2, 778/1,a, 792). As a rule, the burden of proof of the maliciousness of a bill holder belongs to the decision holder. In the meantime, the criterion of ordinary life

¹ Turkish Commercial Code, Code Number: 6102, Acceptance Date: 13.1.2011, Official Gazette: 14.2.2011/27846

flow can be used, and the characteristics of the present event should be considered. According to some data in the present event (such as the fact that the check holder has not submitted the check to the court despite being aware of the annulment process, not notified the addresses of endorsers -except one- at the executive proceeding stage), accepting the bill holder in good faith is contrary to the ordinary life flow. In addition, a check holder who deliberately prevented the implementation of the return process regulated in law by not submitting the bill to the court should not be disadvantaged. Therefore, the bill holder should have been held liable to prove his good faith.

When we consider the problem from the viewpoint of debtor; debtor shall be discharged if he or she pays to the decision holder in good faith (TTK 646/2, 710/3). The fact that debtors' awareness of bills circulation does not change the result. However, if the debtor is aware of the annulment decision, he/she should avoid paying the bill holder. Since the decision holder benefits from the presumption created in his favour with TCC 652/1, the bill holder shall bear the negative effect of the annulment decision.

The Supreme Court of Appeals has consistently held in its previous precedents that a debtor must not ignore the consequences of an annulment decision; otherwise, he or she cannot discharge. According to previous precedents, it is necessary to determine the right holder in a case between the bill holder and the holder of annulment decision, and the debtor can only be held liable to the person entitled in this case. On the contrary, in the present event subjected to this study, it has been accepted that the annulment decision will automatically become ineffective when the bill subjected to the annulment decision was procured by third parties; thus, the acquisition of the bill holder has been prioritised. However, a solution requires creating a balance between the interests of the holder of annulment decisions, the bill holder, and the debtor by considering the legal nature and effects of annulment decisions and the circulation purpose of negotiable instruments. Otherwise, debtors will unfairly be subjected to the negative consequences of bill annulment just because they have issued a bill and have no fault in the loss of the bill.

Giriş

Ticari ilişkilerin tesisinde pratik ve güvenli araçların yeri yadsınamaz. Kıymetli evrak, ticaret hayatının ödeme kolaylığı ve kredi sağlama, hakka akıcılık kazandırma gibi ihtiyaçlarını giderir. Bu ihtiyacın giderilmesinde, kamu güvenine sahip olan emre ve hamiline yazılı senetlerin başı çektiğini söylemek yanlış olmaz. Emre ve hamiline yazılı senetlerin kamunun güvenini kazanmasında, iyiniyetli senet hamillerinin senet üzerinden anlaşılmayan bir nedenden ötürü haklarını elde edememe riskinin minimize edilmiş olması etkilidir. İçerdiği hakkın hamiline ait olduğu konusunda güven veren bu senetler, ticari ilişkiler ağının kurulmasında ve sürdürülmesinde önemli bir görev üstlenmektedir. Hamilini senet üzerinden anlaşılmayan defilere maruz bırakmasından dolayı tedavül gücü zayıf olan nama yazılı senetlere ise borçluyu daha fazla koruyucu işlevi nedeniyle yine de başvurulduğu görülmektedir.

Kıymetli evrakın en belirgin özelliği, hak ve senet birlikteliğidir. Bu birlikteliğin neticesinde hak senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi borçlu da ancak senedin teslimi karşılığında ödeme yapmakla yükümlüdür ve yine kıymetli evrakın içerdiği hakkın devri, senet üzerindeki zilyetliğin devrini gerektirir (TTK² 645-647). Diğer yandan, kıymetli evrak zayi olduğunda, hakkın senetle birlikte ileri sürülebilmesi ya objektif olarak zorlaşmakta ya da imkansızlaşmaktadır. İşte bu halle sınırlı başvurulacak bir yol olarak kıymetli evrakın iptali kurumu düzenlenmiştir. Kıymetli evrakın iptali, senet zayi olduğu anda senet üzerinde hak sahibi olan kişiye, hakkını senetsiz olarak ileri sürme ya da yeni bir senet düzenlenmesini isteme imkânı sunmaktadır (TTK 651, 652). Zayi olan kıymetli evrakın tedavülde olması ihtimal dahilindedir. Kıymetli evrakın iptaline karar verildikten sonra borçlu, ilki iptal kararını alan kişi, diğeri senet hamili olmak üzere iki ayrı kişinin ifa talebiyle karşı karşıya kalabilir. Borçlunun böyle bir durum karşısında nasıl hareket etmesi gerektiğiyle ilgili kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın önceki içtihatlarından farklı olarak HGK, 19-1636/319, 19.3.2019 künyeli kararında, iptal kararına konu olmuş bir senet borçlusunun, düzgün bir ciro zinciriyle senedi elinde bulundurana karşı, iptal kararı ortadan kaldırılmamış olsa bile ödeme yapmak zorunda olduğuna karar vermiştir.

Bu çalışmada, HGK'nin anılan kararı ile ulaşılan sonuç, usul hukuku, iptal kararı ile senedin teşhis fonksiyonunun kaldırılmasının anlamı, iptal kararı hamili ile senet hamili arasındaki ilişki ve borçlunun durumu açılarından incelenecektir.

I. Kıymetli Evrakın İptali Hakkında Kısa Bilgi

Kıymetli evrakın iptaline ilişkin hükümlere Kanun'da dağınık bir şekilde yer verilmiştir. İptal kararının şartları ve hükümleri, TTK'nin 651. ve 652/1. maddelerinde

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

genel hükümler başlığı altında düzenlenirken, kıymetli evrak türlerine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur (TTK 652/2, 653). Özel hükümlerde daha çok kıymetli evrakın iptal usulü düzenlenmiştir. Buna göre, hamiline yazılı senetlerin iptaline TTK'nin 661 ila 669., poliçenin iptaline 757 ila 765. maddeleri uygulanır. Hamiline yazılı senetlerin iptaline ilişkin hükümler, ipotekli borç senedi ile irat senedine (TMK³ 925/2) ve aksine özel hüküm bulunmadıkça nama yazılı senetlere (TTK 657/1); poliçenin iptali hakkındaki hükümler de varant ve makbuz senedi⁴ dışındaki emre yazılı senetlere uygulanır (TTK 831/2). Bononun ve çekin iptali ise, poliçenin iptaline ilişkin hükümler uyarınca mümkündür (TTK 778/1,ı; 818/1,s).

Kıymetli evrakın iptali, zayi olması koşuluna bağlıdır (TTK 651/1). Zayi olma kavramı Kanun'da tanımlanmamıştır. İptalle ilgili hükümlerde zayi olma yerine “irade dışı elden çıkma” (TTK 757/1), “kaybolma” (TTK 661/4, 849), “zıyaa uğrama” (TTK 759/2, 760), “zayi etme” (TTK 661/3), “irade dışında elden çıkma veya borcu sona erdirmeye kastı olmaksızın yok edilme” (TMK 925/1) gibi ibarelerin kullanıldığı da görülmektedir. Zayi kelimesi sözlükte, “kaybolma, yitme, kayıp, yok olmuş, elden çıkmış, mahvolmuş, işe yaramayan, yararsız, boş” şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Öğretide ise kavram, kıymetli evrakın çalınmasında, kaybolmasında, gasp edilmesinde olduğu gibi zilyetliğinin yitirilmesi ya da yanması, yırtılması, yıkanması gibi sebeplerle kıymetli evraktan doğan hakkın ileri sürülmesinin imkânsız hale gelmesi olarak tanımlanır⁶. Kıymetli evrakın zilyetliğinin yitirilmesine dayanarak iptalinin istenebilmesi için, senedin kimin elinde olduğu bilinmemelidir. Senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa başvurulacak yol kıymetli evrakın iptali değil; senedin geri verilmesine yönelik iade davasıdır (TTK 758).

³ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607 (Tertip 5 Cilt 41).

⁴ Varantın ve makbuz senedinin iptaline TTK 849 uygulanır.

⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük sozluk.gov.tr Erişim Tarihi 22 Temmuz 2020.

⁶ Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24. Bası, Vedat 2021) N 134; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (10. Bası, Adalet 2023) § 10 N 3; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14. Bası, Vedat 2021) 56-57; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Bası, BTHAE 2024) 43; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Bası, Vedat 2023) N 37; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1975) 46; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Genel Hükümler, Kambiyo Senetleri, Makbuz Senedi, Varant) (Filiz 2007) 25; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırcı, *Kıymetli Evrak Hukuku: Genel Esaslar, Kambiyo Senetleri* (7. Bası, On İki Levha 2023) N 134-136; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Bası, Nobel 1999) 56; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (26. Bası, Yetkin 2022) 54; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan 1997) 269-270; Hanife Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali* (Ankara Üniversitesi 1990) 8 vd.; Tayfun Ercan ve Leyla Ayan Omuş, *Kıymetli Evrakın Zıyayı Olması ve İptal Davası* (Filiz 2024) 33 vd.; Didem Göç Gürbüz, *Öğreti, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zıyayı Olması ve İptali* (Beta 2017) 53-55; Murat Türe, ‘*Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali*’ (2020) 18(213) LHD 4029 vd., 4050 vd.; Özkan Gültekin, *Yeni TTK, TBK, HMK ve Çek Kanununa Göre Öğretide ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Zıyayı ve İptali* (9. Bası, Seçkin 2020) 66; Ahmet Sezer, *Bilimsel Görüşler, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zıyayı Olması ve İptal Davası* (2. Bası, Adalet 2010) 80. Senedin yıpranması ve bozulması hallerinde yitirmeye dayalı iptal davası açılmayacağı [Domaniç (n 6) 51]; buna karşılık, yırtılıp yitirilen senedin zayi kavramı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bk. A. Hulusi Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar* (2. Bası, Cem Ofset) 765; Yargıtay 11 HD, 5832/5872, 24.12.1979: “Dava konusu olayda; iptali istenen 75.000 liralık bono iddiaya göre kaybolmuş değildir. Davacının yeğeni M.E. tarafından yırtılmıştır ve yırtık olarak davacının elindedir. Bu durumu, davanın açılış ve davacı vekilinin iddia şekline nazaran olayda TTK.nun zayi poliçe veya bono iptaline ilişkin 669 ve müteakip maddelerinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır...” SinerjiBB, Erişim Tarihi 7 Ekim 2021.

Kıymetli evrakın iptalini, senet zayı olduğu anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi isteyebilir (TTK 651/2). “Hak sahibi” ibaresi geniş yorumlanmaktadır; bu kapsama senedin malikinin, senet üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olanın veya bir borç ilişkisi kapsamında senede haklı sebeple zilyet olanın⁷, senedi tahsil ciroyuyla devralanın⁸ girdiği kabul edilmektedir⁹. Düzenleyen, kıymetli evrakın iptalini istemeye yetkili değildir¹⁰.

Kıymetli evrakın iptaline mahkeme karar verir (TTK 651/1). Mahkeme, iptal istemini çekişmesiz yargı işi olarak görür (HMK¹¹ 382/2, e-6). İptal başvurusunda, senet hakkında ihtiyati tedbir mahiyetinde ödeme yasağı kararı verilmesi istenebilir. Bunun üzerine mahkeme, “aksine hareket ettiği takdirde iki defa ödemek zorunda kalacağını” ihtar ederek senet borçlusunun senet bedelini ödemesini yasaklar (TTK 662/1, 757). İptal isteminde bulunan, senedin bir suretini ibraz etmek veya senedin içeriği hakkında bilgi vermekle ve senedin zilyedi olduğunu; ancak, ziyaa uğradığını inandırıcı delillerle ispatlamakla yükümlüdür¹². Başvuru sahibinin açıklamalarını inandırıcı bulursa mahkeme, senedin iptali için gerekli olan prosedürü başlatır (TTK 663, 759/2, 760).

İptal kararı verilmeden önce mahkeme tarafından yaptırılacak ilanla senedi elinde bulunduran kişi belirli bir süre içinde senedi getirmeye davet edilir; ilanda ayrıca verilen süre içerisinde getirilmediği takdirde senedin iptaline karar verileceği ihtar edilir (TTK 663, 760). Poliçeyi getirme süresi en az üç ay, en çok bir yıl olabilirken; hamiline yazılı senetlerde bu süre altı aydan az olamaz (TTK 663, 761/1). İlanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde üç defa yapılması zorunlu olmakla beraber mahkeme gerekli görülen hallerde diğer ilan yollarına da başvurabilir (TTK 664, 762). İlanlar üzerine elinde bulunduran tarafından senet ibraz edilirse mahkeme bu sefer başvurana uygun bir süre vererek bu süre içinde senedi mahkemeye ibraz edene karşı iade (istirdat)

⁷ Yargıtay 11 HD, 9400/1849, 12.3.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 17 Nisan 2021).

⁸ Kendigelen ve Kırcı (n 6) N 138; Kımacıoğlu (n 6) 57; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 21 vd.; Göç Gürbüz (n 6) 99-100; Yargıtay 11 HD, 9782/2366, 3.4.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Haziran 2021).

⁹ Öztan (n 6) 57; Öztan, 1997 (n 6) 271-272; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku* (19. Bası, Beta 2022) 43; Mehmet Bahtiyar, Nihat Taşdelen, Levent Biçer ve Esra Hamamcıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Beta 2022) 38. Aval verenin iptal davası açamayacağı yönünde bk. Yargıtay 11 HD, 6884/593, 24.1.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Haziran 2021).

¹⁰ Yargıtay 11 HD, 4748/7970, 9.12.2019; 817/2726, 8.4.2019; 10/1951, 11.3.2019; 5203/1679, 28.2.2019; 9861/3112, 25.4.2018; 8329/1666, 5.3.2018 (Yargıtay BB, Erişim Tarihi 3 Ekim 2020).

¹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836 (Tertip 5 Cilt 50).

¹² Senedin zilyedi olduğunu ve fakat onu yitirdiğini güçlü belirtilerle (karinelere) doğrulayan kanıtlar sunması gerektiği; uygulamada bunun için protesto belgesi, banka ihbarnamesi, senet bordrosu, senet fotokopisi ve sureti gibi belgelerle, tanık deliline sıkça dayanıldığı yönünde bk. Bozer ve Göle (n 6) 51; Gürbüz (n 6) 780; Yargıtay 11 HD, 3882/6192, 15.11.2017: “İptal davasında kesin ispat aranmayıp çekin kaybolduğunun “kuvvetle muhtemel” olduğunun göster(ili)misi yeterlidir” YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Kasım 2021. Yargıtay’ın kimi kararlarında iptal istemiyle başvuran kişinin ispat yükünün kapsamını Kanun’a aykırı bir şekilde daralttığı görülmektedir. Bk. Yargıtay 11 HD, 11761/3544, 14.5.2018: “...davacının yetkili hamil olduğu konusunda mahkemeye olumlu bir kanaat verecek kadar delil sunmasını yeterli saymak gerekir. Kaldı ki, dava sırasında yapılacak ilanlar neticesinde hak sahiplerinin daha sonradan ortaya çıkması durumunda hasımlı olarak açılacak bir dava ile çek iptali kararının iptali de talep edilebilecektir. Davacı, iptalini talep ettiği çekin keşidecisinin kim olduğunu, verildiği banka ve şubesini, çek numarasını ve çek tutarını mahkemeye bildirmiş olup, davacının daha fazlasını ispata zorlanması, zayı nedeniyle çek iptali hükümlerini uygulanmaz hale getirecektir” YargıtayBB, Erişim Tarihi 22 Haziran 2021; 4038/14813, 2.11.2011 [Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (2. Bası, Seçkin 2016) 208]; 10968/10999, 26.6.2012 [Eriş (n 12) 215].

davası açmasını ister. Verilen süre içinde dava açılmazsa senet getirene iade edilir ve verilmişse ödeme yasağı tedbiri kaldırılır (TTK 665, 763). İlan rağmen mahkemeye sunulmayan senedin iptaline karar verilir (TTK 666/1, 764/1).

İptal kararı, kıymetli evrak niteliğinde olmadığı gibi, hakkın varlığını ispatlayan bir karar da değildir¹³. İptal kararının iki etkisi bulunmaktadır: İlki, karar hamilini hakkı ileri sürmeye yetkili kılarak onun bu sıfatını borçluya karşı teşhis eder (pozitif etki; *positive Wirkung: legitimationsverschaffend*); karar hamilinin, senet zayi olmadan önceki hukuki durumunu tespit eder. Bu sayede senedi zayi eden kişi, borçluya karşı hakkını senetsiz olarak ileri sürme imkanını elde eder (TTK 652/2, 666/3). İkincisi, zayi olan senedin teşhis fonksiyonunu borçluya karşı ortadan kaldırır (negatif etki; *negative Wirkung: legitimationszerstörend*). Öyleyse iptal kararı daha ziyade şekli hak sahipliği üzerinde sonuç doğurmaktadır; senedin hakkı devir fonksiyonuna tesir etmediğinden senedi eline geçiren üçüncü kişilerin senetten doğan hak üzerinde hak sahibi sıfatını kazanması mümkündür¹⁴.

İptal kararı alan kişinin asıl borçlu yanında başvuru borçlularına da başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Tartışmaya, iptal kararının poliçe açısından sonucunu düzenleyen TTK 764/2 hükmü neden olmaktadır. Bu hükümden yola çıkarak öğretilerde baskın görüş, iptal kararı ile yalnızca asıl borçluya; poliçede kabul eden muhabata, bonoda düzenleyene (TTK 778/1,1) başvurulabileceğini ileri sürer¹⁵. Azınlıkta kalan görüş ise, iptal kararının işlevinin iptal başvurusunda bulunanı senet zayi olduğu anda sahip olduğu hakları ileri sürebileceği konuma getirmek olduğundan ve TTK 652/2 hükmünün iptal kararı ile başvurulabilecek kişiler açısından bir sınırlama getirmediğinden bahisle iptal kararı hamilinin başvuru borçlularına da başvurabileceğini savunur¹⁶. TTK'nin 764/2. maddesi çeklerde uygulanmaz (TTK 818/1,s). Bu nedenle, çekin iptali kararı hamiline, koşulları mevcutsa, başvuru borçlularından da hakkını isteme yetkisi tanır¹⁷ (TTK 652/1).

¹³ İmregün (n 6) 26, 32; Kınacıoğlu (n 6) 57-58; Öztan, 1997 (n 6) 275-276; Bozer ve Göle (n 6) 58; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 88, 89; Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Legem 2020) 148, 149; Gürbüz (n 6) 785, 786. İptal kararı için "hak sahipliği sıfatını saptayan geçerli bir resmi belge" [Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III: Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Bası, Sevinç 1970) 651; Gürbüz (n 6) 788]; "senedin zilyetliğine ilişkin bir dava" [Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler* (2. Bası, Yetkin 1996) 89] nitelendirmesi yapıldığına rastlanmıştır.

¹⁴ İptal kararının sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Peter Bülow, *Wechselgesetz, Scheckgesetz mit AGB-Sparkassen, AGB-Banken, AGB-Postbank und Scheckbedingungen, Kommentar* (5. Auflage, C.H.Beck 2013) Art 90 N 7; Alfred Hueck ve Claus-Wilhelm Canaris, *Recht der Wertpapiere* (11., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Franz Vahlen 1977) 130-131; İmregün (n 6) 32, 33; Oğuz İmregün, 'Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali' iç Reha Poroy'a Armağan (Kent Basımevi 1995) 207; Kınacıoğlu (n 6) 57 vd.; Öztan (n 6) 57 vd.; Öztan, 1997 (n 6) 274 vd.; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 136-136c; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 84 vd.; Ercan ve Ayan Omuş (n 6) 99 vd.; Türe (n 6) 4045 vd.; Göç Gürbüz (n 6) 159 vd.; Gültekin (n 6) 179 vd.; Gürbüz (n 6) 785 vd.; Ertekin ve Karataş (n 13) 87 vd.; Yargıtay 11 HD, 5809/52, 22.1.1985 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021).

¹⁵ Arthur Meier-Hayoz ve Hans Casper von der Crone, *Wertpapierrecht* (3. überarbeitete Auflage, Stämpfli 2018) § 14 N 825; Karayalçın (n 13) 373; Kınacıoğlu (n 6) 76; Öztan (n 6) 58; Öztan, 1997 (n 6) 280-281; Poroy ve Tekinalp (n 6) 136, 136c; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 6) 59-60; Bozer ve Göle (n 6) 58-59; Bahtiyar (n 9) 41; Bahtiyar, Taşdelen, Biçer ve Hamamcıoğlu (n 9) 36; Pulaşlı (n 6) § 10 N 59; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 90 vd.; Bozkurt (n 13) 150; Ercan ve Ayan Omuş (n 6) 108; Göç Gürbüz (n 6) 157; Gültekin (n 6) 189; Gürbüz (n 6) 796.

¹⁶ Kendigelen ve Kirca (n 6) N 164; Ertekin ve Karataş (n 13) 97, 98.

¹⁷ Karayalçın (n 13) 374-375; Öztan, 1997 (n 6) 281; Kınacıoğlu (n 6) 76-77; Göç Gürbüz (n 6) 157; Ercan ve Ayan Omuş (n

I.I.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına Konu Olay, Yargılama Sürecinde Verilen Kararlar ve Sorun

Karara konu dava, çeke dayalı icra takibi üzerine çekin borçlusunu (düzenleyeni) ve lehtarını tarafından çek hamiline karşı açılmış menfi tespit davasıdır. Takibe konu çek hakkında, çekin lehtarını elindeyken kaybedildiği iddiası üzerine verilmiş iptal kararı bulunmaktadır. Davacılar davasını, biri davalının yetkili hamil olmadığı, diğeri davalının iyiniyetli hamil olmadığı şeklinde iki temele dayandırmaktadır. Davacılar göre davalı yetkili hamil değildir; çünkü lehtarını imzası sahtedir ve bu sahtelik ciro zincirinin bozulmasına neden olmuştur. Davalının iyiniyetli olmadığına ise iki gerekçe gösterilmektedir: *i.* Çeki bankaya ibraz ettiği sırada çek hakkında iptal süreci başlatıldığından haberdar olmasına rağmen çeki mahkemeye tevdi etmemiştir. *ii.* İcra takibi sırasında kendi cirantası da dahil cirantalarla (ikinci sıradaki hariç) borçlunun adreslerini bildirmemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Davalı, ilk cironun sahte olduğunu bilmediğini, çeki önceki cirantadan alacağına karşılık aldığını ve iyiniyetli olduğunu savunmaktadır.

Yerel Mahkeme tarafından davacının her iki gerekçesi haklı bulunmuştur; davalı takip alacaklısının “iyiniyetli meşru hamil olmadığı” gerekçesiyle davacıların bu çekten dolayı borçlu olmadığına tespitine karar verilmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi¹⁸, imzası sahte olan davacı lehtarını çekten sorumlu tutulamayacağı; ancak, imzaların istiklali ilkesi gereği davacı borçlunun çekten dolayı sorumlu tutulmamasının isabetli olmadığı gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir. Özel Daire tarafından bu karar, bir üyenin muhalefeti üzerine oy çokluğu ile verilmiştir. Karşı oy gerekçesi ise, lehtarını imzası sahte olduğundan imzaların istiklali ilkesinin uygulanmayacağı, sahtelik iddiası herkese karşı ileri sürülebileceğinden davalının yetkili hamil sayılmayacağı şeklindedir¹⁹. Özel Daire'nin kararında dikkat çeken nokta, çekin iptal edilmiş olduğunun ne kararda ne de karşı oy yazısında göz önünde bulundurulmuş olmasıdır. Özel Daire'de tartışmaların imzaların istiklali ilkesinin uygulanma koşullarına odaklandığı, sahte imzanın ciro zincirinde bozukluğa yol açıp açmayacağı konusunda görüş ayrılığına düşüldüğü anlaşılmaktadır.

Bozma kararı üzerine davayı yeniden ele alan Yerel Mahkeme, Özel Daire'nin karşı oy gerekçesine aynen katılarak direnme kararı vermiştir. Yerel Mahkeme'nin bozmadan sonraki kararında sahte imzanın ciro zincirini bozacağı ve davalıyı yetkili

6) 109; Gültekin (n 6) 200-201.

¹⁸ Yargıtay 19 HD, 15593/19698, 11.12.2013 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 12 Haziran 2020).

¹⁹ Karşı oy yazısında sahte imzanın ciro zincirinde bozulmaya yol açacağı ve böylece senedi elinde bulunduranı yetkili hamil olmaktan çıkaracağı gerekçesine Yargıtay HGK'nin 12-599/26, 31.1.1990 künyeli kararı dayanak gösterilmiştir. Ne var ki, HGK'nin anılan kararı, somut olay açısından emsal teşkil etmemektedir. Zira 31.1.1990 tarihli kararda, lehtarını imzası sahte olmakla beraber takibi yapan senet hamilinin bu imzayı taklit ettiği iddiası ileri sürülmektedir. Karardan, sahte imzanın ciro zincirini bozduğu çıkarımında bulunulması doğru değildir. Karar esasen kötünüyetli hamilin senede istinaden hak talebinde bulunamayacağına işaret etmektedir.

hamil olmaktan çıkaracağı meselesine odaklanılmış; ilk karardan farklı olarak çekin iptal kararına konu olduğu gerçeği görmezden gelinmiştir.

Özel Daire'nin somut olay gerçeklerini göz ardı ederek başlattığı zincir, sonraki süreçte halkalarını öreerek devam etmiştir. Böylece somut olayın özelliklerinden uzaklaşarak hukuki sorun eksik / hatalı tespit edilmiştir. Gerçekten, direnme yoluyla HGK'nin önüne gelen uyuşmazlığın özü Kurul tarafından imzaların istiklali ilkesine indirgenerek somut olayda imzaların istiklali ilkesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla borçlunun çekten sorumlu tutulup tutulamayacağı açısından bir inceleme yapılmıştır. İmzasının sahte olduğu bilirkişi raporuyla tespit edilen lehtarın, bu çek nedeniyle sorumlu tutulamayacağı; ancak, imzaların istiklali ilkesi uyarınca lehtarın imzasının sahte oluşunun borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, hamilin senedi düzgün bir ciro silsilesine istinaden elde bulundurduğu ve önceki ciroların sahteliğini bilmesinin imkansızlığından mütevellit iyiniyetli olduğu gerekçesiyle borçlunun sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Her ne kadar HGK kararının gerekçesinde iptal kararının etkisiyle ilgili genel anlatımlara yer verilmişse de somut olay açısından neticeye ulaşılırken dava konusu çekin iptal edilmiş olmasının bilinçli bir şekilde dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Kurul görüşmelerinde azınlığın iptal kararının sonuçları açısından da değerlendirme yapılması gerektiği görüşü, “bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir” şeklindeki açıklamayla reddedilmesine rağmen, kararın atıf yapılan kısmında neden böyle bir tercihte bulunulduğu açıklanmamaktadır.

Oy çokluğuyla (20-14) verilen kararın “lehtarın aldığı zayı iptal kararının hamile etkisi[nin] irdelenmesi gerekir” diyen karşı oy yazısı problemi tespit eder niteliktedir. Muhalefet gerekçesinde, çoğunluk kararının Yargıtay'ın önceki uygulamasıyla bağdaşmadığı; dava konusu çek hakkında verilmiş iptal kararının iptali sağlanmadan borçlunun ödeme yapmakla yükümlü tutulamayacağı, aksi takdirde borçlunun iki kez ödeme yapmak zorunda kalacağı belirtilmektedir.

III. Yargıtay'ın Önceki Uygulaması

HGK'nin 19-1636/319, 19.3.2019 künyeli kararından önceki Yargıtay uygulamasını tespit açısından şu kararlar dikkat çekmektedir:

i. Yargıtay HGK, 19-443/474, 5.6.2002

“...[Ç]eke dayalı iki ödeme talebi ortaya çıkmıştır. Bunlardan Y.A. hamiline yazılı çeki süresinde bankaya ibraz ettiğinden ve çeki elinde bulundurduğundan yasa gereği meşru hamil durumundadır. Dava dışı N.Ö. ise mahkemeden aldığı ve aksi sabit oluncaya kadar geçerli zayı belgesine göre keşideciye karşı talep hakkı olan kişi durumundadır. Bir çekten dolayı iki meşru hamil olamayacağından gerçek hak

sahibinin tespiti öncelik olacaktır. O halde mahkemece yapılacak iş; davalı Y.A.’ya N.Ö.’yü hasım göstermek suretiyle bu şahsın aldığı çekin iptaline ilişkin ilamın iptalini talep etmek ve dolayısıyla meşru hamilin kim olduğunu açacağı bu dava ile kanıtlamak üzere önel verilmeli, açılacak dava bu dava ile birleştirilmeli ve hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmelidir”²⁰.

ii. Yargıtay 11 HD, 5674/8724, 5.11.2001

“...[İ]ptal kararı ticari senedin teşhis fonksiyonunu ortadan kaldıracığından dolayı, artık zayi nedeniyle iptaline karar verilen senedi elinde bulunduran senet zilyedinin keşideciye müracaat ederek senet bedelinin kendisine ödenmesini istemesi mümkün olmadığı gibi, keşidecinin de iptal kararıyla hükümden düşen senedi ödemekten kaçınması gerekir. Ne var ki, senet zilyedinin senedin meşru hamili olduğunu iddia ederek, iptal kararının iptali istemi ile dava açıp, zayi nedeniyle verilen iptal kararını ortadan kaldırtıp senede dayalı haklarına kavuşması, bir başka deyişle senede dayanarak ödeme talebinde bulunması mümkün bulunmaktadır”²¹.

iii. Yargıtay 19 HD, 14443/846, 17.1.2013

“Mahkemece, toplanan delillere göre, çek iptali kararının hasımsız mahiyette olduğu, çek hamili yönünden hüküm ifade etmeyeceği, davalının usul[ü]ne uygun ciro silsilesi ile çeki temellük ettiği, davalının kötünietli olduğunun davacı tarafından ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir...Zayi nedeniyle verilen iptal kararından sonra, senedi elinde bulunduranın bu senede dayanabilmesi için iptal kararını iptal ettirmesi gerekir...Mahkemece uyuşmazlığın bu ilkeler çerçevesinde değerlendirilip, çözümlenmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”²².

iv. Yargıtay 19 HD, 9082/16597, 24.10.2013

“Dava, zayi nedeniyle iptaline karar verilen bono nedeniyle borçlu olunmadığının tespitine ilişkindir...Gerçek hak sahibi olan veya olmayan bir şahsın elinde bulunan senedin, iptal kararının verilmesinden sonra hiçbir teşhis fonksiyonu kalmamaktadır. Dolayısı ile borçlu, senedi elinde bulunduran şahsa ödemedede bulunmadığı takdirde hiçbir sorumluluk doğmaz. Zayi nedeniyle iptaline karar verilen senedi elinde bulunduran senet zilyedinin senedin meşru hamili olduğunu ileri sürerek iptal kararının iptali talebiyle dava açıp, zayii nedeniyle verilen iptal kararını ortadan kaldırmadıkça bu senede dayanarak talepte bulunması mümkün değildir. Ancak böyle bir durumda, dava ve usul ekonomisi bakımından senet zilyedine yani iş bu davada davalıya iptal

²⁰ SinerjiBB, Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.

²¹ YargıtayBB, Erişim Tarihi 11 Aralık 2020.

²² SinerjiBB, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2021.

kararının iptali için dava açması yönünden önel verilerek açılacak o davanın sonucu beklenmek suretiyle uygun sonuç dairesinde bir karar verilmelidir”²³.

Yukarıdaki kararlardan çıkan sonuçlar şöyle sıralanabilir:

a. İptal kararı ile senedin teşhis fonksiyonu kaldırıldığından, senedin hamili iptal kararı mevcut olduğu sürece borçluya başvuramaz. Borçludan hak talep edebilmek için senet hamili öncelikle iptal kararını iptal ettirmelidir. Hamil iptal kararının iptalini, iptal kararı hamiline karşı açacağı bir dava ile sağlayabilir.

b. Borçlu, iptal kararına konu olmuş bir senedin hamiline, iptal kararı iptal ettirilmediği sürece ödeme yapmakla yükümlü değildir; hatta, ödeme yapmaktan kaçınmalıdır.

c. Borçludan dava yoluyla hak talebinde bulunulursa mahkeme, senedin hamili meşru hamil olsa bile doğrudan borçluyu ödemekle yükümlü tutmamalıdır. Mahkeme öncelikle iptal kararının iptalini sağlamak üzere karar hamiline karşı dava açması için senet hamiline süre vermeli ve bu davada varılacak sonuca göre borçlunun ödeme yapmakla yükümlü olup olmadığına karar vermelidir.

Yargıtay şu üç kararında ise farklı bir yöntemle de olsa aynı neticeye ulaşmıştır:

v. *Yargıtay HGK, 19-185/386, 13.6.2012*

“...Davacı vekili, takibe konulan çekin keşidecisi ve lehtar olan müvekkili şirketlerin elinden rızaları dışında çıktığı için çek iptali davası açtıklarını ve ceza yargılamasının devam ettiğini ileri sürerek, davalının bu talebi nedeniyle müvekkillerinin çekten dolayı borçlu olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı T. Ltd. Şti'nin çek keşidecisi olup, müvekkiline karşı menfi tespit davası açmakta hukuki yararı olmadığını, diğer davacının çekte ciro imzasının bulunduğunu, ciro edilen çekin gasp edilmiş olduğu iddiasının kanıtlanması gerektiğini, müvekkilinin iyiniyetli hamil bulunduğunu belirterek davanın reddini istemiştir...Basiretli bir tacirin ciro edilip imzalanmış vaziyette bir müşteri çekini bu şekilde araç içinde bırakmasının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı, başka bir anlatımla, inandırıcılığı üzerinde durulmamıştır. Davalı çeke ciro yoluyla hamildir. TTK. nun 599. maddesi uyarınca kötünietli hamil olup olmadığı, diğer bir anlatımla çekin çalıntı olduğunu bilerek eline geçirdiği hususunda da araştırma ve inceleme yapılmamıştır”²⁴.

²³ Eriş (n 12) 204-205.

²⁴ SinerjiBB, Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.

vi. Yargıtay 12 HD, 33486/14709, 7.7.2011

“Mahkemece, hamil tarafından yapılan takiple ilgili olarak, ilk ciranta borçlunun başvurusu üzerine verilen ve takip alacaklısının taraf olmadığı ‘zayi nedeniyle çek iptali kararı’ ve bu karar üzerine gerekçe gösterilerek takibin iptaline karar verildiği görülmektedir...Dosyada, alacaklı cirantanın, çeki devralırken bunun kaybolduğunu bildiği ve bu durumu bile bile borçlunun zararına olarak devraldığı yolunda bir iddia ve delile de rastlanmamıştır. TTK.nun 690.maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 599.maddesi gereğince, keşideci borçlu, lehtara karşı ileri sürebileceği şahsi defilerini iyiniyetli hamile karşı ileri süremez. Hamil ve takip alacaklısının çeki iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiği de iddia ve ispat edilemediğine göre, borçlunun kötüniyet iddiası sabit olmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekirken somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”²⁵.

vii. Yargıtay 11 HD, 6221/555, 23.1.2018

“Mahkemece...dava konusu çekin davalı tarafından ciro edilerek dava dışı [X’e] devir ve teslim edildiği, [X] tarafından da ticari ilişkisi bulunan davacı şirkete ciro edilerek teslim edildiği, çekin en son meşru ve yetkili hamili davacı şirket olmasına rağmen, davalının çekin meşru hamili kendisiymiş gibi hasımsız olarak dava açtığı ve Manisa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 18.07.2013 tarih ve 2012/521 Esas, 2013/320 Karar sayılı çek iptali kararının bu nedenle yanlış olduğu, gerekçesiyle davanın kabulüne karar veril[m]esi yerindedir”²⁶.

Son üç kararın ilk dört kararla benzerliği, iptal kararına konu edilmiş bir senede dayanılarak hak talep edildiğinde, senedin iptal edilmiş olmasının da göz önünde bulundurulması neticeye ulaşılmasıdır. Bu kararların, ilk dört karardan ayrılan yanı ise, mevcut olan iptal kararının etkilerine yaklaşım tarzıdır. İlk üç kararda senet hamiline, iptal kararı hamiline karşı dava açarak iptal kararının iptalini sağlamak üzere süre verilmesine ve senet hamilinin açacağı bu davanın sonucuna göre eldeki davada neticeye ulaşılması gereğine işaret edilmiştir. Böylece, aynı senetten doğan hak üzerinde kendisinin hak sahibi olduğunu iddia eden senet hamilinin mi, yoksa iptal kararı hamilinin mi gerçekten hak sahibi olduğunun açılacak bu davada tartışılması sağlanmıştır. Son üç kararda ise, senet üzerinde kimin gerçekten hak sahibi olduğunun tespiti, senet hamili ile iptal kararı hamilinin taraf olacağı ayrı bir davaya bırakılmamış; halihazırda görülmekte olan alacak veya menfi tespit davasında ele alınmıştır. Hatta bu nedenle v numaralı davada davacının talep sonucu ‘borçlu olmadıklarının tespiti’ şeklinde olmasına rağmen, ileri sürdüğü iddialar gözetilerek yerel mahkemece davanın menfi tespit davası iken istirdat

²⁵ SinerjiBB, Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021.

²⁶ YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Kasım 2021.

davasına dönüştüğü belirtilmiş; HGK tarafından ise dava istirdat davası olarak nitelendirilmiştir.

v numaralı kararda bir senet hakkında iptal kararı verilmesinin tek başına takibin iptaline yol açmayacağı, bunun için hamilin senedi iktisabında kötünietli olduğunun ispatlanmasının gerektiği, somut olayda ise böyle bir iddiaya ve delile rastlanmadığı gerekçesiyle senet hamili takibinde haklı görülmüştür. Kararda, senet hamiliyle menfaati çatışan ve hamilin senedi kötünietli bir şekilde iktisap ettiğine dair delillere sahip olma ihtimali bulunan iptal kararı hamiline söz hakkı tanınmayarak neticeye ulaşılması eksiktir.

vi numaralı karara konu olaydaki özel durum ise, senet hamilinin iptal kararı hamilinden senede dayanarak ifa talebinde bulunmuş olmasıdır. Kararda, iptal kararının verilmesine neden olan koşullar incelenmiş, bu koşulların gerçeğe uygun olmadığı tespit edilmiş ve bu nedenle iptal kararına itibar edilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Dava, senet hamili ile iptal kararı hamili arasında görüldüğünden v numaralı karar açısından belirttiğimiz eksiklik burada söz konusu değildir. Bu itibarla, ilk dört karardan farklı bir yöntem izlenmesi somut olayın özelliğinden kaynaklandığından, sorunun çözümü bakımından Yargıtay'ın ilk dört karardan ayrıldığı söylenemez.

IV. Soruna Usul Hukuku Penceresinden Bakış: İptal Kararının Maddi Anlamda Kesin Hüküm Teşkil Etmemesi

A. Maddi Anlamda Kesin Hükümün Anlamı

Maddi anlamda kesin hüküm, hükümün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesini, tekrar dava edilememesini, daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasını ve hüküm aleyhine olağan kanun yollarına başvurulamamasını ifade eder²⁷. Amaç, hukuki barışı sağlamak, aynı konuda gereksiz yere ikinci kez yargılama yapılmasını ve çelişik kararlar çıkmasını önlemektir²⁸. Bir hükümün maddi anlamda kesin hüküm niteliğini kazanabilmesi, öncelikle şekli anlamda kesinleşmesini gerektirir²⁹. Şekli anlamda kesinlik ise, mahkemenin nihai kararına karşı başvurulabilecek kanun yolunun tüketilmesi veya bu yola başvurulmaması ya da baştan itibaren bir kanun yolunun bulunmaması halinde söz konusu olur³⁰.

²⁷ Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (7. Baskı, Beta 2009) 555; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (11. Baskı, On İki Levha 2023) N 1988; Murat Atalı, iç Hakan Pekcanitez, Muhammed Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Baskı, On İki Levha 2017) 2057; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 559.

²⁸ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2023) 721; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 27) N 1988; Atalı (n 27) 2057; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C.II* (2. Baskı, Yetkin 2022) 119-120; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin 2016) 23 vd..

²⁹ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 27) 553; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 28) 727; Tanrıver, *C.II* (n 28) 119; İyilikli (n 28) 48.

³⁰ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 27) 554; Atalı (n 27) 2056; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 27) 557-559; Tanrıver,

Maddi anlamda kesin hükmün müspet ve menfi olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır. Menfi etki, kesin olarak hükme bağlanmış bir davanın ikinci kez açılmamasıdır; açılmışsa da mahkeme tarafından usulden reddedilmesidir. Dava şartlarından biri olan kesin hüküm itirazı (HMK 114/I,i), maddi anlamda kesin hükmün bu etkisiyle ilgilidir³¹. Müspet etki ise, hakkı kesin olarak hükme bağlanmış kişinin bu hakkının inkâr edilememesini ve yeniden tartışma konusu yapılamamasını ifade eder. Bu etkisi itibarıyla kesin hüküm, kesin delil (HMK 204/1) mahiyetindedir³².

B. İptal Kararının Hukuki Niteliği ve Usul Hukuku Bakımından Sonuçları

İptal talebi mahkemece çekişmesiz yargı işi olarak görülüp karara bağlanır³³ (HMK 382/2, e-6). Çekişmesiz yargı kararları, inşai veya tespit edici nitelikte olabilir. Gaiplik kararı ya da evliliğin gaiplik nedeniyle feshi kararında olduğu gibi yeni bir hukuki durum yaratan kararlar inşai etkili iken, mirasçılık belgesi verilmesi gibi var olan bir durumu tespit eden kararlar tespit edici niteliktedir³⁴. İnşai nitelikteki çekişmesiz yargı kararları herkese karşı etkilidir; tespit edici nitelikteki kararlar ise bağlayıcı etkiyi haiz değildir³⁵.

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen nihai kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediklerinden (HMK 388), maddi anlamda kesin hükmün müspet ve menfi etkisi bu kararlar hakkında doğmaz³⁶. Buna göre çekişmesiz yargı kararı hakkında yeniden dava açılacağı gibi, karar hamilinin bu hakkı inkâr edilebilir ya da yeniden tartışma konusu yapılabilir.

Çekişmesiz yargı kararları, mahkeme tarafından gerekçesi gösterilmek suretiyle iptal edilebilir, değiştirilebilir ve düzeltilebilir³⁷. Bunun için (şekli ya da maddi anlamda) ilgililerin, kararın hatalı ya da eksik olduğu iddiasıyla ilk derece mahkemesine yeniden başvurusu gerekir. Başvuru için ortada yargılamanın yenilenmesi sebebi bulunması gerekmemekle birlikte hukuki yarar koşulunun varlığı açısından mahkemeye yeni vakıalar ya da deliller sunulmalıdır. Yeni vakıa ya da delillerin sonradan ortaya çıkması veya sonradan elde edilmesi şart değildir;

C.II (n 28) 117 vd.; İyilikli (n 28) 41.

³¹ Pekcantez, Atalay ve Özkes (n 27) N 2010; İyilikli (n 28) 439 vd.

³² Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 27) 556; Arslan, Yılmaz, Taşınar Ayvaz ve Hanağası (n 28) 731-732; Pekcantez, Atalay ve Özkes (n 27) N 2014; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 27) 559 vd.; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C.I* (4. Bası, Yetkin 2021) 952-953; Tanrıver, *C.II* (n 28) 125 vd.; Nedim Meriç, 'Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları' (2007) 2(7) *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 377, 398-406; İyilikli (n 28) 456 vd..

³³ İptal talepli başvuru üzerine poliçenin zayi olduğu tespit edildiğinden ortada bir tespit davası bulunduğu yönünde bk. İmregün, 1995 (n 14) 207.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bk. Baki Kuru, *Nizasız Kaza* (Ajans Türk Matbaası 1961) 181 vd. Çekişmesiz yargı kararlarının yalnızca inşai tesir göstereceği, bu anlamda çekişmesiz yargı kararlarının bütün ilgilileri bağlayacağı yönünde bk. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 27) 594.

³⁵ Aslı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü* (Yetkin 2017) 200.

³⁶ İyilikli (n 28) 80.

³⁷ Kuru (n 34) 188 vd.; Pekcantez, Atalay ve Özkes (n 27) N 128; Atalı (n 27) 2145-2146; Tanrıver, *C.I* (n 32) 116; Aras (n 35) 185.

bunların önceki yargılamaya getirilmemiş olması ya da önceki yargılamada dikkate alınmasının mümkün olmaması yeterlidir³⁸. Çekişmesiz yargı kararlarının iptaline ilişkin talep, çekişmeli yargı işi olarak görülür³⁹.

Çekişmesiz yargı kararlarıyla diğer mahkeme ya da makamların bağlı olup olmadığı hususuna gelince; inşai etkili çekişmesiz yargı kararları herkese karşı hüküm ifade ettiğinden diğer mahkemeler ve makamlar bu kararlarla bağlıdır⁴⁰. Tespit edici nitelikteki kararların diğer mahkemeleri ve makamları bağlayıcı etkisi bulunmamakla birlikte aksi ispat edilene kadar kararın içeriğine göre işlem yapılması icap eder⁴¹. Hâkim bu durumda kararın aksini iddia eden iddiasını ispatla yükümlü tutmalıdır⁴².

C. Değerlendirme

İptal kararının etkisinin ortadan kaldırılabilmesi, diğer çekişmesiz yargı kararları için de gerekli olan usule tabidir. Bir çekişmesiz yargı kararı, sonradan haksız görüldüğünde veya sonradan ortaya çıkan nedenlerle iptal edilebileceğine göre, iptal kararının haksız olduğunu iddia eden ya da sonradan ortaya çıkan bir neden olarak örneğin senedi iyiniyetle iktisap ettiğini ileri süren senet hamili de dahil olmak üzere menfaati olan kişiler iptal kararının iptalini isteyebilecektir⁴³. Bu itibarla, çekişmesiz yargı kararının sonradan haksız görülmesi ya da karar verildikten sonra ortaya çıkan vakıalar, o kararın kendiliğinden etkisiz/geçersiz hale gelmesine sebebiyet vermemektedir; bu hallerde ilgili kararın etkisiz kılınabilmesi ancak mahkeme tarafından değiştirilmesiyle/kaldırılmasıyla mümkündür⁴⁴.

Yargıtay bazı kararlarında, iptal kararının iptaline karar verebilmek için kıymetli evrakın ortaya çıkmasını yeterli görürken⁴⁵; kimi kararlarında da bu davada senedin iade koşullarının (TTK 686/2; 778/1,a; 792) mevcut olup olmadığına bakılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁶. Özellikle senet hamili tarafından açılan iptal kararının

³⁸ Kuru (n 34) 189-195; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 27) N 128; Atalı (n 27) 2145-2146.

³⁹ Yargıtay 14 HD, 8042/5796, 25.5.2015 [Atalı (n 27) 2132]. Bu dava muarazanın men'i (çekişmenin önlenmesi) olarak da adlandırılır.

⁴⁰ Çekişmesiz yargı kararının inşai tesiri hakkında bk. Kuru (n 34) 181 vd.; Aras (n 35) 190 vd.; İyilikli (n 28) 83. İnşai hükmün, maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği yönünde bk. Meriç (n 32) 386. İnşai hükmün, dayanılan inşai hakkın varlığını tespit eden kısmının bir tespit hükmü olması nedeniyle maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği yönünde bk. Tanrıver, C.II (n 28) 121.

⁴¹ Yargıtay HGK, 7-27/131, 13.4.2011 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 23 Mart 2021); Kuru (n 34) 197; Ali Cem Budak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV: Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi* (TBB 2005) 229; İyilikli (n 28) 81; Aras (n 35) 200-202.

⁴² Kuru (n 34) 197.

⁴³ Yargıtay 11 HD, 9290/2598, 11.4.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 20 Haziran 2021).

⁴⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 28) 728, 778; Aras (n 35) 193 vd.; İyilikli (n 28) 80. Değiştirilen karar geçmişe değil; geleceğe (*ex nunc*) etkilidir [Kuru (n 34) 195].

⁴⁵ Yargıtay 11 HD, 2081/4405, 13.6.2019; 886/8102, 11.12.2019 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2020).

⁴⁶ Yargıtay 11 HD, 8417/1736, 7.3.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 5 Nisan 2021); Yargıtay 11 HD, 3224/4425, 17.6.2019 [İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2019* (On İki Levha 2020) 402].

iptali istemli davalar, aynı zamanda gerçek hak sahibinin belirlenmesi talebini de içerdiğinden bu davalarda senedin iade koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine de bakılmalıdır. Gerçekten, ortada iptal kararına istinaden hak talebinde bulunan bir karar hamili varken, iptal kararının iptal edilmesi senet hamilinin hakkına kavuşmasını tek başına sağlamayabilir. İptal edilen kararın hamili ya da senedin borçlusunu, senet hamilinin kötüniyetli hamil olduğunu ileri sürerek hakkına kavuşmasını engelleyebilir. Bu riskler, usul ekonomisi ilkesi de gözetilerek, açılmış olan iptal kararının iptali davasında TTK 686/2; 778/1,a ve 792 açısından da bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılar.

İnşai etkili olduğu kabul edilirse iptal kararı herkese karşı; bu arada, iptal sürecine katılmamış olan senet hamiline karşı da hüküm ifade eder. Bu durumda Yargıtay'ın çekişmesiz yargı işi olarak görüldüğü için maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen iptal kararının senet borçlusunu ve senet hamilini bağlamayacağı şeklindeki tespitlerinin hatalı olduğu söylenebilir⁴⁷. Tespit edici nitelikte olduğu kabul edildiğinde de çekişmesiz yargı hâkimi tarafından verilmiş olan bu karar hukuki gerçeklik olarak ele alınıp aksi ispat edilene kadar içeriğine göre işlem yapılması gerekir. Örneğin, senet hamili tarafından senet bedelini tahsil eden iptal kararı hamiline karşı açılmış olan sebepsiz zenginleşme davasında hâkim iptal kararıyla bağlı değilse de aksi ispat edilene kadar bu kararın içeriğini esas almak zorundadır. Bu doğrultuda, iptal kararı hamili tarafından senet hamiline karşı senedin iadesi istemiyle ya da senet hamili tarafından iptal kararı hamiline karşı iptal kararının iptali istemiyle açılan davada, aksi ispatlanana dek iptal kararının içeriğine itibar edileceğinden, iptal edilen senet sebebiyle kendisinin hak talep edebileceğini iddia eden senet hamili, senedin iktisabında iyiniyetli olduğunu (TTK 686/2, 792) ispatlamalıdır⁴⁸.

İptal kararının usul hukukuyla ilgili anılan özelliği borçlu açısından geçerlidir. Hatta iptal kararı üzerine hak sahibinin hakkını senetsiz olarak ileri sürebileceğinin düzenlendiği TTK 652/1 hükmünden, kararın bu etkisinin öncelikle borçluya yönelik olduğu anlaşılır⁴⁹. Bu durumda, aksi ispat edilinceye dek, yani senetten doğan hakkı ileri sürmeye iptal kararı hamilinin değil de örneğin senet hamilinin yetkili olduğu ispatlanana dek, borçlu iptal kararı doğrultusunda hareket etmelidir.

Çalışmamıza konu karardaki olayda, iptal kararı ortadan kaldırılmadığından kararın verildiği sırada etkisini sürdürmektedir. Her ne kadar davalı tarafından çekin iyiniyetli hamili olduğu gerekçesiyle aksi iddia edilmiş olsa da bu husus ispatlanmamıştır.

⁴⁷ Nitekim bk. Yargıtay 11 HD, 5674/8724, 5.11.2001 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 11 Aralık 2020); Yargıtay 12 HD, 33486/14709, 7.7.2011 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021).

⁴⁸ Hem iptal kararının verilmesine neden olan koşullar incelenerek iptal kararının hukuka aykırı olduğunu tespit eden, hem de hamilin iyiniyetli olduğu belirlenerek senedin iade koşulları açısından bir değerlendirme yapılan karar için bk. Yargıtay 11 HD, 6221/555, 23.1.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Kasım 2021).

⁴⁹ Bahtiyar, Taşdelen, Biçer ve Hamamcıoğlu (n 9) 36; Yargıtay 11 HD, 13221/4222, 20.3.2012: "Kıymetli evrakın iptali kararının sonuçlarından birisi, davacının hak sahipliğinin borçluya karşı gösterilmesi, yani hak sahibinin teşhisine olanak tanınmasıdır" Eriş (n 12) 215.

Davalının çeki düzgün bir ciro zincirine istinaden elinde bulunduruyor olması, iddiasını ispat için yeterli değildir. Zira dava konusu çek iptal edildiğinden hak sahibini teşhis işlevini yitirmiştir. Kaldı ki, somut olayda davalının iktisabında kötünietli olduğunu kabule elverişli argümanlar da bulunmaktadır. Örneğin, davalı tarafından icra takibi yapılırken bazı cirantaların ve hatta davalının çeki devraldığı cirantanın dahi adresinin bildirilmemesi, çekin bankaya ibrazı sırasında iptal davasından haberdar olunmasına rağmen çekin mahkemeye ibraz edilmemesi gibi hususlar dikkate alındığında davalının iyiniyetli hamil olduğunu söylemek hayatın olağan akışına aykırıdır⁵⁰. Olayda aksinin ispat edilmemesi bir yana iptal kararının içeriğini destekleyici nitelikte deliller bulunduğundan, mevcut olan iptal kararına göre işlem yapılmalıydı. Bu ise, davalının senetten doğan hakkı ileri sürmeye yetkili olmadığını tespiti ile borçlu ve lehtar tarafından açılmış olan bu davanın her ikisi açısından da kabulünü gerektirmektedir.

Davaya iptal kararı hamili de taraf olduğundan, davalıya iptal kararının iptalini sağlamak üzere ayrı bir dava açması için süre vermeye lüzum yoktur. Borçlunun ve iptal kararı hamilinin açmış olduğu bu davada, senet hamiline karşı borçlu olmadıklarının tespitine dair istemleri, davalının iyiniyetli hamil olmadığı iddiasıyla senedin istirdadına karar verilmesi şeklindeki beyanları da göz önünde bulundurulduğunda, çoğun içinde az da vardır kuralı gereği gerçek hak sahipliğinin tespiti talebini de içerir⁵¹. Bu nedenle açılmış olan bu davada, davalının iktisabında iyiniyetli olup olmadığı incelenmeliydi.

Hemen belirtelim, bu süreç, iptal talebinin görüldüğü sırada senedin kimin elinde olduğu biliniyor olsaydı ya da senet mahkemeye sunulmuş olsaydı zaten gündeme gelecekti. Bu durumda mahkeme tarafından dilekçe sahibine verilen süre içerisinde açılan iade davasında (TTK 665, 758, 763), senette mündemiç hakkı talep etmeye kimin yetkili olduğu belirlenecek; senedi kötünietle iktisap eden veya iktisabında ağır kusuru bulunan hamil iade etmekle yükümlü tutulacaktı (TTK 686/2, 778, 792). Aynı esaslar, iptal kararından sonra ileri sürülecek hak sahipliği iddiaları değerlendirilirken de geçerlidir. Yargıtay'ın bunu sağlamak için önceki kararlarında ortaya koyduğu yaklaşımı, TTK'de düzenlenen kıymetli evrakın iptali süreciyle de uyumlu iken incelenen karara konu olayda bu yaklaşımın terki isabetli olmamıştır.

⁵⁰ Yargıtay HGK, 2238/1062, 25.3.2015: "...Taraflar arasındaki maddi ve hukuki olguların gerçekleşme biçimi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; senet lehtarının ilk cirosunun sahte oluşu, ondan sonraki A. ve M. adındaki davalı cirantaların bilinememesi, bedelsiz olduğu sabit olan bononun, davalı hamil tarafından açık kimlik ve adresini bilmediği M.Y. adındaki kişiden miktarı oldukça yüksek borç para karşılığında devraldığını beyan etmesi... karşısında, davalı hamil E.G.'nin bonoyu davalı ciranta M.Y.'den iktisabederken, iyiniyetli olduğunu ileri sürmesi hayatın olağan akışına aykırı düşmektedir. Zira, lehtarın ilk cirosunun sahte olduğunu hamilin bilmesi gerekmez ise de, bonoyu devraldığı kendi cirantası M.Y.'nin kim olduğunu bilmediğini ileri sürerek, senedi iyiniyetle devraldığını ileri süremez. Dolayısıyla, davalı hamil E.G.'nin bonoyu kötünietle iktisabettiğinin kabulü gerekir" SinerjiBB, Erişim Tarihi 11 Mart 2021.

⁵¹ Benzer bir uygulama örneği için bk. Yargıtay 11 HD, 3511/3842, 23.9.1983 [Ertekin ve Karataş (n 13) 110].

V. İptal Kararının Kıymetli Evrakın Teşhis Fonksiyonunu Ortadan Kaldırmasının Anlamı ve Sonucu

A. Kıymetli Evrakın Teşhis Fonksiyonu (Şekli Hak Sahipliği / *förmlich Berechtigter*)

Hakkın senetten ayrı olarak devredilememesi ve senetle birlikte ileri sürülebilmesi (TTK 645), kıymetli evrakın hak sahibini teşhis fonksiyonunu da ortaya koyar. Gerçekten, kıymetli evraktan doğan hakkın sahibi olduğunu ileri sürebilmek, öncelikle senede zilyet olmayı gerektirir. Hamiline yazılı senetlerde senede zilyet olmak hak sahibinin teşhisi açısından yeterli iken (TTK 647/1, 658/1), nama yazılı senetlerde ayrıca senette adı yazılı olan kişi olma veya onun hukuki halefi olma koşulu aranır (TTK 655/1). Emre yazılı senetlerde ise, senedi elinde bulunduran kişinin senetten doğan hakkı talep etmeye yetkili (yetkili hamil) olduğunun kabulü için, düzgün bir ciro zincirine istinaden senedi elinde bulundurması gerekir⁵².

Kıymetli evrak hukukunda gerek hak talep edilirken gerekse borç ödenirken şekli hak sahipliği esası benimsenmiştir. Kıymetli evrakın hakka akıcılık kazandırma (dolanım) amacının zorunlu bir sonucu olan bu esas, şeklen hak sahibi olarak görünen kişilerin, maddi hukuk bakımından da hak sahibi (*sachlich Berechtigter*) olduğuna dair bir *karineye* vücut verir⁵³. Hak sahipliği şeklen tespit edilen hamilin, senetten doğan hakkı talep edebilmesi veya senedi başka bir kişiye devredebilmesi için ayrıca maddi hukuk bakımından hak sahibi olduğunu kanıtlaması gerekmez; borçlu ya da senedi iktisap edecek kişiler, hamilden, aynı zamanda maddi hukuk bakımından hak sahibi olduğunu kanıtlamasını isteyemezler⁵⁴.

Öte yandan, şekli hak sahipliği esası, kıymetli evrak hukukunda maddi hukuk bakımından hak sahipliğini dışlayıcı bir etkiye sahip değildir. Nitekim, borçlunun şeklen hak sahibi olduğu tespit edilen kişiye ödeme yaparak borcundan kurtulmasını hilesi veya ağır kusuru bulunmaması koşuluna bağlayan TTK 646/2 ve 710/3 hükümleri uyarınca, şekli hak sahipliği ile maddi hukuk bakımından hak sahipliğinin örtüşmediğini bilen ya da bilmesi gereken borçlunun buna rağmen ödeme yapması onu borcundan kurtarmamaktadır. Yine, şeklen hak sahibi görünen kişiden senedi ciro yoluyla devralan kişilerin iktisaplarını senedi kötüniyetle iktisap etmedikleri veya iktisaplarında ağır kusurlu olmadıkları takdirde koruyan TTK 686/2 hükmüne göre, şeklen hak sahibinden maddi hukuk bakımından hak sahibi olmadığını bilerek senedi devralan kişi hak sahibi sıfatını elde edememektedir.

⁵² Düzgün bir ciro zinciri, ciro zincirinin muntazam olmasını yani ilk cironun lehtar tarafından yapılması ile cironun müteselsil ve birbirine bağlı olmasını ifade eder. Müteselsil ve birbirine bağlı olmak, bir ciroda ciro edilenin bir sonraki ciroda ciranta olmasını gerektirir. Arada beyaz ciroya yer verilmesi, anılan silsileyi bozmaz; beyaz cironun, bir sonraki cironun cirantasına yapıldığı kabul edilir. Bunun gibi, son cironun beyaz ciro olması da ciro zincirini bozmaz (TTK 686/1).

⁵³ Kınacıoğlu (n 6) 156; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 84-85.

⁵⁴ Kınacıoğlu (n 6) 157-158; Kendigelen ve Karca (n 6) N 451.

B. İptal Kararının Kıymetli Evrakın Teşhis Fonksiyonuna Etkisi

İptal kararı, karar hamiline hakkını senetsiz olarak ileri sürme yetkisi verirken, borçluya da karar hamiline ödeme yaparak borcundan kurtulma imkânı tanır. Böylelikle hak sahibinin teşhisi işlevini üstlenen karar, kıymetli evrakın bu işlevini de ortadan kaldırır. İptal kararına konu bir senedin meşru hamili tespit etme işlevi (TTK 686/1, 790) bulunmadığından, senedin hamili şekli hak sahipliği karinesinden istifade edemez. Bunun neticesinde, iptal kararına konu senedin hamili, senedi düzgün bir ciro zincirine istinaden elinde bulundursa ve dolayısıyla şeklen yetkili hamil olsa bile borçlu ona ödeme yapmakla yükümlü değildir⁵⁵.

İptal kararının anılan etkisi, senetten doğan hakkın bundan böyle yalnızca karar hamili tarafından ileri sürülebileceği; senedi elinde bulunduran üçüncü kişinin hakkının sona erdiği anlamına gelmez. Senedin teşhis fonksiyonuna etki eden iptal kararının maddi hukuk bakımından hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Hakkın varlığı, içeriği, hak üzerindeki tasarruf yetkisi iptal karardan etkilenmez⁵⁶. İncelenen kararda, çek hamilinin hakkın sahibi olduğu sonucuna yalnızca şekli hak sahipliği esasları uyarınca ulaşılarak, iptal kararının senedin teşhis fonksiyonunu ortadan kaldırdığı gerçeği göz ardı edilmiştir Oysaki hakkı devir fonksiyonu devam eden senedi iyiniyetle iktisap eden üçüncü kişinin bu edinimi korunur. Üçüncü kişi, maddi gerçekliği bilmediği için maddi hukuk itibarıyla senet üzerinde hak elde edebilir. Bu koruma, şekli hak sahipliği karinesinin uygulanmasının bir sonucu olmadığından, iptal edilen senedi elinde bulunduran üçüncü kişinin hak sahibi olup olmadığı belirlenirken, senedin bu kişi tarafından düzgün bir ciro zincirine istinaden elde bulundurulması yeterli değildir. Ciro zincirinin muntazamlığı, senedin zilyedinin iktisabında ağır kusurlu olmadığına işaret edebilirse de iptal edilmemiş bir senette olduğunun aksine hak sahibinin teşhisinde tek başına belirleyici olmaz.

Davalının iyiniyetli hamil sayılması için çeki sahte imzadan sonra üçüncü ciroya istinaden elde bulunduruyor olması tek başına yeterli görülmemelidir. Kaldı ki, somut olayda davalı tarafından çek takibe konulurken kendi cirantasının adresinin

⁵⁵ Peter Jäggi, *Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, a: Art. 965-989 und 1145-1155* (Schulthess 1959) Art 971, 972 N 213; Bülow (n 14) WG Art 90 N 7; Thomas A. Frick, iç Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (edr), OR Kommentar: Schweizerisches Obligationenrecht (3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli 2016) Art 972 N 1; Fritz Strohmeier, *Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im Schweizerischen Recht* (Juris 1952) 87; Domanic (n 6) 55; Kınacıoğlu (n 6) 60-61; Öztan (n 6) 58, 59; Öztan, 1997 (n 6) 283; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 135, 136; Pulaşlı (n 6) § 10 N 52; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 84, 94, 95; Bozkurt (n 13) 148; Ercan ve Omuş (n 9) 110, 112; Göç Gürbüz (n 6) 160; Gültekin (n 6) 180; BGE 84 II 174, 176 (3 Mart 1958) <https://www.bger.ch/> Erişim Tarihi 4 Nisan 2021; Yargıtay 11 HD, 5674/8724, 5.11.2001: "...iptal kararı ticari senedin teşhis fonksiyonunu ortadan kaldıracığından dolayı, artık zayi nedeniyle iptaline karar verilen senedi elinde bulunduran senet zilyedinin keşideciye müracaat ederek senet bedelinin kendisine ödenmesini istemesi mümkün (değildir)" YargıtayBB, Erişim Tarihi 11 Aralık 2020; Yargıtay 19 HD, 9082/16597, 24.10.2013: "Gerçek hak sahibi olan veya olmayan bir şahsın elinde bulunan senedin, iptal kararının verilmesinden sonra hiçbir teşhis fonksiyonu kalmamaktadır. Dolayısıyla borçlu, senedi elinde bulunduran şahsa ödemedeki bulunmadığı takdirde hiçbir sorumluluk doğmaz" Eriş (n 12) 204-205.

⁵⁶ Bülow (n 14) WG Art 90 N 7, 8; Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 197, 198; Öztan (n 6) 58; Öztan, 1997 (n 6) 275; Bozkurt (n 13) 149; Ercan ve Ayan Omuş (n 6) 101-102.

dahi belirtilmemiş olması karşısında mahkemece en azından davalının senedi hangi ilişkiye istinaden elde ettiği araştırılmıydı⁵⁷.

VI. İptal Kararına Konu Kıymetli Evrakın Üçüncü Kişiler Tarafından İktisap Edilmesi Halinde Senet Hamili ile İptal Kararı Hamilinin Hakları

A. İptal Kararına Konu Kıymetli Evrak Üzerinde Üçüncü Kişilerin Hak Sahibi Olma Koşulları

Hamilinin elinden herhangi bir surette çıkmış olan poliçeyi, bonoyu, çeki bulan kişinin senet üzerinde hak sahibi olabilmesi için “senedi kötüniyetle iktisap etmemesi” veya “iktisabında ağır kusur bulunmaması” gerekir (TTK 686/2; 778/1,a; 792). Buna göre, irade dışı elden çıkmış olan bir senet üzerinde üçüncü kişilerin hak kazanması, senedi iyiniyetle iktisap etmeleri koşuluna bağlıdır⁵⁸. TTK 686 ve 792 hükümleri, taşınır üzerinde hak kazanmayı engelleyen hususları bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen (iyiniyetli) kişilerin o taşınır üzerinde hak sahibi olma koşullarını düzenleyen TMK 763, 988 ve 989 hükümlerinin kambiyo senetlerine özgü halidir. Bu nedenle gerek hükümlerin uygulanma koşulları belirlenirken gerekse kavramların içi doldurulurken TMK’nin anılan düzenlemelerinden mahiyetine uygun düştüğü ölçüde istifade edilebilir⁵⁹.

1. Senedi İyiniyetle İktisap Etmiş Olma

TTK 686/2 hükmünde, hamilin elinden herhangi bir suretle çıkmış olan poliçeye zilyet olan yeni hamilin iade yükümlülüğü, poliçeyi kötüniyetle (*in bösem Glauben*) iktisap etmiş olması şartına bağlanmıştır. Bir hakkın kazanılmasına ait engeli bilmeden hareket eden kişi iyiniyetlidir. TMK 3/2’de yer alan “Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz” şeklindeki hüküm gereği, hakkın kazanılmasına engel teşkil eden hususu bilmesi gereken; başka bir anlatımla, gereken tüm özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda olan kişi de iyiniyetli kabul edilmeyecektir. Şu halde iyiniyet, hakkın kazanılmasına ilişkin engelin varlığını “bilmeme” ve “bilmesi gerekmeme”

⁵⁷ Nitekim gerçek hak sahibini tespit edebilmek amacıyla bu yola başvurulana bir örnek için bk. Yargıtay 11 HD, 460/5857, 26.9.2019 [İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, 2019 (n 45) 400].

⁵⁸ Madde metnindeki “herhangi bir suretle hamilin elinden çıkma” ibaresi, hamilin elinden çalınma, kaybedilme gibi irade dışı çıkma hallerinin yanı sıra zilyetliğin intikalini sağlayan sözleşmenin geçersiz olmasını ya da emin sıfatıyla zilyetten edinmeyi de kapsar [Özcan (n 6) 114, 115; Kendigelen ve Kırcı (n 6) N 115].

⁵⁹ TMK 989 hükmü uyarınca, taşınır çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir. Bu itibarla TMK’de düzenlenen taşınır davası, kötüniyetli zilyedin yanı sıra bazı sınırlamalarla (TTK 989/2) dahi olsa iyiniyetli zilyede karşı da açılabilmesi ile TTK 686 hükmünden ayrılmaktadır [Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. Bası, Filiz 2023) N 495; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (3. Bası, Filiz 2014) N 654; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2015) 86-87; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (On İki Levha 2020) 83; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (4. Bası, Vedat 2014) § 8 N 36, 37; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku: Giriş Zilyetlik Tapu Sicili* (10. Bası, Savaş 2018) 225-226].

şeklinde tanımlanabilir⁶⁰. Bilmeme, bir husus hakkında bilgi sahibi olmamaktır. Bilmesi gerekmeme ise, objektif olarak bir hususun bilinmesinin gerekmemesidir. Senedin hamilinin elinden rızası hilafına çıkmış olduğunu bilen veya bilmesi gereken (bilebilecek durumda olan) kişinin iyiniyetli olduğu söylenemeyeceğinden o kişi senet üzerinde hak sahibi olamayacaktır⁶¹.

TTK 686/2 hükmünde hamil, poliçeyi kötüniyetle iktisap etmiş olmasının yanı sıra iktisabında ağır kusuru (*grobe Fahrlässigkeit*) bulunması halinde de iade ile yükümlü tutulmaktadır. Öğretide ağır kusur, hamilin senedi iktisap ederken senet işlemlerinde geçerli olan dikkat ve özeni göstermemesi; çok az bir dikkat göstermiş olsaydı aksaklığı görebilecekken bu dikkati göstermemesi olarak tanımlanmaktadır⁶². Yargıtay'a göre de bir konuda "olağan özenin gösterilmemesi" ağır kusur olup senet iktisap edilirken kimlik sorulmaması, çeki kırdıran veya çekin kırdırılmasına aracılık eden kişilerin cirosu ve kimliği hakkında yeterli araştırma yapmadan senedin iktisap edilmesi⁶³, senedi devredenin şeklen yetkili hamil olup olmadığına dair bir değerlendirme yapılmaması⁶⁴, bankanın kredi temini için ibraz edilen çeklerle ilgili hiçbir araştırma yapmaması⁶⁵ bu kapsamda değerlendirilmelidir⁶⁶. MK 3 anlamında iyiniyet, bilebilecek durumda bulunmayı da içerdiğine göre, hükümde ağır kusura yer verilmeseydi dahi öğretide ve uygulamada ağır kusur olarak nitelendirilen haller hükmün uygulama alanına girecekti⁶⁷. Hükümde yer alan ağır kusur, kötüniyetin "bilme"ye⁶⁸ veya TTK 646/2 hükmünde olduğu gibi hileye indirgendiği halde bir anlam ifade edecektir.

2. İyiniyetin Arandığı An

İncelenen kararda, senet hamili davalının, bankaya ibraz anında çek hakkında verilmiş ödeme yasağından ve dolayısıyla iptal sürecinden haberdar olmasına rağmen çeki mahkemeye sunmaması nedeniyle iyiniyetli olmadığı belirtilmektedir.

⁶⁰ Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler - Genel Kavramlar)* (4. Bası, Der 1995) 406 vd.; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023) N 808, 809; Yargıtay HGK, 19-80/130, 27.2.2002; Yargıtay HGK, 19-185/386, 13.6.2012: "Kötüniyetten maksat, senedin önceki hamilin elinden rızası hilafına çıktığını bilmek veya bilebilecek durumda bulunmaktır" SinerjiBB, Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.

⁶¹ Öztan (n 6) 115; Yargıtay 11 HD, 6788/7374, 19.12.2017 [İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2017* (On İki Levha 2018) 397].

⁶² Kınacıoğlu (n 6) 159; Öztan (n 6) 115.

⁶³ Yargıtay 11 HD, 767/6447, 10.10.2019 [İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *2019* (n 45) 399].

⁶⁴ Yargıtay 11 HD, 8569/1779, 7.3.2018 [İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2018* (On İki Levha 2019) 461].

⁶⁵ Yargıtay 11 HD, 2655/4342, 12.6.2019 [İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *2019* (n 45) 402].

⁶⁶ Yargıtay HGK, 19-80/130, 27.2.2002; Yargıtay HGK, 19-185/386, 13.6.2012; Yargıtay 11 HD, 14899/6602, 14.6.2016 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021).

⁶⁷ Benzer şekilde bk. Bülow (n 14) WG Art 16 N 29-30; Kendigelen ve Kırca (n 6) N 117. Yargıtay 19 HD, 3389/900, 18.2.2019: "...çekin rızası dışında elinden çıktığının iyiniyetli üçüncü kişi konumunda olan davalı hamile ileri sürülemeyeceği..." YargıtayBB, Erişim Tarihi 12 Şubat 2021. Karş. Poroy ve Tekinalp (n 6) N 489b.

⁶⁸ İyiniyeti "bilmeme" ve dolayısıyla kötüniyeti "bilme" hali olarak kabul eden görüş için bk. Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler 1980) 341.

Mala fides superveniens non nocet gereği, sonradan edinilen bilgi iyiniyeti ortadan kaldırmaz⁶⁹. Buna göre, senet hamilinin iyiniyetinin arandığı an, senedi iktisap anıdır; iktisap anında, senedin hamilin elinden rızası hilafına çıkmış olduğunu biliyor ya da bilmesi lazım geliyorsa kötüniyetli olduğu kabul edilerek iktisabı korunmayacaktır⁷⁰. İktisap anında iyiniyetli olmakla beraber senedin ödenmek üzere bankaya ibrazı sırasında elindeki çekin iptal kararına konu edildiğini öğrenmesi yeni hamilin iyiniyetini ortadan kaldırmaz.

3. İspat Yükü

“Kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde asıl olan iyiniyetin varlığıdır” şeklindeki TMK 3/1 hükmüyle ispat yükü konusunda iyiniyete dayanan taraf lehine bir karine düzenlenmektedir. Karinenin aksini iddia eden kişi ispatla mükelleftir⁷¹. Buna göre, yeni hamilin senedi kötüniyetle iktisap ettiğini bunu ileri süren kişi ispatlamalıdır⁷².

Diğer yandan, “bir hususu bilmesi lazım gelme” açısından ilgilinin objektif ölçüde özen göstermesi gerekmekte olup bu özenin gösterilip gösterilmediği hâkim tarafından resen araştırılmalıdır. Bu halde, ilgili, iyiniyet karinesine dayanamayacağından aksini iddia eden ispat külfeti altına sokulamaz⁷³. İşte, yeni hamilin, senedin hamilin elinden rızası dışında çıktığını bilmesinin gerekli olup olmadığı; başka bir anlatımla, yeni hamilin bu konuda gerekli özeni gösterip göstermediği somut olayın özelliklerine göre mahkemece resen araştırılmalıdır⁷⁴. Bu konuda hayatın olağan akışı ölçütünden istifade edilmesi de mümkündür⁷⁵.

İncelenen kararda, davalının sahte imzadan sonraki üçüncü cirodan sonra senedi elinde bulunduruyor olması, davalı senet hamilini iyiniyetli kabul etmek için yeterli görülmüştür. Oysaki, kötüniyetli kişi açısından, kendisini iyiniyetli göstermek adına, sahibinin rızası hilafına elinden çıkan bir senedin arada daha fazla kişi tarafından

⁶⁹ Ataay (n 60) 412-413; Oğuzman ve Barlas (n 60) N 836.

⁷⁰ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 489b; Kendigelen ve Kırcı (n 6) N 119; Göç Gürbüz (n 6) 188.

⁷¹ Ataay (n 60) 414, 415; Oğuzman ve Barlas (n 60) N 841.

⁷² Hueck ve Canaris (n 14) 131; Domaniç (n 6) 59, 60; İmregün, 1995 (n 14) 208; Öztan, 1997 (n 6) 284; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 489b; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 55; Göç Gürbüz (n 6) 184; Yargıtay 11 HD, 9998/1058, 8.2.2016; 4636/6657, 28.11.2017; 1273/2877, 15.6.2020; 1370/3127, 17.4.2019; 5363/7977 17.12.2018; 8417/1736, 7.3.2018; 6180/397, 17.1.2018; Yargıtay HGK, 19-929/615, 16.9.2020: “...meşru ve yetkili hamil iddiasında bulunan kişinin, kendisinin yetkili hamil olduğunu kanıtlaması yanında, yeni hamilin çeki kötüniyetle iktisap etmiş olduğunu veya iktisapta ağır kusurlu bulunduğunu da kanıtlaması zoruridir” SinerjiBB, Erişim Tarihi 5 Temmuz 2021.

⁷³ Yargıtay İBK, 17/1, 14.2.1951: “Halin icaplarına göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmemiş olmasından kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak kimsenin aslın hilafı olan kötüniyeti belirmiş olduğundan bu durumda esas kaideye uyularak kötüniyetin isbat ettirilmesine sebep ve vecih kalmaz” Ataay (n 60) 415; Oğuzman ve Barlas (n 60) N 847.

⁷⁴ Bk. Turgut Kalpüz, ‘Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlili’ (1981) 11(2) BATİDER 37, 41; Yargıtay 11 HD, 4463/11524, 8.12.2003: “Çek kaybı sonucu yeni hamilin öğrenilmesi üzerine, yeni hamil aleyhine, çekin istirdadı davası açılmıştır. Bu dava sırasında, yeni hamil ile ilk hamilin yanında çalışanın suç işlediği iddiasıyla şikâyet yapılması sonucunda hazırlık soruşturması başlatıldığına göre, bu ceza soruşturması sonucunun beklenmesi ve bu çerçevede karar verilmesi gerekir” Erişim (n 12) 212.

⁷⁵ Yargıtay HGK, 2238/1062, 25.3.2015 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 11 Mart 2021).

ciro edildiği izlenimini vermek hiç de zor değildir. Kaldı ki, somut olayda davalının iyiniyeti konusunda şüphe uyandıran emareler de bulunmaktadır. Bu nedenle, en azından senet hamiline yapılan cirodaki imzanın gerçekliği ile bu ciro işleminin dayandığı bir temel ilişkinin bulunup bulunmadığını tespit etmek, kambyo hukukunun avantajlarını kötüye kullanımların önüne geçecektir⁷⁶.

Ayrıca, karar hamiline hakkını senetsiz olarak ileri sürme yetkisi veren iptal kararı ile birlikte karar hamilinin hak sahibi olduğuna dair fiili bir karine oluşmaktadır⁷⁷. Bununla, karar hamili şeklen hak sahibi kılınarak maddi hukuk bakımından hak sahibi olduğunu ispatlamasına gerek olmaksızın borçludan ödeme talep edebilmektedir. Gerçek hak sahibi ile şekli hak sahibi farklı ise, karar hamili lehine olan bu karinenin aksini ispat yükü, teşhis fonksiyonu kaldırıldığı için şekli hak sahipliği karinesinden istifade edemeyen ve fakat gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden senet hamiline ait olmalıdır⁷⁸.

Somut olay açısından şu husus da gözden kaçırılmamalıdır: Davalı, bankaya ibraz ettiği sırada ödeme yasağı tedbiri nedeniyle çek hakkında iptal süreci işletildiğinden haberdar olmuştur; ancak, buna rağmen çeki mahkemeye tevdi etmeyerek iptal kararı verilmesine neden olmuştur. Senet hamilinin bu kasıtlı davranışı karşısında iyiniyet karinesinden (MK 3) istifade etmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir⁷⁹. Bu itibarla, somut olayda ispat yükünün davalıda olduğu kabul edilmelidir; senedi iyiniyetle iktisap ettiğini kanıtlayamayan hamilin iktisabı korunmamalıdır.

4. Senedin Getirilmesine İlişkin İptal Sürecine Özgül İlanların İyiniyete Etkisi

TTK 36 uyarınca, ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren hakkında hukuki sonuç doğurmaya başlayan ticaret sicili kayıtlarını üçüncü kişiler bilmediklerini ileri süremezler (*sicilin olumlu etkisi*). Bu durumda, iptal sürecindeki senedin mahkemeye sunulmasını sağlamaya yönelik ilanların (TTK 664, 762), senet hamili tarafından bilinmesi lazım geldiği kabul edilerek başkaca bir araştırma yapmadan hamilin

⁷⁶ Yargıtay 11 HD, 460/5857, 26.9.2019: “Davalıların dava konusu çeki hiçbir hukuki ilişki bulunmaksızın hukuka aykırı bir yolla ele geçirdikleri ve alacak-borç bulunmadığı halde, iyiniyetli üçüncü kişi yaratmak gayesiyle ciroladıkları ve ... vasıtasıyla bankadan tahsil ettikleri, davacıyı bilerek ve kötüniyetli olarak zarara uğrattıkları gerekçesiyle davanın kabulüne...” İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, 2019 (n 45) 400. Aksi yönde bk. Yargıtay 11 HD, 6075/16057, 29.11.2011: “Kaybolan çekin istirdadı istemiyeli açılan davada, davacının iddiasını kanıtlayamaması yükümlü bulunmaktadır. Çeki eline bulunduran davalı hamil, çeki edinme nedenini kanıtlamakla yükümlü değildir” Eriş (n 12) 1112; Yargıtay 11 HD, 1670/1100, 27.9.2011 [Eriş (n 12) 1113, 1114]; Yargıtay 11 HD, 360/648, 29.1.2002 [Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2021) 239]; Yargıtay 11 HD, 1994/7586, 3.12.2018: “...dava konusu çek üzerindeki ciro silsilesi tam olup, davalının yetkili hamil olduğunun anlaşıldığı, 6102 sayılı Yasa'nın 792 maddesi hükmüne göre, davalının çeki edinme nedenini kanıtlayamaması yükümlülüğü bulunmadığı, sadece, davalının çekin rıza dışında elden çıktığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde çekin istirdadına karar verilebileceği, çekin rıza dışı elden çıkması halinde ispat yükünün, çekin yetkili hamili olduğunu ve rızası hilafına elinden çıktığını ileri süren davacıya ait olduğu, davacının iddiasını kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlayamadığı...” İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, 2018 (n 63) 457.

⁷⁷ Yargıtay 11 HD, 14280/5671, 25.9.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Haziran 2021).

⁷⁸ Bülow (n 14) WG Art 90 N 7; Çamoğlu (n 6) N 44; Bozkurt (n 13) 148. Senedi kaybedenin, kusurlu olduğu için iyiniyetli ziyetle karşı karşıya gelmesi halinde zarara katlanmak zorunda olduğu; dolayısıyla iyiniyetli ziyedin hakkının üstün tutulması gerektiği gerekçesiyle aksi yönde bk. Ertekin ve Karataş (n 13) 100; Gürbüz (n 6) 798, 799.

⁷⁹ Bk. Jaggi (n 55) Art 971, 972 N 227; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 96.

kötüniyetli olduğu söylenebilecek midir? İptal sürecine özgü ilanların amacı, senet üzerinde bir başkasının hak sahibi olduğunu bildirmek değildir. Amaç, istirdat davası açılabilmesi için senet hamilini tespit etmek ve senedin mahkemeye sunulmasını sağlamaktır. Bu amaçlı ilanlara senet üzerindeki hakkı kaybettirici etki tanımak, kıymetli evrakın dolanım amacıyla bağdaşmaz. Öyle ki, üçüncü kişilerin bu konuda ticaret sicili kayıtlarını incelemekle yükümlü tutulması, ilişkilerin senetle düzenlenmesine temkinli yaklaşılmasına neden olarak senet hukukunun gelişimini olumsuz etkileyecektir. Bu kaygıya, incelenen HGK kararının gerekçesinde “elinde bir senet bulunan herkesin, o senet hakkında bir iptal kararı verilip verilmediğini devamlı surette araştırmak mecburiyetinin olmadığı da gözden kaçırılmamalıdır” şeklinde değinilmektedir.

Diğer yandan, öğretide, ilanlar üzerine mahkemeye sunulmayan senedin iyiniyetle iktisap edilmesinin yeterli olasılıkla (*mit genügender Wahrscheinlichkeit*) ortadan kalktığı da ileri sürülmektedir⁸⁰. Gerçekten, senet hamilinin senedi iktisap ederken iyiniyetli olup olmadığının tespiti kolay olmayıp çoğu zaman da imkansızdır. İptal kararı hamilinden, senet hamilinin iyiniyetli olmadığı şeklinde olumsuz bir durumu kanıtlamasını beklemek de adil değildir. İşte bu ispat sorunu, iptal sürecine özgü olarak düzenlenen ilanlar yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. Senedin iyiniyetle edinilmediğinin ispatı yerine, iyiniyetle edinimi yeterince engellediği düşünülen bir süreç öngörülmüştür⁸¹.

B. Senet Hamili ile İptal Kararı Hamilinin Hakları

1. Çözüm İmzaların İstiklali İlkesinde Mi, İptal Kararının Hüküm ve Sonuçlarının Uygulanmasında Mı?

İptaline karar verilmemiş emre yazılı bir senet açısından, düzgün bir ciro zincirine istinaden senede zilyet olmak, şeklen hak sahibi kabul edilmek için yeterli iken; iptal edilmiş emre yazılı bir senedin hak sahibini yalnızca şekli esaslar uyarınca tespit etmek, iptal kararının negatif etkisi nedeniyle mümkün değildir. Bununla birlikte, iptal edilen senet de iyiniyetle iktisap edilebileceğinden, bu senedi şekli hak sahipliği esaslarına uygun olarak elde bulundurmamak, iyiniyetli müktesip olmanın “ön şartı”dır. Bu husus, poliçenin herhangi bir suretle hamilin elinden çıkması halinde, “birinci fıkrada yazılı hükümlere göre hakkı anlaşılan yeni hamil”in, poliçeyi ancak kötüniyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır kusur bulunduğu takdirde geri vermekle yükümlü olduğuna ilişkin TTK 686/2 hükmünden ve çekler açısından benzer bir düzenleme getiren 792 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. İncelenen HGK kararında ise, iptal kararına konu olmuş bir senedin düzgün bir ciro zincirine istinaden elde bulundurulması, hamilinin hak sahibi olarak kabulü için tek başına

⁸⁰ Meier-Hayoz ve von der Crone (n 15) § 2 N 203.

⁸¹ Meier-Hayoz ve von der Crone (n 15) § 2 N 204.

yeterli görülmüştür. Ulaşılan bu sonucun kanuna aykırı olduğu, kararın somut olaydaki şu etkisinden de açıkça anlaşılmaktadır: Borçlunun karşısında biri, hakkını ileri sürmeye Kanunla (TTK 652) yetkili kılınan iptal kararı hamili; diğeri, mahkeme kararıyla hak sahibi olduğu tespit edilen senet hamili olmak üzere ödeme talep etmeye yetkili iki kişi bulunmaktadır. Mahkeme kararı, olması gerekenin aksine, bir uyumsuzluğu çözmemiş olmanın yanında senet hamilini kesin hüküm niteliğinde bir kararla hak sahibi kılarak uyumsuzluğun daha da şiddetlenmesine neden olmuştur.

Kurul tarafından bu sonuca varılmasında, somut olayda imzaların istiklali ilkesinin (TTK 677) tartışılması etkili olmuştur. Bu ilkeye göre borçlu, lehtarın imzasının sahte olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁸². Bununla birlikte, borçlunun sorumluluğuna etkileri açısından, imzaların istiklali ilkesi ile iptal kararının tartışılması gereken iki ayrı husus olduğu gerçeği göz ardı edilmiştir. Gerçekten, bir kişinin başka birinin şahsında gerçekleşen sorumsuzluk nedenine dayanarak sorumluluktan kurtulamaması (imzaların istiklali ilkesi) ile senedin iptal edilmiş olması nedeniyle senet hamilinin hak sahipliğinin tartışılmalı hale gelmesi farklı hususlardır. Olay şöyle de gelişebilirdi: Lehtar senedi imzalandıktan sonra kaybedebilir ve ardından iptal kararı alabilirdi. Lehtarın imzası sahte olmadığından imzaların istiklali ilkesinin uygulanması gündeme gelmese dahi senet hamilinin hak sahibi olup olmadığının tespit edilmesi gerekirdi. Dolayısıyla mahkemenin vardığı sonuç, imzaların istiklali ilkesi bağlamında yerinde görülebilirse de senet hamilinin hak sahipliği açısından itirazları neticeye bağlamadığından hatalıdır.

2. Senedin Yeni Hamil Tarafından İktisap Anının Hak Sahipliğine Etkisi

a. Senedin İptal Kararından Önce İktisap Edilmesi ve İptal Kararından Önce Hak Talebinde Bulunulması

İptal kararından önce ve hatta ilan süreci başladıktan sonra senedi iyiniyetle iktisap eden üçüncü kişi, henüz teşhis fonksiyonu ortadan kaldırılmadan önce iktisabı gerçekleştirdiğinden borçludan ödeme talebinde bulunabilir⁸³. Senet ilişkisine katılmak isteyen üçüncü kişileri iptal sürecini bilmek ve takip etmekle zorlamak, kıymetli evrakın tedavül yeteneğinin zarar görmesine ve senedi kaybettiği için ağır kusurlu olan kişiye haksız bir şekilde ayrıcalık tanınmasına neden olacaktır⁸⁴. Bununla birlikte, borçlunun senedi ibraz edene ödeme yapmasını engellemek amacıyla iptal başvurusunda bulunan kişi mahkemeden ödeme yasağı tedbirine karar verilmesini isteyebilir⁸⁵.

⁸² İlkenin anlamı için bk. Yargıtay HGK, 2238/1062, 25.3.2015 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 11 Mart 2021).

⁸³ Bülow (n 14) WG Art 90 N 13; Kınacıoğlu (n 6) 61; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 136b; Kendigelen ve Kırca (n 6) N 163; Öztan (n 6) 60; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 96; Göç Gürbüz (n 6) 175.

⁸⁴ Hueck ve Canaris (n 14) 131-132.

⁸⁵ Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 226.

b. Senedin İptal Kararından Önce İktisap Edilmesi ve İptal Kararından Sonra Hak Talebinde Bulunulması

Senedi iptal kararından önce iktisap edip de iptal sürecine katılmayan senet hamilinin ise, iptal kararından sonra hak talebinde bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iptal kararı, senedin kaybolmasından itibaren gerçekleşen bütün iyiniyetli edinimleri ortadan kaldırır⁸⁶. İptal kararının geçmişe etkili olduğunu kabul eden bu görüş, kararın aynı zamanda gerçek hukuki duruma etki edeceğini de ileri sürmektedir⁸⁷. Varılan bu sonuç, iptal kararının, senet iradesi dışında elinden çıkan hamilin hakkını senetsiz olarak ileri sürebilmesini sağlama amacını aşmaktadır. İptal kararı ile senedin yalnızca teşhis fonksiyonu ortadan kaldırıldığından ve bu kararın gerçek hukuki duruma hiçbir etkisi bulunmadığından, bu görüşün iptal kararının sonuçlarıyla çeliştiği açıktır⁸⁸.

İptal kararının gerçek hukuki duruma etki etmeyeceğini savunan⁸⁹ diğer görüşe göre ise, senedin iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından iktisabı mümkün olmakla beraber, iptal kararıyla senedin teşhis fonksiyonu ortadan kaldırılarak bu kişinin hakkına müdahale edilmektedir. Bunun sonucunda, iptal kararından önce senedi elde edip de iptal sürecine katılmayan iyiniyetli üçüncü kişi, iptal kararından sonra, hak sahibi olduğu iddiasıyla borçludan senet bedelinin ödenmesini isteyemez. Bu kişi, bundan sonra ancak iptal kararı hamiline istirdat davası (*Herausgabeanspruch*) ve sebepsiz zenginleşme davası (*Bereicherungsanspruch*) açarak hakkını elde edebilme imkanına sahiptir⁹⁰.

c. Senedin İptal Kararından Sonra İktisap Edilmesi

Senedin iptal kararından sonra iyiniyetle iktisap edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş, iptal kararı ile yalnızca teşhis fonksiyonu ortadan kaldırıldığından ve fakat hakkı devir fonksiyonu devam ettiği için senedin iptal kararından sonra da iyiniyetle iktisabının mümkün olduğunu savunur. Bu görüşe göre, iptal kararı ya hiç ilan edilmediğinden (İBK 1072 vd.; TTK 957 vd.) ya da senedin iyiniyetle edinilmesine engel olacak şekilde bir ilana konu olmadığından (İBK 986/2; TTK 666/2), senedin üçüncü kişiler tarafından iktisabı açısından iptal kararından önce veya sonra ayrımı yapılmasını gerektiren bir neden yoktur. İptal kararından sonra iktisap için böyle bir istisna getirilmek istenseydi, bunun açıkça düzenlenmesi gerektiğinden kanunun bu konudaki sessizliği iyiniyetle yapılan işlem lehine yorumlanmalıdır. Bu nedenle,

⁸⁶ Bu tespit için bk. Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 227.

⁸⁷ İsviçre ve Alman hukukunda önceki hâkim görüş, iptal kararının gerçek hukuki durumu etkileyeceği şeklindedir. Bk. Meier-Hayoz ve von der Crone (n 15) § 2 N 205; Bülow (n 14) WG Art 90 N 8.

⁸⁸ Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 227.

⁸⁹ Hueck ve Canaris (n 14) 130.

⁹⁰ Frick (n 55) Art 972 N 3; Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 227; Hans Kuhn, iç Roberto Vito ve Hans Rudolf Trüb (edr), *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz: Art. 772-1186 OR und BEG* (3. Auflage, Schulthess 2016) Art 972 N 3; Meier-Hayoz ve von der Crone (n 15) § 2 N 205; Strohmeier (n 55) 83, 85; Kınacıoğlu (n 6) 61-62.

senet hamili, iptal kararı hamiline karşı, senedi iptal kararından önce iktisap edenlerin sahip olduğu hakları kullanabilmelidir⁹¹.

Diğer görüşe göre ise, iptal kararıyla senet, kıymetli evrak olma özelliğini kaybettiğinden⁹² bundan sonra olsa olsa bir eşya olarak iyiniyetle iktisaba konu olabilir. Bu nedenle, iptal kararından sonra senedi iyiniyetle iktisap edenler karar hamiline karşı herhangi bir talepte bulunamazlar⁹³.

3. Somut Olayın Değerlendirilmesi

HGK kararının gerekçesinde, senedin iktisap anının hak sahipliğine etkisine dair şu açıklamalara yer verilmiştir:

“İptal davası davacının talebi doğrultusunda sonuçlandıktan sonra, bu davadan haberi olmadığı için, senedi iyiniyetle iktisap etmiş olsa bile, hamil, borçluya karşı hak sahibi olarak teşhis edilebilme pozisyonunu kaybetmektedir; çünkü iptal edilen kıymetli evrak, artık kıymetli evrak değildir. Buna karşılık, dava sonuçlanmadan önce senet iyiniyetle devralınmışsa, artık bundan sonra, iptal kararının iyiniyetli müktesebin iktisabına aleyhte bir etkisi olmaz. Davacı, elindeki kararı, iyiniyetli hamile vermek zorundadır; bu karara dayanarak, senet bedelini borçludan tahsil etmiş bulunduğu takdirde ise, bu meblağın devri gerekir. Bu gibi hâllerde, iyiniyetli üçüncü şahsın senedin kendisine verilmesi veya sebepsiz zenginleşme iddiasıyla, iptal kararı hamiline yönelmek hakkı vardır.

Öte yandan, orijinal senedi iyiniyetle devralmış bulunan üçüncü şahıs, iptal davası devam etmekteyken, yapılan ilandan haberi olmaz ve senedi mahkemeye vermezse (tevdî), iptal kararı sonucunda, elindeki senede istinatla hak sahibi olarak teşhis edilebilme imkânını kaybeder; yani, borçludan ödeme talebinde bulunamayacak bir duruma düşer”.

Kararda, yeni hamil tarafından senedin iktisabına, iktisabın iptal kararından önce ve sonra gerçekleşmiş olmasına göre farklı sonuç bağlanmaktadır. Buna göre, iptal kararıyla birlikte kıymetli evrak özelliğini kaybettiğinden senedin iptal kararından sonra iyiniyetle iktisabı mümkün değildir. Buna karşılık, iptal kararı henüz verilmeden önce senet iyiniyetle iktisap edilebilirse de senedi bu şekilde iktisap eden hamil, iptal kararıyla teşhis fonksiyonu ortadan kaldırılan senede dayanarak borçluya başvurmaya yetkili değildir. Bu durumda senet hamili ancak iptal kararı hamiline karşı istirdat veya sebepsiz zenginleşme davası açabilir.

⁹¹ Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 228. Diğerleri için bk. Karayalçın (n 13) 372; Kınacıoğlu (n 6) 61-62; Kendigelen ve Kırcıca (n 6) N 163; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 96; Göç Gürbüz (n 6) 178; Gültekin (n 6) 205; Strohmeier (n 55) 85, 86.

⁹² Frick (n 55) Art 986 N 2.

⁹³ Bülow (n 14) WG Art 90 N 7, 13; Meier-Hayoz ve von der Crone (n 15) § 2 N 207 ve § 14 N 824, 828; Öztan (n 6) 60; Öztan, 1997 (n 6) 284; Poroy ve Tekinalp (n 6) N 136b; Pulaşlı (n 6) § 10 N 52.

Dava konusu olayda, iptal kararı verilmeden önce iktisap edilip de karardan sonra ödeme talebine konu edilen bir çek söz konusudur. Kararın gerekçesindeki açıklamalara göre bu durumda çek hamili borçludan istemde bulunamayıp yalnızca iptal kararı hamiline başvuruya yetkili iken; hüküm kısmında çek hamilinin senet bedelini borçludan talep edebileceği sonucuna varılması, kararın bizzat kendisiyle çelişmesine neden olmuştur. Mademki, iptal kararıyla birlikte teşhis fonksiyonunu kaybettiği için senedin borçlusuna başvurulamıyor, çek hamilinin borçluya karşı yaptığı icra takibi neden haklı görülüyor? Yine, çek hamili hakkını elde etmek için bundan böyle iptal kararı hamiline (istirdat veya sebepsiz zenginleşme talebiyle) başvuruya yetkiliyse, çek hamilinin iptal kararı hamili olan lehtar aleyhine başlatmış olduğu icra takibi neden haksız bulunuyor ya da lehtarın iptal kararına istinaden senet bedelini borçludan tahsil edip etmediği araştırılmadan böyle bir sonuca ulaşmak ne derece doğru?

Hemen belirtelim, iptal kararına konu olmuş bir senede istinaden hak talep edildiğinde Yargıtay'ın, iptal kararını dikkate aldığı ve fakat bunu bir şahsi defî olarak nitelendirdiği kararlarına da rastlanmaktadır⁹⁴. Bu kararlarda, “sahibinin elinden rızası hilafına çıkma”, kişisel defî olarak ele alınıp TTK 687 kapsamında değerlendirilmekte, TTK 686/2 hükmü göz ardı edilmektedir. Oysaki TTK 686/2, TTK 687'ye nazaran özel nitelikte bir düzenlemedir⁹⁵. Senet hakkında iptal kararı verilmiş olmasını şahsi defîye indirgeyen bu yaklaşım iptal kararının hukuki sonuçlarıyla bağdaşmamakta; senedin iptal edilmesinin sonuçlarını iptalinde hiçbir etkisi bulunmayan borçlunun üzerinde bırakmaktadır. Gerçekten, şahsi defîlerin ispat külfeti borçluya aittir. Hamilin senedi iktisabında kötüniyetini ispatlayamayan, çoğu zaman ispat için gerekli araçlara sahip olmayan borçlu, karara konu olaydaki gibi senet bedelini iki kez ödemek durumunda ya da hak sahibinin teşhisi için gerekli süreci başlatmak zorunda bırakılmaktadır. Senet başkası elinde zayi edildiğinde borçlu, salt bir senet yaratarak onun tedavül sürecini başlattı diye, hamilin iyiniyetli olmadığını ispatlamakla cezalandırılmamalıdır. Hamilin kural olarak iyiniyetli kabul edilmesinde, kıymetli evrakın tedavül yeteneğine (dolanım amacına) halel getirmeme kaygısı etkili oluyorsa, aynı kaygı ve hatta daha önemlisi, kendisi tarafından düzenlenen senet iptal kararına konu edildiği için bir anlamda cezalandırılan borçlunun durumu için de duyulmalıdır. Zira iptal kararının faturasının borçlu üzerinde bırakılması, ilişkilerin senetle düzenlenmesine ve bizatihi senedin yaratılmasına engel teşkil edecektir.

İptal kararı, iptal başvurusu üzerine derhal verilen bir karar değildir. İptal kararı verilebilmesi için başvuranın senedin zayi olduğunu inandırıcı delillerle ispatlaması da yeterli değildir. İptal kararı verilmeden önce yapılan ilanlarla senedin mahkemeye tevdi edilmesi için kanuni bir süreç işletilmekte; buna rağmen tevdi gerçekleşmezse

⁹⁴ Yargıtay 12 HD, 33486/14709, 7.7.2011 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021).

⁹⁵ “Bile bile borçlu zararına hareket” ile “kötüniyet ve ağır kusur” arasındaki farklılık konusunda bk. Kendigelen ve Kırcak (n 6) N 222, 245-254.

senedin iptaline karar verilmektedir. Bu sürecin işletilmesinin amacı üçüncü kişilerin menfaatlerini ve işlem güvenliğini korumaktır⁹⁶. İptal kararı verilmeden önce uygulanan tedbirlerle menfaatler dengesi zaten sağlandığından, kıymetli evrakın tedavül yeteneğinin zarar göreceği kaygısının karardan sonraki sürece taşınarak üçüncü kişinin haklarına üstünlük tanınması adil değildir. Bunun açık bir göstergesi TTK 765 hükmüdür. Anılan hükme göre, mahkeme, iptale karar vermeden önce, kabul edene, poliçe bedelini tevdi etme ve yeterli teminat karşılığında bunu ödeme yükümü getirebilir. Teminat, poliçeyi iyiniyetle iktisap eden kişinin uğrayabileceği zarara bir karşılık oluşturur. Senet iptal edildiği veya senetten doğan haklar diğer bir sebeple ortadan kalktığı takdirde teminat geri alınır. Burada teminatın iyiniyetli müktesibi koruma işlevi için, iptal kararı verilene dek bir süre tayin edilmiştir. Bizatihi kanun koyucu tarafından iyiniyetli müktesibin korunması bakımından iptal kararından önce ve sonra farklı yaklaşım sergilenmişken, senedin tedavül kabiliyeti ileri sürülerek iptal sürecini görmezden gelmek ve iptal kararından sonra da üçüncü kişinin haklarına mutlak bir üstünlük tanımak hukuki dayanaktan yoksundur.

Çek hakkında iptal davası açıldığını bildiği halde iptal sürecine katılmayan ve böylece kanunda öngörülen sürecin işletilmesine engel olan davalı bu davranışı nedeniyle adeta ödüllendirilerek bu davranışın olumsuz sonuçlarına borçlu maruz bırakılmıştır. Her ne kadar anılan davranış, davalının çekin iktisabında kötüniyetli olduğunun ispatı için yeterli değilse de kasıtlı olarak engellediği kanuni sürecin işletilmesini de engellememelidir. Aksinin kabulü, kanun hükmünün dolanılmasına yargı organları tarafından kayıtsız kalınması anlamına gelir. Bu bakımdan, iptal davası açılması üzerine senet mahkemeye sunulmuş olsaydı takip edilecek olan istirdat davası süreci (TTK 665, 763) iptal kararından sonraya taşınmalı; senet üzerindeki gerçek hak sahipliği durumu açıklığa kavuşturulmalıydı.

VII. Borçlunun Borçtan Kurtulması: Kıymetli Evrakın İptali ve TTK 646/2

A. Kıymetli Evrak Borçlusunun Borçtan Kurtulma Koşulları

Kıymetli evrakın borçlusu, hile veya ağır kusuru bulunmadıkça vadesi geldiğinde senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılacak kişiye ödeme yapmakla borcundan kurtulur (TTK 646/2). Buna göre, borçlunun borcundan kurtulmasının ilk koşulu, senedin vadesinde ödeme yapmaktır; vadeden önce ödeme yapan borçlu, ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalabilir (TTK 710/3; 778/1,c). İkinci koşul, senedin niteliğine (nama, emre, hamiline yazılı olmasına) göre alacaklı olduğu anlaşılacak kişiye ödeme yapmaktır. Emre yazılı çek hamilinin alacaklı olduğunun kabulü için çeki düzgün bir ciro zincirine istinaden elinde bulundurması gerekir (TTK 790). Diğer koşul ise, borçlunun hilesi veya ağır kusuru bulunmadan ödeme yapmasıdır.

⁹⁶ Öztan, 1997 (n 6) 266.

Hile, borçlunun, hamilin maddi hukuk bakımından hak sahibi olmadığını bilmesidir. Hile halinde, borçlunun kasıtlı hareketi söz konusudur. Ağır kusur ise, basit bir araştırmayla hamilin hak sahibi olmadığını bilebilecek durumdaki borçlunun bunu yapmamasıdır. Ağır kusur halinde borçlunun kastından söz edilmese de dikkat ve özen konusunda gösterdiği ihmalin derecesi (*bilebilecek durumda olma*) onu kasıtlı davranışla eş değer sonuçlara maruz bırakmaktadır. Anılan koşullar sağlandığında, alacaklı maddi hukuk bakımından hak sahibi olmasa dahi borçlu borcundan kurtulmaktadır⁹⁷. Hükmün amacı, borçluyu gerçekten hak sahibi olmayan bir kişiye ödeme yapmaya sevk etmek değildir. Amaç, kıymetli evrakın tedavül yeteneğine koşut olarak borçlunun durumunu hafifleterek iyiniyetle yapacağı ödeme ile onu borçtan kurtarmaktır. Bu ödeme, borçlu ile maddi hukuk bakımından hak sahibi olan alacaklı arasındaki ilişki açısından da sonuç doğurmaktadır.

B. Kıymetli Evrakın İptal Edilmesi Halinde Borçlunun Durumu

İptal kararının pozitif etkisi itibarıyla karar hamili hakkını senetsiz olarak ileri sürmeye yetkilidir. Bu yetkinin borçlu bakımından sonucu, iptal kararı hamiline ödeme yaparak borcundan kurtulabilmektir. Diğer yandan, iptal edilen senet hak sahibini teşhis etme işlevini yitirdiğinden borçlu, senedi ibraz edene ödeme yapmakla yükümlü değildir; meğerki, senet hamili, iptal kararı hamilinin değil de kendisinin gerçekten hak sahibi olduğunu ispat etsin⁹⁸. Böylece, iptal kararı bir yandan, hak sahibinin hakkını senetsiz olarak ileri sürmesine imkân tanırken; diğer yandan, senet bedelinin haksız hamil tarafından borçludan tahsil edilme riskini ortadan kaldırmaktadır⁹⁹.

İptal kararı hamilinin talebi üzerine yeni bir senet düzenleyen borçlunun, bundan böyle sadece yeni senedi ibraz eden hak sahibi olarak kabul edeceği ve borcunu yalnızca bu kişiye ödemeyi kabul ettiği de söylenemez¹⁰⁰. Zira TTK 652 hükmünde iptal kararı üzerine hak sahibinin hakkını senetsiz olarak ileri sürebilmesi ile yeni bir senet düzenlenmesini isteyebilmesi arasında iptal kararının etkisi açısından bir farklılık yaratılmamıştır¹⁰¹.

⁹⁷ Öztan (n 6) 29; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 6) 218-219.

⁹⁸ Kınacıoğlu (n 6) 61.

⁹⁹ Çamoğlu (n 6) N 37; Bozkurt (n 13) 140.

¹⁰⁰ Belirtilmelidir ki, iptal konusu kıymetli evrakın kambiyo senedi olması halinde iptal talebinde bulunanın yeni bir senet düzenlenmesini isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu mümkün değildir. Gereği ise, senedin düzenleyen ve cirantalar tarafından imzalanmasının güçlük arz edeceği [Kınacıoğlu (n 6) 77], yeni bir senet düzenlenmesinin ancak iptali istenen senedin henüz vadesi gelmediğinde anlamlı olabileceği ve fakat iptal prosedürü dikkate alındığında senedin vadesinden veya çekin kısa olan ibraz sürelerinden önce iptalinin pek mümkün olmadığı [Öztan, 1997 (n 6) 280; Çamoğlu (n 6) N 367; Pulaşlı (n 6) § 10 N 7] şeklindedir. Diğer görüş ise, kambiyo senetlerinin iptali halinde de yeni bir senet düzenlenmesinin istenebileceğini [Poroy ve Tekinalp (n 6) N 135; Göç Gürbüz (n 6) 124]; ancak, bu talebin senedin iptali sırasında borcun henüz muaccel olmadığı durumlarda anlam ifade edeceğini savunur [Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 6) 59; Bozer ve Göle (n 6) 58; Kendigelen ve Kırcı (n 6) N 165; Ercan ve Ayan Omuş (n 6) 105; Gültekin (n 6) 183-184].

¹⁰¹ Poroy ve Tekinalp (n 6) N 136a.

İptal kararı borçlunun durumunda kötüleşmeye neden olmaz. Borçlu, senedin ibrazı karşılığında ödeme yapmakla yükümlü olduğu dışındaki bütün defileri, kıymetli evrakta defilerin ileri sürülmesine ilişkin sınırlar çerçevesinde karar hamiline karşı ileri sürebilir¹⁰². Defilerin dayandığı sebepleri ispat eden borçlu ödeme yapmakla yükümlü tutulamaz¹⁰³.

Diğer yandan, borçlunun iptal kararı hamiline ödeme yaparak borcundan kurtulması, TTK 646/2 hükmünde düzenlenenlerden daha hafif koşullara tabi değildir. Buna göre, borçtan kurtulması iyiniyetle ödeme yapması koşuluna bağlı olan borçlu, iptal kararı hamilinin gerçekten hak sahibi olmadığını biliyorsa; örneğin, iptal kararının haksız bir şekilde alınmasına kendisi de yardım etmişse ya da basit bir araştırmayla hak sahibi olmadığını bilebilecek durumdaysa karar hamiline yapacağı ödeme onu borçtan kurtarmayacaktır¹⁰⁴. Hemen belirtelim, TTK 652/1 hükmünün mutlak ifadesi karşısında borçlu iptal kararı hamilinden gerçekten hak sahibi olduğunu ispatlamasını isteyemeyeceği gibi, böyle bir girişimde bulunmaması borçlunun ağır kusuru da telakki edilemeyecektir¹⁰⁵.

İptal kararı hamiline yapacağı iyiniyetli ödemeye borcundan kurtulan borçlu, sonradan iptal kararını iptal ettirip de gerçek hak sahibi olduğunu ispat eden kişiye ödeme yapmakla yükümlü tutulamaz¹⁰⁶. Bu durumda, gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü kişi, iptal kararı hamiline sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK 77 vd.) uyarınca başvurulabilir¹⁰⁷. Öte yandan, karar hamiline yapılan hileli veya ağır kusurlu ödeme, borçluyu, gerçek hak sahipliğini ispat eden kişiye ikinci kez ödeme yapmak zorunda bırakacaktır (TTK 646/2).

Borçlunun iyiniyetinin hangi hallerde ortadan kalkacağını tespit açısından şu iki sorun üzerinde durulmalıdır: İptal kararına konu bir senedin dolanımında olduğunu bilmesi borçlunun iptal kararı hamiline yapacağı ödeme açısından nasıl bir sonuç doğuracaktır? (*Sorun 1*). Yine, borçlu, ödeme talebiyle kendisine ibraz edilen senet

¹⁰² Frick (n 55) Art 972 N 2; BGE 84 II 174, 176 (3 Mart 1958) □ <https://www.bger.ch/> □ Erişim Tarihi 4 Nisan 2021; Kendigelen ve Kirca (n 6) N 163; Strohmeier (n 55) 87, 88; Öztan, 1997 (n 6) 278-279; Pulaşlı (n 6) § 10 N 50; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 89; Bozkurt (n 13) 149; Ercan ve Ayan Omuş (n 6) 106; Gültekin (n 6) 184; Gürbüz (n 6) 787; Ertekin ve Karataş (n 13) 92-94; Yargıtay 11 HD, 14280/5671, 25.9.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 21 Haziran 2021).

¹⁰³ Öztan, 1997 (n 6) 278; Gürbüz (n 6) 794; Yargıtay 19 HD, 9273/5630, 20.6.1995 [Ertekin ve Karataş (n 13) 138]. Borçlunun hakkın varlığına ve kapsamına ilişkin bir defa ileri sürdüğü takdirde, inkâr edilen hususları iptal isteminde bulunanın ispat etmekle yükümlü olduğu yönünde bk. Kendigelen ve Kirca (n 6) N 163; Yargıtay 11 HD, 1914/5668, 27.4.1992 [Ertekin ve Karataş (n 13) 130, 131].

¹⁰⁴ Domanic (n 6) 54; Karayalçın (n 13) 364; Öztan, 1997 (n 6) 277; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 87; Ercan ve Ayan Omuş (n 6) 103; Göç Gürbüz (n 6) 163; Ertekin ve Karataş (n 13) 90, 91, 98; Gültekin (n 6) 203-204; Gürbüz (n 6) 788; Sezer (n 6) 113; Yargıtay 11 HD, 5550/12664, 30.11.2015 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 12 Kasım 2020); Yargıtay 11 HD, 12336/3565, 15.5.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 15 Kasım 2020); Yargıtay HGK, 19-443/474, 5.6.2002 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 11 Aralık 2020).

¹⁰⁵ Frick (n 55) Art 985 N 3; BGE 80 II 267, 268 (18 Ekim 1954) □ <https://www.bger.ch/> □ Erişim Tarihi 20 Mayıs 2020).

¹⁰⁶ Yargıtay 19 HD, 14443/846, 17.1.2013 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2021); Yargıtay 11 HD, 4038/4315, 28.5.1990 [Ertekin ve Karataş (n 13) 123]. Yine de olası risk ve zorluklardan kurtulmak isteyen borçlunun iptal kararıyla ödeme talep edildiğinde senet bedelini tevdi etmesi gerektiği görüşü için bk. Gürbüz (n 6) 788.

¹⁰⁷ Yargıtay 19 HD, 14443/846, 17.1.2013 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2021).

hakkında iptal süreci başlatıldığından ya da iptal kararı verildiğinden haberdar olmasına rağmen ödeme yaparsa, bu ödeme kendisini borçtan kurtaracak mıdır? (Sorun 2).

Gerçek hak sahibini tespit etmese de iptal kararı bir yandan, TTK 652/1 hükmü nedeniyle karar hamili lehine hak karinesi oluştururken; diğer yandan, bir çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle aksi ispat edilinceye kadar delil teşkil etmektedir. Buna göre, iptal kararı ibraz edilerek ödeme talep edilen borçlunun senedin dolanımında olduğunu bilmesi, senet hamilinin gerçek hak sahibi olduğunu bildiği anlamına gelmez ve borçluyu karar hamiline ödeme yapma yükümlülüğünden kurtarmaz. Gerçekten, çalınma, kaybolma zayi hallerine istinaden iptal halinde, iptal kararı zaten senedin bir başkasının elinde olma ihtimalinin varlığı kabul edilerek verilmektedir. TTK 652/1, buna rağmen verilen iptal kararı ile karar hamilinin hak talebinde bulunabileceğini kabul eder. O halde, kendisine iptal kararıyla başvurulduğunda borçlu, senedin dolanımında olduğu bilgisine sahip olsa dahi, iptal kararı hamiline ödeme yapmaktan kaçınmaz. Bu durumda, iptal kararı hamili, TTK 652/1 ile lehine yaratılan hak karinesinden istifade ederken; senet hamili, iyiniyetli bile olsa iptal kararının negatif etkisinin sonuçlarına katlanmak zorunda kalır.

Öte yandan, Yargıtay eski bir kararında, borçlunun, iptal kararı hamiline senet ortaya çıkmadan önce ödeme yapması halinde dahi borcundan kurtulamayacağını, senet hamiline ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalacağını, iptal kararı hamiline ödediği bedeli geri isteyebilmesi için ise iptal kararının iptal edilmiş olması gerektiğini içtihat etmiştir¹⁰⁸. Karara göre, borçlunun iptal kararı hamiline yaptığı hiçbir ödeme iyiniyetli ödeme bile olsa onu borçtan kurtarmayacaktır. Bu karardaki katılığı bir nebze olsun terk ettiği yeni bir kararında ise, kendisine senede dayalı olarak icra takibi yapılmadan önce iptal kararına istinaden ödeme yapan borçlunun, çekin ortaya çıktığını ve icraya konulduğunu bilerek ödeme yapmadığından iyiniyetli olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁹. Kararın mefhumu muhalifinden Yargıtay'ın, senedin ortaya çıktığını bildiği halde iptal kararına istinaden ödeme yapan borçlunun borcundan kurtulmayacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Senedin tedavül yeteneğine mutlak bir üstünlük tanıyarak iptal kararı hamilinin ve senet borçlusunun menfaatlerini hiçe sayan, anılan bileşenlerin menfaatlerini korumak maksadıyla kanunda geniş yer bulan kıymetli evrakın iptaline ilişkin düzenlemeleri görmezden gelen bu yaklaşımı kabul etmek mümkün değildir.

¹⁰⁸ Yargıtay 11 HD, 480/2529, 10.5.1979: "...Alınan iptal kararına müsteniden bono bedelini tevdi eden veya doğrudan doğruya davacıya ödeyen borçlunun kaybolduğu iddia edilen senedin sonradan yetkili hamil tarafından ibraz edilmesi halinde ona karşı ödeme def'inde bulunması mümkün olamayacağı için (TTK 599) ikinci kez senet bedelini ödemesi icap eder. Her ne kadar bu ödmeden sonra borçlunun iptal kararında davacı görünen kimse hakkında bir istirdat davası açabileceği düşünülebilirse de böyle bir davanın dinlenebilmesi için öncelikle iptale ilişkin kararın iptali lazım gelir..." Gürbüz (n 6) 786. Bu kararın eleştirisi için bk. Gürbüz (n 6) 789, 780.

¹⁰⁹ Yargıtay 11 HD, 12336/3565, 15.5.2018 (YargıtayBB, Erişim Tarihi 15 Kasım 2020).

Çözümü iptal kararının alınma sürecinde aramak gerekirse; iptal kararı verilebilmesi için gerekli koşulların varlığını hâkim takdir eder. İptal süreci, senedin zayi olduğu inandırıcı delillerle ispatlanınca doğrudan iptaline karar vermeye ya da senet mahkemeye sunulduğunda iptal isteminde bulunana iade etmeye yönelik bir süreç değildir. İptal kararı, senedin zayi olduğu konusunda hâkimin inandırıcı delillerle ikna olduğunu ve yapılan ilanlara rağmen senedin mahkemeye sunulmadığını ortaya koyar. Nasıl ki, iptal sürecinde senedin kimin elinde olduğunun bilinmesi veya mahkemeye sunulması halinde senet üzerindeki hak sahipliğine şüpheyle yaklaşıyor ve senedin zayi olduğu konusunda hâkim ikna olmasına rağmen doğrudan senedin iptal isteminde bulunana iadesine karar verilemeyip bu konuda bir yargılama yapılması gerekli görülüyorsa, senet iptal kararından sonra ortaya çıktığında da hak sahipliğine yönelik uyuşmazlıkların çözümü için aynı süreç işletilmelidir. Mahkemenin bile senet üzerindeki hak sahipliğine yönelik uyuşmazlığın, bunların karşılıklı yer aldığı bir davada çözümlenmesine karar verip iptal istemiyle başvuranın hakkını senetsiz olarak ileri sürmesine müsaade etmediği bir durumda borçludan, hak sahibini tespit işine soyunarak bizzat belirlediği kişiye ödeme yapması beklenemez¹¹⁰. Bu durumda borçlu bakımından en doğru hareket TBK 107 uyarınca senet bedelini tevdi etmektir¹¹¹. İptal kararı verildikten sonra borçlunun, senet hamilinin hak sahibi olduğuna kanaat getirerek ona yaptığı ödemenin “hile” ile yani onun gerçek hak sahibi olmadığını bilerek yapılmış bir ödeme olduğu söylenemese de hak sahipliğinin tespiti işini mahkemeye bırakmadığı için borçlunun “ağır kusurlu” olduğu kabul edilmelidir.

Yine, poliçenin iptaline ilişkin TTK 757/2 hükmünde, mahkemenin ödemedenden men (ödeme yasağı) kararında muhataba, vadenin gelmesi üzerine poliçe bedelini tevdi etmeye izin vereceği ve tevdi yerini göstereceği düzenlenmektedir (TTK 778/1,ı; 818/1,s). Bu tedbire uymayan borçlu, ikinci kez ödeme yapmaya zorlanabilecektir (TTK 662/1). Henüz senet hakkında iptal kararı verilmediği aşamada dahi borçlunun, hakkında iptal süreci başlatılan senet hamiline ödeme yapması istenmediğine göre, iptal kararı verildiğini bilen borçludan senet hamiline ödeme yapmaması haydi haydi beklenmelidir.

Borçlunun ifa etmemenin olumsuz sonuçlarından hangi koşullarda kurtulacağı önemlidir. Öğretide bir görüş, borçlunun, ödeme talep eden senet hamilinin maddi hukuk bakımından hak sahibi olmadığını ispatlaması gerektiğini; ancak bu koşulla ödeme yapmaktan kaçınabileceğini ileri sürmektedir¹¹². Bu konudaki ispat külfetini borçluya yüklemek adil değildir. Hem iptal kararı hamilinin hem de senet hamilinin,

¹¹⁰ Aksi yönde bk. İmregün, 1995 (n 14) 208-209.

¹¹¹ Jäggi (n 55) Art 971, 972 N 216; Kinacıoğlu (n 6) 61; Öztan (n 6) 59; Öztan, 1997 (n 6) 283; Öztürk (Dirikkan) (n 6) 94; Göç Gürbüz (n 6) 174-175; Gültekin (n 6) 204; Yargıtay 19 HD, 14443/846, 17.1.2013 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2021).

¹¹² Bülow (n 14) WG Art 90 N 8; Kinacıoğlu (n 6) 61; Öztan (n 6) 59. Alman Federal Mahkemesi, borçlunun iptal kararı hamiline, gerçek hak sahibinin üçüncü kişi olduğu yönünde bir defa ileri süremeyeceğine karar vermiştir [BGH II ZR 50/56 (18 Eylül 1958)].

kendisinin gerçek hak sahipliği iddiası nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, kimin hak sahibi olduğunu belirleme külfetini borçluya yüklemek, uyuşmazlığın tamamen dışında olan borçluyu salt bir kıymetli evrak düzenlediği için cezalandırmaktır. Kaldı ki, ispat araçlarına erişim imkânı açısından anılan üçlü arasında en zayıfı borçludur¹¹³. Diğer yandan, bu konuda tanınacak mutlak bir serbesti borcunu ödemek istemeyen kötünietli borçluları ödüllendirme sonucunu doğuracaktır. Bu itibarla, amaç, iptal kararı verilmeden önce işletilmesi gereken hak sahibinin tespitine yönelik sürecin iptal kararı sonrasında taşınması ve dolayısıyla gerçek hak sahibinin kim olduğunun belirlenmesi ise, bu konuda borçlunun ispat etmesi gereken şey maddi hukuk bakımından kimin hak sahibi olduğu değil; senedin iptal kararına konu edildiğidir.

Hemen belirtelim, kendisine ibraz edilen senet hakkında iptal kararı verildiğinden habersiz bir şekilde ödeme yapan borçlu borcundan kurtulur¹¹⁴. Ödeme için ibraz edilen senet hakkında iptal süreci henüz tamamlanmadıysa, bu süreçte bilahare ödeme yasağı kararı verilmiş olmadıkça borçlunun senet hamiline ödeme yapma yükümlülüğü ise ortadan kalkmaz. Bu sonuç, borçlunun iptal sürecinden haberi olsa dahi (ödeme yasağı verilmesi hariç) değişmez.

Borçlunun ödeme yaparken iyiniyetli olup olmadığının ispatı yükünün kime ait olduğu başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'a göre, ödeme yaparken iyiniyetli olduğunu borçlu ispatlamalıdır¹¹⁵. Borçlunun kural olarak kötünietli olduğunu kabul eden bu yaklaşım öncelikle TMK 3/1 hükmüne aykırıdır. Ayrıca iptal başvurusunda bulunanın önleyici tedbir olarak ödeme yasağı isteyebileceğini düzenleyen TTK 662/1 ve 757/1 hükümlerinden, iptal süreci hakkında haberi olmayan borçlunun yaptığı ödemeye borcundan kurtulacağı anlaşılmaktadır. Şu hâlde, borçlunun ödeme yaparken iyiniyetli olmadığını, bunu iddia eden ispatlamalıdır¹¹⁶.

C. Somut Olay Açısından Değerlendirme

Dava konusu çek hakkında iptal kararı verilmeden önce ödeme yasağı kararı verildiğinden, çekin düzenlenme tarihi ile icra takibi arasında yaklaşık dört yıl zaman geçtiğinden ve ayrıca çek borçlusu iptal kararı alan lehtarın müşterisi olduğundan borçlunun çekin iptalinden bilgisinin bulunmadığını söylemek güçtür¹¹⁷. Çekin iptal

¹¹³ Nitekim bk. Yargıtay 19 HD, 8587/11754, 25.6.2014: "Davacı çek keşidecisi, keşide edilen çekin kaybolduğu iddiasıyla alınan iptal kararı üzerine iptal kararını ibraz edene ödeme yapmış ve sonradan gerçek çek hamili olduğu iddiasıyla çekin ibrazı üzerine, ilk hamile karşı borçlu olmadığını tespiti davası açmıştır. Gerçek çek hamilinin tespiti yönünden, çek bedelini tahsil eden ilk hamilin, çeki ibraz eden ikinci hamile karşı dava açarak gerçek çek hamilinin tespitini istemesi yönünden, dava açması için süre verilmesi ve verilecek kararın sonucuna göre, çek keşidecisinin borçlu olup olmadığını tespiti gerekir" Eriş (n 12) 214.

¹¹⁴ Kınacıoğlu (n 6) 61.

¹¹⁵ Yargıtay 11 HD, 5550/12664, 30.11.2015 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 12 Kasım 2020).

¹¹⁶ Domaniç (n 6) 54; Ertekin ve Karataş (n 13) 99.

¹¹⁷ Hamiline yazılı senetlerde olduğunun (TTK 666/2) aksine, poliçenin iptaline ilişkin kararın ilan edileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda hamiline yazılı senetlerden farklı bir yaklaşım sergilenmesini gerektirecek bir neden yoktur. Nasıl ki, senedi elinde bulundurana mahkemeye tevdi etmeye yönelik çağrı konusunda her iki kategoride de

edildiğini bilmesi borçlunun çek hamiline yapacağı ödemeyi hileli olmasa bile ağır kusurlu hale getirir. Zira iptal kararının negatif etkisi itibarıyla çekin teşhis fonksiyonu kaldırıldığından, senet hamilinin senetten doğan hakkı talebe yetkili olup olmadığı senet üzerinden (şekli hak sahipliği esasları uyarınca) tespit edilemez. Ayrıca senet hamilinin icra takibi sırasında kendi cirantası da dahil olmak üzere cirantalarla (ikinci sıradaki hariç) borçlunun adresini bildirmemiş olması gibi somut olayın özellikleri de dikkate alındığında borçlunun, bu şekilde başlatılan icra takibi karşısında temkinli davranarak ödeme yapmaktan kaçınması ticari senet borçlusundan beklenen özenin bir gereğidir. Nitekim Yargıtay bir kararında, kendi cirantasına ait kimlik-adres bilgilerini bilmemesini hayatın olağan akışına aykırı bulduğundan senet hamilinin kötünietli olduğu sonucuna varmıştır¹¹⁸.

Yine, çekin düzenlenme tarihi üzerinden geçen zaman, lehtarın iptal kararı almış olması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda çekin düzenlenme nedeni ilişkiden doğan borcun borçlu tarafından iptal kararı hamiline ödenmiş olma ihtimali yüksektir. Lehtarın imzasının sahte oluşu ve senette tahrifat yapıldığı iddiası, senedin kötünietli kişiler eline geçtiği ve borçlu tarafından iptal kararı hamiline ödeme yapılmışsa bu ödemenin iyiniyetle yapıldığı ihtimalini güçlendirmektedir. İptal kararı hamiline yapacağı ödeme onu borçtan kurtaracağından, sonradan ortaya çıkan senedin hamili iyiniyetli olsa ve hatta iptal kararı iptal edilse bile borçlu yeniden ödeme yapmakla sorumlu tutulamayacaktır. İşte, senet hamilinin edinimdeki iyiniyeti borçlunun sorumluluğunu etkilemeyeceğinden, iptal kararı hamiline ödeme yapıp yapılmadığı ile borçlunun bu ödemede iyiniyetli olup olmadığı araştırılmaması hatalıdır.

Borçlu tarafından iptal kararı hamiline ödeme yapıldıysa, iyiniyetli senet hamilinin, senet bedelini tahsil eden iptal kararı hamiline başvuru hakkı vardır (TBK 77 vd.). İmzası sahte olduğu için taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin bir defa ileri sürerek kıymetli evrak hukuku prensipleri uyarınca sorumluluktan kurtulan lehtar, bu sefer maddi hukuk kuralları uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Hemen belirtelim, bu ihtimalde lehtarın imzasının sahte oluşu, iyiniyetli senet hamiline karşı sorumlu tutulmasına engel değildir. Lehtarın sorumluluğunun sebebi, senet bedelini borçludan tahsil etmiş olmasıdır. Lehtar, böylece uğradığı zararı, senedi çalan ve/ya imzasını taklit eden kişilerden haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilecektir.

Bu itibarla, Mahkemece değerlendirilmesi gereken husus, borçlunun, lehtarın imzasının sahteliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağından ziyade iptal kararının borçlunun durumuna etkisi olmalıydı. Dava menfi tespit davası olduğundan, davacıların borçlu olup olmadığı tespit edilirken icra takibine süresinde itiraz edilip edilmediğinin bir önemi bulunmadığı gibi, icra takibine konu çeke özgü

ilan yoluyla çağrı yapıyor, buna paralel olarak iptal kararı da ilan edilmelidir.

¹¹⁸ Yargıtay HGK, 2238/1062, 25.3.2015 (SinerjiBB, Erişim Tarihi 11 Mart 2021).

olanlar dışındaki vakıaların dikkate alınarak neticeye ulaşılmasına da bir engel yoktur. Davalının senedi iktisabında iyiniyetli olup olmadığı somut olaydaki veriler dikkate alınarak tespit edildikten sonra, borçlunun iptal kararına istinaden lehtara ödeme yapıp yapmadığı ile ödeme yaptıysa bile bu ödemenin onu borçtan kurtarıcı etkisinin bulunup bulunmadığı gözetilerek neticeye ulaşılması gerekirken, iptal kararının etkileri açısından bir değerlendirme yapılmaması borçluyu iki kez ödeme yapma tehlikesine maruz bırakmıştır.

Sonuç

İncelenen karara konu olayda, iptal kararı ortadan kaldırılmadığından ve kararın verildiği sırada etkisini sürdürdüğünden iptal kararının içeriğine göre işlem yapılmalıdır.

İptal kararının negatif etkisi nedeniyle emre yazılı bir senedi düzgün bir ciro zincirine istinaden elde bulundurmamak, senetten doğan hakkı talebe yetkili sayılmak için yeterli değildir. Bu nedenle borçlu, iptal kararına konu bir senedi ibraz eden kişi şaklen yetkili hamil olsa bile bu kişiye ödeme yapmakla yükümlü değildir. İptal kararına konu senedin zilyedi, ancak iyiniyetliyse senet üzerinde hak elde edebilir. Kararda, çek hamilinin hak sahibi olduğu sonucuna yalnızca şekli hak sahipliği esasları uyarınca ulaşılmıştır. Somut olayda senet hamilinin iyiniyetli sayılmasına engel deliller bulunmasına rağmen iyiniyetli hamil olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmamıştır.

Olayda, iptal kararı verilmeden önce iktisap edilen bir çek söz konusudur. Kararın gerekçesine göre bu durumda çek hamili iptal kararı hamiline başvuruya yetkili olup borçludan istemde bulunamayacakken, neticede çek hamilinin borçludan senet bedelini talep edebileceğine hükmedilmesi kararın bizzat kendi gerekçesiyle gelişmesine yol açmıştır.

İptal kararı verilmeden önce uygulanan kanuni tedbirlerle menfaatler dengesi zaten sağlanmaktadır. Bu nedenle, kıymetli evrakın tedavül yeteneğinin zarar göreceği kaygısını, karardan sonraki sürece taşıyarak senet hamilinin haklarına üstünlük tanımak adil değildir.

Kararda, çek hakkında iptal davası açıldığını bildiği halde iptal sürecine katılmayan ve böylece Kanunda öngörülen sürecin işletilmesine engel olan davalı bu davranışı nedeniyle adeta ödüllendirilmiştir. İptal davası açılması üzerine senet mahkemeye sunulmuş olsaydı takip edilecek olan istirdat davası süreci iptal kararından sonraya taşınmalı ve bu davada, senet üzerinde kimin hak sahibi olduğu tartışması tüm taraflar açısından açıklığa kavuşturulmalıydı.

İptal kararıyla karar hamilinin hak sahibi olduğuna dair fiili bir karine meydana gelir. Bu karinenin aksini ispat yükü gerçek hak sahipliği iddiasında bulunan senet hamiline aittir. Ayrıca, iptal sürecinden haberdar olmasına rağmen çeki mahkemeye tevdi etmeyerek iptal kararı verilmesine neden olan çek hamilinin bu kasıtlı davranışına rağmen iyiniyet karinesinden (MK 3) istifade etmesi hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Hamilin iktisabının iyiniyetli olup olmadığı tespit edilirken hayatın olağan akışı ölçütünden de istifade edilebilir.

Borçlu, karar hamiline yapacağı iyiniyetli ödemeyle borcundan kurtulur. Borçlunun senedin dolanımında olduğunu bilmesi bu sonucu değiştirmez. Kendisine ödeme için ibraz edilen senet hakkında iptal kararı verildiğinden haberdar olan borçlu ise, senet hamiline ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. İptal kararı hamili, TTK 652/1 ile lehine yaratılan hak karinesinden istifade ederken; senet hamili, iptal kararının negatif etkisinin sonuçlarına katlanmak zorundadır.

İncelenen kararda mahkeme tarafından değerlendirilmesi gereken, borçlunun, lehtarın imzasının sahteliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağından ziyade iptal kararının borçlunun durumuna etkisi olmalıydı. Davalının senedi iktisabında iyiniyetli olup olmadığı tespit edildikten sonra, borçlunun iptal kararına istinaden lehtara ödeme yapıp yapmadığı ile ödeme yapıtıysa bile bu ödemenin onu borçtan kurtarıcı etkisinin bulunup bulunmadığı gözetilerek karar verilmeliydi. Bunların yapılmaması, yeni uyumsuzluklara kapı aralamış, hiç de adil olmayan bir şekilde borçluyu iki kez ödeme yapma tehlikesine maruz bırakmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

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

Aras A, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü* (Yetkin 2017).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (9. Bası, Yetkin 2023).

Ataay A, *Medeni Hukukun Genel Teorisi (Temel Bilgiler - Genel Kavramlar)* (4. Bası, Der Yayınları 1995).

Atalı M, iç Hakan Pekcanitez, Muhammed Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2020).

Aybay A ve Hatemi H, *Eşya Hukuku* (4. Bası, Vedat 2014).

- Bahtiyar M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (19. Bası, Beta 2022).
- Bahtiyar M, Taşdelen N, Biçer L ve Hamamcıoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Beta 2022).
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (11. Bası, BTHAE 2024).
- Bozkurt T, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Legem 2020).
- Budak A C, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV: Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi* (TBB 2005).
- Bülöw P, *Wechselgesetz, Scheckgesetz mit AGB-Sparkassen, AGB-Banken, AGB-Postbank und Scheckbedingungen, Kommentar*, (5. Auflage, C.H.Beck 2013).
- Çamoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (2. Bası, Vedat 2023).
- Domanıç H, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, İstanbul Üniversitesi 1975).
- Ercan T ve Ayan Omuş L, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası* (Filiz 2024).
- Eriş G, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (2. Bası, Seçkin 2016).
- Ertekin E ve Karataş İ, *Uygulamada Ticari Senetler* (2. Bası, Yetkin 1996).
- Frick T A, iç Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (edr), OR Kommentar: Schweizerisches Obligationenrecht (3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli 2016).
- Göç Gürbüz D, *Öğreti, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali* (Beta 2017).
- Gültekin Ö, *Yeni TTK, TBK, HMK ve Çek Kanununa Göre Öğretide ve Uygulamada Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali* (9. Bası, Seçkin 2020).
- Gürbüz A H, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar* (2. Bası, Cem Ofset 1985).
- Hatemi H, *Eşya Hukuku* (On İki Levha 2020).
- Hueck A ve Canaris C W, *Recht der Wertpapiere* (11., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Franz Vahlen 1977).
- İmre Z, *Medeni Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler 1980).
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku (Genel Hükümler, Kambiyo Senetleri, Makbuz Senedi, Varant)* (Filiz 2007).
- İmregün O, 'Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali' iç Reha Poroy'a Armağan (Kent Basımevi 1995) 200-210.
- İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2017* (On İki Levha 2018).
- İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2018* (On İki Levha 2019).
- İÜHF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2019* (On İki Levha 2020).
- İyilikli A C, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin 2016).
- Jäggi P, *Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, a: Art. 965-989 und 1145-1155* (Schulthess 1959).
- Kalpsüz T, 'Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlihi' (1981) 11(2) BATİDER 37-62.

- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III: Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Bası, Sevinç 1970).
- Kendigelien A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku: Genel Esaslar, Kambiyo Senetleri* (7. Bası, On İki Levha 2023).
- Kendigelien A, *Çek Hukuku* (6. Bası, On İki Levha 2021).
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Bası, Nobel 1999).
- Kuhn H, iç Roberto Vito ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz: Art. 772-1186 OR und BEG* (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Kuru B, *Nizasız Kaza Ajans* (Ajans Türk Matbaası 1961).
- Meier-Hayoz A ve von der Crone H. C., *Wertpapierrecht* (3. überarbeitete Auflage, Stämpfli 2018).
- Meriç N, 'Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları' (2007) 2(7) Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 377-434.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (25. Bası, Filiz 2023).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (26. Bası, Yetkin 2022).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan 1997).
- Öztürk (Dirikkan) H, *Kıymetli Evrakın Ziyat ve İptali* (Ankara Üniversitesi 1990).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (11. Bası, On İki Levha 2023).
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24. Bası, Vedat 2021).
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (10. Bası, Adalet 2023).
- Serozan R, *Eşya Hukuku I* (3. Bası, Filiz 2014).
- Sezer A, *Bilimsel Görüşler, Uygulama ve Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptal Davası* (2. Bası, Adalet 2010).
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2015).
- Strohmeier F, *Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im schweizerischen Recht* (Juris 1952).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C.I* (4. Bası, Yetkin 2021).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C.II* (2. Bası, Yetkin 2022).
- Türe M, 'Yargıtay Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Ziyat ve İptali' (2020) 18(213) LHD 4027-4090.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan N F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14. Bası, Vedat 2021).
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku: Giriş Zilyetlik Tapu Sicili* (10. Bası, Savaş 2018).
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (YargıtayBB)
- <https://www.bger.ch/>
- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (SinerjiBB)



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 03.01.2024
Revizyon Talebi: 21.02.2024
Son Revizyon Tarihi: 24.06.2024
Kabul: 24.06.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Gemi Sicil Yönetmeliği'nin Gemi İpoteğinin Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Murat Aydın*

Öz

Çalışmanın temelini, 12.05.2023 tarihinde yürürlüğe giren Gemi Sicil Yönetmeliği (GSY) madde (m.) 33-35 hükümlerinde yer alan gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, çalışmada ilk olarak GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı belirlenmiştir. Ardından gemi ipoteğine ilişkin genel esaslar üzerinde durulmuştur. Son olarak gemi ipoteğinin kurulması kapsamında; ipotek sözleşmesinin şekli, ipotek harcı ödeme yükümlülüğü, tescil talebi ve tescil prosedürü ile birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması konuları hakkında değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca Gemi Sicil Yönetmeliği dışında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1014 ve devamı (vd.) hükümlerinde de gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, GSY m. 33-35 hükümleri, TTK m. 1014-1053 hükümleri bakımından tamamlayıcı hüküm niteliğindedir (TTK m. 994). Bu durum, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümleri incelenirken TTK m. 1014 vd. hükümlerinin de dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, çalışmada, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin olarak gerektiği ölçüde Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler üzerinde de durulmuştur. Öte yandan Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri, gemi sicil müdürlüğü uygulamaları hakkında da düzenlemeler içermektedir. Bu doğrultuda, GSY m. 33-35 hükümleri incelenirken gemi sicil müdürlüğü uygulamaları da çalışmada göz önünde bulundurulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Gemi Sicil Yönetmeliği, Gemi Sicili, Sicile Kayıtlı Gemi, Sözleşmesel Rehin, Gemi İpoteği

Evaluation of Ship Registry Regulation Provisions on Establishment of a Ship Mortgage

Abstract

This study is based on the provisions of Articles 33-35 of the Ship Registry Regulation (SRR) regarding the establishment of ship mortgages. Accordingly, the scope of application of Art. 33-35 of the SRR was determined in this study. Then, the general principles regarding ship mortgage are emphasised. Finally, within the scope of the establishment of a ship mortgage; the form of the mortgage agreement, the obligation to pay the mortgage fee, the registration request and registration procedure, and the establishment of mortgages on more than one ship or share are analysed. In addition, Article 1014 et seq. of Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) contains provisions on the establishment of ship mortgages. Therefore, in this study, the provisions of the Turkish Commercial Code regarding the establishment of ship mortgages are also emphasised to the extent necessary. On the other hand, the provisions of the Ship Registry Regulation on the establishment of ship mortgages also contain regulations on the practises of the ship registry directorate. Accordingly, while analysing the provisions of Articles 33-35 of the SRR, the practises of the ship registry directorate are also examined in this study.

Keywords

Ship Registry Regulation, Registered Ship, Contractual Pledge, Ship Mortgage

* **Sorumlu Yazar:** Murat Aydın (Araş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı; Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye. E-posta: murataydin93@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1883-5968

Atf: Aydın M, "Gemi Sicil Yönetmeliği'nin Gemi İpoteğinin Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 479. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0005>



Extended Summary

Art. 33-35 of the SRR contain provisions on the establishment of ship mortgages. These provisions are “supplementary provisions” with respect to the provisions of Art. One thousand and fourteen et seq. of the TCC concerning the establishment of ship mortgages. Therefore, the provisions of Articles 33-35 of the SRR apply to matters that are not regulated under Articles 1014 et seq. of the TCC. Articles’s provisions 33-35 of the SRR shall apply to ships registered in the registry. Accordingly, if a mortgage is to be established on ships registered in the National Ship Registry and ships and yachts registered in the Turkish International Ship Registry, the provisions of Art. 33-35 of the SRR shall be applied together with Art. 1014 et seq. of the TCC. A ship mortgage may be established to secure a receivable that may arise in the future or that is conditional or contingent upon a negotiable instrument. However, as stated in Art. 35/1 of the SRR, ship mortgages cannot be established for receivables that are contingent on a mortgaged promissory note or revenue bond. It is possible to establish mortgages on more than one ship or share for the same receivable. In addition, ships need not be registered in the same registry. In the event that a mortgage is established on more than one ship or ship share for the same receivable, the procedures to be performed in the ship registry are regulated under Art. 34 of the SRR.

In the case of shared ownership, each shareholder may establish a ship mortgage on his or her share. However, after a ship mortgage is established on one or more shares, the shareholders cannot establish a mortgage on the entire ship. In addition, if all shares of a ship belong to a single owner, it is not possible for the owner to establish a ship mortgage on separate shares in favour of separate persons. On the other hand, in the case of joint ownership, a ship mortgage can only be established on the whole ship with the approval of all shareholders. The contractual pledges of the ships registered in the registry are provided through ship mortgage only. Accordingly, a pledge cannot be established on an individually registered ship within the framework of the provisions of Law No. 6750 on Movable Pledge in Commercial Transactions (TITRK). However, within the scope of Article 5/2 c. 1 of the TITRK, if a movable pledge in commercial transactions is established on the entire commercial or tradesman enterprise or on a certain movable asset, the ship registered in the registry is also included in the scope of the pledge if there is a ship registered in the registry among the pledged movable assets.

In order to establish a mortgage on a ship registered in the registry, a formal mortgage agreement must be concluded, the mortgage fee must be paid, and the mortgage must be registered in the ship registry. Under Art. 33/2 c. 1 of the SRR, the mortgage agreement must be provided for in writing and the signatures must be approved by a notary public or the ship registry directorate. In addition, the mortgage agreement may be executed in the form of a notarial deed, or the signatures in the

written mortgage agreement prepared by the parties may be approved by the notary public. On the other hand, to establish a mortgage on a ship registered in the registry, a sum corresponding to 11.38 per 10,000 of the amount of the receivable subject to the mortgage must be paid as a fee. The last condition to be fulfilled to establish a mortgage on a ship registered in the registry is registration of the mortgage in the registry. For this purpose, the parties to the mortgage agreement or their authorised representatives must submit a registration request to the ship registry directorate. If the registration request petition is submitted to the registry office together with its annexes, the registry office personnel shall record the information specified in Article 1016 of the TCC in GESBIS and in the section of encumbrances of the ship in the registry book kept in a physical environment. Thus, a ship mortgage is registered and established in the registry.

I. Giriş

12.05.2023 tarih ve 32188 sayılı Resmi Gazete’de, Cumhurbaşkanı tarafından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ m. 953² ve m. 994³ ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 478/1-d bendi hükümlerine dayanılarak 7283 sayılı kararla Gemi Sicil Yönetmeliği (GSY) yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmelik, yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir (GSY m. 63⁴). Ayrıca 7283 sayılı Kararla, 31.12.1956 tarih ve 4/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Gemi Sicil Nizamnamesi ile 13.03.1957 tarih ve 4/8807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Gemi Bayrak Şahadetnameleri Hakkında Nizamname de yürürlükten kaldırılmıştır⁵. Bu nedenle, yürürlükten kalkan Gemi Sicil Nizamnamesi ile Gemi Bayrak Şahadetnameleri Hakkında Nizamname’de düzenlenen konular hakkında Gemi Sicil Yönetmeliği hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Çalışmada, 12.05.2023 tarih ve 32188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Gemi Sicil Yönetmeliği’nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, çalışmada, Gemi Sicil Yönetmeliği’nin “Gemi ipoteği ve kurulması” kenar başlıklı m. 33; “Birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması” kenar başlıklı m. 34 ve “Gemi ipoteğine ilişkin diğer hükümler” kenar başlıklı m. 35 hükümleri incelenecektir. Ayrıca konuyla ilgili olduğu ölçüde, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin olarak TTK m. 1014 vd. hükümlerinde yer alan düzenlemeler de çalışmada ele alınacaktır.

¹ RG 14.02.2011, S 27846.

² “Yönetmelik” kenar başlıklı TTK m. 953 hükmünde, “*Gemi tasdiknamesiyle bayrak şahadetnamesinin nasıl düzenleneceği, geminin adının gemi üzerine nasıl yazılacağı ve bu Bölüm hükümlerinin uygulama şekli Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ile belirlenir.*” düzenlemesi yer almaktadır.

³ “Yönetmelik” kenar başlıklı TTK m. 994 hükmünde, “*Gemi sicilinin kuruluşu ve nasıl tutulacağı, müdür ve memurlarının sahip olmaları gereken nitelikleri, hukuki ilişkilerin nasıl belgelenecekleri ve tescil olunacakları, kayıtların düzeltilmesi, değiştirilmesi ve silinmesine ilişkin tamamlayıcı hükümler Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ile belirlenir.*” düzenlemesi yer almaktadır.

⁴ GSY m. 63 hükmünde, “*Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.*” denilmiştir.

⁵ 7283 sayılı Karar’da “*31/12/1956 tarihli ve 4/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Gemi Sicili Nizamnamesi” ile 13/3/1957 tarihli ve 4/8807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Gemi Bayrak Şahadetnameleri Hakkında Nizamname”nin yürürlükten kaldırılmasına ve ekli “Gemi Sicil Yönetmeliği”nin yürürlüğe konulmasına, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 953 üncü ve 994 üncü maddeleri ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 478 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince karar verilmiştir.*” açıklaması yer almaktadır.

II. Gemi Sicil Yönetmeliği'nin Gemi İpoteğinin Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı

A. Milli Gemi Sicili'ne Kayıtlı Gemiler ile Türk Uluslararası Gemi Sicili'ne Kayıtlı Gemi ve Yatlar Bakımından Değerlendirme

TTK m. 1014/1 c. 3 hükmünde, “*Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Benzer şekilde GSY m. 33/1 c. 3 hükmünde de “*Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır.*” denilmiştir. Her iki hükümde, sicile kayıtlı gemilerden söz edilerek bu gemilerin sözleşmeye dayalı rehinlerinin yalnızca gemi ipoteği ile sağlanacağı ifade edilmiştir. Bu iki hükümden, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin olarak Gemi Sicil Yönetmeliği'nde yer alan hükümlerin yalnızca sicile kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca GSY m. 33-35 hükümleri incelendiğinde de Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin sicile kayıtlı gemiler bakımından uygulanabileceği tespit edilmektedir. Zira belirtilen bu hükümlerde; gemi sicilinden, sicile kayıtlı gemiden, geminin sicil kaydından ve gemi sicilinde yapılacak işlemlerden söz edilmektedir. Buna göre, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için bir aracın “gemi” niteliğine sahip olması ve “sicile kayıtlı” olması gerekir. Bu doğrultuda, “gemi”; “gemi sicili” ve “sicile kayıtlı gemi” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ile bu kavramların kapsamlarının belirlenmesi önem taşır. Bu hususlar belirlendiği takdirde, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde yer alan gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı da belirlenmiş olur.

“Tanımlar ve kısaltmalar” kenar başlıklı GSY m. 4 hükmünde, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde geçen “gemi” kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Bu nedenle, “gemi” kavramı bakımından TTK m. 931/1 hükmünde yer alan gemi tanımının esas alınması; Gemi Sicil Yönetmeliği'nin ise, TTK m. 931/1 hükmü uyarınca gemi tanımı kapsamında yer alan araçlar bakımından uygulanacağı sonucuna ulaşılmaması gerekir. TTK m. 931/1 hükmünde, “*Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından “gemi” sayılır.*” denilmiştir⁶. Bu tanımda öngörülen şartları sağlayan araçlar, GSY bakımından “gemi” niteliği taşırlar. TTK m. 931/1 hükmünde yer alan gemi tanımının oldukça geniş bir kapsama sahip olduğu⁷ dikkate alındığında, suda/denizde

⁶ TTK m. 931/1 hükmünde yer alan gemi tanımı bakımından detaylı bilgi için bkz. Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku (Kender – Çetingil)* (17. Tıpkı Baskı, Filiz 2022) 47 vd.; Murat Aydın, *Gemilerin Kaydedilmesi ve Kayıtlarının Silinmesi* (Filiz 2022) 14 vd.

⁷ Konuya ilişkin olarak TTK m. 931 hükmünün gerekçesinde, “6762 sayılı Kanunun 816 ncı maddesinden değiştirilerek alınmıştır. “Tekne” kavramı, “araç” kavramı ile ve “kazanç” kavramı ise, “ekonomik menfaat” kavramı ile değiştirilmiştir. Teknik ve iktisadî hayattaki gelişmeler göz önünde bulundurularak, “gemi” kavramının kapsamı mümkün olduğunca genişletilmeye çalışılmıştır. Yargıtay kararlarında “gemi” kavramının dar yorumlanmasının sakıncalı sonuçlarını bertaraf

kullanılan araçların büyük çoğunluğunun TTK m. 931/1 hükmünde öngörülen şartları sağlayacağı ve dolayısıyla gemi tanımı kapsamında yer alacağı açıktır.

Bir su/deniz aracının Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı kapsamında yer alabilmesi için TTK m. 931/1 hükmü uyarınca gemi niteliğine sahip olması dışında ayrıca sicile kayıtlı olması da gerekir. GSY m. 4/1-e bendi hükmünde, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde geçen "gemi sicili" kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Bu hükümde, gemi sicili; "6102 sayılı Kanunun 956 ncı maddesine göre tescilli caiz gemilerin kaydına mahsus, gemi ile ilgili maddi ve hukuki durumun bilinmesini ve aleniyetini sağlayan, devletin sorumluluğu altında tutulan resmi sicil ..." şeklinde tanımlanmıştır. GSY m. 4/1-e bendi hükmünde yer alan tanımdan, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde geçen "gemi sicili" kavramıyla yalnızca TTK m. 954 vd. hükümlerinde düzenlenen ve "Gemi Sicili" olarak ifade edilen gemi sicilinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu sicil, 16.12.1999 tarih ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸ (TUGSK) m. 2/1-c⁹ ile Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği¹⁰ (TUGSY) m. 4/1-e¹¹ bendi hükümlerinde, Milli Gemi Sicili (MGS) olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından MGS'ne kayıtlı gemiler "sicile kayıtlı gemi" kavramı kapsamında yer alırlar. Dolayısıyla gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümleri, MGS'ne kayıtlı gemiler hakkında uygulanacaktır.

Öte yandan GSY m. 4/1-e bendi hükmünde yer alan "gemi sicili" tanımı ile MGS'nin kastedilmiş olması, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin münhasıran MGS'ne kayıtlı gemiler bakımından uygulanacağı yorumunun yapılmasına yol açabilecek niteliktedir. Ancak kanaatimizce, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından "sicile kayıtlı gemi" kavramının kapsamında yalnızca MGS'ne kayıtlı gemiler yer almaz.

Gemi Sicil Yönetmeliği'nin Gemi Sicil Nizamnamesi'nin yerine yürürlüğe konulduğu ve Gemi Sicil Nizamnamesi'nin TTK m. 954 vd. hükümleriyle birlikte

etmek için, kendiliğinden hareket etme kabiliyetini haiz olmasa dahi, bir aracın gemi olabileceği açıkça belirtilmiştir. Böylece yüzen havuzlar, mavnalar, şatlar, hovercraftlar dahi, tahsis gayesi suda hareket etmesini gerektirmesi şartıyla gemi sayılmıştır. ..." açıklaması yer almaktadır.

⁸ RG 21.12.1999, S 23913.

⁹ TUGSK m. 2/1-c bendi hükmünde, "Bu Kanunda geçen; Milli Gemi Sicili: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 839 uncu ve diğer maddelerinde öngörülen gemi sicilini ifade eder." düzenlemesi yer almaktadır. Hükümde, yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (RG 09.07.1956, S 9353 - eTTK) m. 839 ve devamı hükümlerine atf yapılmıştır. eTTK m. 839 ve devamı hükümleri, TTK m. 954 ve devamı hükümlerine tekabül etmektedir.

¹⁰ RG 23.06.2000, S 24088.

¹¹ TUGSY m. 4/1-e bendi hükmünde, "Bu Yönetmelik'te geçen; MGS: 6762 sayılı TTK'nun 839 uncu ve diğer maddelerinde düzenlenen Milli Gemi Sicilini ifade eder." düzenlemesi yer almaktadır. Hükümde, eTTK m. 839 ve devamı hükümlerine atf yapılmıştır. eTTK m. 839 ve devamı hükümleri, TTK m. 954 ve devamı hükümlerine tekabül etmektedir.

MGS'ne ilişkin hükümler içerdiği dikkate alındığında, Gemi Sicil Yönetmeliği hükümlerinin öncelikle MGS'ne kayıtlı gemiler bakımından uygulanacağı açıktır. Ancak Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin, münhasıran MGS'ne kayıtlı gemiler bakımından uygulanacağını söylemek doğru değildir. Nitekim GSY m. 4 hükmünde, MGS'ni kastetmek üzere kullanılan “gemi sicili” kavramı dışında “gemi sicili” niteliği taşıyan Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS) de tanımlanmıştır¹². Dolayısıyla gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümlerinin TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağıın değerlendirilmesi gerekir.

“Terkin, satış, isim değişikliği, ipotek tescili” kenar başlıklı TUGSY m. 14 hükmünde, “*TUGS'ye tescil işlemleri ile, gemilerin terkin, satış, isim değişikliği, ipotek tescili ve diğer benzeri işlemlerde, TTK ve 31/12/1956 tarihli ve 8520 sayılı Gemi Sicil Nizamnamesinin, 4490 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, TUGS'ne tescil işlemleri ile gemilerin¹³ terkin, satış, isim değişikliği, ipotek tescili ve diğer benzeri işlemlerde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 31.12.1956 tarih ve 8520 sayılı Gemi Sicil Nizamnamesinin TUGSK'na aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, “Atıflar” kenar başlıklı GSY m. 59 hükmünün birinci fıkrasında, “*Mevzuatta, 31/12/1956 tarihli ve 4/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Gemi Sicili Nizamnamesine yapılan atıflar; bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.*” denilmiştir. Bu nedenle, TUGSY m. 14 hükmünde, Gemi Sicil Nizamnamesi'ne yapılan atfın Gemi Sicil Yönetmeliği'ne yapılmış sayılması gerekir. Dolayısıyla tescil işlemleri ile gemi ve yatların terkin, satış, isim değişikliği, ipotek tescili ve diğer benzeri işlemlerde Gemi Sicil Yönetmeliği'nin TUGSK'na aykırı olmayan hükümleri TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin (GSY m. 33-35), TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar hakkında da uygulanacağı sonucuna ulaşılması gerekir. Görüldüğü üzere, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından “sicile kayıtlı gemi” kavramının kapsamında, MGS'ne kayıtlı gemiler dışında TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar da yer almaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde yer alan gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerin (GSY m. 33-35), MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar üzerinde kurulacak ipotekler bakımından

¹² GSY m. 4/1-k bendi hükmünde, “*Bu Yönetmelik'te geçen; TUGS: 16/12/1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gereğince tutulan Türk Uluslararası Gemi Sicilini ifade eder.*” düzenlemesi yer almaktadır.

¹³ TUGS'ne ticari gemi ve yatlar kaydedilmektedir (TUGSK m. 2, TUGSY m. 4). Buna karşılık, TUGSY m. 14 hükmünde yalnızca “gemilerden” bahsedilmiştir. Bu durum, TUGSY m. 14 hükmünün yalnızca TUGS'ne kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulacağı yorumunun yapılmasına yol açmaktadır. Ancak kanaatimizce, TUGSY m. 14 hükmü, TUGS'ne kayıtlı gemiler ile yatlar bakımından uygulanır. Bu nedenle, TUGSY m. 14 hükmünde geçen “gemilerin” ifadesinin “gemiler ile yatların” olarak anlaşılması gerekir. Bilgi için bkz. Aydın (n 6) 248, dn. 183.

uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır. Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin (GSY m. 33-35) uygulama alanına ilişkin ulaşılan bu sonuç, TTK m. 996 hükmünde yer alan düzenleme ile uyumludur. Nitekim TTK m. 996 hükmünde, “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, bu Bölüm hükümleri yalnız Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunan gemiler hakkında uygulanır.*” denilmiştir. Buna göre, Milli Gemi Sicili ve Türk Uluslararası Gemi Sicili, TTK m. 996 hükmünde geçen “Türk Gemi Sicili” ifadesinin kapsamında yer almaktadır¹⁴. Ayrıca TTK m. 996 hükmünde, “... *bu Bölüm hükümleri ...*” ifadesiyle de Türk Ticaret Kanunu'nun “Deniz Ticareti” başlıklı beşinci kitabının “Gemi” başlıklı birinci kısmının “Mülkiyet ve Diğer Ayni Haklar” başlıklı dördüncü bölüm hükümleri (TTK m. 996-1060) kastedilmektedir. Gemi ipoteğine ilişkin TTK m. 1014-1053 hükümleri de sistematik olarak Türk Ticaret Kanunu'nun “Mülkiyet ve Diğer Ayni Haklar” başlıklı dördüncü bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla TTK m. 996 hükmüne göre, gemi ipoteğine ilişkin TTK m. 1014-1053 hükümleri (ve bu bağlamda gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümler) kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde, yalnızca MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar hakkında uygulama alanı bulmaktadır.

B. Bağlama Kütüğü'ne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçları ile Özel Sicil'e Kayıtlı Gemiler Bakımından Değerlendirme

TTK m. 1014/1 c. 3 ile GSY m. 33/1 c. 3 hükümlerinde yer alan “*Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır.*” düzenlemesi uyarınca, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin Gemi Sicil Yönetmeliği'nde yer alan hükümler (GSY m. 33-35) sicile kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bu doğrultuda, GSY m. 33-35 hükümlerinin Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağına değerlendirilmesi gereklidir. Zira öğretilde, Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olup olmadığı hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durum, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının “sicile kayıtlı gemi” kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri bakımından tereddüt doğurmaktadır.

Öncelikle belirtmelidir ki, GSY m. 4/1-a bendi hükmünde yer alan “Bağlama kütüğü” tanımı¹⁵ dışında, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde Bağlama Kütüğü'ne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca GSY m. 33-35 hükümlerinde, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerin Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz

¹⁴ Yazıcıoğlu (n 6) 154-155; Aydın (n 6) 100.

¹⁵ GSY m. 4/1-a bendi hükmünde, “*Bu Yönetmelik'te geçen; Bağlama kütüğü: 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesi gereğince tutulan, gemi, deniz ve iç su aracının kaydedildiği, ana ve yardımcı kütüklerden oluşan elektronik kayıt sistemini ve bağlama kütüğü dosyasını ifade eder.*” tanımı yer almaktadır.

ve içsu araçları hakkında uygulama alanı bulacağına ilişkin bir açıklama ya da atıf da bulunmamaktadır. Ancak tüm bu hususlar, GSY m 33-35 hükümlerinin Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları hakkında uygulanmayacağı sonucuna ulaşılması bakımından yeterli değildir. GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi bakımından değerlendirilmesi gereken husus, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının “sicile kayıtlı gemi” niteliğinde olup olmadıklarıdır.

Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olduğunu savunan yazarlar¹⁶ olmakla birlikte, kanaatimizce, Bağlama Kütüğü, “gemi sicili” niteliğinde değildir¹⁷. Bu nedenle, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları, GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından “sicile kayıtlı gemi” kavramı kapsamında yer almazlar. Dolayısıyla da Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri (GSY m. 33-35), Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları hakkında uygulama alanı bulmaz.

Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesi kapsamında, Özel Sicil'e kayıtlı gemiler bakımından da değerlendirme yapılması gereklidir. Zira Türk gemisi olmamasına (yabancı bayraklı olmasına) rağmen Türk bayrağı çekme izni verilen gemilerin kayıt altına alındığı ve uygulamada “Kiracı Sicili” olarak da adlandırılan¹⁸ kayıt düzenini ifade etmek üzere, TK m. 941/3 ile GSY m. 4/1-h ve GSY m. 51/1 hükümlerinde “sicil” kavramı kullanılmıştır. Bu durum, Özel Sicil'e kayıtlı gemilerin “sicile kayıtlı gemi” kavramı kapsamında yer aldıkları yorumunun yapılmasına yol açabilecek niteliktedir. GSY m. 33-35 hükümlerinin “sicile kayıtlı gemiler” bakımından uygulama alanı bulduğu dikkate alındığında, Özel Sicil'in “gemi sicili” niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu değerlendirme sonucunda GSY m. 33-35 hükümlerinin, Özel Sicil'e kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulmayacağı tespit edilmiş olur.

GSY m. 4/1-h bendi hükmünde, Gemi Sicil Yönetmeliği'nde geçen Özel Sicil; *“Bakanlık nezdinde sicil müdürlükleri tarafından, Kanunun 941 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre Türk Bayrağı çekmesine izin verilen gemiler için aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince tutulan sicili ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca

¹⁶ S. Didem Algantürk Light, ‘Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler’ (2009) Yıl: 8 (16) 51; Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku – Cilt: II (Gemilerin Eşya Hukuku)* (On İki Levha 2018) 56-57; Kerim Atamer, ‘Gemiler Üzerinde 6750 Sayılı Kanun Uyarınca Rehin Kurulabilir Mi?’ 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar (Vedat 2021) 330. Atamer, açıkça Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olduğunu ifade etmemektedir. Ancak yaptığı açıklamalarda, Bağlama Kütüğü'nü bir “sicil” olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Belirtilmelidir ki, Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olduğu görüşünü savunan yazarlar, öğretilde azınlıkta kalmaktadırlar.

¹⁷ Bağlama kütüğünün hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar ve Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olmadığına ilişkin görüşler için bkz. Aydın (n 6) 257 vd. Belirtilmelidir ki, Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olmadığı görüşünü savunan yazarlar, öğretilde çoğunluğu oluşturmaktadırlar. Ayrıca yargı içtihatlarında da Bağlama Kütüğü'nün “gemi sicili” niteliğinde olmadığı ifade edilmektedir. Örneğin bkz. Yargıtay 12 HD, 2020-9457/2021-954, 02.02.2021 (Lexpera).

¹⁸ Yazıcıoğlu (n 6) 65 ve 319.

“Özel sicil” kenar başlıklı GSY m. 51 hükmünün¹⁹ birinci fıkrasında da Özel Sicil’e ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. GSY m. 51/1 hükmünde, “*Kanunun 941 inci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı hâllerde istemde bulunulması hâlinde yabancı bayraklı gemilere Bakanlıkça bayrak çekme izni verilebilir. Bayrak çekme izni verilen gemiler geçici olarak GESBİS’te bulunan özel sicile tescil edilir. İzin alan kişi her iki yılda bir, izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür. Geçici bayrak çekmeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.*” denilmiştir. Bu yönüyle, GSY m. 51/1 hükmü, TTK m. 941/2-3 hükümlerine karşılık gelmektedir. TTK m. 941/2 hükmünde, maliki TTK m. 940 hükmünde öngörülen şartları²⁰ sağlamadığı için “Türk gemisi olmayan” yabancı bayraklı bir gemiye Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’nın (geçici olarak) Türk bayrağı çekmesine izin vermesinin şartları²¹; TTK m. 941/3 hükmünde ise, (geçici olarak) Türk bayrağı çekmesine izin verilen gemilerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından tutulan Özel Sicil’e kaydedilecekleri düzenlenmiştir.

Burada belirtilmelidir ki, TTK m. 941/3 hükmünde, “*İkinci fıkrada belirtilen gemiler, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığınca tutulacak özel bir sicile kaydolunur.*” denilmiştir. Buna karşılık, GSY m. 4/1-h bendi hükmünde, TTK m. 941/2 hükmü kapsamında Türk bayrağı çekme izni verilen gemilerin (TTK m. 941/3 hükmü uyarınca) Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı²² nezdinde sicil müdürlükleri tarafından tutulan sicile kaydedilecekleri ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere her iki hükümde, geçici olarak Türk bayrağı çekme izni verilen gemileri kayıt altına alacak makam bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce, bu esaslı bir farklılık değildir. Zira gemi sicil müdürlükleri, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’nın taşra teşkilatında²³ yer alan Bölge Liman Başkanlıkları ve Bağlı Liman Başkanlıkları²⁴

¹⁹ GSY m. 51 hükmünün kenar başlığı “Özel sicil” şeklindedir. Bununla birlikte, GSY m. 51/2 hükmünde, “*Bir Türk gemisinin, Kanunun 941 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince yabancı bayrak çekmesine izin verilebilmesi için o gemi üzerinde takyidatların silinmesi veya hak sahiplerinin tümünün geminin yabancı bayrak çekmesine yönelik yazılı onayının alınması şarttır. Geçici olarak yabancı bayrak çeken geminin siciline takyidat kaydedilmesi mümkündür. Geçici yabancı bayrak çekilmesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.*” denilmiştir. Görüldüğü üzere, hükümde, bir Türk gemisine TTK m. 941/1 hükmü uyarınca yabancı bayrak çekme izni verilebilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Özel Sicil’e kayıt ise, TTK m. 941/2 hükmü kapsamında Türk bayrağı çekme izni verilen gemiler bakımından söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan GSY m. 51 hükmünün kenar başlığı ile içeriğinin uyumlu olmadığını söylemek gereklidir. Zira Özel Sicil’e ilişkin düzenlemeler yalnızca GSY m. 51 hükmünün birinci fıkrasında yer almaktadır.

²⁰ TTK m. 940 hükmüne ilişkin açıklamalar için bkz. Yazıcıoğlu (n 6) 63-64; Aydın (n 6) 32-35.

²¹ TTK m. 941/2 hükmünde, “*Türk gemisi olmayan bir gemi, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmışsa, malikin rızası alınmış olmak, Türk mevzuatının kaptan ve gemi zabıtları hakkındaki hükümlerine uyulmak ve yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı geminin Türk Bayrağı çekmesine izin verebilir. Şu kadar ki, izin alan kişi, her iki yılda bir, izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür.*” düzenlemesi yer almaktadır.

²² GSY m. 4/1-h bendi hükmünde, “*Bakanlık nezdinde sicil müdürlükleri tarafından tutulan sicilden*” söz edilmiştir. Ayrıca GSY m. 4/1-c bendi hükmünde ise, Gemi Sicil Yönetmeliği’nde geçen “*Bakanlık*” ifadesiyle Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’nın kastedildiği belirtilmiştir.

²³ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’nın taşra teşkilatı hakkında bkz. < Bölge Liman Başkanlıkları ve Bağlı Liman Başkanlıkları - T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı (uab.gov.tr) > Erişim tarihi 28 Mart 2024.

²⁴ GSY m. 4/1-ç bendi hükmünde, “*Bu Yönetmelikte geçen; Bölge liman başkanlığı: Bakanlık taşra birimi olan bölge liman başkanlıklarını ifade eder.*” düzenlemesi yer almaktadır. Ayrıca GSY m. 4/1-ğ bendi hükmünde, “*Bu Yönetmelikte geçen; Liman başkanlığı: Bölge liman başkanlıkları ve bağımsız liman başkanlıklarını ifade eder.*” denilmiştir.

bünyesinde bulunmakta ve faaliyet göstermektedirler. Nitekim TTK m. 954/2 c. 1 hükmünde, gemi sicil müdürlüklerinin liman başkanlıkları nezdinde çalıştıkları ifade edilmiştir²⁵. Ayrıca GSY m. 4/1-i bendi hükmünde, “*Bu Yönetmelikte geçen; Sicil müdürlüğü: Kanununun 954 üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince*²⁶, Bakanlık tarafından uygun görülen bölge liman başkanlıklarında/liman başkanlıklarında kurulan ve gemi sicilini tutmakla yetkili gemi sicil müdürlüğünü ifade eder.” denilmiş; GSY m. 14/1 hükmünde ise, “*Gemi sicil müdürlükleri, gemi sicilinin tutulması ve gemi sicili ile ilgili tüm işlemlerin gerçekleştirilmesi amacıyla Bakanlığın uygun gördüğü bölge liman başkanlıklarında/liman başkanlıklarında kurulur.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla GSY m. 4/1-h bendi hükmünde, TTK m. 941/3 hükmüne açıklık getirildiği kabul edilmeli ve TTK m. 941/2 hükmü kapsamında Türk bayrağı çekme izni verilen gemilerin Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı nezdinde faaliyet gösteren gemi sicil müdürlükleri tarafından tutulan “sicile” kaydedilecekleri sonucuna ulaşılmalıdır.

Öte yandan TTK m. 941/3 ile GSY m. 4/1-h ve m. 51/1 hükümlerinde, TTK m. 941/2 hükmü kapsamında (geçici olarak) Türk bayrağı çekme izni verilen gemilerin Özel Sicil adı verilen bir “sicile” kaydedilecekleri ifade edilmiştir. Ancak belirtilen hükümlerde, terminolojik açıdan “sicil” kavramı doğru bir şekilde kullanılmamıştır. Zira Özel Sicil, bir “gemi sicili” niteliği taşımamaktadır. Özel Sicil, TTK m. 941/2 hükmü kapsamında geçici süreyle Türk bayrağı çekmesine izin verilen gemilerin takip edilmesi amacıyla oluşturulan, bu gemilere ve izinlerine ilişkin bilgilerin kayıt altına alındığı bir kayıt düzenidir²⁷. Dolayısıyla bu kayıt düzenini ifade etmek üzere, ilgili mevzuat hükümlerinde “sicil” kavramının tercih edilmesi ve bu kayıt düzeninin uygulamada “Kiracı Sicili” olarak adlandırılması hukuki açıdan isabetli değildir. Bu nedenle, belirtilen kayıt düzenini ifade etmek üzere, “Özel Sicil” kavramı yerine “Özel Kütük”; “Kiracı Kütüğü” ya da “Kiracı Listesi” gibi kavramların tercih edilmesi daha isabetli olur.

Sonuç olarak, Özel Sicil’e kayıtlı gemiler, GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından “sicile kayıtlı gemi” kavramı kapsamında yer almazlar. Dolayısıyla da Gemi Sicil Yönetmeliği’nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri (GSY m. 33-35), Özel Sicil’e kayıtlı gemiler hakkında uygulama alanı bulmaz.

²⁵ TTK m. 954/2 c. 1 hükmünde, “*Gemi sicilleri, liman başkanlığı nezdinde çalışan sicil müdürlükleri tarafından, o yerde deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesinin, bulunmadığı takdirde asliye ticaret mahkemesinin, o da yoksa ticaret davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesinin gözetimi altında tutulur.*” denilmiştir.

²⁶ TTK m. 954/1 hükmünde, “*Türk gemileri için, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının uygun göreceği yerlerde gemi sicili tutulur.*” düzenlemesi yer almaktadır.

²⁷ Yazıcıoğlu (n 6) 65.

C. Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e Kayıtlı Gemiler (Yapılar) Bakımından Değerlendirme

Gemi Sicil Yönetmeliği'nin "Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil ve Özel Sicil" başlıklı sekizinci bölüm hükümlerinde (GSY m. 47-50), TTK m. 986 vd. hükümlerinde düzenlenen Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede, GSY m. 47/2 hükmünde, "*Yapı hâlindeki bir gemi, ... yapı üzerinde bir gemi ipoteğinin kurulması yahut ... tersane sahibinin gemi ipoteğinin kurulmasına yönelik istem hakkını teminat altına almak amacıyla sicile şerh verilmesi söz konusu olduğu takdirde yapı hâlindeki gemilere özgü sicile kaydolunur.*" denilmiştir. Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde ipotek kurulması, "Yapı hâlindeki gemilere özgü sicilde takyidat işlemi" kenar başlıklı GSY m. 48 hükmünde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, GSY m. 48/1 c. 1 hükmünde, "*Omurgasının konulduğu andan kızaaktan indirilinceye kadar görülebilecek bir yerine ad ve numara konulmak suretiyle yapının açık ve sürekli bir şekilde ayırt edilmesi gerçekleştirildiği andan itibaren yapı hâlindeki gemiler üzerinde ipotek kurulabileceği*" ifade edilmiştir. Bununla birlikte, GSY m. 48/1 c. 2 hükmünde, "*Tamamlandığında on sekiz gros tonilatodan ufak olacak yapılar üzerinde ipotek kurulamayacağı*" düzenlenmiştir.

GSY m. 48/2 hükmünde ise, "*Yapı hâlindeki gemilere özgü sicile kayıtlı yapılar üzerine kaydedilecek ipotek ve diğer takyidat işlemlerinde, gemi sicilinde uygulanan işlemler uygulanır.*" denilmiştir. Hükümde, usuli bir düzenlemeye yer verilerek Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde kurulacak ipotek ve diğer takyidatlara ilişkin olarak sicilde yapılacak işlemler bakımından MGS'nde yapılacak işlemlere atıf yapılmıştır. Bu atıfla, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'de yapılacak ipotek ve diğer takyidat kayıt, düzeltme ve silinme işlemleri bakımından MGS'nde yapılacak işlemlerin aynısının yapılacağı ifade edilmek istenmiştir. Görüldüğü üzere, GSY m. 48 hükmünde, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde ipotek kurulabilmesinin şartları (GSY m. 48/1) ile ipotek kurulabilmesi için sicilde yapılacak usuli işlemler (GSY m. 48/2) hakkında özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte, GSY m. 48 hükmünde, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde ipotek kurulabilmesi bakımından GSY m. 33-35 hükümlerinde düzenlenen birçok konu hakkında düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin (GSY m. 33-35) Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağına değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki GSY m. 48 hükmünde, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) hakkında gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulacağına ilişkin bir açıklama ya da atıf

yer almamaktadır. Bu bakımdan GSY m. 48/2 hükmünde geçen “... *gemi sicilinde uygulanan işlemler uygulanır.*” atfı, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar) hakkında GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı anlamına gelen bir atıf olarak değerlendirilemez. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, GSY m. 48/2 hükmünde sicilde yapılacak usuli işlemlerle sınırlı olarak MGS’nde yapılacak işlemlere atıf yapılmıştır. Ancak bu durum, GSY m. 33-35 hükümlerinin Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar) hakkında uygulanmayacağı sonucuna ulaşılması bakımından tek başına yeterli değildir.

TTK m. 1014/1 c. 3 ile GSY m. 33/1 c. 3 hükümlerinde yer alan “*Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır.*” düzenlemesi uyarınca GSY m. 33-35 hükümleri, sicile kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bu doğrultuda, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemilerin (yapıların), “sicile kayıtlı gemi” niteliğinde olup olmadıkları değerlendirilmelidir. Böylelikle GSY m. 33-35 hükümlerinin Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar) bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmiş olur. Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil, hukuki açıdan bir “gemi sicili” niteliğindedir. Ancak bu sicile, inşası tamamlanmamış gemiler (yapılar) kaydedilmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere²⁸, GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulmasının ilk şartı, su/deniz aracının TTK m. 931/1 hükmü kapsamında “gemi” niteliğine sahip olmasıdır. Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar) ise, inşaları tamamlanmadığı için TTK m. 931/1 hükmü bakımından “gemi” niteliğine sahip değildirler. Bu nedenle, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar), GSY m. 33-35 hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından “sicile kayıtlı gemi” kavramı kapsamında sayılmazlar. Dolayısıyla gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümleri, kural olarak, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar) bakımından uygulama alanı bulmaz.

Bununla birlikte, inşası tamamlanmamış gemiler (yapılar) üzerinde ipoteğe ilişkin “Uygulanacak hükümler” kenar başlıklı TTK m. 1058 hükmünde, “*Yapı hâlindeki gemiler üzerindeki ipotekle ilgili özel hükümler saklı kalmak üzere, 1014 ilâ 1053 üncü madde hükümleri bu tür ipoteklere de uygulanır.*” düzenlemesi yer almaktadır. TTK m. 1058 hükmü uyarınca, inşası tamamlanmamış gemiler (yapılar) üzerindeki ipoteğe ilişkin özel hükümlerin (TTK m. 1054-1058) yanı sıra, gemi ipoteğine ilişkin hükümler (TTK m. 1014-1053) de inşası tamamlanmamış gemiler (yapılar) üzerindeki ipotekler hakkında uygulama alanı bulacaktır. Ancak Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil’e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerindeki ipoteğe ilişkin GSY m. 48 hükmünde, TTK m. 1058 hükmündeki düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

²⁸ Bkz. II, A.

Bu noktada, GSY m. 48 hükmünde, TTK m. 1058 hükmündeki düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğunu söylemek gerekir. Ancak bu eksikliğin, TTK m. 1058 hükmü ile giderilmesi mümkündür. Şöyle ki, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin dayanakları arasında yer alan “Yönetmelik” kenar başlıklı TTK m. 994 hükmünde, “*Gemi sicilinin kuruluşu ve nasıl tutulacağı, müdür ve memurlarının sahip olmaları gereken nitelikleri, hukuki ilişkilerin nasıl belgelenecekleri ve tescil olunacakları, kayıtların düzeltilmesi, değiştirilmesi ve silinmesine ilişkin tamamlayıcı hükümler Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik ile belirlenir.*” düzenlemesi yer almaktadır. TTK m. 994 hükmü, sistematik olarak “Gemi Sicili” başlıklı bölümde yer alan TTK m. 954-985 ile “Yapı hâlindeki gemilere özgü sicil” başlıklı bölümde yer alan TTK m. 986-992 hükümlerinden sonra gelen ayrı bir düzenlemedir. Bu yönüyle, TTK m. 994 hükmünün hem Milli Gemi Sicili hem de Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil sistemleri bakımından geçerli ve uygulama alanı bulan bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir. Öte yandan TTK m. 994 hükmünden, GSY m. 48 hükmünün inşası tamamlanmamış gemiler (yapılar) üzerindeki ipoteklere ilişkin TTK m. 1054-1058 hükümleri bakımından tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, TTK m. 1058 hükmünden yararlanılarak Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerindeki ipotekler bakımından GSY m. 48 hükmünün yanı sıra, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümlerinin de uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira TTK m. 1058 hükmündekine benzer bir düzenlemeye TTK m. 1053-1058 hükümleri bakımından tamamlayıcı hüküm niteliğindeki GSY m. 48 hükmünde yer verilmemiş olması, TTK m. 1058 hükmünde yer alan düzenlemenin göz ardı edilmesi anlamına gelmez. Dolayısıyla gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümleri, her ne kadar inşası tamamlanmış ve sicile kayıtlı gemiler bakımından öngörülmüş olsa da TTK m. 1058 hükmündeki düzenleme uyarınca Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde kurulacak ipotekler²⁹ bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin (GSY m. 33-35) uygulama alanına ilişkin ulaşılan bu sonuç, TTK m. 996 hükmünde yer alan düzenleme ile uyumludur. Zira TTK m. 996 hükmünde, Türk Ticaret Kanunu'nun “Deniz Ticareti” başlıklı beşinci kitabının “Gemi” başlıklı birinci kısmının “Mülkiyet ve Diğer Ayni Haklar” başlıklı dördüncü bölüm hükümlerinin (TTK m. 996-1060) kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde, yalnızca Türk gemi Sicili'ne kayıtlı gemiler hakkında uygulanacağı ifade edilmiştir. TTK m. 996 hükmünde geçen “Türk Gemi Sicili” ifadesinin kapsamında Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil de yer

²⁹ Belirtilmelidir ki, çalışmada, inşası tamamlanmamış gemiler (yapılar) üzerinde kurulacak ipotekler kapsam dışında tutulmuştur. Bu başlıkta yalnızca GSY m. 33-35 hükümlerinin, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı üzerinde durulmuştur.

almaktadır³⁰. Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde kurulacak ipoteklere ilişkin TTK m. 1054-1058 hükümleri de sistematik olarak Türk Ticaret Kanunu'nun "Mülkiyet ve Diğer Ayni Haklar" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 1058 hükmünde, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde kurulacak ipotekler bakımından TTK m. 1054-1058 hükümlerinin yanı sıra, gemi ipoteğine ilişkin TTK m. 1014-1053 hükümlerinin de uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla TTK m. 996 hükmüne göre, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) üzerinde kurulacak ipoteklere ilişkin TTK m. 1054-1058 ile gemi ipoteğine ilişkin TTK m. 1014-1053 hükümleri (ve bu bağlamda gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri) kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde, yalnızca Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı gemiler (yapılar) hakkında uygulama alanı bulmaktadır.

III. Gemi İpoteği'ne İlişkin Genel Esaslar

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Gemi ipoteği, sicile kayıtlı bir gemi³¹ veya gemi payı³² üzerinde kurulan alacaklıya, üzerinde ipotek kurulan gemiyi veya payını sattırmak suretiyle satış bedelinden alacağını öncelikle alma yetkisi veren sınırlı ayni haktır³³. Nitekim TTK m. 1014/1 c. 1 hükmünde, "*Bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulabileceği*"; TTK m. 1014/1 c. 2 hükmünde de "*gemi ipoteğinin alacaklıya, alacağını gemi bedelinden alma yetkisi verdiği*" ifade edilmiştir. Benzer şekilde, GSY m. 33/1 c. 1 hükmünde, "*Bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulabileceği*"; GSY m. 33/1 c. 2 hükmünde de "*Gemi ipoteğinin alacaklıya, normal yollardan alamaması hâlinde alacağını geminin bedelinden alma yetkisini verdiği*" düzenlenmiştir. Buna göre, bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulabilir (TTK m. 1014/1 c. 1, GSY m. 33/1 c. 1). Ayrıca TTK m. 1014/1 c. 2 hükmünde, gemi ipoteğinin alacaklıya, alacağını geminin bedelinden alma yetkisi verdiği belirtilmiştir. Bu bakımdan GSY m. 33/1 c. 2 hükmünde, TTK m. 1014/1 c. 2 hükmünde belirtilen esas vurgulanmakla birlikte, bu hükümden farklı olarak "alacağın normal yollardan tahsil edilememesinden" söz edilmiştir.

³⁰ Yazıcıoğlu (n 6) 154-155; Aydın (n 6) 100.

³¹ Yukarıda II, A'da belirtildiği üzere, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması bakımından "sicile kayıtlı gemi" kavramının kapsamında, MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar yer almaktadır. Bu nedenle, çalışmanın bu bölümü ve geri kalan kısmında "sicile kayıtlı gemi" kavramından MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatların anlaşılması gerekmektedir.

³² Çalışmanın bu bölümü ve geri kalan kısmında "sicile kayıtlı gemi payı" kavramından MGS'ne kayıtlı gemi payları ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yat paylarının anlaşılması gerekmektedir.

³³ Yazıcıoğlu (n 6) 191; İsmail Demir, *Deniz Ticareti Hukuku (Ders Kitabı)* (2. Baskı, Yetkin 2023) 176; Gemi ipoteği tanımı bakımından ayrıca bkz. İnci Deniz Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II (Giriş – Gemi – Donan ve Donatma İştiraki – Kaptan – Navlun Sözleşmeleri)* (Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz 2024) 52; Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha 2023) 139 vd.; Kübra Yetiş Şamlı, 'Ship Mortgage vs. Maritime Lien What Are The Changes In Favour Of The Mortgagee Under Turkish Law?' (2017) 49 (66) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 194-195.

GSY m. 33/1 c. 2 hükmünde yer alan söz konusu ifadeyle, borçlunun, ipoteğin dayanağı olan borcunu zamanında ödememesi; bir diğer anlatımla, borçlunun kendiliğinden borcunu ödemediği için alacaklının, alacağını tahsil edememesi anlatılmak istenmiştir. Ancak belirtilmelidir ki, “alacağın normal yollardan tahsil edilememesi” kavramın hukuki açıdan bir karşılığı mevcut değildir. Bu nedenle, GSY m. 33/1 c. 2 hükmünde, “alacağın normal yollardan tahsil edilememesi” ifadesine yer verilmiş olmasının, mevzuat yapma tekniği ve hukuki terminoloji tercihi bakımından isabetli olmadığını söylemek gerekir.

Öte yandan GSY m. 33/1 c. 2 hükmü uyarınca borçlunun, ipotekli alacaklıya borcunu zamanında ödememesi üzerine, ipotekli alacaklı, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatarak geminin cebri satış bedelinden alacağını tahsil etme yetkisine sahiptir. İpotekli alacaklı, sıra cetveli hükümleri çerçevesinde geminin cebri satış bedelinden alacağını tahsil edebilir. TTK m. 1395 hükmünde belirtildiği üzere, akdi bir rehin hakkı ile teminat altına alınmış alacaklar, sıra cetvelinin altıncı sırasında yer alır. Buna göre, ipotekli alacaklı, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sonucunda, geminin cebri satış bedelinden altıncı sıra alacaklısı olarak alacağını tahsil edecektir.

TTK m. 1014/1 c. 3 hükmünde, “*Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Benzer şekilde, GSY m. 33/1 c. 3 hükmünde de “*Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehinlerinin sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanacağı*” ifade edilmiştir. Her iki hükümden sicile kayıtlı gemiler üzerinde teslim bağı rehin kurulamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır³⁴. Bir diğer anlatımla, üzerinde rehin kurulmak istenen gemi sicile kayıtlı ise, geminin zilyetliğinin alacaklıya devri gerekmeden üzerinde rehin (gemi ipoteği) kurulabilmesi mümkündür³⁵. Zira sicile kayıtlı gemi üzerinde rehin (gemi ipoteği) kurulabilmesi için malik ile alacaklının bu hususta anlaşmaları ve ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi gerekli ve yeterlidir (TTK m. 1015/1). Ayrıca GSY m. 35/1 hükmünde, “*Gemi ipoteği, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulamaz.*” düzenlemesi yer almaktadır³⁶. Belirtmelidir ki bu düzenleme, TTK m. 1014/1 c. 3 ile GSY m. 33/1 c. 3 hükümleri dikkate alındığında, açıklayıcı niteliktedir. Şöyle ki, sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehinlerinin sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanacak olmasından, gemi ipoteğinin ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulamayacağı sonucu da çıkarılabilmektedir. Ancak GSY m. 35/1 hükmünde, özel bir düzenlemeye yer verilerek gemi ipoteğinin, diğer rehin türlerinden olan ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulamayacağı ifade edilmiştir.

³⁴ Yazıcıoğlu (n 6) 191; Demir (n 33) 176; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehminin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehminin Kuruluşu* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 107.

³⁵ Ergüne (n 34) 106-107.

³⁶ Gemi Sicil Yönetmeliği’nde yer alan gemi ipoteğine ilişkin hükümler, büyük ölçüde TTK m. 1014 vd. hükümleri ile benzeşmektedir. Ancak GSY m. 35/1 hükmünde yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemenin TTK m. 1014 vd. hükümlerinde yer almadığını ifade etmek gerekir.

TTK m. 1014/1 c. 4 hükmünde, “İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de ipotek kurulabilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Benzer şekilde, GSY m. 33/1 c. 4 hükmünde de “İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de gemi ipoteği kurulabileceği” ifade edilmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, kıymetli evraka bağlı bir alacak için gemi ipoteğinin kurulup kurulamayacağı kıymetli evrakın türüne ilişkin farklı ihtimaller dikkate alınarak ileride³⁷ ele alınacaktır. Bu nedenle, burada, GSY m. 33/1 c. 4 hükmü uyarınca, kıymetli evraka bağlı bir alacak için gemi ipoteğinin kurulabileceğini ifade etmekle yetinmekteyiz. Bu başlık ve GSY m. 33/1 c. 4 hükmü bakımından özellik arz eden husus, ileride doğabilecek veya şarta bağlı bir alacak için de gemi ipoteğinin kurulabilecek olmasıdır. Bu doğrultuda, gemi ipoteği, mevcut bir diğer ifadeyle doğmuş bir alacağı teminat altına almak için kurulabileceği gibi ileride doğabilecek veya şarta bağlı bir alacak için de kurulabilir. Ancak ileride doğabilecek alacak için gemi ipoteği kurulabilmesi, alacağın doğabileceği hukuki ilişkinin belirlenmiş olması şartına bağlıdır³⁸. Öte yandan GSY m. 33/1 c. 4 hükmünde, şarta bağlı alacaklar bakımından bir ayırım yapılmamıştır; dolayısıyla geciktirici şarta bağlı alacaklar ile bozucu şarta bağlı alacaklar için gemi ipoteğinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılması gereklidir.

Gemi ipoteği, sicile kayıtlı gemiler üzerinde kurulabileceği gibi sicile kayıtlı gemi payları üzerinde de kurulabilir. Bununla birlikte, gemi ipoteğinin kurulabilmesi bakımından sicile kayıtlı gemi üzerinde paylı mülkiyet veya elbirliğiyle mülkiyet rejiminin olmasına göre farklı esaslar söz konusudur. Nitekim GSY m. 35/2 hükmünde, paylı mülkiyete konu gemiler üzerinde ipoteğin kurulmasına ilişkin esaslar; GSY m. 35/3 hükmünde ise, elbirliği mülkiyetine konu gemiler üzerinde ipoteğin kurulmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu kapsamda, GSY m. 35/2 hükmünde, “Gemi üzerinde paylı mülkiyette, her paydaş kendi payı üzerinde gemi ipoteği kurabilir. Pay üzerinde ipotek kurulduktan sonra paydaşlar geminin tamamını rehin edemezler. Bir geminin bütün paylarının tek bir malikte toplanması durumunda, ayrı ayrı paylar üzerinde ayrı ayrı kişiler lehine gemi ipoteği kurulamaz.” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, gemi üzerinde paylı mülkiyet söz konusu olduğu takdirde, her paydaş kendi payı üzerinde gemi ipoteği kurabilir³⁹. Ancak bir ya da birkaç pay üzerinde gemi ipoteği kurulduktan sonra paydaşlar geminin tamamı üzerinde ipotek kuramazlar. Öte yandan bir geminin bütün paylarının tek bir malike ait olması hâlinde, malikin ayrı ayrı paylar üzerinde ayrı ayrı kişiler lehine gemi ipoteği kurması mümkün değildir⁴⁰. GSY m. 35/3 hükmünde ise, “Elbirliği mülkiyetine tâbi gemilerde ipotek, ancak

³⁷ Bkz. III, C.

³⁸ Yazıcıoğlu (n 6) 193.

³⁹ TTK m. 1014/3 hükmünde, “Bir geminin payı ancak gemiye paylı mülkiyet esaslarına göre malik olan paydaşlardan birinin payından ibaret olmak şartıyla gemi ipoteği ile sınırlandırılabilir.” denilmiştir.

⁴⁰ TTK m. 1014/4 hükmünde, “Bir geminin bütün payları bir malikin elinde bulunduğu sürece, ayrı ayrı paylar üzerinde ayrı ayrı kişilere gemi ipoteği kurulamaz.” düzenlemesi yer almaktadır.

geminin tamamı üzerinde ve tüm ortakların onayıyla kurulabilir.” denilmiştir. Buna göre, gemi üzerinde elbirliğiyle mülkiyet söz konusu olduğu takdirde, ortakların paylarından söz edilemeyeceği için gemi ipoteği ancak geminin tamamı üzerinde ve tüm ortakların onayı ile kurulabilir⁴¹.

B. Sicile Kayıtlı Gemiler Üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kurulup Kurulamayacağı

TTK m. 1014/1 c. 3 hükmünde, *“Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Benzer şekilde, GSY m. 33/1 c. 3 hükmünde de *“Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehininin sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanacağı”* ifade edilmiştir. Bu bakımdan TTK m. 1014/1 c. 3 hükmündeki düzenlemeye ayrıca GSY m. 33/1 c. 3 hükmünde de yer verilerek sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehinlerinin yalnızca gemi ipoteği yolu ile sağlanabileceği hususu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, sicile kayıtlı gemilerin 20.10.2016 tarih ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu⁴² (TİTRK) kapsamında sözleşmesel rehinlerinin mümkün olup olmadığı konusu üzerinde durulması gerekmektedir⁴³. Zira TİTRK, taşınır eşyalar bakımından Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil yapılarak teslimsiz rehin kurulmasına olanak tanıyan özel düzenlemeler getirmektedir. Ayrıca TİTRK, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan sonraki tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu durum, TİTRK hükümleri ile TTK m. 1014/1 c. 3 hükmünde öngörülen kural bakımından istisna öngörülüp öngörülmediği konusunun değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim TİTRK hükümleri kapsamında, taşınırlar bakımından sözleşmesel rehin öngörülmektedir.

TİTRK m. 8/3 hükmünde, *“Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilmez.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Hükümde, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu; bu taşınır varlıklar üzerinde TİTRK kapsamında sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemeyeceği ifade edilmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, hükümde, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınırlardan değil⁴⁴; taşınır üzerinde rehin kurulması bakımından

⁴¹ Gemi ipoteğine ilişkin TTK m. 1014 vd. hükümlerinde, paylı mülkiyet esaslarına göre malik olunan gemiler üzerinde gemi ipoteğinin kurulması hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Buna karşılık, TTK m. 1014 vd. hükümlerinde, elbirliğiyle mülkiyet esaslarına göre malik olunan gemiler üzerinde gemi ipoteğinin kurulması hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bakımdan GSY m. 35/3 hükmündeki düzenleme, konuya ilişkin TTK m. 1014 vd. hükümlerindeki düzenleme eksikliğini gidermiştir. Elbirliğiyle malik olunan gemiler üzerinde ipotek kurulabilmesi hakkında bkz. Demir (n 33) 177.

⁴² RG 28.10.2016, S 29871.

⁴³ Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve işu araçları bakımından TİTRK kapsamında ticari işlemlerde taşınır rehni kurulup kurulamayacağı hakkındaki açıklamalar ve farklı görüşler için bkz. Yasin Yavşan, 'Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz Ve İşu Araçları Üzerinde Sözleşmeye Dayanan Rehin Hakkının Kurulması' (2023) (Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz Edr) Teminat Hukuku (Seçkin 2023) 574 vd.

⁴⁴ TİTRK m. 8/3 hükmündeki *“Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinleri ...”* ifadesinden bir

rehnin sicile tescilinin zorunlu olmasından söz edilmektedir. Dolayısıyla TİTRK m. 8/3 hükmü uyarınca, üzerinde rehin kurulabilmesi için rehnin sicile tescilinin zorunlu olduğu taşınır, TİTRK kapsamında rehne konu olamazlar⁴⁵. Bu doğrultuda, sicile kayıtlı gemiler üzerinde rehin (gemi ipoteği) kurulabilmesi, rehnin (gemi ipoteğinin) sicile tescil edilmesini gerektirdiği için sicile kayıtlı gemilerin TİTRK m. 8/3 hükmü kapsamında yer aldıklarını; bu nedenle de üzerlerinde TİTRK kapsamında rehin kurulamayacağını söylemek gerekir⁴⁶.

Öte yandan Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik⁴⁷ (TİRY) m. 2/2-e bendi hükmünde, “*Bu Yönetmelik hükümleri; 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kurulan gemi ipoteği sözleşmelerine uygulanmaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Hükümde, TİRY hükümlerinin TTK m. 1014 vd. hükümleri uyarınca kurulan gemi ipoteği sözleşmelerine uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, hükmün lafzı, anlatılmak istenen hususu ifade etmek bakımından yeterli değildir. Zira TİRY hükümlerinin, gemi ipoteği sözleşmeleri bakımından uygulanması zaten söz konusu olamaz. Kanaatimizce, hükümde, gemi ipoteğinin kurulabileceği hâllerde, TİRY hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını anlatılmak istendiği kabul edilmelidir. Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı olarak rehinlerinin yalnızca gemi ipoteği yolu ile sağlanacağı (TTK m. 1014/1 c. 3, GSY m. 33/1 c. 3) dikkate alındığında, TİRY m. 2/2-e bendi hükmünde, sicile kayıtlı gemilerin kastedilmek istendiği açıktır. Bu nedenle, TİRY m. 2/2-e bendi hükmünde, sicile kayıtlı gemiler bakımından TİRY hükümlerinin uygulanmayacağını; dolayısıyla da sicile kayıtlı gemiler üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehini kurulamayacağını ifade edilmek istendiği sonuçlarına ulaşılmalıdır. Ayrıca sicile kayıtlı gemiler üzerinde rehin (gemi ipoteği) kurulabilmesi için rehnin sicile tescilinin zorunlu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, TİRY m. 2/2-e bendi hükmündeki düzenlemenin, TİTRK m. 8/3 hükmündeki düzenleme ile

sicile tescili zorunlu olan taşınırın anlaşılması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlar, TİTRK m. 8/3 hükmünün lafzının ve bizim savduğumuz görüşün aksine, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınırın TİTRK kapsamında rehne konu olamayacaklarını ifade etmektedirler. Bilgi için bkz. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (28. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2022) 61; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2021) 55; O. Gökhan Antalya ve Faruk Acar, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler)* (3. Baskı, Aristo 2020) 27; Ergüne (n 34) 73, dn. 26.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. Vural Seven, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni* (2. Baskı, Filiz 2019) 55; Saibe Oktay Özdemir, ‘Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar’ (A. Lâle Sirmen ve A. Barış Özbilen Edr) *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu – 16 Şubat 2018 (Yetkin 2018)* 62; Kemal Şenocak, Zafer Kahraman, İdil Tuncer Kazancı ve Bahar Öcal Apaydın, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni* (Yetkin 2019) 25; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, Vedat 2022) 122; Fırat Bayezit, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri* (On İki Levha 2019) 103.

⁴⁶ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 45) 122; Atamer *6750 Sayılı Kanun* (n 16) 335-336; Mehmet Mücahit Arvas, *6750 Sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınır* (Lotus Life Ajans 2017) 67-68; Hakan Bilgeç, ‘Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri (Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Hükümlerinin Gemi Rehni Bakımından Karşılaştırılması)’, (2020) 22 (1) DEÜHFD 3-4.

⁴⁷ RG 31.12.2016, S 29935, 3. Mükerrer.

uyumlu olduğunu söylemek gerekir⁴⁸. Bunun dışında, sicile kayıtlı gemilerin ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olamamaları bakımından TTK m. 1014/1 c. 3 ve GSY m. 33/1 c. 3 hükümleri ile TİTRK m. 8/3 ve TİRY m. 2/2-e bendi hükümleri birbirleriyle uyumludurlar.

TİTRK m. 8/3 ile TİRY m. 2/2-e bendi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, sicile kayıtlı gemiler üzerinde münferiden ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, TİTRK m. 5/2 c. 1 hükmü kapsamında, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması hâlinde, TİTRK m. 8/3 hükmünün varlığına rağmen sicile kayıtlı gemilerin rehlin kapsamında yer alıp almadığı konusunun da değerlendirilmesi gereklidir. TİTRK m. 5/2 c. 1 hükmünde, *“Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehni kurulması hâlinde, rehni kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık; bir işletmenin belirli bir taşınır varlık grubunun bir bütün olarak rehnedilmesi hâlinde ise bu gruba dahil varlıkların tamamı rehnedilmiş sayılır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehni kurulması hâlinde, rehni kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık; bir işletmenin belirli bir taşınır varlık grubunun bir bütün olarak rehnedilmesi hâlinde ise, bu gruba dahil varlıkların tamamı rehnedilmiş sayılır. TİTRK m. 5/2 c. 1 hükmünde, herhangi bir istisna öngörülmezsizin yahut TİTRK m. 8/3 hükmü saklı tutulmaksızın, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması hâlinde, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlığın; işletmenin belirli bir taşınır varlık grubunun bir bütün olarak rehnedilmesi hâlinde ise, bu gruba dahil varlıkların tamamının rehnedilmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Bu durum, sicile kayıtlı gemilerin de TİTRK m. 5/2 c. 1 hükmü uyarınca kurulan rehni kapsamında yer alacağı yorumunun yapılmasına yol açmaktadır.

Ayrıca TİTRK m. 5/2 c. 2 hükmünde, *“Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehni ilgili sicillere bildirilir.”* düzenlemesi; TİTRK m. 5/2 c. 3 hükmünde ise, *“Bu varlıklar üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehni hakkı tesis edilmiş olması hâlinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehni sonraki sırada yer alır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeler, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamının yahut belirli bir taşınır varlık grubunun bir bütün olarak rehnedildiği hâllerde, TİTRK m. 8/3 hükmü kapsamında yer alan taşınır varlıklarının da rehni kapsamında olacağı sonucuna ulaşılmasını gerekli kılmaktadır⁴⁹. Dolayısıyla TİTRK m. 5/2 c. 1 hükmü uyarınca, ticari işletme

⁴⁸ Aynı yönde açıklamalar için bkz. Atamer 6750 sayılı Kanun (n 16) 336.

⁴⁹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 45) 130; Seven (n 45) 102; Lale Sirmen, ‘Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Düzeneleş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler’ (A. Lâle Sirmen ve A. Barış Özbilen Edr) Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu – 16 Şubat 2018 (Yetkin 2018) 49; Şenocak, Kahraman, Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın (n 45) 33-34; Bayezit (n 45) 400. Bu yöndeki diğer görüşler için bkz. Atamer 6750 Sayılı Kanun (n 16) 340-342.

veya esnaf işletmesi üzerinde rehin kurulduğu hâllerde, sicile kayıtlı gemiler de rehlin kapsamında yer alırlar⁵⁰. Bu sonuç, şüphesiz, ticari işlemlerde taşınır rehlinin kapsamı dışında kalan taşınır varlıkları düzenleyen TİTRK m. 8/3 ile TİRY m. 2/2-e bendi hükümleri ile sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehlinin yalnızca gemi ipoteği yoluyla sağlanabileceğine ilişkin TTK m. 1014/1 c. 3 ile GSY m. 33/1 c. 3 hükümlerine aykırıdır. Nitekim öğretilde, bu gerekçelerle sicile kayıtlı gemilerin, TİTRK m. 5/2 c. 1 hükmü kapsamında rehne konu olamayacağı görüşü ileri sürülmüştür⁵¹. Ancak TİTRK m. 5/2 c. 1-3 hükümlerinin lafzı karşısında bu görüşe iştirak etmek mümkün gözükmemektedir.

C. Kıymetli Evraka Bağlı Alacaklar İçin Gemi İpoteğinin Kurulup Kurulamayacağı

TTK m. 1014/1 c. 4 hükmünde, “İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de ipotek kurulabilir.” düzenlemesine yer almaktadır. Benzer şekilde, GSY m. 33/1 c. 4 hükmünde de “İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de gemi ipoteğinin kurulabileceği” ifade edilmiştir. İleride doğabilecek veya şarta bağlı alacaklar için gemi ipoteği kurulması, yukarıda⁵² ele alınmış olduğundan bu başlıkta kıymetli evraka bağlı alacaklar bakımından gemi ipoteğinin kurulması konusu incelenecektir. GSY m. 33/1 c. 4 hükmünde, kıymetli evrakin türü bakımından bir ayırım ya da sınırlandırmaya yer verilmeksizin kıymetli evraka bağlı bir alacak için de gemi ipoteğinin kurulabileceği öngörülmüştür⁵³. Bu düzenleme, her tür kıymetli evraka bağlı alacak için gemi ipoteğinin kurulabileceği yorumunun yapılmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, GSY m. 35/1 hükmünde, “Gemi ipoteği, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulamaz.” denilmiştir. İpotekli borç senedi ile irat senedi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁵⁴ (TMK) m. 898 vd. hükümlerinde düzenlenen kıymetli evraklardandır⁵⁵. Ancak bu durum, GSY m. 35/1 hükmünde, kıymetli evraka bağlı alacaklar için gemi ipoteği kurulabileceğine ilişkin GSY m. 33/1 c. 4 hükmünde öngörülen kurala istisna getirildiği anlamına gelmez. GSY m. 35/1 hükmünde, gemi ipoteğinin, diğer rehin türlerinden olan ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulamayacağı ifade edilmek istenmiştir. Dolayısıyla GSY m. 33/1 c. 4 hükmündeki düzenleme doğrultusunda, her tür kıymetli evraka bağlı alacak bakımından gemi ipoteği

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Bilgeç (n 46) 29; Bayezit (n 45) 400.

⁵¹ Atamer *Gemilerin Eşya Hukuku* (n 16) 115; Atamer *6750 Sayılı Kanun* (n 16) 338-339.

⁵² Bkz. III, A.

⁵³ TTK m. 1014/1 c. 4 hükmünde de “İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de ipotek kurulabileceği” düzenlenmiştir. TTK m. 1014/1 c. 4 hükmünde de kıymetli evrakin türü bakımından bir ayırım ya da sınırlandırmaya yer verilmemiştir.

⁵⁴ RG 08.12.2001, S 24607.

⁵⁵ İpotekli borç senedi ve irat senedi ile TMK'da düzenlenen diğer kıymetli evraklar için bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat, 2021) 8.

kurulabilir⁵⁶. Bu çerçevede, ipotekli borç senedi veya irat senedine bağlı alacaklar bakımından da gemi ipoteğinin kurulabileceğini söylemek mümkündür.

GSY m. 35/4 hükmünde, “*Hamiline yazılı bir tahvilden veya emre ya da hamile yazılı diğer bir senetten doğan bir alacağın temini için kurulan gemi ipoteklerine ilişkin tescil işlemlerinde, tahvil ve senedin ibrazı şarttır. Tescil, senedin üzerine şerh olunur. Şu kadar ki, Kanununun 1016 ncı maddesinin yedinci fıkrası gereğince tescil edilen temsilcinin onayıyla veya o temsilcinin aleyhine verilen bir mahkeme kararına dayanılarak yapılacak tescil işlemlerinde senedin ibrazı aranmaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, hamiline yazılı bir tahvilden⁵⁷ ve/veya⁵⁸ emre ya da hamiline yazılı diğer bir senetten⁵⁹ doğan bir alacağı teminat altına almak için de gemi ipoteği kurulabilir. GSY m. 35/4 hükmünde ifade edildiği üzere, tescil işlemlerinin yapılabilmesi için ipotek tescil talep dilekçesiyle birlikte tahvil ve/veya⁶⁰ senedin de sicil müdürlüğüne ibraz edilmesi gerekir. Tahvil ve/veya senet, sicil müdürlüğüne ibraz edildiği takdirde, tescil, tahvil ve/veya senedin⁶¹ üzerine şerh olunur. Buna karşılık, TTK m. 1016/7 hükmü uyarınca tescil edilen temsilcinin⁶² onayıyla veya

⁵⁶ TTK m. 1014 vd. hükümleri doğrultusunda her tür kıymetli evraka bağlı alacak için gemi ipoteği tesis edilebileceği hakkında bkz. Yazıcıoğlu (n 6) 226.

⁵⁷ TTK m. 1016/6 hükmünde, tahvile bağlı bir alacak için gemi ipoteği kurulabilmesi hususunda “*Tahvile bağlı bir alacağı teminat altına almak için gemi ipoteği kurulacak olması hâlinde, tahvil sayısı, her tahvilin bedeli ve ayrıt edici işaretleri gösterilmek suretiyle tüm alacağın miktarı ile ipotek ödününün tamamı için kurulacaksa, alacaklı yerine, borçlu ile alacaklıların hepsi adına hareket eden temsilci lehine; ipotek tahvil ihracını üstlenen bir işletme için kurulacaksa gemi ipoteği üzerinde tahvil sahipleri lehine bir rehin hakkı da tescil olunur.*” düzenlemesi yer almaktadır.

⁵⁸ GSY m. 35/4 c. 1 hükmünde, hamiline yazılı bir tahvilden veya emre ya da hamile yazılı diğer bir senetten doğan bir alacağı teminat altına almak için gemi ipoteğinin kurulmasından söz edilmiştir. Buna göre, tahvile veya senede bağlı alacaklardan yalnızca birini teminat altına almak için gemi ipoteği kurulmak istendiği hallerde, hükümde “veya” bağlacına yer verilmiş olması isabetli ve anlamlıdır. Bununla birlikte, teorik bir ihtimal olmakla birlikte, aynı anda hem tahvile hem de senede bağlı alacakların tamamını teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulmak istenmiş olabilir ve bu mümkündür. Bu ihtimalde, hükümde “veya” bağlacına yer verilmesi yeterli olmaz. Bu nedenle, hükümde geçen “veya” bağlacının “ve/veya” olarak anlaşılıp uygulanması gerekir.

⁵⁹ TTK m. 1016/7 hükmünde, “*Bir poliçeden veya hamiline yazılı bir senetten ya da ciro yolu ile devri kabil diğer bir senetten doğan alacakları teminat altına almak amacıyla gemi ipoteğinin kurulmasında, ...*” denilmiştir. Buna göre, bir poliçeden veya hamiline yazılı bir senetten ya da ciro yolu ile devri kabil olan diğer bir senetten doğan alacaklar için de gemi ipoteği kurulabilir.

⁶⁰ GSY m. 35/4 c. 1 hükmünde, tahvil ve senedin sicil müdürlüğüne ibraz edilmesi gerektiğinden söz edilmiştir. Teorik bir ihtimal olmakla birlikte, aynı anda hem tahvile hem de senede bağlı alacakların tamamını teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek kurulmak istenmiş olabilir ve bu mümkündür. Bu ihtimalde, tahvil ve senet ya da senetlerin gemi sicil müdürlüğüne ibraz edilmesi gerekir. Dolayısıyla hükümde “ve” bağlacına yer verilmesi isabetli ve anlamlı olur. Bununla birlikte, tahvile veya senede bağlı alacaklardan yalnızca birini teminat altına almak için gemi ipoteği kurulmak istendiği hallerde, tahvil veya senede bağlı alacaklar için gemi üzerinde ipotek kurulması bakımından hükümde yer alan “ve” bağlacı yeterli isabetli ve anlamlı değildir. Söz gelimi, yalnızca tahvile bağlı bir alacak için gemi ipoteği kurulmak istendiği takdirde yalnızca tahvil gemi sicil müdürlüğüne sunulacaktır. Zira bu ihtimalde, tahvile birlikte gemi sicil müdürlüğüne sunulacak bir senet söz konusu değildir. Bu nedenle, GSY m. 35/4 c. 1 hükmünde yer alan “ve” bağlacının “ve/veya” şeklinde anlaşılması ve uygulanması gerekir.

⁶¹ GSY m. 35/4 c. 1 hükmünde, tahvil ve/veya senetten doğan bir alacağın teminat altına alınması için kurulan gemi ipoteklerine ilişkin tescil işlemlerinde tahvil ve/veya senedin ibrazının şart olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık, GSY m. 35/4 c. 2 hükmünde, tescilin senedin üzerine şerh olunacağı ifade edilmiş; ancak tahvilden söz edilmemiştir. Kanaatimizce, bu durum, bilinçli bir tercih olmayıp tamamen bir unutmadan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, GSY m. 35/4 c. 2 hükmünün, “*Tescil, tahvil ve/veya senedin üzerine şerh olunur.*” şeklinde anlaşılıp uygulanması gerekir.

⁶² TTK m. 1016/7 hükmünde, “*Bir poliçeden veya hamiline yazılı bir senetten ya da ciro yolu ile devri kabil diğer bir senetten doğan alacakları teminat altına almak amacıyla gemi ipoteğinin kurulmasında, alacağı sonradan itisap edenlerin leh ve aleyhine gemi ipoteği üzerinde belirli tasarruflarda bulunmak ve ipoteğin paraya çevrilmesi için yapılacak takipte alacaklıyı temsil etmek üzere belirlenebilecek temsilcinin de sicile kaydı gerekir. Bu temsilcinin yetkileri hususunda tescil taleplerine göndermede bulunulabilir.*” denilmiştir. Buna göre, bir poliçeden veya hamiline yazılı bir senetten ya da ciro ile devri mümkün olan diğer bir senetten doğan alacakları teminat altına almak amacıyla gemi ipoteğinin kurulduğu hallerde,

o temsilcinin aleyhine verilen bir mahkeme kararına dayanılarak yapılacak tescil işlemlerinde ise, tahvil ve/veya senedin⁶³ ibrazı aranmaz.

IV. Gemi İpoteğinin Kurulması

A. İpotek Sözleşmesinin Şekli

GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, “*Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce veya sicil müdürlüğü tarafından onaylanması gerekir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmenin⁶⁴ yazılı şekilde yapılması; imzaların ise, noter veya sicil müdürlüğü tarafından onaylanması gerekir. GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, ipotek sözleşmesinin şekli bakımından bir geçerlilik şartı öngörülmüştür. Bu nedenle, şekil şartlarına uyulmadan yapılan ipotek sözleşmeleri geçersiz olur⁶⁵. Geçersiz ipotek sözleşmelerine dayalı olarak yapılan tescil talepleri ise reddedilir.

GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, ipotek sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiğinden söz edilmiş; ancak yazılı şeklin yerine getirilmesi bakımından bir belirleme ya da sınırlandırma yapılmamıştır. Ancak hükümde, yazılı şekilde yapılan sözleşmenin imzalarının noter veya gemi sicil müdürlüğünde onaylanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durum, GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, ipotek sözleşmesinin taraflarca yapılması ihtimali üzerinde durulduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, GSY m. 33/4 hükmünde, “*Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmenin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması durumunda; ...*” denilmiştir. GSY m. 33/4 hükmünde yer alan bu ifadeye göre, ipotek sözleşmesinin taraflarca adi yazılı olarak yapılması ve imzaların noterde onaylanması dışında noterde düzenlenme şeklinde de

alacağı sonradan iktisap edenlerin leh ve aleyhlerine gemi ipoteği üzerinde belirli tasarruflarda bulunmak ve ipoteğin paraya çevrilmesi için yapılacak takipte alacaklıyı temsil etmek üzere belirlenecek temsilcinin de sicile kaydedilmesi gerekir. Ayrıca bu temsilcinin yetkileri konusunda, tescil taleplerine atıf yapılması mümkündür.

⁶³ GSY m. 35/4 c. 1 hükmünde, tahvil ve/veya senetten doğan bir alacağın teminat altına alınması için kurulan gemi ipoteklerine ilişkin tescil işlemlerinde tahvil ve senedin ibrazının şart olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık, GSY m. 35/4 c. 3 hükmünde, TTK m. 1016/7 hükmü uyarınca tescil edilen temsilcinin onayıyla veya o temsilcinin aleyhine verilen bir mahkeme kararına dayanılarak yapılacak tescil işlemlerinde senedin ibrazının aranmayacağı ifade edilmiş; ancak tahvilden söz edilmemiştir. Benzer bir durum, yukarıda dn. 61’de ifade ettiğimiz üzere, GSY m. 35/4 c. 2 hükmünde de mevcuttur. Kanaatimizce, her iki hükümde yalnızca “senetten” söz edilmesi, bilinçli bir tercih olmayıp tamamen bir unutmadan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, GSY m. 35/4 c. 2 hükmüne benzer şekilde, GSY m. 35/4 c. 3 hükmünün “*Şu kadar ki, Kanunun 1016 ncı maddesinin yedinci fıkrası gereğince tescil edilen temsilcinin onayıyla veya o temsilcinin aleyhine verilen bir mahkeme kararına dayanılarak yapılacak tescil işlemlerinde tahvil ve/veya senedin ibrazı aranmaz.*” şeklinde anlaşılıp uygulanması gerekir.

⁶⁴ GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmeden söz edilmiştir. Buna karşılık, çalışmada, bu sözleşmeyi ifade etmek üzere, “ipotek sözleşmesi” tabiri kullanılacaktır.

⁶⁵ TTK m. 1015/2 hükmünde, “*İpoteğin kurulmasına ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Bu şekillerden birine uygun olarak yapılmadıkça ipoteğin kurulmasına dair anlaşma geçerli olmaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, TTK m. 1015/2 c. 1-2 hükümlerinde, ipotek sözleşmesinin şekli bakımından geçerlilik şartlarına yer verilmiş; TTK m. 1015/2 c. 3 hükmünde ise, geçerlilik şartına uyulmadan ipotek sözleşmesi yapılmasının yaptırımı düzenlenmiştir. Buna karşılık, TTK m. 1015/2 hükmüne karşılık gelen GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, ipotek sözleşmesinin şekline ilişkin geçerlilik şartı düzenlenmesine rağmen GSY m. 33/2 c. 1 vd. hükümlerinde, geçerlilik şartına uyulmadan ipotek sözleşmesi yapılmasının yaptırımı hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bu ihtimalde, sözleşme noterde düzenleme şeklinde yapıldığı takdirde, imzalar da noterde onaylanmış olacağı için GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde öngörülen şekil şartı yerine getirilmiş olur.

Burada, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde, sicil müdürü veya memurlarınca düzenleme şeklinde yapılmasının mümkün olup olmadığı konusunun değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, GSY m. 33 vd. hükümlerinde ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde düzenleme şeklinde yapılmasına cevaz veren bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İpotek sözleşmesinin yapılması bakımından gemi sicil müdürlüğüne yalnızca GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, taraflarca adi yazılı olarak yapılan sözleşmedeki imzaları onaylama görev ve yetkisi verilmiştir. Bu durum, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde düzenleme şeklinde yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmasını gerekli kılmaktadır.

Buna karşılık, TTK m. 1015/2 hükmünde, “İpoteğin kurulmasına ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Bu şekillerden birine uygun olarak yapılmadıkça ipoteğin kurulmasına dair anlaşma geçerli olmaz.” düzenlemesi yer almaktadır. İpotek sözleşmesinin şekli bakımından TTK m. 1015/2 c. 1 ile GSY m. 33/2 c. 1 hükümlerinde öngörülen esaslar aynı olmakla birlikte, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde de yapılabileceği ifade edilmiştir. TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde yer alan bu düzenleme, farklı yorumların yapılmasına yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünden, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde düzenleme şeklinde yapılmasının mümkün olduğu anlamı çıkarılabilir. Bunun dışında, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmü, TTK m. 1015/2 c. 1 hükmüyle birlikte yorumlanarak gemi sicil müdürlüğünde ipotek sözleşmesindeki imzaların onaylarının yapılmasının mümkün olduğu ve TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde bu ihtimalin anlatılmak istendiği yorumu da yapılabilir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmü kapsamında, ilk olarak ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde düzenleme şeklinde yapılmasının mümkün olduğu görüşü ileri sürülebilir⁶⁶. İkinci bir görüş olarak TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde düzenleme şeklinde yapılmasının değil de TTK m. 1015/2 c. 1 hükmündeki düzenlemeye benzer şekilde, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların, gemi sicil müdürlüğü tarafından onaylanmasının mümkün olduğunun anlatılmak istendiği de söylenebilir. Nitekim öğretide⁶⁷, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde kanun

⁶⁶ Öğretide, gemi mülkiyetinin hukuki işlem yoluyla devrine ilişkin TTK m. 1001/2 c. 2 hükmünde yer alan “Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir.” düzenlemesinden hareketle, gemi mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmenin düzenleme şeklinde gemi sicil müdürlüğünde yapılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bu konuda bilgi için bkz. Kübra Yetiş Şamlı, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması* (On İki Levha 2021) 139.

⁶⁷ Yazıcıoğlu (n 6) 194; Aslıhan Sevinç Kuyucu, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri* (On İki Levha 2016) 152-153; Bülent Sözer, *Deniz Ticaret Hukuku – Cilt 1 (Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri)* (6. Baskı, Vedat 2022) 153, dn. 14.

koyucunun, gemi sicil müdürlüğüne, notere verilen yetkiyi aşan bir yetki vermek istediğinin anlaşılacağı; bu nedenle, hükümde, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğü tarafından onaylanacağı anlatılmak istendiği görüşü ileri sürülmüştür.

TTK m. 1015 hükmünün gerekçesinde ise, “... *ipoteğin kurulmasına dair anlaşmanın gemi sicil memuru huzurunda yapılmasına imkân tanınmış, böylece taşınmaz ipoteğinin tapu memuru huzurunda yapılmasını öngören Türk Medenî Kanunu hükümleriyle paralellik sağlanması amaçlanmıştır.*” açıklaması yer almaktadır. TMK m. 856/2 hükmünde, “*Taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği, resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*” denilmiştir. 22.12.1934 tarih ve 2644 Tapu Kanunu⁶⁸ (TK) m. 26/4 hükmünde ise, “*Resmî senetlerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükmeye dayanılarak⁶⁹ çıkarılan Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁷⁰ m. 8/1 hükmünde, “*Tapu müdürlüklerinde müdür veya tapu sicil görevlileri resmî senedi hazırlayacakları*” ifade edilmiştir⁷¹.

TTK m. 1015 hükmünün gerekçesinde, taşınmaz ipoteğine ilişkin TMK hükümlerine atıf yapılarak ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde yapılması bakımından TMK hükümleri ile paralellik sağlanmak istenmesinden söz edilmiştir. Bu durum, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmü kapsamında, ipotek sözleşmesinin, gemi sicil müdürlüğünde düzenlenme şeklinde yapılmasının mümkün olduğu görüşünü desteklemektedir. Zira taşınmaz ipoteğine ilişkin sözleşmenin şekli bakımından TMK ve TK'ndaki hükümlerde sözleşmenin, tapu memuru tarafından düzenlenme şeklinde yapılması esası öngörülmüştür. Buna karşılık, TTK m. 1015 hükmünün gerekçesinde, taşınmaz ipoteğine ilişkin sözleşmesinin şekli bakımından TMK hükümlerine atıf yapılmakla birlikte, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğü tarafından yapılmasından değil de sözleşmenin gemi sicil memuru huzurunda yapılmasından söz edilmesi ise, yukarıda belirtilen ikinci görüşü desteklemektedir.

⁶⁸ RG 29.12.1934, S 2892.

⁶⁹ Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “Dayanak” kenar başlıklı m. 3 hükmünde, “*Bu Yönetmelik, 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır.*” denilmiştir. Ancak Tapu Kanunu m. 26/3 hükmünde, “*İllerde bulunan tapu sicil müdürlükleri dışındaki müdürlüklerden akitli ve akitsiz işlemleri yıllık 500'ün altında olan yerlerde işleri yapmak üzere, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce yakın il veya ilçelerde görevli tapu sicil müdürü veya görevlendirilen yetkili memura belirli günlerde yetki verilebilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere, söz konusu Yönetmelik'in bu hükmeye (TK m. 26/3 hükmüne) dayanılarak çıkarılması mümkün değildir. Bu durum, söz konusu Yönetmelik'in “Dayanak” kenar başlıklı m. 3 hükmünde bir atıf hatası yapıldığı ihtimalini akıllara getirmektedir. Ancak belirtilen bu karışıklık, TK m. 26 hükmüne 2019 yılında yapılan bir ekmeden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, halihazırda TK m. 26/3 hükmünde yer alan ve belirttiğimiz bu düzenleme, Tapu Kanunu'na 04.07.2019 tarih ve 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7181 sayılı Kanun, RG 10.07.2019, S 30827) m. 1 hükmü ile eklenmiştir. Bu ekmeden önce, TK m. 26/3 hükmünde yer alan “*Resmî senetlerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.*” düzenlemesi, Tapu Kanunu m. 26 hükmüne daha sonradan 7181 sayılı Kanun'un m. 1 hükmü ile eklenen yukarıda belirttiğimiz fıkra hükmünden sonra Tapu Kanunu m. 26/4 hükmünde yer alır hale gelmiştir.

⁷⁰ RG 10.11.2009, S 27402.

⁷¹ Söz konusu Yönetmelik'in m. 8/2 hükmünde ise, “*Personel sıkıntısı bulunan yerlerde zorunluluk halinde, tapu müdürünün teklifi üzerine bölge müdürünün yazılı onayı alınmak kaydı ile arşiv memuruna da akit hazırlama yetkisi verilebilir.*” denilmiştir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde yapılması bakımından TTK m. 1015 hükmünün gerekçesinde yer alan açıklamanın kendi içerisinde çelişkili olduğunu söylemek gerekir⁷².

Kanaatimizce, kanun koyucu, TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğü tarafından onaylanmasını ifade etmek istemiştir. Kaldı ki, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünde anlatılmak istenenin ne olduğu sorunu ortadan kalkmıştır. Zira GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde, gemi sicil müdürlüğünde yalnızca taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların onaylanabileceği düzenlenmiştir⁷³.

Görüldüğü üzere, ipotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde düzenleme şeklinde yapılması imkânı mevcut değildir. Buna karşılık, ipotek sözleşmesinin noterde düzenleme (tanzim) şeklinde yapılması mümkündür. Nitekim GSY m. 33/4 hükmünde, “*Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmenin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması durumunda; ...*” denilerek ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilmesi ihtimallerinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla GSY m. 33/2 c. 1 hükmünde ifade edildiği üzere, ipotek sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir. Ayrıca ipotek sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması mümkün olduğu gibi (GSY m. 33/4) taraflarca da yapılması mümkündür. Ancak taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların, noterde veya gemi sicil müdürlüğünde onaylanması gerekir. Belirtilen bu şartları taşımayan ipotek sözleşmeleri ise geçersizdir (TTK m. 1015/2 c. 2).

B. Harç Ödeme Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

GSY m. 33/3 hükmünde, “*Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin işlemler, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda belirlenen harçlara tabidir. 492 sayılı Kanunun 123 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla ilgili harçların ödendiğine ilişkin belgeler sunulmadan işlemler yapılmaz.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin işlemler, 02.07.1964

⁷² İpotek sözleşmesinin gemi sicil müdürlüğünde yapılması bakımından TTK m. 1015 hükmünün gerekçesinde yapılan açıklamanın aksine, taşınmaz ipotek sözleşmesine ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu ile Tapu Kanunu hükümleri ile paralellığın sağlanmadığı hakkında bkz. Yazıcıoğlu (n 6) 194, dn. 304.

⁷³ Uygulamada, gemi sicil müdürlüklerinin, Gemi Sicil Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce de TTK m. 1015/2 c. 2 hükmünü, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesinin imzalarının sicil müdürlüğü tarafından onaylanması şeklinde yorumladıklarını ifade etmek gerekir. Bunun dışında, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanması uygulamasının (en azından) İstanbul Liman Başkanlığı nezdinde bir örneği olmadığı; uygulamada ipotek sözleşmelerinin noterde düzenleme veya imza onayı şeklinde yapıldığı; bu nedenle, ipotek sözleşmesi bakımından gemi sicil müdürlüğünde imza onayı yapılmasının teorik bir ihtimalin ötesine geçmeyeceği de belirtilmelidir.

tarikh ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda⁷⁴ (HK) belirlenen harçlara tâbidir. HK m. 123/3 hükmü saklı kalmak kaydıyla, ilgili harçların ödendiğine ilişkin belgeler sunulmadan işlemler yapılmaz. GSY m. 33/3 hükmünden anlaşıldığı üzere, sicile kayıtlı bir gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için gerekli harçların ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla harç ödeme yükümlülüğünün, gemi siciline kayıtlı bir gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için yerine getirilmesi gerekli olan bir “şart” olduğunu söylemek mümkündür.

Harçlar Kanunu'nun ekinde yer alan (7) sayılı Tarife I/5 hükmünde, “*Gemi siciline kayıtlı gemiler üzerinde tesis olunacak ipoteklerden sağlanan borç miktarı üzerinden Onbinde 11,38*” miktarında harç alınacağı düzenlenmiştir. Hükümde belirtildiği üzere, sicile kayıtlı bir gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için ipoteğe konu alacağın miktarının on binde 11,38 oranındaki kısmına tekabül eden tutarın harç olarak ödenmesi gereklidir. Bu bakımdan GSY m. 33/3 hükmünde belirtilen harç ile ipoteğe konu olan alacağın miktarının on binde 11,38 oranındaki kısmına tekabül eden miktardaki harç kastedilmiştir. Bu harcı, ipotek harcı olarak ifade etmek mümkündür. Ancak belirtilmelidir ki, ipotek harcı bakımından belirli istisnalar söz konusudur. Bu istisnalardan ilki, GSY m. 33/3 c. 2 hükmünde, “*492 sayılı Kanunun 123 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla ...*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. HK m. 123/3 hükmünde, “*Anonim, eshamlı komandit, limited şirket ve kooperatiflerin kuruluş, pay devri, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nev'i değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemler ile Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri (Değişik parantez içi hüküm: 15/7/2016- 6728/33 md.) (Bu kooperatifler tarafından bankalardan kullanılacak krediler için verilecek kefaletler ile Kredi Garanti Fonu Anonim Şirketi ve 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (p) bendinde belirtilen kurumlar tarafından verilecek kefaletler dâhil) bankalar, finansman şirketleri, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullanılacak kredilere, bunların teminatlarına ve geri ödenmelerine ilişkin işlemler (yargı harçları hariç) bu Kanunda yazılı harçlardan müstesnadır.*” düzenlemesi yer almaktadır.

HK m. 123/3 hükmünde, belirli harçlar bakımından istisnalar öngörülmeyle birlikte, gemi ipoteği bakımından özellik arz eden husus, bankalar, finansman şirketleri, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullanılacak kredilere, bunların teminatlarına ve geri ödemelerine ilişkin işlemler bakımından harç istisnası getirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla hükümde belirtilen finansman kuruluşlarının ipotek alacaklısı olduğu hâllerde, sicile kayıtlı gemi üzerinde kurulacak ipoteklerde on binde 11,38 oranındaki harcı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁷⁴ RG 17.07.1964, S 11756.

Sicile kayıtlı gemi üzerinde kurulacak ipoteye ilişkin harç ödeme yükümlülüğü bakımından bir diğer istisna, TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar için TUGSK m. 12/2⁷⁵ ile TUGSY m. 26/a-2 c. 1⁷⁶ hükümlerinde öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, TUGS'ne kayıtlı⁷⁷ gemi ve yatlarla ilişkin ipotek sözleşmeleri, damga vergisine ve harçlara; ayrıca ipotek sözleşmeleri nedeniyle alınacak paralar banka ve sigorta muameleleri vergisine ve fonlara tabi tutulmazlar. Dolayısıyla üzerinde ipotek kurulmak istenen gemi veya yat, TUGS'ne kayıtlı ise, ipotek kurulabilmesi için Harçlar Kanunu'nun ekinde yer alan (7) sayılı Tarife I/5 hükmünde öngörülen harcın ödenmesi gerekmez.

2. İpotek Harcını Ödemekle Yükümlü Olan Kişi

GSY m. 33/3 c. 2 hükmünde, harç istisnaları saklı kalmak kaydıyla ipotek harcının ödendiğine ilişkin belgeler gemi sicil müdürlüğüne sunulmadığı sürece işlemlerin yapılmayacağı düzenlenmiştir. Ancak hükümde, ipotek harcı ödeme yükümlülüğünün kime ait olduğu konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, ipotek harcı ödeme yükümlülüğünün kime ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Buna karşılık, HK m. 97/1-b hükmünde, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, ipotek harcının, ipotegi tesis eden tarafça ödeneceği ifade edilmiştir. Gemi ipoteginde, ipotegi tesis eden taraf, gemi malikidir. Dolayısıyla taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, ipotek harcını gemi maliki ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte, tarafların HK m. 97/1-b hükmünde öngörülen kuralın aksini kararlaştırmaları ve ipotek harcını, ipoteye konu alacağın borçlusunu olan tarafın ya da lehine ipotek tesis edilecek alacaklının ödemesi mümkündür.

3. İpotek Harcının Ödendiğinin Belgelenmesi

İpotek harcı ödenmesi gereken hâllerde, ipotek tescil talep dilekçesiyle birlikte ipotek harcı ödeme makbuzunun da gemi sicil müdürlüğüne sunulması gerekmektedir; aksi takdirde, tescil talebi yerine getirilmez. Nitekim GSY m. 33/3 c. 2 hükmünde, *“492 sayılı Kanununun 123 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla ilgili harçların ödendiğine ilişkin belgeler sunulmadan işlemler yapılmaz.”* denilmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere, ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuz sicil müdürlüğüne sunulmadığı⁷⁸ takdirde, tescil talebi hemen reddedilmez; yalnızca

⁷⁵ TUGSK m. 12/2 hükmünde, *“Türk Uluslararası Gemi Siciline kaydedilecek gemilere ve yatlarla ilişkin alım, satım, ipotek, tescil, kredi, gemi kira, zaman charteri ve tüm navlun sözleşmeleri damga vergisine ve harçlara; bu işlemler nedeniyle alınacak paralar banka ve sigorta muameleleri vergisine ve fonlara tabi tutulmaz.”* düzenlemesi yer almaktadır.

⁷⁶ TUGSY m. 26/a-2 c. 1 hükmünde, *“TUGS'ye kaydedilecek gemilere ve yatlarla ilişkin alım, satım, ipotek, tescil, kredi, navlun mukaveleleri; damga vergisine, harçlara, banka ve sigorta işlemleri vergisine ve fonlara tabi tutulmazlar.”* düzenlemesi yer almaktadır.

⁷⁷ TUGSK m. 12/2 ile TUGSY m. 26/a-2 c. 1 hükümlerinde, TUGS'ne kaydedilecek gemi ve yatlardan söz edilmişse de hükümlerde geçen “kaydedilecek” ibaresinin “kayıtlı” olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu konuda ve TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar bakımından öngörülen vergi, harç ve fon muafiyetleri bakımından bilgi için bkz. Aydın (n 6) 241-243.

⁷⁸ GSY m. 33/3 c. 2 hükmü kapsamında, ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuzun sicil müdürlüğüne sunulmaması bakımından iki ihtimal söz konusudur. Bu ihtimallerden ilki, ipotek harcının ödenmemiş olması nedeniyle ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuzun sunulmamış olmasıdır. İkinci ihtimal ise, ipotek harcı ödenmiş olmasına rağmen

tescil talebine dayalı olarak tescil işlemleri yerine getirilmez. Ancak bu durum, sicil müdürlüğünün bir süreyle sınırlı olmaksızın ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuzun sunulmasını bekleyeceği anlamına gelmez. İpotek harcı ödeme makbuzu sunulmadan tescil talebinde bulunulursa, kanaatimizce en uygun çözüm, sicil müdürlüğünün belirli bir süre tayin ederek tescil talebinde bulunan kimselere bu süre içerisinde ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuzu sunmasını; aksi takdirde, tescil talebinin reddedileceğini bildirmesidir. Buna göre, sicil müdürlüğünce tayin edilen süre içerisinde ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuz sunulursa, tescil talebi kabul edilmeli; sunulmazsa, tescil talebi reddedilmelidir.

İpotek harcı ödeme makbuzu sunulmadan yapılan tescil taleplerinde, sicil müdürlüğünce tayin edilecek süre bakımından kanaatimizce, GSY m. 41/2 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. GSY m. 41/2 hükmünde, “*Bir tescilin yapılmasına herhangi bir engel bulunduğu takdirde, istemde bulunan kişiye bu engelin kaldırılması için en fazla otuz gün süre verilir veya makul sebepleri belirtilerek talebi reddedilir. Süre verilmesi hâlinde verilen süre içinde engelin kaldırıldığı belge ile ispat edilmezse süre sonunda istem reddedilir.*” denilmiştir. Buna göre, ipotek harcı ödenmesi gereken hâllerde, tescil talep dilekçesi ekinde harç ödeme makbuzu yer almazsa, bu durum, tescilin yapılmasına engel oluşturur. Dolayısıyla sicil müdürlüğü, bu hâlde, talepte bulunan kişiye engelin kaldırılması; bir diğer anlatımla, ipotek harcının ödendiğine ilişkin makbuzu sunması için en fazla otuz gün olacak şekilde süre vermelidir. Talep sahibine verilen süre içerisinde ipotek harcı ödeme makbuzu sunulmamış olursa süre sonunda tescil talebi reddedilmelidir. Öte yandan ipotek tescil harcının ödenmesi bakımından istisna oluşturan hâllerde, talep sahibinin ipotek harcı ödeme makbuzu sunması gerekmez; yalnızca harç istisnası kapsamında bulunduğu hususuna ilişkin bilgi ve belgeleri sunması yeterlidir.

C. Tescil Talebi ve Tescil Prosedürü

1. Tescil Talebinin Hukuki Niteliği

TTK m. 1015/1 hükmünde, “*Gemi ipoteğinin kurulması için ... ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi şarttır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, gemi ipoteğinin kurulması için gemi ipoteğinin gemi siciline tescil edilmesi gerekir. Bu bakımdan gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için ipoteğin sicile tescili kurucu niteliktedir⁷⁹. Buna karşılık, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33 hükmünde, TTK m. 1015/1 hükmündeki düzenlemede olduğu gibi ipoteğin sicile tescil edilmesi

ödeme makbuzunun sicil müdürlüğüne sunulmamış olmasıdır. GSY m. 33/3 c. 2 hükmü uyarınca, tescil işleminin yerine getirilebilmesi için ipotek harcının ödenmiş olması yeterli olmaz. Zira tescil işleminin yerine getirilebilmesi için muhakkak ipotek harcı ödeme makbuzunun da sicil müdürlüğüne sunulmuş olması gerekir.

⁷⁹ Turgut Kalpsüz, *Gemi Rehni* (5. Baskı, Turhan 2004) 69; Yazıcıoğlu (n 6) 194; Ergüne (n 34) 108; Tamer Bozkurt, *Deniz Ticareti Hukuku* (Yetkin 2021) 61.

gerektiğinden söz edilmemiştir. Ancak GSY m. 33/2 c. 2 hükmünde, “*Gemi ipoteği için sözleşme tarafları veya temsilcilerinin, geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne yazılı tescil talebinde bulunması gerektiği*”; benzer şekilde, GSY m. 33/4 hükmünde de “... *gemi ipoteğinin tescili için gemi malikinin veya alacaklının sicil müdürlüğüne tescil başvurusunda bulunmasının ... gerekli ve yeterli olduğu*” ifade edilmiştir. GSY m. 33/2 c. 2 ile m. 33/4 hükümlerinde açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da her iki hükümden gemi ipoteğinin kurulması için ipoteğin sicile tescil edilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır.

Gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için şekle uygun ipotek sözleşmesi yapılmasının yanı sıra ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi gerekir. İpoteğin gemi siciline tescil edilmesi için de tescil talebinde bulunulmalıdır. Gemi sicil müdürlüğü personeli, şekle uygun şekilde yapılmış ipotek sözleşmesine istinaden yetkili kişiler tarafından tescil talebinde bulunulduğu takdirde, ipoteği gemi siciline tescil eder ve gemi ipoteği kurulmuş olur. Burada, ipoteğin kurulması bakımından şekle uygun anlaşma ve ipoteğin sicile tescili birbirine bağlı iki şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ipoteğin kurulması bakımından gemi sicil müdürlüğüne tescil talebinde bulunulması önem taşır. Zira şekle uygun anlaşmanın varlığı tek başına gemi üzerinde ipotek kurulmasını sağlamaz. Bu durum, ipoteğin kurulması bakımından tescil talebinin önemini açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, ipoteğin kurulması için gemi sicil müdürlüğüne yapılan tescil talebinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gereklidir.

İpotek sözleşmesinin noterde tanzim⁸⁰ veya tasdik edilerek⁸¹ yapılması ihtimalinde, şekle uygun ipotek sözleşmesinin yapılması ile tescil prosedürünün başlaması aynı zaman diliminde meydana gelmez. Zira tescil işleminin yapılabilmesi ve dolayısıyla ipoteğin kurulabilmesi için muhakkak tescil talebinde bulunulması gerekir. Dolayısıyla şekle uygun ipotek sözleşmesinin yapılmış olması, gemi sicil müdürlüğünü, tescil işleminin yerine getirilmesi bakımından harekete geçirmez. Ayrıca şekle uygun ipotek sözleşmesi yapıldıktan sonra tescil talebinde bulunmak bakımından bir süre sınırı söz konusu değildir. Buna göre, şekle uygun ipotek sözleşmesi yapıldıktan daha sonraki bir tarihte de tescil talebinde bulunulması mümkündür.

Buna karşılık, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanması ihtimalinde ise, tescil prosedürünün başlamasına ilişkin durum ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılmasından farklıdır. Zira bu ihtimalde, taraflar önce gemi sicil müdürlüğüne tescil talebinde bulunmakta ve tescil talep dilekçesinde, yazılı olarak yaptıkları

⁸⁰ İpotek sözleşmesinin noterde tanzim edilmesi ile ifade edilmek istenen, ipotek sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılmasıdır.

⁸¹ İpotek sözleşmesinin noterde tasdik edilerek yapılması ile ifade edilmek istenen, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesinin imzalarının noterde onaylanmasıdır.

İpotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanmasını da talep etmektedirler. Dolayısıyla bu ihtimalde, ipotek sözleşmesindeki imzaların onaylanması esnasında aslında tescil prosedürü başlamıştır. İmzalar onaylandıktan sonra, tescil talebinde bulunan taraf tescil talebini geri almak istese bile diğer taraf da tescil talebinde bulunma hak ve yetkisine sahip olduğu (GSY m. 33/2, 4) için her iki taraf istemediği takdirde, tescil prosedürünün durması mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, her ne kadar tescil prosedürünün başlaması bakımından farklılıklar olsa da ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması ya da ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanması ihtimallerinde, tescil prosedürünü tescil talebi başlatmaktadır. Bu nedenle, tescil talebinin, ipotek sözleşmesinin taraflarının her biri bakımından tek taraflı bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılması gerekir. Zira gemi ipoteğinin kurulabilmesi için gerekli şartlar yerine getirildiği takdirde, tescil talebi gemi ipoteğinin kurulmasını sağlamaktadır. Öte yandan gemi sicil müdürlüğü personelinin gerçekleştireceği tescil işlemi de gemi ipoteğinin kurulmasını sağlayan tasarruf işleminin tamamlayıcı unsurunu oluşturmaktadır.

2. Tescil Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Gemi ipoteğinin kurulabilmesi için ipoteğin sicile tescil edilmesi gereklidir (TTK m. 1015/1). Tescilin yapılabilmesi için de geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne yetkili kişilerce tescil talebinde bulunulmalıdır. Ancak TTK m. 1015 hükmünde, tescil talebinde bulunabilecek kişiler hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, tescilin kimin ya da kimlerin talebi üzerine yapılabileceği ile ipotek sözleşmesinin taraflarından her birinin (diğerinden bağımsız bir şekilde) talebi üzerine ipoteğin sicile tescil edilip edilemeyeceği sorularını gündeme getirmektedir. TTK m. 1015/3 hükmünde ise, *“Tescilden önce anlaşma Kanununun öngördüğü şekilde yapılmış veya malik tarafından Gemi Sicili Nizamnamesi uyarınca alacaklıya kayda onay verdiği bildirilmiş ya da sicil müdürlüğüne kayıt dilekçesi verilmiş olduğu takdirde, ilgililer tescilden kaçınamazlar.”* denilmiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, TTK m. 1015/3 hükmünde Gemi Sicil Nizamnamesi'ne atıf yapılmıştır. GSY m. 59/1 hükmü uyarınca, TTK m. 1015/3 hükmünde Gemi Sicil Nizamnamesi'ne yapılan bu atıf, Gemi Sicil Yönetmeliği'ne yapılmış sayılacaktır. Ancak Gemi Sicil Yönetmeliği'nde, TTK m. 1015/3 hükmünde belirtildiği şekilde gemi ipoteğinin kurulması bakımından malikin, alacaklıya tescile onay vermesi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum ve Gemi Sicil Nizamnamesi'nin artık yürürlükte olmadığı dikkate alındığında, TTK m. 1015/3 hükmü bakımından *“malik tarafından Gemi Sicil Nizamnamesi uyarınca alacaklıya kayda onay*

verdiğinin bildirilmiş olması” ihtimalinin uygulanma kabiliyeti kalmamıştır⁸². Ayrıca TTK m. 1015/3 hükmü, ipoteğin kimin talebi üzerine sicile tescil edileceği sorusunun yanıtlanması bakımından yeterli açıklıkta değildir. Bunun dışında, hükümde geçen “tescilden kaçınamayacak ilgililer” kavramının kapsamında kimlerin yer aldığı hususu da belirsizdir⁸³.

Bununla birlikte, TTK m. 1015/3 hükmünde yer alan “*ipoteke sözleşmesinin kanunun öngördüğü şekilde yapılmış olması hâlinde, ilgililerin tescilden kaçınamayacakları*” ifadesinden yola çıkılarak tescilin kimin ya da kimlerin talebi üzerine yapılabileceği sorusunun yanıtlanması mümkündür. Burada belirtilmelidir ki, ipotek sözleşmesi geçerli bir şekilde yapıldığı takdirde, malikin talebi üzerine gemi ipoteği sicile tescil edilecektir. Bu bakımdan bir belirsizlik ya da tartışma söz konusu değildir. Buna karşılık, ipotekli alacaklının malikten bağımsız bir şekilde tescil talebinde bulunmaya yetkili olup olmadığı bir diğer anlatımla, ipotekli alacaklının talebi üzerine ipoteğin sicile tescil edilip edilmeyeceği; malikin tescile onay vermesinin gerekip gerekmediği hususları özellik arz etmektedir. Zira geçerlilik şekline uygun bir ipotek sözleşmesi yapılmış olsa bile malikin, ipoteğin sicile tescilini talep etmemesi mümkün olduğu gibi ipotekli alacaklının tescil talebine onay vermemesi de mümkündür. Kanaatimizce, ipotek sözleşmesinin TTK m. 1015/2 hükmünde öngörülen geçerlilik şekline uygun olarak yapılması hâlinde, ipotekli alacaklı, malikten bağımsız bir şekilde gemi ipoteğinin kurulması için tescil talebinde bulunmaya yetkilidir. Dolayısıyla ipotekli alacaklının talebi üzerine, malik tescile onay vermese bile ipotek sicile tescil edilecektir⁸⁴. Ancak hemen belirtilmelidir ki, öğretide, ipotekli alacaklının tescil talebi doğrultusunda ipoteğin sicile tescil edilebilmesi için malikin tescile onay vermesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır⁸⁵.

Gemi ipoteğinin sicile tescili bakımından tescil talebinde bulunabilecek kişilerin kapsamı, TTK m. 1015 hükmünden farklı olarak GSY m. 33 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, GSY m. 33/2 c. 2 hükmünde, “*Gemi ipoteği için sözleşme tarafları veya temsilcileri, geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne yazılı tescil talebinde bulunmalıdır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, sicile kayıtlı gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için ipotek sözleşmesinin taraflarının veya bu kişilerin temsilcilerinin, geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne yazılı tescil talebinde bulunması gerekir. Bu yönüyle, GSY m. 33/2 c. 2 hükmünde, gemi ipoteğinin kurulabilmesi bakımından tescil talebinde bulunmaya yetkili kişiler belirlenmiştir. Zira GSY m. 33/2 c. 2 hükmünden anlaşıldığı üzere, gemi ipoteğinin

⁸² Aksi görüş için bkz. Demir (n 33) 179.

⁸³ TTK m. 1015/3 hükmüne ilişkin detaylı açıklamalar ve eleştiriler için bkz. Yazıcıoğlu (n 6) 194 vd.; TTK m. 1015/3 hükmünün kaleme alınış şeklinin uygulamada sorun ve tartışmalara yol açacak nitelikte olduğu hakkında bkz. Fevzi Topsoy, *Deniz Ticareti Hukuku I (Giriş – Gemi – Donatan – Deniz Ticareti Sözleşmeleri)* (Legal 2020) 149.

⁸⁴ Yazıcıoğlu (n 6) 196; Sevinç Kuyucu (n 67) 155.

⁸⁵ Demir (n 33) 179.

kurulabilmesi için tescil talebinde bulunma yetkisi, ipotek sözleşmesinin tarafları veya bu kişilerin temsilcilerine aittir. Bu bakımdan GSY m. 33/2 c. 2 hükmü, TTK m. 1015 hükmündeki belirsizliğe son vererek ipoteğin sicile tescilinin kimin talebi üzerine yapılabileceği sorusunu açık bir şekilde yanıtlamıştır.

Ayrıca GSY m. 33/4 hükmünde de “*Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmenin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması durumunda; gemi ipoteğinin tescili için gemi malikinin veya alacaklının sicil müdürlüğüne tescil başvurusunda bulunması ve sözleşmeyi ibraz etmesinin gerekli ve yeterli olduğu*” ifade edilmiştir. Hükümde, ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması ihtimallerinden söz edilerek ipoteğin tescili için gemi maliki veya alacaklının sicil müdürlüğüne tescil talebinde bulunmasının ve ipotek sözleşmesini ibraz etmesinin gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir. GSY m. 33/4 hükmünde, GSY m. 33/2 c. 2 hükmüne benzer şekilde, ipoteğin kurulabilmesi için tescil talebinde bulunma yetkisine sahip kişiler düzenlenmiştir. Buna göre, malik ve alacaklı ipoteğin sicile tescili hususunda, tescil talep yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte, GSY m. 33/4 hükmünde, ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması ihtimalleri dikkate alınmıştır. Ancak kanaatimizce, bu durum, tescil talebinde bulunmaya yetkili kişilerin kapsamı bakımından bir farklılık yaratmaz. Bir diğer anlatımla, ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılmadığı hâllerde de malik veya alacaklı, tescil talebinde bulunabilir. Zira GSY m. 33/2 c. 2 hükmünde, ipotek sözleşmesinin taraflarının tescil talebinde bulunmaya yetkili oldukları ifade edilmiştir.

GSY m. 33/2 c. 2 hükmünde, tescil talebinde bulunmaya yetkili kişiler, ipotek sözleşmesinin tarafları veya bu kişilerin temsilcileri olarak gösterilmiştir. Buna karşılık, GSY m. 33/4 hükmünde ise, gemi maliki veya alacaklının tescil talebinde bulunmaya yetkili oldukları ifade edilmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki, gemi ipoteğinin kurulabilmesi için tescil talebinde bulunmaya yetkili kişilere ilişkin olarak her iki hükümde de aynı esaslar öngörülmüştür. Zira ipotek sözleşmesinin tarafları ile kastedilmek istenen, gemi maliki ve alacaklıdır. İpoteğe konu alacağın borçlusu gemi malikinden başka bir kişi olduğu takdirde, gemi maliki olmayan borçlu, ipotek sözleşmesine taraf olmadığı için tescil talebinde bulunmaya yetkili değildir. Dolayısıyla gemi ipoteğinin kurulması için tescil talebinde bulunabilecek kişilere ilişkin olarak GSY m. 33/2 c. 2 ile GSY m. 33/4 hükümleri birbirleriyle uyumludur. Bu bakımdan GSY m. 33/4 hükmünün ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması ihtimalini düzenlemesi, belirtilen iki hükmün birbirleriyle uyumlu olmadıkları şeklinde yorumlanamaz.

GSY m. 33/2 c. 2 ile GSY m. 33/4 hükümlerinde, gemi ipoteğinin kurulabilmesi için tescil talebinde bulunma yetkisine sahip kişiler benzer olarak düzenlenmişse de her iki hüküm arasında bir farklılık bulunmaktadır. Buna göre, GSY m. 33/2 c.

2 hükmünden farklı olarak GSY m. 33/4 hükmünde, ipotek sözleşmesinin tarafları olan gemi maliki ile alacaklı dışında bu kişilerin temsilcilerinin tescil talebinde bulunabilecekleri hususunda bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak bu durum, yetkili oldukları takdirde, temsilcilerin tescil talebinde bulunabilmelerine engel değildir. Zira GSY m. 33/4 hükmünde, temsilcilerden söz edilmemiş olması, bu kişilerin tescil talebinde bulunamayacakları anlamına gelmez. Gemi ipoteği kurulabilmesi için tescil talep yetkisine sahip olan temsilciler de sicil müdürlüğünde tescil talebinde bulunabilirler.

Görüldüğü üzere, tescil talebinde bulunma yetkisine sahip kişilerin kapsamı bakımından GSY m. 33/2 c. 2 ile GSY m. 33/4 hükümleri birbirleriyle uyumlu ve benzer düzenlemeler içermektedir. Bu durum, mevzuat yapma tekniği bakımından eleştirilebilir. Zira aynı madde hükmü içerisinde, iki ayrı fıkrada benzer düzenlemelere yer verilmiş olması tekrara yol açmıştır.

3. Tescil Talep Dilekçesi ile Birlikte Sunulması Gereken Belgeler

Gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne yazılı tescil talebinde bulunulması ve talep dilekçesi ekinde belirli belgelerin sicil müdürlüğüne sunulması gerekir. Nitekim bu hususta, GSY m. 33/2 c. 3 hükmünde, "*Talep yazısı, ipotek sözleşmesi, diğer ekler ile birlikte ibraz edilir ...*" düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, tescil talep dilekçesiyle birlikte ipotek sözleşmesinin ve diğer eklerin de sicil müdürlüğüne sunulması gerekir. Diğer eklerin kapsamında ipotek harcı ödeme makbuzu, tescil talebinde bulunan kişilerin tescil talebinde bulunma yetkisine sahip olduklarını gösteren imza sirküleri, yetki belgesi, vekaletname gibi belgeler yer almaktadır. Ayrıca gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33 vd. hükümlerinde de tescil talep dilekçesi ekinde sunulması gereken belgeler hakkında düzenlemeler bulunmaktadır.

GSY m. 33/6 hükmünde, geminin GESBİS'teki kaydının takyidat bölümüne, TMK m. 871/3 hükmü uyarınca boşalan dereceye⁸⁶ geçme hakkı kararlaştırılmışsa bu hakkın da tescil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. TMK m. 871/3 hükmünde, "*Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı veren sözleşmelerin geçerliliği, resmî şekilde yapılmalarına; aynı etki sağlamaları, tapu kütüğüne şerh verilmelerine bağlıdır.*" denilmiştir. Buna göre, gemi ipoteği bakımından boşalan dereceye geçme hakkı, TTK m. 1015/2 ile GSY m. 33/2-4 hükümlerinde öngörülen geçerlilik şekline uygun bir sözleşme ile kararlaştırılabilir. Boşalan dereceye geçme hakkı, ipotek sözleşmesine bir hüküm konulmak suretiyle kararlaştırılabileceği gibi ipotek sözleşmesi dışında ayrı bir sözleşme ile de boşalan dereceye geçme hakkının kararlaştırılması mümkündür. Boşalan dereceye geçme

⁸⁶ "İpoteğin derecesi" kenar başlıklı TTK m. 1017 hükmünde, "*Gemi üzerindeki ipoteklerin dereceleri, Türk Medeni Kanununun taşınmaz rehni hakkındaki hükümlerine göre belirlenir.*" düzenlemesi yer almaktadır.

hakkı, ipotek sözleşmesine bir hüküm konularak kararlaştırıldığı takdirde, tescil talep dilekçesiyle birlikte ipotek sözleşmesi de sicil müdürlüğüne sunulacağı için başka bir belgenin sunulması gerekmez. Bununla birlikte, boşalan dereceye geçme hakkı, ayrı bir sözleşme yapmak suretiyle kararlaştırıldığı takdirde, tescil talep dilekçesiyle birlikte bu sözleşmenin de sicil müdürlüğüne sunulması gerekir.

GSY m. 35/4 c. 1 hükmünde, “*Hamiline yazılı bir tahvilden veya emre ya da hamile yazılı diğer bir senetten doğan bir alacağın temini için kurulan gemi ipoteklerine ilişkin tescil işlemlerinde, tahvil ve senedin ibrazı şarttır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, hamiline yazılı bir tahvilden veya emre ya da hamile yazılı diğer bir senetten doğan bir alacağı teminat altına almak için gemi ipoteği kurulmak istendiği takdirde, tescil talep dilekçesiyle birlikte ipoteğe dayanak olan alacağın kaynaklandığı tahvil veya senedin de sicil müdürlüğüne sunulması gereklidir. Bununla birlikte, GSY m. 35/4 c. 3 hükmünde, TTK m. 1016/7 hükmü uyarınca tescil edilen temsilcinin onayıyla veya o temsilcinin aleyhine verilen bir mahkeme kararına dayanılarak yapılacak tescil işlemlerinde tahvil⁸⁷ veya senedin ibrazının aranmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla GSY m. 35/4 c. 3 hükmünde öngörülen istisnaların söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin onayını gösteren belgenin veya temsilci aleyhine verilen mahkeme kararının da tescil talep dilekçesiyle birlikte sicil müdürlüğüne sunulması gerekir.

GSY m. 35/5 hükmünde, “*Terekeye dahil bir gemi üzerindeki ipotek ile temin edilmiş bir alacak hakkının, kanuni mirasçı veya atanmış mirasçı veya özel mal vasiyet edilen sıfatıyla yeni alacaklısı olarak tescilini talep eden kimse;*

a) Talebin dayanağını veraset işlemi oluşturuyorsa, kanuni mirasçıları ile atanmış mirasçıları gösterir veraset ilamını,

b) Talebin dayanağını belirli mal vasiyeti oluşturuyorsa, vasiyetnamenin tasdikli bir suretiyle mirasçıların tescile muvafakatlerini gösterir yazılı istem ve mirasçıların muvafakatten çekinmeleri durumunda mahkeme kararını, ibraz etmekle yükümlüdür.” düzenlemelerine yer verilmiştir. Hükümde, bir gemi üzerinde ipotek ile teminat altına alınmış bir alacak hakkının⁸⁸ terekeye dahil olması hâlinde, kanuni mirasçı veya atanmış mirasçı ya da özel mal vasiyet edilen sıfatıyla yeni alacaklısı olarak sicile tescilini talep eden kimseler bakımından tescil işleminin yapılabilmesi için belirli belgeleri sicil müdürlüğüne ibraz etme yükümlülüğü öngörülmüştür.

⁸⁷ GSY m. 35/4 c. 3 hükmünde, yalnızca senedin ibrazının aranmayacağından söz edilmiş; tahvilden bahsedilmemiştir. Ancak bize göre, bu durum, tamamen unutmadan kaynaklanmıştır. Dolayısıyla hükümde belirtilen hallerde, yalnızca senedin değil tahvilin de ibrazının aranmayacağı sonucuna ulaşılması gerekir. Bu nedenle, GSY m. 35/4 c. 3 hükmünün belirttiğimiz şekilde anlaşılıp uygulanması gerekir. Bu konuda bilgi için bkz. dn. 63.

⁸⁸ GSY m. 35/5 hükmünde yer alan “*Terekeye dahil bir gemi üzerindeki ipotek ile temin edilmiş bir alacak hakkının, ...*” ifadesi farklı anlamlara gelebilecek niteliktedir. Zira ilk bakışta, terekeye dahil olan malvarlığı değerinin gemi mi yoksa gemi üzerinde ipotek ile teminat altına alınmış alacak mı olduğu net olarak anlaşılammaktadır. Ancak hüküm, devamındaki düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde, terekeye dahil olan malvarlığı değerinin gemi üzerinde ipotek ile teminat altına alınmış alacak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Buna göre, talebin dayanağını veraset işlemi oluşturuyorsa, kanuni mirasçılar ile atanmış mirasçıları gösteren veraset ilamının (GSY m. 35/5-a); talebin dayanağını belirli bir mal vasiyeti oluşturuyorsa, vasiyetnamenin tasdikli bir suretiyle mirasçıların tescile muvafakatlerini gösterir yazılı talebin ve mirasçıların tescile muvafakat vermemeleri hâlinde, mahkeme kararının (GSY m. 35/5-b) sicil müdürlüğüne ibraz edilmesi gerekir. Tüm bu ibraz yükümlülükleri, kanuni mirasçı veya atanmış mirasçı ya da özel mal vasiyet edilen sıfatıyla terekeye dahil olan ipotekli alacağın alacaklısı olarak gemi sicilinde tescilini talep eden kimse ya da kimseler bakımından söz konusudur.

Öte yandan GSY m. 33/4 hükmünde, ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapıldığı hâllerde, gemi ipoteğinin tescili için tescil talebinde bulunulması ve ipotek sözleşmesinin ibraz edilmesinin gerekli ve yeterli olduğu ifade edilmiştir. Hükümdeki düzenleme tarzı, ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapıldığı hâllerde, tescil talep dilekçesi ve ipotek sözleşmesinden başka bir belgenin sicil müdürlüğüne sunulmasına gerek olmaksızın tescil işleminin yapılacağı izlenimi uyandırmaktadır. Ancak kanaatimizce, bu yönde bir yorumun yapılması isabetli değildir. Zira ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapıldığı hâllerde de tescil talep dilekçesi ile ipotek sözleşmesine ek olarak ipotek harcı ödeme makbuzunun, tescil talebinde bulunan kimselerin talepte bulunma yetkisine sahip olduklarını gösteren belgeler gibi tescil için gerekli olan diğer belgelerin de sicil müdürlüğüne sunulması gerekmektedir. Dolayısıyla ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapıldığı hâllerde, tescil başvurusu esnasında, gemi sicil müdürlüğüne sunulacak belgeler bakımından bir farklılık söz konusu değildir. Bu bakımdan GSY m. 33/4 hükmünde, ipoteğin tesciline ilişkin talep dilekçesi ekinde sunulması gereken belgeler bakımından yanlış anlaşılmalara sebep olabilecek bir düzenlemeye yer verildiğini söylemek mümkündür.

Ayrıca GSY m. 33/2 c. 3 hükmünde, tescil talep dilekçesiyle birlikte ipotek sözleşmesinin ve diğer eklerin de sicil müdürlüğüne sunulması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükmün mevcudiyeti karşısında, tescil talep dilekçesi ekinde sunulacak belgeler bakımından GSY m. 33/4 hükmündeki düzenlemeye gerek olmadığı da söylenebilir.

4. Tescil Prosedürü

Gemi üzerinde ipotek kurulabilmesi için geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne yazılı tescil talep dilekçesi ve ekinde sunulması gereken belgelerle birlikte başvurulması gerekir. Bu başvuru üzerine, gemi sicil müdürlüğü personeli, ibraz edilen belgelerde bir eksiklik olmadığı takdirde, tescil işlemini gerçekleştirir. Tescil işlemi ile kastedilen, ipotek sözleşmesinde yer alan bilgiler başta olmak üzere “Sicile

geçirilecek hususlar” kenar başlıklı TTK m. 1016 hükmünde belirtilen bilgilerin GESBİS’e ve fiziki ortamda tutulan sicil defterinde gemiye ait takyidatlar bölümüne kaydedilmesidir. Bu kayıt işlemi ile gemi üzerinde ipotek kurulmuş olur. Nitekim yukarıda ifade ettiğimiz üzere⁸⁹, gemi ipoteginin sicile tescili kurucu niteliktedir.

Tescil talebinde bulunulduktan sonra gemi sicil müdürlüğü personeli tarafından gerçekleştirilen işlemlere ilişkin olarak GSY m. 33/2 c. 3-4 hükümlerinde, “*Talep yazısı, ipotek sözleşmesi, diğer ekler ile birlikte ibraz edilir ve sicil müdürlüğünde gemi sicil müdürü huzurunda kimlik tespiti yapılarak imzalanır. Bu haliyle GESBİS’e şerh edilerek sözleşme gemi dosyasına konulur.*” düzenlemelerine yer verilmiştir. GSY m. 33/2 c. 3 hükmünde, talep yazısı ve ipotek sözleşmesinin diğer eklerle birlikte sicil müdürlüğüne ibraz edileceği ve ardından gemi sicil müdürü huzurunda kimlik tespiti yapılarak imzalanacağı ifade edilmiştir. Bu bakımdan GSY m. 33/2 c. 3 hükmünde, ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanması ihtimaline ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, tescil talep dilekçesinde, taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanması da talep edildiği takdirde, GSY m. 33/2 c. 3 hükmü uyarınca, sicil müdürü huzurunda kimlik tespiti yapılacaktır⁹⁰ ve ardından taraflar ipotek sözleşmesini imzalayacaklardır. Bunun üzerine, gemi sicil müdürü, ipotek sözleşmesine, imzaların taraflara ait olduğunu tevsik eden bir açıklama yazacak ve ardından ipotek sözleşmesini imzalayacaktır. Böylelikle taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmesindeki imzalar gemi sicil müdürlüğü tarafından onaylanmış olacaktır⁹¹.

İpotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması ihtimalinde ise, imzalar noterde onaylanmış olacağı için GSY m. 33/2 c. 3 hükmü kapsamında, imza onay işlemi yapılmaz. Bu bakımdan GSY m. 33/2 c. 3 hükmünde belirtilen ihtimalde, ipotegın tescili işlemine geçilmeden önce ipotek sözleşmesindeki imzalar onaylanacağı için tescil prosedürü, imza onayı işleminin yapılıp yapılmaması açısından ipotek sözleşmesinin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması ihtimalinden farklı şekilde ilerlemektedir. Bu nedenle, GSY m. 33 hükmünde, ipotek sözleşmesinin yapılma şekli ile bu kapsamda tescil prosedürlerine ilişkin farklılığa vurgu yapmak amacıyla taraflarca yazılı olarak yapılan ipotek sözleşmelerindeki imzaların gemi sicil müdürlüğünde onaylanması (GSY m. 33/2 c. 3) ile ipotek sözleşmesinin

⁸⁹ Bkz. IV, C, 1.

⁹⁰ GSY m. 33/2 c. 3 hükmünde, kimlik tespiti yapılmasından söz edilmiştir. Bu durum, hükmün, ipotek sözleşmesinin taraflarının gerçek kişiler olacağı ihtimali dikkate alınarak hazırlandığını düşündürmektedir. Ancak ipotek sözleşmesinin alacaklı tarafını, uygulamada, çok yüksek ihtimalle kredi veren bankalar oluşturmaktadır. Bunun dışında, gemisi üzerinde ipotek veren borçlu ya da üçüncü kişi de bir şirket olabilir. Böyle durumlarda, ipotek sözleşmesinin tarafı olan tüzel kişilerin yerine onları temsile yetkili organları veya yetkili temsilcileri ipotek sözleşmesini imzalayacaktır. Eğer gemi sicil müdürlüğünde, ipotek sözleşmesine imza onayı yapılmak istenirse, ipotek sözleşmesini imzalayacak ve tüzel kişiye temsile yetkili gerçek kişinin de sicil müdürü huzurunda hazır bulunması gerekmektedir. Bu esnada, tüzel kişiye ilişkin imza sirküleri incelenecek ve ardından temsilciler bakımından da kimlik tespiti yapılacaktır.

⁹¹ Belirtilmelidir ki, her ne kadar bu uygulamanın bugüne kadar bir örneğine rastlanmasa da İstanbul Liman Başkanlığı gemi sicil müdürü ile memurlarının hükme ve konuya ilişkin yorumu da bu şekildedir.

noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması (GSY m. 33/4) ihtimallerine ilişkin iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak belirtilmelidir ki, gemi ipoteğinin tescilli prosedürü bakımından ipotek sözleşmesinin yapılma şekline bağlı olarak başkaca bir farklılık mevcut değildir. Dolayısıyla ipotek sözleşmesindeki imzalar gemi sicil müdürlüğü tarafından onaylandıktan sonra, ipotek sözleşmesinin yapılma şekline ilişkin her iki ihtimalde de tescil prosedürü benzer şekilde ilerleyecektir.

Öte yandan GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde, “*Bu haliyle GESBİS’e şerh edilerek sözleşme gemi dosyasına konulur.*” denilmişse de o haliyle GESBİS’e şerh edilecek evrakın ne olduğu anlaşılammaktadır. Hükmün devamında ise, ipotek sözleşmesinin gemi dosyasına konulacağından söz edilmiştir. Bu durum, ipotek sözleşmesinin GESBİS’e şerh edileceği ve ardından geminin fiziki ortamda tutulan dosyasına konulacağı yorumunun yapılmasına olanak tanımaktadır. Ayrıca burada, GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde geçen “şerh” ifadesiyle, TTK m. 977 vd. hükümlerinde düzenlenen şerhin mi yoksa GESBİS’e yapılacak basit bir kayıt işleminin mi kastedildiği de açık değildir. Öncelikle belirtilmelidir ki, hükmünde, her ne kadar “şerh” ifadesine yer verilmişse de aslında bu ifadeyle, basit bir kayıt işlemi anlatılmak istenmiştir. Dolayısıyla GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde geçen “şerh” ifadesiyle TTK m. 977 vd. hükümlerinde düzenlenen “şerh” kurumunun kastedilmemiş olduğu kabul edilmelidir. Nitekim GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde geçen “şerh” ifadesi bakımından gemi sicil müdürlüğü uygulaması ve yorumu da belirttiğimiz şekildedir. Öte yandan GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde, “şerh” ifadesine yer verilmiş olması, tescil öncesi bir aşamada, lehine ipotek kurulmak istenen kişinin tescil yapılmadığı takdirde hak kaybı yaşamaması için lehine sicilde TTK m. 977/1 c. 1 hükmü kapsamında şerh verilmesi ihtimalini akıllara getirmektedir⁹². Bu bakımdan hükmünde, “şerh” ifadesine yer verilmesinin isabetli olmadığını söylemek gerekir.

Kanaatimizce, GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde geçen “*Bu haliyle GESBİS’e şerh edilerek ...*” ifadesiyle ipotek sözleşmesinin içeriğindeki bilgilerin elektronik ortamda tutulan GESBİS’e kaydedilmesi anlatılmak istenmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hükmünde geçen “şerh” ifadesiyle, ipotek sözleşmesi içeriğindeki bilgilerin elektronik ortama geçirilmesi, işlenmesi; bir diğer anlatımla, sicil müdürlüğü personeli tarafından yapılan basit bir kaydetme işlemi kastedilmiştir. Zira GESBİS’e aşağıda ifade edileceği üzere, TTK m. 1016 hükmü kapsamında, ipotek sözleşmesinin tarafları ve bu kişilere ait bilgiler ile alacak miktarı vb. bilgiler kaydedilmekte ve böylelikle tescil işlemi tamamlanmaktadır. Bu bakımdan GESBİS’e ipotek sözleşmesi değil de içeriğinde yer alan bilgiler kaydedilmektedir.

⁹² TTK m. 977/1 c. 1 hükmünde, “*Bir gemi veya gemi ipoteği üzerinde bir hakkın kurulmasını veya kaldırılmasını yahut böyle bir hakkın içeriği veya derecesinin değiştirilmesini isteyebilmek hakkını teminat altına almak için ...*” gemi siciline şerh verilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, TTK m. 977 vd. hükümleri kapsamında, gemi ipoteğine ilişkin istem hakkının teminat altına alınması için gemi siciline şerh edilmesi mümkündür. Bir diğer anlatımla, gemi ipoteğine ilişkin istem hakkı sicile şerh edilebilmektedir. Şerh hakkında detaylı bilgi için bkz. Tahir Çağa ve Rayegân Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I (Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan)* (15. Baskı, On İki Levha 2009) 82-84.

GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde de bu durum anlatılmak istenmiştir. Nitekim GSY m. 33/3 c. 4 hükmünde geçen bu ifadeye ilişkin gemi sicil müdürlüğü uygulaması ve yorumu da belirttiğimiz şekildedir. Ayrıca burada ifade edilmelidir ki, GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde, ipotek sözleşmesinin içeriğindeki bilgilerin yalnızca elektronik ortamda tutulan GESBİS'e kaydedilmesinden (tescil edilmesinden) bahsedilmiştir. Ancak uygulamada, sicil kayıtları fiziki ortamda da tutulduğu için ipotek, GESBİS dışında fiziki ortamda tutulan sicil defterinin üzerinde ipotek kurulan gemiye ait takyidat bölümüne de kaydedilmektedir.

GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde, içerdiği bilgiler GESBİS'e kaydedildikten sonra ipotek sözleşmesinin geminin dosyasına konulacağı ifade edilmiştir. Ancak geminin sicil dosyasına yalnızca ipotek sözleşmesi konulmaz. Zira GESBİS'e yapılacak kayıttan sonra, geminin sicil dosyasına; ipotek tescil talep dilekçesi, ipotek sözleşmesi ve diğer eklerin tamamı konulmaktadır. Nitekim GSY m. 33/5 hükmünde, "*Gemi siciline tescil edilmesi talep edilen ipotek, sicil müdürlüğünce geminin GESBİS'teki kaydının takyidat bölümüne kaydedilir. Takyidata dayanak teşkil eden belgeler geminin dosyasında muhafaza edilir.*" denilmiştir. GSY m. 33/5 hükmünde, GSY m. 33/2 c. 4 hükmündekine benzer bir düzenlemeye yer verilerek ipotek geminin GESBİS'teki kaydının takyidat bölümüne kaydedileceği ayrıca ipotek takyidatına dayanak oluşturan belgelerin geminin sicil dosyasında muhafaza edileceği belirtilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, GSY m. 33/2 c. 4 hükmünde, ipotek sözleşmesindeki bilgilerin GESBİS'e geçirilmesi; bir diğer ifadeyle, kaydedilmesi anlatılmak istenmiştir. Bu bakımdan ipotek sözleşmesinin içeriğinin GESBİS'e geçirilmesi ile ipotek geminin GESBİS'teki kaydında yer alan takyidat bölümüne kaydedilmesi aslında aynı işlemlerdir. Benzer şekilde, ipotek sözleşmesinin geminin dosyasına konulması ile ipotek takyidatına dayanak teşkil eden belgelerin geminin dosyasında muhafaza edilmesi farklı kapsamda işlemler değildir. Bu açıklamalar çerçevesinde, her iki hükümde, benzer düzenlemelere yer verilmiş olmasının tekrara yol açmış olduğu söylenebilir.

GSY m. 33/6 hükmünde, "*GESBİS'teki kaydın takyidat bölümüne, Kanunun 1016 ncı maddesinde sayılan hususlarla birlikte, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 148/a maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi gereğince yurt içinde tebliğat adreslerinin ve istem hâlinde 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 871 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince boşalan dereceye geçme hakkı kararlaştırılmışsa bu hakkın tescil edilmesi şarttır. Üstteki derece boşaldığında ipotek boşalan dereceye geçmesi, malikin veya ipotekli alacaklının talebi ile olur.*" düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, GESBİS'teki kaydın takyidat bölümüne,

TTK m. 1016 hükmünde sayılan hususlarla⁹³ birlikte, 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu⁹⁴ m. 148/a hükmünün birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca yurt içindeki tebligat adreslerinin⁹⁵ ve talep hâlinde, TMK m. 871/3 hükmü uyarınca boşalan dereceye geçme hakkı kararlaştırılmışsa, bu hakkın kaydedilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, üstteki derece boşaldığı takdirde, ipoteğin boşalan dereceye geçmesi, gemi malikinin veya ipotekli alacaklının talebi ile mümkün olur.

D. Birden Çok Gemi veya Gemi Payı Üzerinde İpotek Kurulması

GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde, *“Aynı alacak için birden çok gemi/gemi payı üzerinde ipotek kurulması hâlinde, gemilerden her birinin sicil bilgisine diğer gemilerin de takyit edildiği re’sen kaydedilir. Bir gemi/gemi payı üzerinde mevcut bulunan gemi ipoteği hakkının, ilgili olduğu alacak için sonradan diğer bir geminin/gemi payının takyidi hâlinde de aynı hüküm uygulanır.”* düzenlemeleri yer almaktadır. GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması hâlinde, gemi sicilinde yapılacak işlemler düzenlenmiştir. Bu hükümleri incelemeye geçmeden önce, bir husus üzerinde durulması gereklidir. Zira GSY m. 34/1 c. 1 hükmünde, *“diğer gemilerin de takyid edilmesinden”*; GSY m. 34/1 c. 2 hükmünde ise, *“diğer bir geminin/gemi payının takyidinden”* söz edilmiştir. Bu bakımdan hükümlerde yer alan *“takyit etme”* kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. GSY m. 4/1-j bendi hükmünde, Gemi Sicil Yönetmeliği bakımından takyidat kavramı; *“Gemi siciline kaydedilebilen sınırlı aynı haklar ile şahsi hakları, ihtiyati haciz dahil her tür tasarruf yetkisi kısıtlamalarını ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, gemi ipoteği bir takyidat niteliğindedir. Zira gemi ipoteği, gemi siciline kaydedilebilen bir sınırlı aynı haktır. Takyit etme kavramı

⁹³ “Sicile geçirilecek hususlar” kenar başlıklı TTK m. 1016 hükmünde, gemi ipoteğinin sicile tescilinde, ipoteğe ilişkin olarak sicile kaydedilecek hususlar yedi fıkrâ hâlinde ve oldukça detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Çalışmada, Gemi Sicil Yönetmeliği’nin gemi ipoteğine ilişkin hükümleri değerlendirme konusu yapıldığı için TTK m. 1016 hükmünde yer alan düzenlemeler değerlendirme konusu yapılmayacaktır. Bununla birlikte, GSY m. 33/6 hükmünde, ipoteğin tescilinde sicile kaydedilecek hususlara ilişkin olarak TTK m. 1016 hükmüne atf yapılması mevzuat yapma tekniği bakımından isabetli olmuştur. Zira GSY m. 33/6 hükmünde yahut başka bir hükümde, TTK m. 1016 hükmünde yer alan düzenlemelere yer verilmeyerek tekrardan kaçınılmıştır.

⁹⁴ RG 19.06.1932, S 2128.

⁹⁵ İİK m. 148/a c. 1 hükmünde, *“İpotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alanlar ya da bunların halefleri, tapu sicili müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirmek zorundadırlar. Aksi takdirde ilgililerin tescil talebi, tapu sicili müdürlüğüne reddolunur.”* düzenlemesi yer almaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, hükmünde, ipotekli taşınmazdan ve tapu sicilinden söz edilmiş; ipotekli gemi ile gemi sicilinden bahsedilmemiştir. Ancak İİK m. 148/a hükmü, taşınmazların satışına ilişkin bir hükümdür. İİK m. 136 hükmünde, *“Taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da uygulanır. Bu hükümlerde geçen “tapu sicili” terimi gemi sicilini, “ipotek” terimi gemi ipoteklerini ve “irtifak hakkı” terimi sicile kayıtlı gemiler üzerindeki intifa hakkını ifade eder.”* düzenlemesi yer almaktadır. Benzer şekilde, TTK m. 1383 hükmünde, *“Bir sicile kayıtlı olan Türk ve yabancı bayraklı gemiler, İcra ve İflas Kanununun taşınmazların satışına ilişkin hükümlerine göre, bir sicile kayıtlı olmayan Türk ve yabancı bayraklı gemiler ise, aynı Kanunun taşınmazların satışına ilişkin hükümleri uyarınca paraya çevrilirler.”* düzenlemesine yer verilmiştir. İİK m. 136 ile TTK m. 1383 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, İİK m. 148/a/1 c. 1 hükmünün, gemi ipoteği bakımından da uygulama alanı bulabilecek nitelikte bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir. Nitekim gemi ipoteğine ilişkin GSY m. 33/6 hükmünde, İİK m. 148/a/1 c. 1 hükmüne atf yapılmıştır. Buna göre, İİK m. 148/a/1 c. 1 hükmünde geçen *“ipotekli taşınmaz”* ifadesinin *“ipotekli gemi”*; *“tapu sicil müdürlüğü”* ifadesinin ise, *“gemi sicil müdürlüğü”* olarak anlaşılıp uygulanması gerekir.

ise kısıtlama, sınırlandırma anlamına gelir. Buna göre, bir gemi⁹⁶ üzerinde ipotek kurulduğu takdirde, gemi üzerindeki mülkiyet hakkı kısıtlanmış, sınırlanmış olur. Dolayısıyla bir gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulduğu takdirde, geminin veya gemi payının takyidinden söz edilir.

GSY m. 34/1 c. 1 hükmüne göre, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması hâlinde, gemilerden her birinin sicil kaydına⁹⁷ diğer gemilerin de ipotek ile takyit edildiği bilgisi re'sen kaydedilir. Bir gemi veya gemi payı üzerinde mevcut bulunan gemi ipoteğinin, ilgili olduğu alacak için sonradan diğer bir geminin veya gemi payının takyidi hâlinde de aynı hüküm uygulanır (GSY m. 34/1 c. 2). Dolayısıyla başlangıçta üzerinde ipotek bulunan geminin sicil kaydına (daha sonradan) başka bir gemi veya gemi payı üzerinde de o alacak için ipotek kurulduğu bilgisi re'sen kaydedilir. Benzer şekilde, aynı alacak için daha sonra üzerinde ipotek kurulan geminin sicil kaydına o alacak için (daha önceden) başka bir gemi veya gemi payı üzerinde de ipotek kurulduğu bilgisi re'sen kaydedilir.

GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulmasından söz edilmişse de gemilerin aynı ya da farklı gemi sicillerine⁹⁸ kaydedilmiş olması hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁹⁹. Kanaatimizce, GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinin, aynı alacak için aynı ya da farklı gemi sicillerine kayıtlı gemi veya gemi payları¹⁰⁰ üzerinde ipotek kurulması ihtimallerinin tamamı dikkate alınarak yorumlanıp uygulanması gerekir. Dolayısıyla aynı alacak için üzerinde ipotek kurulan gemi veya gemi paylarının tamamı MGS'ne kayıtlı olabileceği gibi TUGS'ne de kayıtlı olabilir. Ayrıca aynı alacak için üzerinde ipotek kurulan gemi veya gemi paylarından bazılarının MGS'ne bazılarının da TUGS'ne kayıtlı olması da mümkündür. Zira gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin GSY m. 33-35 hükümlerinin MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve

⁹⁶ Burada, "bir gemi üzerinde ipotek kurulması" ihtimalinden söz edilmiştir. Bununla birlikte, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri, MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar hakkında uygulanmaktadır. Bu nedenle, bu başlıkta geçen "gemi" kavramından, MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatların anlaşılması gerekir.

⁹⁷ GSY m. 34/1 c. 1 hükmünde, gemilerden her birinin sicil bilgisinden söz edilmiştir. Bununla birlikte, gemilerden her birinin sicil bilgisi ifadesinden gemilerden her birinin sicil kaydının anlaşılması gerekir.

⁹⁸ Burada ve bu başlığın geri kalan kısmında, "gemi sicilleri" kavramının kapsamında, Milli Gemi Sicili ile Türk Uluslararası Gemi Sicili yer almaktadır.

⁹⁹ GSY m. 34/1 c. 3 hükmünde, "*Gemilerden biri üzerindeki takyidin sona ermesi hâlinde keyfiyet, diğer gemilerin siciline re'sen tescil edilir.*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde kurulan ipoteğin sona ermesi hâlinde, gemi sicilinde yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Çalışmada, Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri incelendiği için bu hüküm çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte, hükümde geçen "... keyfiyet, diğer gemilerin siciline re'sen tescil edilir." ifadesi incelendiğinde, hükümde, üzerinde gemi ipoteği kurulan gemilerin farklı sicillere kayıtlı olduğu ihtimalinin dikkate alındığı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, bu doğru bir yorum değildir. Bu bakımdan GSY m. 34/1 c. 3 hükmünde geçen "diğer gemilerin siciline" ifadesinin, GSY m. 34/1 c. 1 hükmündeki gibi "diğer gemilerin sicil kaydı" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla GSY m. 34/1 c. 3 hükmünde, aynı alacak için farklı gemi sicillerine kayıtlı gemi veya gemi payları üzerinde ipotek kurulması ihtimalinin dikkate alınmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁰⁰ TUGS'ne ticari amaçla kullanılan gemiler ile yatlar kaydedilebilmektedir (TUGSK m. 2, TUGSY m. 4). Çalışmanın bu bölümünde, terminolojik bütünlüğü sağlama amacıyla yalnızca gemi veya gemi paylarından söz edilmiştir. Ancak buradaki "gemi veya gemi payı" ifadesinin TUGS bakımından yatlar ile yat paylarını da kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanması gerekir. TUGS'ne kaydedilebilecek gemi ve yatlar hakkında açıklamalar için bkz. Aydın (n 6) 185 vd.

yatlar bakımından uygulama alanı bulduğu dikkate alındığında, bu sonuca ulaşılması gerekmektedir.

“Birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması” kenar başlıklı GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması hâlinde, gemi sicil ya da sicillerinde yapılacak işlemler düzenlenmiştir. Bu bakımdan GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulabilmesinin şartları ile kurulmasının hüküm ve sonuçları hakkında düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönüyle GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümleri, “Birlikte gemi ipoteginde birden çok gemi veya gemi payı” kenar başlıklı TTK m. 1021 hükmünden farklıdır. Zira TTK m. 1021/1 hükmünde, “*Bir alacak için birden çok gemi veya gemi payı ipotek edilmişse, bunlardan her biri borcun tamamından sorumlu ...*” olduğu; TTK m. 1021/2 hükmünde ise, “*Alacaklının, her gemi veya pay ancak belirli bir kısımdan sorumlu olmak üzere alacağını gemi veya paylar arasında paylaştırabileceği ve paylaşırmanın, sicil müdürlüğüne yapılacak beyan ve tescil ile gerçekleşeceği ayrıca birlikte ipotek üzerinde hak sahibi kişiler varsa onların da onayının gerekli olduğu ...*” düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde, birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması hâlinde, gemi sicil ya da sicillerinde yapılacak işlemler düzenlenmesine rağmen birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulabilmesinin şartları ile kurulmasının hüküm ve sonuçları hakkında düzenlemelere yer verilmemesinin bir eksiklik olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira gemi ipoteginin kurulması bakımından aynı alacak için tek bir gemi üzerinde ipotek kurulması ile birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması arasında bir farklılık yoktur. Her iki hâlde de gemi ipoteginin kurulmasına ilişkin olarak TTK m. 1014 vd. ile GSY m. 33-35 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca TTK m. 1021 hükmünün mevcudiyeti karşısında, aynı alacak için birden fazla gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulmasının hüküm ve sonuçlarının GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinde düzenlenmesine gerek de yoktur. Nitekim aynı alacak için birden fazla gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulmasının hüküm ve sonuçlarını düzenleyen TTK m. 1021 hükmü sicile kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan TTK m. 1014 vd. hükümlerinde, aynı alacak için birden çok gemi veya gemi payı üzerinde ipotek kurulması hâlinde, gemi sicil ya da sicillerinde yapılacak işlemleri düzenleyen bir hükmün mevcut olmadığı dikkate alındığında, GSY m. 34/1 c. 1-2 hükümlerinin gemi sicil uygulamaları bakımından önemli bir düzenleme olduğunu da ifade etmek gerekir.

Sonuç

Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerinin, TTK m. 1014 vd. hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmış bulunmaktadır:

1. 12.05.2023 tarih ve 32188 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Gemi Sicil Yönetmeliği ile birlikte Gemi Sicil Nizamnamesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin olarak Gemi Sicil Nizamnamesi'nde yer alan hükümlerin yerine Gemi Sicil Yönetmeliği'nde yer alan hükümler (GSY m. 33-35) uygulama alanı bulacaktır.

2. GSY m. 33-35 hükümleri, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin olarak TTK m. 1014 vd. hükümleri bakımından “tamamlayıcı hüküm” niteliğindedir. Bu nedenle, TTK m. 1014 vd. hükümlerinde düzenleme bulunmayan konularda, GSY m. 33-35 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

3. GSY m. 33-35 hükümleri, sicile kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, MGS'ne kayıtlı gemiler ile TUGS'ne kayıtlı gemi ve yatlar üzerinde ipotek kurulmak istendiği takdirde, TTK m. 1014 vd. hükümleriyle birlikte GSY m. 33-35 hükümleri de uygulanacaktır. Ancak bu hükümler, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları ile TTK m. 941/2 hükmü uyarınca tutulan Özel Sicil'e kayıtlı gemiler bakımından uygulama alanı bulmaz. Ayrıca Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil, hukuki açıdan “sicil” niteliğinde olsa da inşaları tamamlanmadığı için yapılar, bu sicile kaydedildikleri takdirde “sicile kayıtlı” gemi kavramı kapsamında sayılmazlar. Bununla birlikte, TTK m. 1058 hükmünde yer alan düzenleme nedeniyle GSY m. 33-35 hükümleri, Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil'e kayıtlı yapılar hakkında da uygulanır.

4. Gemi Sicil Yönetmeliği'nin gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümleri bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, Gemi Sicil Yönetmeliği'ndeki hükümlerin esas itibarıyla TTK m. 1014 vd. hükümlerinde yer alan düzenlemeleri tekrar ettiğini; bu bakımdan Gemi Sicil Yönetmeliği'nde, Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümlere büyük ölçüde bağlı kaldığını söylemek mümkündür. Buna karşılık, gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin olarak GSY m. 33-35 hükümlerinde, TTK m. 1014 vd. hükümlerinde yer almayan düzenlemelere yer verildiği de tespit edilmektedir. Öte yandan GSY m. 33-35 hükümlerinde, TTK m. 1014 vd. hükümlerinde olduğu gibi maddi hukuka ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, TTK m. 1014 vd. hükümlerinden farklı olarak gemi sicilinde yapılacak usuli işlemlere ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Algantürk Light SD, ‘Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler’ (2009) Yıl: 8 (16) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 49-64.
- Antalya OG ve Acar F, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler)* (3. Baskı, Aristo 2020).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (28. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2022).
- Arvas MM, *6750 Sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınurlar* (Lotus Life Ajans 2017).
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku – Cilt: II (Gemilerin Eşya Hukuku)* (On İki Levha 2018) (*Gemilerin Eşya Hukuku*).
- Atamer K, ‘Gemiler Üzerinde 6750 Sayılı Kanun Uyarınca Rehin Kurulabilir Mi?’ 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar (Vedat 2021) 323-351 (*6750 Sayılı Kanun*).
- Aydın M, *Gemilerin Kaydedilmesi ve Kayıtlarının Silinmesi* (Filiz 2022).
- Bayezit F, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri* (On İki Levha 2019).
- Bilgeç H, ‘Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri (Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Hükümlerinin Gemi Rehni Bakımından Karşılaştırılması)’, (2020) 22 (1) DEÜHFD 1-55.
- Bozer A ve Göle C, *Ticari İşletme Hukuku* (7. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2021).
- Bozkurt T, *Deniz Ticareti Hukuku* (Yetkin 2021).
- Çağa T ve Kender R, *Deniz Ticareti Hukuku I (Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan)* (15. Baskı, On İki Levha 2009).
- Demir İ, *Deniz Ticareti Hukuku (Ders Kitabı)* (2. Baskı, Yetkin 2023).
- Ergüne MS, *Hukukumuzda Taşınır Rehininin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu* (2. Bası, Filiz 2020).
- Kalpsüz T, *Gemi Rehni* (5. Baskı, Turhan 2004).
- Kaner İD, *Deniz Ticareti Hukuku I-II (Giriş – Gemi – Donatan ve Donatma İştiraki – Kaptan – Navlun Sözleşmeleri)* (Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz 2024).
- Kara H, *Deniz Ticareti Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha 2023).
- Oktaç Özdemir S, ‘Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar’, (A. Lâle Sirmen ve A. Barış Özbilen Edr) *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu – 16 Şubat 2018* (Yetkin 2018) 53-83.

- Seven V, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni* (2. Baskı, Filiz 2019).
- Sevinç Kuyucu A, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri* (On İki Levha 2016).
- Sirmen L, 'Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler' (A. Lâle Sirmen ve A. Barış Özbilen Edr) *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* – 16 Şubat 2018 (Yetkin 2018) 21-52.
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku – Cilt I (Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri)* (6. Bası, Vedat 2022).
- Şenocak K Kahraman Z Tuncer Kazancı İ ve Öcal Apaydın B, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni* (Yetkin 2019).
- Topsoy F, *Deniz Ticareti Hukuku I (Giriş – Gemi – Donatan – Deniz Ticareti Sözleşmeleri)* (Legal 2020).
- Ülgen H Helvacı M Kaya A ve Nomer Ertan NF, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021).
- Ülgen H Helvacı M Kaya A ve Nomer Ertan NF, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Vedat 2022) (*Ticari İşletme Hukuku*).
- Yavşan Y, 'Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz Ve İçsu Araçları Üzerinde Sözleşmeye Dayanan Rehin Hakkının Kurulması' (Bilgehan Çetiner ve Abdullah Furkan Korkmaz Edr) *Teminat Hukuku* (Seçkin 2023) 557-587.
- Yazıcıoğlu E, *Deniz Ticareti Hukuku (Kender – Çetingil)* (17. Tıpkı Baskı, Filiz 2022).
- Yetiş Şamlı K, 'Ship Mortgage vs. Maritime Lien What Are The Changes In Favour Of The Mortgagee Under Turkish Law?', (2017) 49 (66) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 189-215.
- Yetiş Şamlı K, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması* (On İki Levha 2021).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 27.01.2024
Revizyon Talebi: 11.06.2024
Son Revizyon Tarihi: 24.06.2027
Kabul: 03.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Fikri Mahsuller Üzerindeki Mali Haklara Tecavüzün Ref'i Yöntemleri (FSEK 68) Üzerine Bir İnceleme

Mustafa Ateş*

Öz

Fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklara tecavüzün ref'i davaları FSEK'in 66-68. Maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun, manevi haklara tecavüzün ref'ini 67. maddesinde, mali haklara tecavüzün ref'iniyse 68. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre 68. maddede fikri ürünler üzerindeki mali hakların sahibine, hakkı ihlal eden şahıstan, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin üç kat fazlasını talep yetkisi verilmiştir. Keza hak sahibine çoğaltma şeklinde gerçekleşen ihlal durumunda izinsiz çoğaltılmış nüshaların uygun bir bedel mukabilinde kendisine verilmesini veya imhasını ya da mutad bedelin üç katı tutarında ödeme yapılmasını isteme şeklindeki seçimsel yetkiler tanınmıştır. Bu makalede 1995 değişiklikleri akabinde yoğun bir uygulama alanı bulan ve beraberinde hararetli münakaşaları davet eden mali haklara tecavüzün sonlandırılmasını amaçlayan FSEK'in 68. maddesi tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Fikir ve Sanat Ürünleri, Telif Hakkı, Mali Haklar, Tecavüzün Ref'i, Mutad Bedel, Üç Kat Tazminat, Üç Kat Tazminatın Niteliği

A Review on (Art. 68 of TCC) the Termination Methods for Infringement of Financial Rights on Copyrighted Products

Abstract

Cases for violating intellectual and artistic property rights are regulated by the Turkish Copyright Code (TCC), in Articles 66-68. Where the TCC regulates the refutation of infringement of moral rights in Article 67, the refutation of infringement of financial rights is regulated in Article 68. Article 68 provides that the owner of financial rights on intellectual products is authorised to demand three times more than the price or current price that would have been requested if the contract had been made from the person who violated the right. Likewise, in case of duplication, the rights holder is granted optional powers to request that the copies reproduced without permission be returned to him for an appropriate fee, destroyed, or paid three times the usual price. In this essay, Article 68 of the TCC, which found intense application after the 1995 amendments and invited heated debates, is analysed in detail.

Keywords

Intellectual and Artistic Products, Copyright, Financial Rights, Removal of Infringement, Reasonable Price for Copyright, Treble Damage, Nature of Table Damage

* **Sorumlu Yazar:** Mustafa Ateş (Prof. Dr.), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: mustafa.ates@izu.edu.tr ORCID: 0000-0002-2401-5384

Ateş M, "Fikri Mahsuller Üzerindeki Mali Haklara Tecavüzün Ref'i Yöntemleri (FSEK 68) Üzerine Bir İnceleme" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 525. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0006>



Extended Summary

For the last few decades, copyright on intellectual and artistic works and related rights over performances, phonograms, cinematographic productions, and radio-television broadcasts have been subjected to violations very easily and on a large scale, especially with innovations in the field of digital technologies. Therefore, on the one hand, regulations are being made at the international level, such as the TRIPS and WIPO Internet Agreements, while on the other hand, many of the states in the world are making various legal regulations to combat more effectively the violations of the rights of rights holders over their intellectual products on a national scale.

The basis of various changes and new regulations in the Turkish Copyright Code (TCC) in the year 1995 and thereafter is essentially the aim of combating more effectively the violations of rights on intellectual products increased by technological innovations. In fact, it is necessary to evaluate the amendments made in 1995 and after Article 68 of the TCC regarding the refutation of infringements of financial rights on copyrighted products.

In this essay, the amended provisions of Article 68 of the TCC are examined. To put it briefly, in accordance with the first paragraph of Article 68; the right holder who is subject to infringement of any of the financial rights in the form of processing, reproduction, dissemination, representation, and communication to the public on the work and intellectual and artistic products that are the subject of related rights may request the application of the method of refutation of infringement by demanding three times (namely triple compensation) the usual price. Although it is not explicitly stated in this Article, natural and legal persons defined as holders of rights under Article 80 of the Law can also use the same powers. Accordingly, those who adapt, reproduce, disseminate reproduced copies, represent, or communicate to the public a work, performance, phonogram, or production without obtaining written permission from the rights owner, or transmitting any sign, sound, or image to the public, without the permission of the rights holders, shall not be entitled to the price they may claim in the event of a contract, or they may request a maximum of three times more than the current market price to be determined in accordance with the provisions of this Law. As can be seen, in a copyrighted work unauthorised use of any of the rights of adaptation, reproduction, dissemination, representation in public places and transmission to the public is sufficient to demand more than three times the usual price of the infringed product, namely *treble damage*.

However, in the second and third paragraphs of Article 68 of the Law, other rights are granted to the right holder in addition to the demand for three times the price in cases where the right to reproduce the copyrighted product alone and the right to disseminate it are violated. Other refutation methods, other than the triple

compensation request, can only be used in cases of infringement of the right to reproduce and distribute along with reproduction. For example, if the action of a perpetrator violates any of the rights of processing, dissemination, representation, or transmission to the public, the refutation methods defined in the Law specific to the right of reproduction are not applied. In fact, due to the nature of these refutation methods specific to the right to reproduction, it is not possible to apply them in cases of infringement of other financial rights related to copyrighted work. Likewise, since the right to reproduction or dissemination is the most violated in practise, the second and third paragraphs of Article 68 include reproduction and dissemination as the only financial rights that can be subject to refutation methods other than the request for more than three times the usual price of infringed work.

In this context, if the copies reproduced without permission are not put up for sale, the right holder may request the destruction of the reproduced copies, films, moulds and similar tools used for reproduction, or that they be given to him for an appropriate price not exceeding the production cost price, or, in the case of a contract, three times more than the amount he may request. This does not eliminate the legal liability of the unauthorised reproducer. If copies reproduced without permission are put up for sale, the rightful owner may use one of the options in the second paragraph regarding the copies in the possession of the infringer. However, for the second and third paragraphs to be implemented by rights holders other than the owner of the work, written reproduction permission from the owner of the work in accordance with Article 52 of the TCC is required.

Rights claims arising under Article 68 can only be used in cases of violation of financial rights. If the rights violated are of a moral nature or if moral rights are violated along with financial rights, it is not possible for the plaintiff to request a decision in accordance with the provisions of Article 68 in respect of moral rights. The request for a reconsideration of moral rights can only be made within the scope of Articles 66 and 67 of the TCC.

Finally, with the amendments made after 1995, the demand for three times the usual price, the payment of appropriate compensation for pirated copies, or the exercise of the right to destroy both copies and reproduction means, which is granted to the right holder on intellectual products in Article 68, is not conditioned on the fault of the perpetrator. It is not necessary for the plaintiff, whose financial rights have been violated, to suffer any damage in order to make such claims. In order to file a lawsuit according to Article 68, it is sufficient that the act attributed to the perpetrator is contrary to the law, that is, an unlawful act. Assuming that the use of the rights recognised in the TCC without the permission of the right owner and without any other reason for compliance with the law violates the rights, to deter possible

and future infringements, the right owner is requested to pay three times the price he would have requested if he had made a contract with the infringer or the market value of the right subject to violation. Although such legal claims do not comply with the basic principles of Turkish compensation law, such sanctions are considered punishments specific to private law.

I. Genel Olarak Madde 68'in Konusu ve Kapsamı

1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK)¹ fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklara matuf tecavüzlerin sona erdirilmesi amacıyla açılacak ref davaları, 66, 67 ve 68. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun tecavüzün ref'ini tecavüze maruz hakkın manevi ve mali mahiyette olup olmamasına göre farklı hüküm ve sonuçlara tabi kılınmıştır. Buna göre Madde 67 manevi haklara tecavüzün ref'ine ilişkin hükümleri ihtiva ederken; mali haklara tecavüzün ref'ine dair hükümlerse 68. maddede düzenlenmiştir. Kanunun 66. maddesi hem manevi hem de mali haklara tecavüzün ref'ine ilişkin genel prensipleri ihtiva etmektedir. Çalışmanın konusunu, eser ve bağlantılı haklar üzerindeki mali haklara tecavüzlerin ref'i hükümlerini içeren FSEK'in 68. maddesi teşkil etmektedir. Manevi haklara tecavüzün ref'i yazarın başka bir makalesinde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Bu cümleden olarak, 1995 yılı ve sonrasında yapılan muhtelif değişiklikler² neticesinde bugünkü halini alan FSEK 68. maddenin konusunu sadece mali haklar oluşturur. Maddenin muhteviyatı, maddi tazminatı çağırırtsa da, aslında madde sadece mali haklara tecavüzün ref'i, yani başlamış ve devam etmekte olan tecavüzlerin kaldırılmasını kapsamaktadır. Bu maddede, aynı Kanunun 67. maddesindeki gibi manevi hakların niteliğine göre değişen ref yöntemleri öngörülmüş değildir. İşleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim biçimindeki mali haklardan herbiri için prensip olarak aynı ref yöntemlerine başvurulabilir. Keza eserin türünün ve niteliğinin sözkonusu yöntemlerin uygulanması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Dolayısıyla ihlalin mevzuunu oluşturan eser ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eseri olsa da, üzerindeki mali haklara yönelik tecavüzlerin ref'i hususunda 68. madde hükümlerinin uygulanmasında tereddüt yaşanmaz.

Ancak, Madde 68 sadece FSEK anlamında "eser" vasfını taşıyan fikri mahsuller üzerindeki mali hakların ihlaline uygulanmaz; aynı zamanda 80. madde kapsamında tanzim olunan icralar, fonogram ve sinematografik yapımlar gibi bağlantılı hak konuları üzerindeki mali haklara tecavüz halinde de uygulanır. Makalede eserle ilgili yapılan açıklamalar, aksi belirtilmediği sürece bağlantılı hak konuları üzerindeki mali haklar bakımından da birebir geçerlidir.

FSEK'in 68. maddesinin ilk fıkrasına 5726 sayılı Kanunla bağlantılı hak konuları ilave edilirken "icrayı, fonogramı veya yapımları" ifadeleri kullanılmış olup, radyo-TV yayımlarından söz edilmemiştir. Bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi yoksa unutkanlık eseri mi olduğu belli olmamakla birlikte, FSEK'in 80. maddesinin "bağlantılı haklara sahip olanların da eser sahibi gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davalarından faydalanacaklarına" ilişkin son fıkra hükmü

¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5845, Kabul Tarihi: 5.12.2951, RG 13.12.1951/7981.

² K Emre Gökyayla '5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yılı 2010* (Yetkin 2011) 283-304.

gereğince radyo-TV yayıncılarının da mezkûr madde hükümlerine göre mali hakların tecavüzünü dava edebileceklerine şüphe yoktur.³ Aslında maddeye bağlantılı haklarla ilgili bahse konu ibareler eklenmemiş olsaydı dahi Madde 80/son hükmündeki atıf sebebiyle bu konuda herhangi bir boşluğun yaşanabileceğinden de söz edilemezdi.⁴

Ancak eser veya bağlantılı hak vasfını taşımayan ürünler hakkında 68. madde hükümlerinin tatbikine mahal yoktur. Örneğin FSEK'in 83-87. maddelerinde sözü edilen eser ad ve alâmetleri ile eser niteliğini haiz olmayan işaretler, resimler, sesler, hatıra yazıları, fotoğraflar ve portreler hakkında anılan madde hükümleri uygulanmaz. Zaten sözü edilen ürünlere genel hükümlerin uygulanacağı ilgili maddelerde belirtilmiştir. Yargıtay da, eser niteliğini taşımayan fotoğraflarla ilgili bir davada rayiç bedelin üç katının talep edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁵

68. Maddede iki ref yöntemine yer verilmiştir. Bunlardan biri mûtaad bedel, rayiç bedel, farazi bedel ve telif tazminatı gibi deyimlerle ifade edilmekte olup; tecavüzden dolayı hak sahibinin mahrum kalmış bulunduğu telif bedelini telafi amaçlı ref yöntemidir. İkincisiyse, yalnızca çoğaltma suretiyle mali haklara tecavüzün kaldırılmasına ilişkin özel ref yöntemidir.

II. Mûtaad Bedelin Üç Katının Ödenmesi Suretiyle Mali Haklara Tecavüzün Ref'i

A. Kavram

FSEK'in 68. maddesinin ilk fıkrasına göre eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Maddenin ikinci fıkrasında da izinsiz çoğaltma yoluyla gerçekleşen ihlallerde seçimlik bir talep olarak sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedelin üç mislinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla hangi hak ihlal edilmiş olursa olsun davacının, müteceviz ile sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin üç kat fazlasının ödenmesi talep etmek suretiyle mali haklarına matuf tecavüzün ref'ini sağlaması mümkündür.

³ Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (2. Bası, Seçkin 2014) C. II 2007-2008; Küçükali C, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası* (5. Baskı, Seçkin 2023). Bağlantılı haklar ve bağlantılı hak konuları üzerindeki mali haklara tecavüzün ref'i hususunda ayrıntı için bkz Azra Arkan, *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuku Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (Vedat 2005) 275-286.

⁴ Gökyayla (n 2) 293-295.

⁵ Yargıtay 11 HD, 2012/8566, 22.05.2012 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 66/5.

Tecavüzün bu şekilde ref'i, tercihinine bağlı olarak muhtelif yöntemlerle belirlenecek bedelin davacıya ödenmesi suretiyle olur. Kanunda bedelin farazi bir sözleşmeye, kanuna ve rayice göre belirlenmesi alternatiflerine yer verilmiştir. Bu hususa aşağıda değinilecektir. Ancak "bedel" ifadesi uygulama ve öğretide bazı tereddütlere yol açmıştır. Maddenin ilk halinde "mütad bedel" ibaresi, 4110 sayılı Kanun ile "rayiç bedel" olarak değiştirilmiştir. Bu ibare daha sonra 4630 sayılı Kanunla "emsal bedel" veya "rayiç bedel" şeklinde ifade edilmiştir. En son 5728 sayılı Yasayla yapılan düzenlemeyle de "sözleşme bedeli" ve "Kanun hükümlerine göre tespit edilecek rayiç bedel" ifadeleri kullanılmıştır. Terminoloji konusundaki istikrarsızlık, uygulama ve öğretiyi kavramları anlama ve yorumlamada tereddüde düşürmüştür. Zira değişiklikler sonrasında "bedel" kavramını ifade için "telif tazminatı"⁶ ve "mali hak tazminatı"⁷ gibi deyimlerin yanı sıra "mutad bedel" veya "uygun bedel" ve "varsayımsal bedel"⁸ gibi tabirler de kullanılmaya başlanmıştır.

İşlevsel olarak aynı veya benzer olsa da, 68. maddedeki bedelin, "tazminat" olarak nitelendirmesi uygun değildir. Tazminat için zarar kurucu unsur iken, tecavüzün ref'inde bedel talebi için zarar "olmazsa olmaz şart" değildir. Dolayısıyla Madde 70 kapsamında mali haklara verilen zarardan doğan tazminatla karıştırılmaması için FSEK 68'e dayalı bedel talebi için "tazminat" teriminin kullanılmasından kaçınılması uygun olur.

Yinelemek gerekirse, uygulamada mezkûr maddede sözü edilen bedel talebinin tavsifinde kullanılan terminolojide bir birlik yoktur. Bize göre müessesenin mahiyetine en uygun düşen nitelendirme 68. maddenin ilk metninde kullanılan "mütad bedel" deyimidir. Mütad kelimesi, alışılmış, belirli bir düzen içinde bulunan, normal olan, ifrad ve tefritten uzak anlamına gelen bir sözcüktür. Bedelin mütad olması ise, ihlale konu hakkın parasal olarak bilinen değerini ifade eder. Bu değer eser daha evvel hukuki işleme, mesela bir sözleşme veya ruhsata konu olmuşsa, sözleşme veya lisans ücreti olarak belirlenen tutar mütad bedel olarak kabul edilir.

Eserin ihlal öncesinde böyle bir işleme konu teşkil etmemiş olması halinde mütad bedel, durum ve şartlara göre bu kabilden bir mali hakkın kullanımı için ödenmesi gereken bedeldir. Bedel, FSEK hükümleri çerçevesinde belirlenen lisans ücreti olabilir. Önceden belirlenmiş bir sözleşme veya lisans bedeli yoksa, eserin veya ihlal edilen mali hakkın işin uzmanları tarafından tespit edilen ihlal tarihindeki güncel piyasa değeri, mütad bedel kabul edilir. Bu ise kanundaki ifadesiyle rayiç bedeldir. O nedenle FSEK 68'deki bedeli, telif tazminatı veya varsayımsal bedel gibi deyimler yerine "mütad bedel" veya "rayiç bedel" olarak nitelendirmek daha uygundur.

⁶ Yargıtay 11 HD, 2006/33, 20.01.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/3. Ayrıca bkz Ahmet M Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (9.Bası, Turhan 2023) 409.

⁷ Yargıtay 11 HD, 2011/5325, 2.5.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan, (n 4) K No 68/19. Ayrıca bkz Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri* (Arkan 2005) 385.

⁸ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2012 vd.

B. Mûtaad Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

Kanunun 68. maddesinde sözü edilen bedel, esas itibarıyla mali haklara yönelik tecavüzden dolayı mahrum kalınan gelir kaybını ifade için kullanılmıştır ve tecavüz neticesinde mağdurun maruz kaldığı fiili zararı ve kâr mahrumiyetini ifade eder. Bu sebeple böyle bir bedel talebi tecavüzün ref'i davasının değil, tazminat davasının konusunu oluşturması gerekirdi. Ancak Kanun böyle bir talebin ref davasında da ileri sürülebilmesine imkân vermiştir. Bu suretle, bedel veya üç katının hak sahibine ödenmesi sağlanarak, davanın açılması sırasında tecavüz eylemi sona ermiş olsa bile, fiilin işlenmesiyle birlikte ortaya çıkan sonuçların izlerinin silinerek ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

Burada davacıya sözleşme yapılmış olsaydı davalıdan talep edebileceği bedeli isteme yetkisi tanınarak, hukuka aykırı fiili akdi bir temele oturtmak suretiyle, ihlalin hukuka aykırı sonuçlarını ortadan kaldırma imkânı verdiği ifade edilmektedir.⁹ Oysa davacının bedel talebinin mahkemece kabulü halinde fiilin hukuka uygunluk kazandığından söz edilemez. Çünkü başlangıçta hukuka aykırı olan bir eylemin zaman içinde hukuka uygun hale gelmesi sözkonusu olmaz. Bu ancak kanun koyucunun başlangıçta hukuka aykırı görülen fiili sonradan kabul ettiği bir kanunla hukuka aykırı olmaktan çıkarmasıyla mümkündür.

Keza herhangi bir hakka hukuka aykırı müdahaleye hak sahibince sonradan icazet veya onay verilmesi, saldırı niteliğini taşıyan bu eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı gibi, fiilin niteliğini değiştirerek onu hukuka uygun bir eylem haline de getirmez. Mağdurun hukuka aykırı fiile sonradan rıza göstermesi veya onay vermesi, hukuka aykırı davranışa karşı başvurulabileceği talep ve dava hakkından feragat anlamına gelir. Bu türden bir feragat de fiilin niteliğinde bir değişiklik husule getirmez. Haksız fiil işlendikten sonra mağdurun buna rıza göstermesi bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen mağdurun rızası, fiilden önce açıklanan rızadır. Hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hallerde hukuk düzeni zarar verenin menfaatine daha üstün değer atfettiği için, onun bir başka kimsenin mal veya şahıs varlığında zarara yol açan fiili, baştan itibaren hukuka uygundur. Yoksa bu haller hukuka aykırılığı bertaraf eden ve sonradan ortadan kaldıran haller değildir. Bu itibarla FSEK'in 68. maddesine göre bedel talebinin kabulünün de, mali haklara tecavüz teşkil eden fiili hukuka uygun hale getirici bir etki doğurduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak maddedeki “sözleşme yapılması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği” şeklindeki düzenlemeden hareket eden öğretisi ve uygulamadaki¹⁰

⁹ ibid 2013.

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2022/214, 20.03.2002 ve Yargıtay 11 HD, 1987/413 17.7.1987 Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) K No 68/8 ve 68/21.

hâkim görüşe göre, hak sahibine tanınan bu talepler kullanılınca mahkeme nezdinde bir sözleşmenin kurulmuş olacağı savunulmaktadır.¹¹ Buna “farazi akit”, “varsayımsal sözleşme” veya “fiktif sözleşme” denilmektedir. Maddenin son fıkrasının “bedel talebinde bulunan kimse tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri dermeyeran edebilir” şeklindeki hükmü, bedel talebinin mahkemece kabulü halinde taraflar arasında akdî bir münasebet kurulmuş olduğu varsayımını destekler niteliktedir. Hukuka aykırılık kavramıyla ilgili mülâhazalarla bağdaşmıyorsa da, FSEK’in 68. maddesinde öngörülen mûtad bedel talebi yoluyla tecavüzün ref’i hususunda kanun koyucunun iradesi bu istikamette gözükmektedir.

Gerçekten de başlamış ve devam eden bir saldırının durdurulmasına karar verilmesi, bazen etkili bir hukuki himaye için tek başına yeterli olmayabilir. Bu sebeple Kanun daha etkin bir koruma için hakları ihlale maruz kalana fiil nedeniyle uğradığı zarardan bağımsız nitelikte bir bedel isteme yetkisi tanınmıştır. Bu bedelin talep edilebilmesi için, hukuka aykırı fiilin bir zarar doğurması gerekmez.¹² Ancak tecavüz eyleminin tamamlanmış olması halinde Madde 68 hükümlerine göre “mûtad bedel veya bunun üç katı tutarında” şeklindeki taleplerin, esas itibarıyla ref davasının değil tazminat davasının konusu olması gerektiğine şüphe yoktur. Çünkü ref davası tecavüz fiiline yönelik bir davayken, bittiğinde tecavüzden geriye kalan sonuçlara karşı açılacak dava tazminattır.

Fiil tamamlanınca durdurulacak veya kaldırılacak bir tecavüz kalmadığı için ref davasının açılmasına gerek kalmaz. Tecavüzden doğan zararların telafisi içinse tazminat davası açılmalıdır. Ancak 68. madde uygulamasında tecavüz fiili sona ermiş olsa dahi mûtad bedel talepli davaların kabul edildiği ve istenildiği takdirde üç katına hükmedildiği görülmektedir. Bunun sebebi, mali haklara vaki tecavüz teşkil eden fiil sona ermiş olsa bile, yol açtığı hukuka aykırı sonuçlarının devam ettiği yönündeki varsayımdır. Zira saldırı nedeniyle eser sahibi talep edebileceği telif hakkından mahrum kalmıştır.¹³ Saldırıyla zedelenen menfaat durumunun eski hale getirilmesi zarureti ortaya çıkmıştır. Haksız fiil sona ermesine rağmen bir ref yöntemi olarak mûtad bedel talebinin mahkemece kabulüyle, devam eden hukuka aykırı durumun önceki hâle irca edilmesinin sağlandığı kabul edilmektedir.

¹¹ Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 1954) 219; Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (2.Baskı, S Yayınevi 1981) 258; Kılıçoğlu (n 7) 409; Gökyayla (n 2) 288; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2027. Aksi görüşe göre müteceviz sözleşmenin külfetine katlanmalı ama nimetlerinden yararlanmamalıdır. Hamdi Yasaman, ‘Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar’ iç Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* (Beta 2002) II 811. Bedelin üç katını talep imkânı veren düzenleme, mütecevizi aynı zamanda sözleşme yapan kimse konumuna getirmemelidir. Tekin Memiş, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesinin Getirmiş Olduğu Sistemin Değerlendirilmesi’ iç TRT (ed), *Radyo-Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi* (ATO ve TOBB Yayını 2005) 83.

¹² Şafak N Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 340; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) 319; Kılıçoğlu (n 7) 409; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2013.

¹³ Kılıçoğlu (n 7) 409.

C. Mûtad Bedel Miktarının Tespiti

Kanunun 68. maddesinin birinci fıkrasında, mali hakları tecavüze uğrayan hak sahiplerinin sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümlerine göre tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Keza maddenin ikinci fıkrasında çoğaltma hakkının ihlali halinde hak sahibine, çoğaltılmış nüshaların imhasını veya kendisine verilmesini talep etmek yerine, alternatif bir seçimlik yetki olarak, sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilme imkânı tanınmıştır. Mezkûr hükümlere göre mûtad bedelin; biri, “sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedel” ve diğeri de, “kanun hükümlerine göre tespit edilecek rayiç bedel” şeklinde olmak üzere iki yöntemle tespiti mümkündür. Bunlardan ilki “farazi sözleşme bedelinin tespiti” ikincisi “rayiç bedelin tespiti” olarak adlandırılabilir.

1. Farazi Sözleşme Bedelinin Tespiti

Maddede geçen “sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedel” ifadesi, ihlal edilen mali hakkın davalı tarafından hak sahibi ile yapılan bir sözleşmeye istinaden kullanılmış olsaydı, onun tarafından ödenmesi gereken bedel anlamına gelir. Dolayısıyla davacının mûtad bedel talebinde bulunması halinde ödenecek tutar, taraflar arasında bulunduğu varsayılan bir sözleşmede kararlaştırılmış olması muhtemel sözleşme bedeli kadar olacaktır. Buna göre bedelin belirlenmesinde ihlale konu eser üzerindeki mali hak veya haklarla ilgili olarak yapılmış bir sözleşme olup olmadığının araştırılmasında yarar vardır. Somut olayda ödenmesi gereken bedelin tespitinde, varsa bu sözleşmede öngörülen bedelin emsal alınması mümkündür.

Ancak mevcut bir sözleşme bedelinin somut olay bakımından birebir kabulü hakkaniyete uygun düşmeyebilir. O nedenle mali hakkın sözleşmeye göre kullanım süresi, sıklığı, yaygınlığı, nitelik ve niceliği gibi hususlar göz önüne alınmak suretiyle mûtad bedelin, emsal sözleşmede öngörülenin aynısı yahut daha fazlası veya daha azı miktarında belirlenmesi gerekir. Diğer bir deyimle, farazi sözleşme bedelinin tayininde, dava konusu olaya özgü şartlar ile emsal sözleşme şartları arasındaki benzerlikler ve farklılıkların dikkate alınması şarttır.¹⁴ Örneğin izinsiz veya şifresi kırılarak kişisel hizmete mahsus bir bilgisayara yüklenmek suretiyle kullanılmaya başlanan bir bilgisayar programı için davacı tarafından mûtad bedel ödenmesi şeklinde ileri sürülen ref talepli bir davada, davacının bu programın kurumsal kullanımı için yapmış olduğu mevcut sözleşmedeki bedelin emsal alınması doğru değildir.¹⁵ Bilgisayar programları kişisel ihtiyaç mülâhazasıyla çoğaltılmasına izin verilen eserlerden değildir. O nedenle fiil hukuka aykırıdır. Ancak programın

¹⁴ “Yasanın 68. maddesine göre tazminat takdir edilirken (karada belirtilen diğer hususlar dikkate alınmaksızın) tazminat hesabında doğrudan doğruya davalılar arasındaki yayım sözleşmesi koşullarının dikkate alınması suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” Yargıtay 11 HD, 2009/12644, 08.12.2009 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/13].

¹⁵ Yargıtay 11 HD, 2023/72245, 12.4.2023.

kişisel kullanımı ile kurumsal hizmetlerde kullanımı aynı kefede değerlendirilemez. Uygulamada kurumsal amaçlı kullanım lisansları ile kişisel kullanım lisans bedelleri aynı değildir. Somut olayda hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşılabilmesi için farazi sözleşme bedelinin tespitinde kişisel kullanıma özgü lisans sözleşmelerindeki bedellerin esas alınması gerekir. Keza, eserin piyasa fiyatının yanı sıra indirime konu olup olmadığı gibi hususlar da nazara alınmalıdır.

Emsal olarak sunulan sözleşmenin mali hakkın temlikini mi, tam veya basit kullanım yetkisi tanınmasını mı içerdiği, farazi sözleşme bedelinin tespitinde dikkate alınmalıdır. Mütad bedel talebine esas sözleşmenin, izinsiz kullanımın boyutlarını aşacak mahiyet taşımasından dolayı hak devri veya tam ruhsat sözleşmesinden ziyade mütecevizin kullanımına karşılık gelen basit ruhsat sözleşmesi olduğu söylenebilir.¹⁶ Sözleşme veya lisansın türü, yalnızca bedelin belirlenmesinde değil aynı zamanda farazi sözleşme kapsamında yasal hale gelen kullanımların çerçevesini tayin bakımından da önem taşır. Zira mütad bedelin ödenmesiyle yasal hale gelen kullanımların davacı tarafından artık durdurulmasını talep etmek mümkün olmaz.¹⁷

Emsal bir sözleşmenin tespit edilememesi halinde, mütad bedelin belirlenmesinde eser sahibinin bilimsel ve sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi ve benzeri subjektif yönleri; eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik vasfı, nitelik ve niceliği; ihlale konu hakkın türü ve niteliği, coğrafi kapsamı, ihlal süresi ve yaygınlığı, ihlalde kullanılan vasıta ve mecralar, halk kitlesine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak davacıyla sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedel, farazi sözleşme bedeli olarak takdir olunur. Yargıtayca belirlenen kriterler,¹⁸ emsal bir sözleşmenin mevcudiyeti halinde dahi göz önünde bulundurulmalıdır. Bunların yanı sıra, hak sahibinin işi, yaşadığı ülke, ihlale konu eserin yurt dışındaki kullanım bedeli ile Türkiye'de kullanım bedelleri gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Örneğin bir eserin iktisadi-sosyal şartları son derece iyi olan bir ülkedeki satış fiyatı ile Türkiye gibi nisbeten daha olumsuz sosyo-ekonomik şartlara sahip ülkelerdeki satış fiyatı aynı değildir. Böyle bir durumda yabancı ülke koşullarından ziyade Türkiye şartlarına göre farazi bedel belirlenir. Yargıtay anılan kararında farazi sözleşme bedelinin yabancı para üzerinden belirleneceğinin ispatı halinde, mütad bedele yabancı para üzerinden hükmedilebileceğini kabul etmiştir.

Mahkeme, bedelin tespitinde FSEK Madde 66/son fıkrası hükmünü de dikkat alır. Buna göre tecavüzün kapsamından başka, mütecevizin kusurunun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin düçar olması muhtemel zararları takdir edecektir. Hâkimin hukukî bilgisi ile çözmek zorunda olduğu hususlar haricinde, teknik bilgi ve uzmanlığı gerektiren konulara ilişkin olarak HMK 266 vd.

¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2022/1638, 0.12.2022. Ayrıca bkz Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2019-2020.

¹⁷ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2019.

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/214, 20.03.2002 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/8.

hükümlerine göre mütad bedelin tespitinde bilirkişi incelemesi yaptırılır. Yargıtay, bedel tespitini tamamen özel veya teknik bilgi çerçevesinde çözümüne gereken hususlar olarak değerlendirmekte ve hemen hemen her olayda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği kanaatindedir.¹⁹ Bilirkişiye başvurulduğu hâllerde mahkeme bilirkişi raporunda noksan veya müphem gördüğü hususların tamamlanması veya açıklanması için kendiliğinden veya tarafların itirazı üzerine bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabilir.²⁰

2. Rayiç Telif Bedelinin Tespiti

Ref davasında talebe konu bedelin tespiti için öngörülen ikinci yöntem rayiç bedeldir. Madde 68'in birinci fıkrasında mali hakları tecavüze uğrayan hak sahibinin davalıdan farazi sözleşme bedeli veya bu Kanun hükümlerine göre tespit edilecek "rayiç bedeli" isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre davacı, farazi sözleşme bedeli yerine ihlale konu mali hakkın rayiç değerinin mütad bedel olarak kendisine ödenmesini talep edebilir. Maddede rayiç bedel ile neyin kastedildiği ve rayiç bedelin neye göre tespit edileceği belirtilmemiş olması öğretide tenkide konu olmuştur.²¹

Ancak, bu hususta bir boşluğun olduğu söylenemez. Zira Kanunda rayiç bedelin ne olduğu ve hesaplanmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmemiş olsa da, eser, icra, yapım ve yayınların umuma açık mahallerde kullanımıyla ilgili bedellerin belirlenmesi hakkındaki 41. madde ile opera, bale, tiyatro gibi sahne eserleriyle diğer eserlerin, yapım ve yayınların çeşitli vasıtalarla yayını ve umuma iletilmesi şeklinde kullanılmalarıyla ilgili bedellerin tespiti hakkındaki hususları tanzim eden 43. maddeye göre oluşturulan tarifelerdeki lisans bedellerini rayiç bedel olarak kabul etmemek için bir sebep yoktur.²² Zira rayiç bedel, bir iktisadi kıymetin değerlendirilmesi günündeki normal alım-satım değerini ifade eder (VUK 266). Diğer bir deyimle rayiç, satış işlemine konu mal veya hizmetin piyasadaki güncel değeri, yani alım-satım fiyatıdır.

Eser, icra, yapım ve yayınlar fikri hukukun düzenleme alanına giren ve iktisaden değerlendirilebilen gayri maddi varlıklardır. Maddi mal piyasaları gibi olmasa da bunların da bir piyasası vardır. Ancak bu piyasanın kendisine has özelliklerinden dolayı fikri ürünlerin fiyatlarının serbest bir ortamda oluştuğundan söz edilemez. Fikri ürün piyasalarında alıcıların sayısı olarak çok daha fazla ve ekonomik bakımdan çok daha güçlü olmaları, alenileşmiş bir eser veya bağlantılı hak konusunun yasa dışı

¹⁹ Örnek olarak bkz Yargıtay 11 HD, 2005/5602, 27.05.2005 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/11. Yargıtay'ın yaklaşımının eleştirisi için bkz Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2021-2022.

²⁰ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (1.Baskı, Demir Yayıncılık 2001) III 2761.

²¹ Gökyayla, (n 2) 299.

²² Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2017 ve 2022.

yollardan kullanılmasının çok kolay ve yaygın olması sebebiyle, hukuk düzeni bu piyasaları düzenlemek ve denetim altına almak zorunda kalmıştır.

Düzenlemeye tabi piyasalarda fiyatlar ürünün niteliği, tarafların durumu, ülkenin iktisadi ve sosyal şartları gibi muhtelif parametreler çerçevesinde merkezi bir kamu otoritesi veya kamunun yakın gözetim ve denetimi altında ürünü piyasaya arz edenler ve talep edenleri temsil eden özel hukuk kişileri tarafından standart tarifeler biçiminde belirlenir. Bu tarifeler aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık periyotlar şeklinde olabilmektedir. Dolayısıyla düzenlemeye tabi sektörlerde mal ve hizmetler için belirlenen fiyat tarifelerini uygulandıkları dönemin rayiç fiyatı olarak nitelendirmek mümkündür. Esasen bu tarifelerle belirlenen ücretleri, aynı zamanda “sözleşme yapılması halinde istenebilecek bedel” olarak da nitelendirmek mümkündür. Zira uygulamada eser ve bağlantılı hak sahiplerini temsil eden meslek birlikleri ile eser ve bağlantılı hak konuları üzerindeki mali hakları kullanmak isteyenler arasında yapılan telif haklarının devri veya ruhsat sözleşmelerinde genellikle bu tarifelerle belirlenen ücretler esas alınmaktadır.

FSEK'in 41 ve 43. maddesinde eser, icra, yapım ve yayınların umumî mahallerde kullanımı, radyo-TV gibi vasıtalarla yayımlanmaları veya internet vb. mecralarla umuma iletim bedellerinin tespitiyle ilgili tarifelerin ne şekilde hazırlanacağı ayrıntılı biçimde düzenlendiği gibi, bu hususla ilgili bir de yönetmelik çıkarılmıştır.²³ Meslek birlikleriyle umuma açık mahaller arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılabilecek müzakereler sonucu belirlenecek miktarlar üzerinden yapılmaktadır.

İlgili mevzuat çerçevesinde rayiç bedel itibarıyla meslek birliğince münferiden veya ortaklaşa tespit edilen tarifeler, taraflar arasında tarifeler üzerinde müzakere ile belirlenen ücretler, uzlaştırma komisyonunda mutabakatla belirlenen ve nihayet mahkemece belirlenen tarife bedelleri olmak üzere beş ayrı bedel kategorisinden söz etmek mümkündür.²⁴ Bu gibi hallerde taraflar arasındaki sözleşmelerde karşılıklı irade ile hangi kategoriye ait bedel realize olmuş yani bir lisans sözleşmesi bedeli olarak taraflar arasında hayata geçmişse o kategoriye ait lisans bedelinin rayiç bedel olarak esas alınması uygun olur. Örneğin, meslek birliklerince hazırlanıp ilân edilen tarifeler müzakere edilmeksizin kesinleşmiş ve bunlar üzerinden sözleşmeler kurulmuşsa, rayiç bedel olarak bunların; aksi takdirde müzakere, uzlaştırma komisyonu veya iş yargısına gitmişse, mahkemece belirlenen tarife bedellerinden hangisi benimsenerek sözleşmeye bağlanmışsa, o kategorinin tarifesinin esas alınması gerekir.²⁵

²³ Yönetmelik için RG 08.06.2004/25486.

²⁴ Yavuz, Alıcı ve Merdivan (n 4) 2023.

²⁵ ibid 2023.

Uygulamada mali hak ihlalleri iddiasıyla açılan davalarda mahkemelerce görevlendirilen bilirkişilerin, FSEK 68 hükümleri uyarınca talep edilen farazi sözleşme bedeli veya rayiç bedelin tespitinde Kanun ve Yönetmelikte yer alan usule göre belirlenen tarife bedellerini dikkate aldığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay da, bir meslek birliği tarafından üyesini temsilen, fonogram yapımcılığından kaynaklanan temsil hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle açılan davada, bilirkişilerce yıllık tarife üzerinden telif tazminatı hesaplanmasında ve yerel mahkemece bunun üç katına hükmedilmesinde isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.²⁶

Ancak bu bağlamda işaret edilmesi ve tenkidi gereken husus; Yargıtay'ın FSEK 68'e dayalı üç kat mütad bedel talepleriyle ilgili davalarda, başlangıçta meslek birliklerince belirlenen bir yıllık tarife bedeline rayiç bedel olarak hükmedilmesini yerinde bularak, Kanunun 76. maddesinin son fıkrasındaki karineye atıfla davacı meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu bütün eserler yönünden davanın kabulü yönünde karar verirken;²⁷ daha sonra karine oluşmasına rağmen sadece ihlal edilen eserlerle sınırlı ve ihlale karşılık gelen yıllık tarife bedelinin tümünün esas alınamayacağı yönünde kararlar vermesidir.²⁸ Nitekim Yargıtay bir meslek birliği tarafından açılan davada, işyerinde izin alınmaksızın üyelerine ait eserleri kullanan işletme sahibiyle sözleşme yapılmış olsaydı bir yıllık tarife bedelinin üç katına hükmedilmesi talebiyle ilgili olarak, somut olayda davalıya ait işyerinde yalnızca iki müzik eserinin çalındığının tespit edilmiş olduğuna dikkat çekerek, davalıya ait işyerine bir yıl boyunca davacıya ait bütün eserlerin kullanılmış gibi tarife ücretinin talep edilemeyeceğine, tazminat hesabının yalnızca bu iki eser üzerinden yapılması gerektiğine karar vermiştir.²⁹ Yargıtay'ın FSEK'in 76. maddesinin lafız ve ruhuyla bağdaşmayan bu yöndeki kararları haklı olarak tenkit edilmiştir.³⁰

D. Mütad Bedelin Üç Kat Fazlasını Talep Yoluyla Tecavüzün Ref'i

1. Genel Olarak

Kanunun 68. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, mali hakkı ihlal edilen hak sahibine, mütad bedeli veya bu bedelin üç kat fazlasına kadar bir tutarı talep etme hususunda seçimlik haklar tanınmıştır. Buna göre davacı davalıdan, sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği veya rayiç olarak belirlenen bedelin ödenmesini talep edebileceği gibi, bu bedelin üstündeki bir tutarı da isteyebilir. Kanun istenebilecek

²⁶ Yargıtay 11 HD, 2010/4079, 12.04.2010 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/33. Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, 2006/12635, 04.12.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 76/36; Yargıtay 11 HD, 2004/6868, 21.06.2004 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/32.

²⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, 2008/10, 16.06.2008 ve 2006/12635, 04.12.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/16 ve 68/18.

²⁸ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, 2001/5325, 02.05.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/39.

²⁹ Yargıtay 11 HD, 2011/6640, 31.05.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/38].

³⁰ Bu konuda ayrıntı için bkz. Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2024-2026 ve 2290-2294.

tutarı sınırlandırmıştır; buna göre davacı farazi sözleşme bedeli veya rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını davalıdan talep edilir.

1995 tadilatından evvel bu oran “mütad bedelin en çok % 50 fazlası” şeklinde idi. 4110 sayılı Kanunla bu düzenleme, “rayiç bedel itibarıyla zararın en çok üç katını” şeklinde değiştirilmiştir. Hüküm 2001 değişikliğiyle “sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir” şekline dönüşmüştür. 1995 ve 2001 değişikliklerinde hak sahibinin uğradığı “zarara” atıfta bulunulması, tazminat davasını çağrıştırmaması ve tecavüzün ref'i davasının açılabilmesinde zararın şart olmaması nedeniyle, isabetli görülmemiştir.³¹ Madde tazminat sorumluluğuna ilişkin olmayıp, zarar görmemiş olsa da davacı bu davayı açabilir. O nedenle hüküm 2008 yılında bir kez daha değiştirilerek son halini almıştır.

Buna göre hakları ihlal edilen kimse, tecavüzden dolayı bir zarara uğramış olup olmadığına bakılmaksızın, mütecevazden “farazi sözleşme bedelinin veya rayiç telif bedelin üç kat fazlasını” talep edebilir. Ancak buradaki “üç kat fazlası” ibaresi yanlış anlamaya müsâittir. Şöyle ki, davacı farazi sözleşme veya rayiç bedelin üç kat fazlasını talep ettiğinde, bahse konu ifade “asıl alacak + üç katı” şeklinde anlaşılabilir. Halbuki kanunun muradı bu değildir. Nitekim öğreti mezkûr ifadeden, farazi sözleşme bedelinin veya rayiç “bedelin üç katı”nın anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir.³² Keza Yargıtay da, çoğaltma hakkının ihlali gerekçesiyle açılan bir davada mahkemece sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek bedel ve bunun üç kat fazlası (1+3) şeklinde yani dört kat olarak belirlenen tazminat hesabını yerinde bulmamış ve “mahkemece, normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eseri çoğaltacak olanın hak sahibine vermesi gereken para miktarının bulunması, bundan sonra ise bu miktarın üç katının hesaplanması gerektiğine” karar vermiştir.³³

2. Üç Kat Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

Mali haklara tecavüzün ref'i davasında davacının sözleşme yapılmış olması halinde talep edebileceği sözleşme bedelinin veya rayiç telif bedelinin üç katına kadar ödenmesini talep edebilmesine imkân veren düzenleme, mahiyeti itibarıyla tazminat hukuku prensipleriyle bağdaşmamaktadır. Yargıtay uygulamasında genellikle “telif tazminatı” gibi bir nitelendirme yapıldığı görülmekteyse de, tazminat tabirinin kullanılması yerinde değildir. Zira tazminatın amacı zarar görenin uğradığı zararın giderilerek, hukuka aykırı fiil ile onun malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin telâfi edilmesidir. Kaideten tazminat uğranılan zarara denk olmak zorunda olup, zararın

³¹ Bu konuda bkz Gökyayla, (n 2) 297-298.

³² Erel (n 13) 339; Tekinalp (n 13) 318-319; Kılıçoğlu (n 7) 409; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2032; Ünsal Piroğlu, ‘Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği’ (2004) 30 (4) Yargıtay Dergisi 453; Memiş (n 12) 83.

³³ Yargıtay 11.HD, 2000/1983, 06.03.2000 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/9.

fevkinde olamaz. Buradaysa mali hakları tecavüze uğrayan kimsenin maruz kaldığı zararın çok daha üstünde bir menfaat sağlama durumu vardır.

O nedenle mütecevizin FSEK 68 hükümlerine göre davacıya mütad bedel veya rayiç telif bedelinin üç katına kadar bir tutarı ödemek zorunda bulunması şeklindeki sorumluluğun hukuki mesnedi tartışmalara sebep olmuştur. Bu meyanda ileri sürülen bir görüşe göre, üç kat bedel talebi ve buna hükmedilmesi hukuki mahiyeti itibarıyla tazminat değil, ceza mahiyetinde mağdura yapılan bir ödemedir.³⁴ Ancak öğretilerde cezanın mahiyeti hususunda ihtilaf vardır. Bir görüşe göre üç kat mütad bedel talebi, mahiyeti itibarıyla TBK 179 anlamında bir cezai şarttır.³⁵ Fakat cezai şart, bir borç ilişkisinde edimin ifasını tam olarak, zamanında ve gerektiği gibi sağlamak amacıyla kararlaştırılan fer'i bir edimdir. Cezai şart borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğacak zararları önceden kesin bir biçimde belirleme imkânı veriyor olmasına rağmen, taraflar arasında mevcut bir borcun olması gerekir. Bu yönüyle cezai şart, varlığı asıl borcun varlığına bağlı bir yan borçtur. Keza cezai şart, hukuki niteliği itibarıyla iki tarafın iradesinden kaynaklandığı için bir hukuki işlemdir ve bir akittir. O nedenle Kanun tarafından tayin edilen bir ceza koşulundan bahsedilemez.³⁶

Üç kat mütad bedel talebi başka bir görüşe göre mahiyeti itibarıyla özel hukuka has bir ceza yaptırımıdır.³⁷ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre 68. maddeyle, telif haklarına muhtemel tecavüzleri caydırmak için mağdura failden mütad telif bedelinin üç katını talep etme yetkisi tanımıştır. Şöyle ki, hukuk düzeninin hukuka aykırı davranışları yaptırımlara tabi tutmasının temelinde, kişilerin can ve mal emniyetini ve toplumsal güven ve huzuru sağlama amacı yatar. Ceza, bir yönüyle hukuka aykırı davranış mahiyetinde olan failin kötülüğünün kefareti niteliğinde iken, diğer yönüyle hukuka aykırı davranmamış olan kişileri kötülük olarak nitelenebilecek davranışlarda bulunmaktan sakındırma işlevine sahiptir.

Ceza, suçu işleyen bakımından kefaret yani işlemiş olduğu kötülüğün karşılığını oluşturur; bu suretle mağdurun bozulan menfaat dengesi verilen ceza ile yeniden tesis edilmiş olur. Diğer yönüyle ceza faili hem kötülük olarak nitelenen fiili tekrardan işlemekten caydırır hem de henüz kötülüğü işlememiş olanları failin işlemiş olduğu gibi bir kötülüğü işlemelerini engeller.³⁸ Kamu hukukuna özgü cezalar, failin kusurunu gerektirmeleri ve genellikle mağdurun talebine bağlı olmadan da tatbik edilebiliyor

³⁴ Arslanlı (n 12) 214; Ayiter (n 12), 258; Tekinalp (n 13) 319; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2008) 649; Yasaman (n 12) 811.

³⁵ Tekinalp, (n 13) § 20 kn 53.

³⁶ Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Bastı, Seçkin 2014) 564.

³⁷ Öztan (n 35) 649; Gökyayla (n 2) 289; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat eserleri Hukuku* (1. Baskı, Onikilevha 2012) 555; Demirbaş (n 3) 84.

³⁸ Cezanın amacı ve işlevleri için bkz Nur Centel, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi' <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Centel-3.pdf> (Erişim 17.05.2022).

olmaları, cezaî mahiyetteki bedellerin mağdurdan ziyade kamuya ödenmesi gibi belirleyici özellikler, kural olarak özel hukuka has cezaî yaptırımlarda bulunmaz. Ancak mağdurun talebine bağlı olması, ödemenin mağdura yapılıyor olması, özel hukuk usulü çerçevesinde ve hukuk hakimî tarafından belirlenerek verilmesi gibi farklılıkları olsa da, hukuka aykırı bir fiilin genel anlamda cezalandırılmasındaki amaç ve işlevlerin özel hukuka has cezaî yaptırımlar için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

FSEK 68'e göre davacı, gerçek zararı neyse onu talep edebileceği gibi zararın bir veya iki yahut üç mislini de talep edebilir. Talep edilen tutar gerçek zararı aştığı takdirde ceza niteliğini taşır ve bu durum, kefaret fonksiyonundan öte bir hâl olduğu için, hem faili aynı fiili tekrar işlemekten hem de üçüncü kişileri benzeri davranışlardan caydırmaya hizmet etmektedir. Dolayısıyla üç kat bedel talebi, hukuka aykırı fiilin yol açtığı telif kaybının telafisi yönüyle geçmişe, kayıp tutarını aşan kısmı yönüyle de geleceğe yöneliktir. Bu suretle, bir taraftan telif haklarına muhtemel saldırılar caydırılırken, diğer taraftan hukuka uygun kullanımların teşvik edilmesi gibi bir fayda temini amaçlanmaktadır.

Üç kat bedel talebinin ifade edilenler dışında davacının ispat edemediği zararları telafi edici bir işlevi de vardır. Fikri haklara matuf saldırıların yol açtığı zararların gerçek boyutunu tespit etmek çoğu zaman mümkün olmadığı için, normal tazminat hukuku ilkelerine göre zararı ispat külfetini taşıyan mağdur, üç kat bedel talebiyle, uğramış olduğu ama ispat edemediği için giderilmesinden yoksun kalacağı zararların da tazminini sağlamış olur.³⁹ FSEK 68 hükümlerine göre, mütad bedelin üç katının istenebilmesi için, hukuka aykırı eylemin yol açtığı zararın ve hatta zarara maruz kalındığının dahi ispatına gerek yoktur. Bu yönüyle FSEK'in 68. maddesi hükümlerine göre mütad telif bedelinin üç katı oranında talep, çoklu tazminata (*mutiple damages*) benzerlik gösterir. Amerikan Hukukunda zarar ile hükmedilecek tazminat arasında kurulan bir oran üzerinden belirlenerek uygulanan bu tazminat türünde, genellikle uğranılan zararın iki veya üç misli gibi bir tutara hükmedilmektedir. Bu tür tazminatın amacının davalıyı cezalandırma ve işlevi itibarıyla da gerçek zararın ispatının güçlük arzettiği durumlarda davacıyı ispat külfetinden kurtarmak olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰

Türk Hukukunda mağdurun uğradığı zararı aşacak ölçüde bedel veya tazminat talebine imkân veren başka düzenlemeler de vardır. Bunlar arasında Rekabetin Korunması

³⁹ Bozbel (n 38) 556; Demirbaş (n 3) 85. Yargıtay'ın da bu görüşü benimseyen kararları bulunmaktadır. "Hükümün amacı, rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettiler, hak sahibini, ispat yükünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmaktadır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/71, 02.04.2003 (2003) 3 FMR 165.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı için bkz İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, (Yetkin 2015); Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (1. Baskı, Yetkin 2013).

Hakkında 4054 sayılı Kanun hükümleri en fazla dikkat çekendir.⁴¹ Binaenaleyh, Kanunun 58/2. maddesine göre rekabetin ihlalinden ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir. Rekabet Kanununa, Amerikan Hukukundan esinlenilerek dâhil edilmiş⁴² olan bu hükümde öngörülen tazminat cezai tazminat, özel tazminat, cezai şart, medeni ceza veya özel hukuk cezası gibi kavramlarla tavsif edilmektedir.⁴³ Zarar görenlerin talep edebileceği tazminat, rekabet bozulduğu için ödedikleri bedel ile rekabet bozulmasıyla ödeyecekleri bedel arasındaki fark kadardır (RKK 58/1). Bütün zararlar tazmin ettirilebilir. Keza davacılar elde etmeyi umdukları kârlarını da isteyebilirler.

Rekabet Hukukunda üç katına kadar tazminat talebi, FSEK 68 hükümlerine göre talep edilebilecek üç kat bedel talebinin aksine bir ref tazminatı değildir; bilakis uğranılan zararın giderilmesini amaçlar. O nedenle mağdurun az veya çok herhalde bir zarara uğramış olması gerekir. Keza bu tazminatı talep edebilmek için rekabeti ihlal edenin kusurunun varlığı da şarttır. Ancak mağdurun üç katına kadar tazminat talep edebilmesi için, failin rekabet ihlal fiilinin kast veya ağır ihmal derecesinde kusurlu davranıştan kaynaklanması gerekir (RKHK 58/2). Hafif ihmal halinde üç kat tazminat talep edilemez.

Buna mukabil, FSEK'in 68. maddesi uyarınca üç kat bedel talebi için mütecevazın kusuru şart değildir. Ancak hâkim bedele hükmederken failin kusurunu da dikkate almalıdır (FSEK 66/4). Keza zarar, üç katına kadar mütad bedel talebinin şartı olarak düzenlenmemiştir. Kanunda mecburiyet arzeden bir hüküm bulunmamasına rağmen Yargıtay'a göre davacının FSEK 68 hükümlerine göre bedelin üç katını talep etmesi halinde, taleple bağlılık kuralı gereğince hâkim daha azına hükmedemez. Rekabet Kanununa göre üç kat talep halinde aksine görüşler⁴⁴ olsa da hâkim daha azına hükmedebilir.⁴⁵ Zira RKHK'nun 58. maddesinde, hâkime takdir yetkisi tanıyacak

⁴¹ RKHK Madde 57 ve Madde 58.

⁴² Ayrıntı için bkz Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş* (2. Bası, Adalet 2019) 95-101.

⁴³ Bu konudaki literatür için bkz Metin Topçuoğlu, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' iç Mustafa Fadıl Yıldırım ve Ender Ethem Atay (edr), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)* (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2009) 5-60; Nurkut İnan, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 9 Nisan 2004 Kayseri* (RK Yayını 2004) 43-66; Kerem Cem Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 4 Nisan 2003 Kayseri* (RK Yayını 2003) 192-262; Osman Berat Gürzumar, 'Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' iç *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu 7-8 Ekim 2005 Ankara* (BTHAE Yayını 2006).

⁴⁴ Topçuoğlu (n 44) 24; Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku* (9.Bası, Ekin 2023); Pelin Güven, *Rekabet Hukuku* (2. Baskı, Yetkin 2008) 427-429; Pelin Güven, 'Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V 6-7 Nisan 2007 Kayseri* (RK Yayını 2008) 234.

⁴⁵ Aynı yönde bkz Gürzumar (n 44) 171; Sanlı (n 44) 257; Nurkut İnan, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri* (RK Yayını 2005) 43-66) 55; Gamze Aşçıoğlu-Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması* (RK Yayını 2000) 184; Zekeriya Arı, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' (2006) 6 Rekabet Forumu 9-10.

şekilde “üç katı oranında tazminata hükmedebileceği” ifade edilmiştir. Davacı üç kat talep etse bile hâkim, kusurun ağırlığı, failin ekonomik ve sosyal durumu, kamu hukuku yaptırımını mahiyetinde olmak üzere Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezası gibi hususları dikkate alarak hükmedilecek tutara karar vermelidir.

Üç kat bedel talebine ilişkin FSEK hükümlerine benzer düzenlemeler Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ve bazı Avrupa ülkelerinde de mevcuttur. 2004/48 sayılı AB Yönergesi (*Enforcement Directive*)⁴⁶ üye devletleri, fikri mülkiyet hakkını bilerek veya bilmesi gerektiği halde bilmeden ihlal edenlere verdikleri zararların mağdurlarına tazminat talep yetkisi tanımakla mükellef tutmuştur (Art. 13). Mütecevizin ödeyeceği tazminatın asgari tutarı, normalde ödenmesi gereken telif ücretine tekabül eden toptan bir bedel (*a lump sum*) şeklinde olabilir. Üye devletler zarardan bağımsız olarak, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedeli, asgari bir tazminat tutarı şeklinde alternatif bir tazmin biçimi olarak kabul edebilirler (Art. 13/1-b). Tasarının “mütecevizden tarife bedelinin iki katının talep edilebilmesine” imkân veren hükmü, üye devletler arasında uzlaşma sağlanamadığı için Yönergenin yürürlüğe giren metinde yer almamıştır. Lakin bunun Yönergede yer almamış olması, üye devletlerin iç hukuklarında Yönergeyle belirlenen asgari tutarın üstünde tazmin şeklinde bir düzenlemeyi veya uygulamayı kabul edemeyeceği anlamına gelmez. Sözleşme bedeli bu bakımdan alt sınırı oluşturur.

Nitekim 1998’de değişen 1936 tarihli Avusturya Telif Hakları Kanununa göre mali haklara tecavüz halinde, failin kusurundan bağımsız olarak, Yönergede olduğu gibi zarar görene, sözleşme yapmış olsaydı isteyebileceği müted bedeli tazminat olarak isteme hakkı tanınmıştır. Bunun için kusur aranmamıştır [URG § 86(1)]. Mağdurun zararının bu tutarı aşması halinde aşan kısmın tazminini ayrıca talep etme imkânı da vardır (URG § 87/5). Dahası, mezkûr Kanuna göre izni alınmamış hak sahibi, eğer zarara kusuruyla sebebiyet vermişse failden, sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek tutarın iki mislini talep edebilir (URG § 87/3). Bu talebin dermeyan için zararı ispat etmiş olmak gibi bir şart aranmamıştır. Ancak mağdurun hem uygun bedeli hem de uygun bedelin iki katını birlikte talep etmesi mümkün olmayıp, aynı olayda gerçekleşmesi halinde bunlardan birini tercih etmek zorundadır.⁴⁷

Alman Kanununda da “ihlal edilen hakkın kullanması için sözleşme yapılmış olsaydı hakkaniyete uygun olarak ödenmesi gereken tutarın tazminat olarak istenebileceği” hükme bağlanmıştır (UrhG § 97). Uygulama ve öğretide AB Yönergesindeki iki kat bedel ödenmesi hükmünün yasallaşmamasının yönergeden önce de tatbikatta olan “Yüzdeyüz GEMA Zammı” uygulamasının devamına engel teşkil etmediği kabul edilmiştir.⁴⁸ “% GEMA Zammı” veya “% İhlal Artışı” gibi adlar altında sözü edilen

⁴⁶ 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/48 sayılı Yönerge için OJ, 30.04.2004, L 157/45.

⁴⁷ Ayrıca bkz Demirbaş (n 3) 95-96.

⁴⁸ Bu hususun anılan Yönergeye uyum maksadıyla çıkarılan kanunun gerekçesinde de belirtildiğiyle ilgili bkz. Bozbel (n

bu tazmin şekli, müzik eserleriyle ilgili olarak Alman Müzik Meslek Birliği GEMA⁴⁹ lehine yargısal içtihatlarla geliştirilen bir uygulamadır.⁵⁰ Buna göre müzik eserleri üzerindeki belirli mali hakların, örneğin eserin restoran, bar, otel, büfe, mağaza, klinikler gibi umumi mahallerde temsili ve iletilmesi şeklinde tecavüze uğraması halinde GEMA tarifesinin iki katı lisans bedeli talep edilebilmektedir. Burada amaç, hukuka uygun kullanımlar ile hukuka aykırı kullanımlar arasında bir farklılık oluşturmaktır. GEMA'ya, müzik eserini lisanssız kullandıktan, hukuka uygun olarak kullananın ödediği kadar bir ilâve bedel ödemesini talep imkânı verilmiştir. Sözleşme yapmış kullanıcının ödemesi gereken tarife ücretinin %100 artırılmış tutarı olmasından dolayı bu uygulama, “ihlâl zammı” (*Verletzerzuschlag*) olarak da anılmaktadır. Uygulamanın amacının, müzik eserlerinin lisanslı kullanımının teşvik edilmesi ve hukuka uygun olmayan kullanımların ise caydırılması, ilaveten GEMA'nın hakların takip ve yönetimi için katlandığı maliyetlerin bir kısmının da mütecevizin üzerine aktarılması olduğu ifade edilmektedir.

İsviçre'deyse Federal Mahkeme,⁵¹ telif haklarının izinsiz kullanımı halinde “lisans kıyaslaması” olarak da ifade edilen meslek birliğinin normal tarife ücretinin iki katını talep edebileceğini kabul etmiştir.⁵² Bununla beraber Federal Mahkemenin, meslek birliklerince lisans kıyaslaması şeklinde sözleşmelere konulan iki kat bedel taleplerini özel hukuk sözleşme cezası olarak kabul ettiği halde; akit dışı hak ihlallerinde özel hukuk cezası olarak sözleşme bedelinin iki katı (lisans kıyası) şeklindeki uygulamaya, zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin mer'î hukuka uygun görmeyerek, cevaz vermediği ifade edilmektedir.⁵³

İngiltere ve ABD gibi Anglosakson Hukuk Sistemlerindeyse caydırıcı yahut cezalandırıcı işlevi ağırlıkta olan ve zararı kat kat aşan tazminata hükmedilmesi uygulaması, Kıta Avrupası Sistemine göre daha yaygındır. Rekabet Hukukundaki üç kat tazminat uygulaması bu hukuk sisteminde doğmuş ve gelişerek bazı diğer ülke hukuklarına da aktarılmıştır. Bu hukuk ailesinde tazminatın telafiden ziyade cezalandırıcı işlevi ön plandadır.⁵⁴ Fikri mülkiyet hakkı ihlallerinde de ihlalin niteliği, kusurun varlığı ve ağırlığına göre değişebilen özel hukuk cezası veya cezalandırıcı tazminat biçiminde yaptırımlara başvurulduğu görülmektedir.⁵⁵

37) 559. Ayrıca bkz Savaş Bozbel, ‘Anayasa Mahkemesinin (FSEK m. 68 ve m. 76 ile İlgili) 2012/133 E 2013/33 K ve 28.02.2013 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirmeler’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012* (Yetkin 2013) 55-79.

⁴⁹ GEMA: Müzik Eserleri Temsil ve Mekanik Çoğaltma Hakları Meslek Birliği.

⁵⁰ Ayrıntı için bkz BGH GRUR 1973, 379 *Doppelte Tarifgebühr*; GRUR 1955, 549, 552 *Betriebsveranstaltungen*; ZUM1986, 199, 201 *GEMA-Vermutung III*, KG UFITA 1939, 194, 196, KG UFITA 1938, 284, 286.

⁵¹ Doppelte - Tarifgebühr (BGH GRUR 1973, 379).

⁵² Bozbel (n 37) 561.

⁵³ Bkz Demirbaş (n 3) 98 dipnot 392'de zikredilen.

⁵⁴ Bir davada, korunan müzik eserinin radyo reklamlarında izinsiz kullanılması karşısında Mahkemenin normal telif ücretinin 3928 katına hükmettiği ifade edilmektedir. Nakleden Bozbel (n 49) dipnot 23.

⁵⁵ ABD, İngiltere, Kanada, Avusturalya gibi *Common Law* hukuk ailesine dâhil ülke uygulamaları konusunda bkz Demirbaş

3. Üç Kat Bedel Talebinin İleri Sürülmesi

Bir ref yöntemi olarak mütad bedelin üç katına ancak davacının talebine bağlı olarak hükmedilebilir. Hâkim talep olmaksızın res' en üç katı oranında mütad bedele hükmedemez. Örneğin davacı talebini 68. maddeye dayandırmış olmasına rağmen rayiç bedelin veya farazi sözleşme bedelinin üç katını talep ettiğini açıkça ifade etmemişse, mahkemece mutad bedelin üç katına hüküm verilemez. Davacının bu konuda açık talebinin bulunması gerekir.⁵⁶ Ancak mütad bedel talebiyle açılan davada talebin sonradan iki veya üç katına ıslah yoluyla çıkarılması mümkündür. Nitekim Yargıtay, davacının talebini 68. maddeye dayandırmasına rağmen rayiç veya farazi sözleşme bedeline ilişkin bir beyanda bulunmamış olması halinde dahi, bilirkişi tarafından tespit edilen üç kat bedele tekabül eden miktarın, ıslah ile talep edilmesinin mümkün olduğuna da karar vermiştir.⁵⁷

Bu hususla ilgili talebin açık olmaması halinde hâkim, HMK'nın 31 ve 119/1(ğ) maddesi hükümlerine göre davacıya talebini açıklattırmalıdır.⁵⁸ Mesela davacı dilekçesinden FSEK 68 hükümlerine göre mütad bedel mi veya 70. madde hükümlerine göre tazmin mi talep ettiği anlaşılmıyorsa, bu hususun davacı tarafça netleştirilmesi gerekir. Keza davacı dilekçesinde hem üç kat mütad bedel talebinde bulunmuş hem de bedel talebine konu eser nüshalarının toplatılması, dağıtımın durdurulması ve imhası gibi ref yöntemlerinin uygulanmasını da istemişse, talepler arasında uyumsuzluk ve çelişki oluşur. Zira davacının hem üç kat mütad bedeli hem de diğer ref yöntemlerini talep etmesi FSEK 68 kapsamında değerlendirilemez. Davacı ya üç kat bedelin ödenmesini veya diğer ref yöntemlerinden birini tercih etmek zorundadır. Hâkimin bu iki talebi birden karşılayacak kararı vermesi hukuka uygun olmaz. Bu gibi hallerde davacıya bunlardan hangisini tercih ettiğinin açıklattırılması gerekir.

Davacının mütad bedel talebinde bulunabilmesi için eser üzerinde veya bağlantılı hak konularına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarından en azından birine tecavüzün mevcudiyeti gerekir. Henüz gerçekleşmemiş bir tecavüz için mütad bedel talebi mümkün olmadığı gibi, gerçekleşme ihtimali ne kadar güçlü olursa olsun, fiilen bir tecavüz vuku bulmadığı sürece, sırf tecavüz tehlikesinin mevcudiyeti sebebiyle üç kat bedel talep edilemez. Bunun için tecavüzün başlamış olması şarttır. Henüz başlamamış tecavüzlerin engellenmesi için ancak men davası açılabilir (FSEK 69). Buna mukabil başlamış bir tecavüzün sona ermiş olması, mütad

(n 3) 99-101.

⁵⁶ Yargıtay benzeri bir olayda; "Dava dilekçesinde, 500 TL haksız fiil tazminatı ve 500 TL kâr payı tazminatı talep edilmesine, mahkemeye verdiği 11.06.2007 tarihli dilekçe ile maddi tazminat istemlerini FSEK'in 68. maddesine dayandırdıklarını belirtmesine; ancak, anılan madde uyarınca uğranılan zararın en çok üç kat fazlasına yönelik bir talebi bulunmamasına rağmen 1.500 TL tazminata karar verilmesinin taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğundan" ilamın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 11 HD, 2008/6876, 2.6.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 19/14; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/27, 01.04.2003 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 21/6.

⁵⁷ Yargıtay 11 HD, 25.04.2012 E.2010/16575 K. 2012/6758 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/30.

⁵⁸ ibid 2014.

bedel talebine mani değildir. Tecavüzün ref'i davası ancak başlamış ve varlığını sürdüren tecavüzlere karşı açılabilir olması rağmen, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamalarına göre bir ref yöntemi olarak mütad bedel talebi belirli bir sürede gerçekleşip sona ermiş olan tecavüzlerden dolayı da ileri sürülebilir.⁵⁹ Keza mahkemece devam eden tecavüzün kaldırılması için davacının ihtiyati tedbir kararı istemiş ve mahkemece bu talep doğrultusunda karar verilmiş olması da üç kat bedel istenmesine mani değildir.

Bedelin üç katının talep edilmesi hususunda birden fazla dava açılıp açılmayacağına da değinmek gerekir. Diğer bir deyimle, acaba mütad bedel veya sözleşme bedelinin üç katının talebi kısmî davaya konu olabilir mi? HMK'nın 109/1. maddesine göre, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, talebin sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir. O nedenle mütad bedelin üç katını aşmamak kaydıyla FSEK'in 68. maddesi hükümleri çerçevesinde bedelin kısmî dava yoluyla birden fazla davada talep edilebilmesi mümkündür.

Nitekim Yargıtay da, davacının FSEK 68 hükümlerine göre talep edebileceği üç kat mütad bedel için birden fazla kısımlar halinde ayrı ayrı dava açmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak görmemiş ve bunun caiz olduğuna karar vermiştir.⁶⁰ Talep konusunun belli olması halinde kısmi dava açılmayacağına ilişkin HMK'nın 109. maddesinin 2. fıkrası hükmü, 01.04.2015 tarih ve 6644 sayılı Kanununun 4. maddesiyle ilga edildiği için, bedelin üç katının belli olduğu hallerde dahi bu davanın açılabilirliği anlaşılmaktadır.⁶¹ Kısmî dava ile talep edilebilen üç kat mütad bedelin belirsiz alacak davasına konu olması da mümkündür. Ancak bunun için davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak tespitinin mümkün olmaması veya bunun tespitinin davacıdan beklenemeyecek olması gerekir. Bu takdirde davacı hukukî ilişkiyi ve asgarî bir miktarı ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir (HMK 107). Belirsiz alacak davası açılması halinde davacı yargılama sırasında tespit edilecek bedel üzerinden ıslaha gerek kalmaksızın talebini artırabilir.⁶²

Mütad bedelin üç katı talebinin ileri sürülmesiyle ilgili değinilmesi gereken diğer bir husus da, bunun talep edileme yetkisidir. Zira bir ref yöntemi olarak üç kat mütad bedel talebini ileri sürebilecek sülhler bakımından hem uygulama hem de öğretide bir takım görüş farklılıkları mevcuttur. Özellikle üç kat bedeli kimlerin dava edebileceği tartışılmaktadır. FSEK'in 68. maddesinde 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde metinde yer alan "eser sahipleri" ibaresi, eser sahibi dışındaki

⁵⁹ Örnek olarak bkz Yargıtay 11 HD, 2004/6868, 21.06.2004; Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 24/32; Yargıtay 11 HD, 2007/7055, 07.05.2007 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 14/16; Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/43; Yargıtay 11 HD, 2009/4124, 06.04.2009 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 25/9; Yargıtay 11 HD, 2010/4079, 12.04.2010; Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/15.

⁶⁰ Yargıtay 11 HD, 2011/9301, 05.07.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 22/127.

⁶¹ Hüküm yürürlükteyken kısmi dava açılmayacağı görüşü için bkz Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2032-2033.

⁶² ibid 2033.

hak sahiplerinin üç kat mütad bedel talebinde bulunma yetkisini haiz olup olmadıkları hususunda tereddüde yol açmaktaydı. Anılan Kanunla “eser sahipleri” deyimini “hak sahipleri” olarak değiştirildiği için, artık mali hak sahiplerinin üç kat bedel talepli dava açma yetkisini haiz buldukları hususunda tereddüde mahal kalmamıştır. Buna göre eser sahipleri, eser sahiplerince yetkili kılınan meslek birlikleri, mali hak sahipleri, bağlantılı hak sahipleri ve onları temsil eden meslek birliklerinin bu davayı açabileceğine şüphe yoktur.

Ancak öğretilerde mali hakların kendisini değil de kullanma yetkisini devralmış olanların, yani ruhsat veya lisans sahiplerinin bu davayı açıp açamayacağına ilişkin görüş ayrılığı devam etmektedir. Öğretilerde *Tekinalp* ve bir kısım başka yazarlarca, FSEK 68 hükümlerine göre üç kat tazminat talebinin, yalnızca eser sahibine veya mali hakları eser sahibinden sözleşmeyle devralana tanınmasının, ruhsat sahiplerininse ancak maddi tazminat davası ile korunmasının hakkaniyete daha uygun bir çözüm olduğu savunulmuştur.⁶³ Ruhsatı borçlandırıcı muamele kabul eden bu yaklaşımı yansıtan Yargıtay kararları da mevcuttur.⁶⁴ Buna mukabil, ruhsatı tasarrufi bir hukuki muamele olarak değerlendiren anlayışın yansıması mahiyetindeki diğer fikre göreysen, basit veya inhisari ayrımı gözetilmeksizin ruhsat sahibinin md. 68 hükümlerine göre mütad bedelin üç katını talep edebilmesi gerekir.⁶⁵ Yargıtay’ın bu görüşü benimsediği bazı kararları da vardır.⁶⁶ Ruhsatı tasarrufi bir muamele olarak kabul eden bu görüşü savunanlardan bazıları, basit ruhsata hasılat kirasına ve tam ruhsata da intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngören FSEK 56/3 hükmünden hareketle, tam ruhsat sahibinin bu davayı açabileceğini, basit ruhsat sahibininse açamayacağını savunur. Kanaatimizce ruhsat sahibinin FSEK 68’den kaynaklanan talepleri aksi öngörülmemişse ruhsat sözleşmesi çerçevesinde ileri sürmesi mümkündür.

4. Üç Kat Bedel Talebinin Kabulünde Kusurun Rolü

Bir insandan sâdir olan davranışın hukuk düzenince kınanabilir olması olarak tanımlanan kusur kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır.⁶⁷ FSEK’in 68. maddesinin ilk

⁶³ Tekinalp (n 13) § 20 kn 74; Ayiter (n 12) 213 ve 254; Bozbel (n 38) 569.

⁶⁴ “Ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip kişiye, zararın karşılanmasını sadece FSEK 70/2. Maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasıyla isteyebilir.” Yargıtay 11 HD, 2007/14566, 20.11.2007 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 1533. Bir başka kararında “Lisans sözleşmesinin Türkiye’de inhisari kullanım yetkisinin devine ilişkin olup, mali hakların devri sözkonusu olmadığından, davacı bu lisans sözleşmesine dayalı olarak FSEK’in 68/1. Maddesine dayalı telif tazminatı isteyemez.” Yargıtay 11 HD, 2006/330, 20.01.2006 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 1534.

⁶⁵ Erel (n 13) 303 vd; K Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2.Baskı, Yetkin 2001) 50 vd; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 1902; Şirin Aydınçık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (Vedat 2006) 87; Ernst E Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Şey* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1943) II 228. Yazarın eserinin 1948 kısaltılmış baskısında ruhsat sahiplerinin doğrudan doğruya dava açma hakkının bulunmadığı yönündeki ifadeleri için bkz Ernst E Hirsch, *Fikri ve Sınai Haklar* (AÜHF 1948) 223. Bu hususla ilgili bir yorum için bkz Demirbaş (n 3) 278-279.

⁶⁶ Yargıtay 11 HD, 1999/3250, 26.04.1999 Suluk ve Orhan (n 8) 718-719; Yargıtay 11 HD, 1999/3423, 11.03.1999 Suluk ve Orhan (n 8) 434.

⁶⁷ Kusur konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26.Bası, Yetkin 2022) 641 vd.; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (26.Baskı, Turhan 2022) 407-412; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Legal 2019) I 416; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz Kitabevi 2010) II § 7 kn 11; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku*

halinde davacıya “mûtaad bedelin yüzde 50 fazlasını talep edebilme” yetkisi tanınmış olmakla birlikte, bunun için mütecevizin kusuru şart kılınmıştı. Kusurun kast ve ihmâl derecesinden söz edilmemişti. Maddenin orijinal halinde ayrıca, “Eser sahibinin talebi, sözleşmeden doğmuş sayılır ve kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamaz” hükmü mevcut idi. Son fıkra olarak düzenlenen bu hüküm maddenin tamamına tatbik edilebilir mahiyeteydi.⁶⁸ Hüküm yürürlükteyken mûtaad bedelin yüzde 50 fazlasının talep edilebilmesi için failin eyleminin kusura dayanması gerekmekteydi. Failin kusuru yoksa ya hiçbir ödeme talep edilemeyeceği veya ancak tecavüz sebebiyle failin elde ettiği miktarla sınırlı bir tutara hükmedilebileceği kabul edilmekteydi.⁶⁹ Keza, o dönemde davacının yüzde 50 fazlasına hüküm verilmesini istemesi halinde hâkimin taleple bağlı olmadığı ve talepten azına da hükmedebileceği görüşü hâkimdi.⁷⁰

1995 yılında 68. maddede 4110 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle birlikte haksız fiil temeline dayanmalarına rağmen eser üzerindeki mali haklara tecavüzlerin ref'i için açılacak davalarda kusur şartı kaldırılmıştır. Davalının kusurlu veya kusursuz olması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmediği için öğreti ve uygulamada mezkûr maddeye dayanılarak mûtaad bedelin üç katının istenebilmesi için kusurun şart olmadığı kabul edilmektedir.

Üç kat mûtaad bedel davalarına özgü hükümler ihtiva eden 68. maddeden kusur şartı kaldırıldığı gibi men ve ref davalarının genel hükümlerini içeren 66/3 maddede bu davaların açılabilmesi için açıkça kusurun şart olmadığı hükme bağlanmıştır. Mezkûr madde hükümleri, FSEK 68'e dayalı taleplerin tamamı için geçerlidir. Bu sebeple mûtaad bedelin üç katının talep edildiği davalarda mütecevizin tecavüz teşkil eden fiili kasten veya ihmâl suretiyle işlenip işlenmediğinin önemi yoktur. Mahiyeti itibarıyla bu bir kusursuz sorumluluk olup, failin eyleminin objektif olarak hukuka aykırı olması yeterlidir. Öğreti⁷¹ ve uygulamada⁷² hâkim kanaat budur.

Ancak uygulama ve öğretide, bir ref yöntemi olarak üç kat bedel talepli davalarda ödenmesi gereken mûtaad bedel miktarının tespiti ve takdirinde kusurun dikkate alınıp

Genel Hükümler (21.Bası, Vedat 2023); Salahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6.Basım, Filiz 1993).

⁶⁸ Arslanlı (n 12) 215.

⁶⁹ Arslanlı (n 12) 214; Ayiter (n 12) 258.

⁷⁰ Arslanlı (n 12) 218. Yargıtay 4. HD bir kararında, davacının FSEK'in yüzde 50 fazlaya ilişkin hükmünün kanunî bir cezai şart olduğundan bahisle hâkimin bunu indiremeyeceği yönündeki savunmasını kanuna aykırı bularak reddetmiştir. Yargıtay 4 HD, 1957/1535, 21.03.1967 Engin Erdil, *İçtihatlı ve Gerekeçli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (Vedat 2009) 1269-1270.

⁷¹ Arslanlı (n 12) 211; Erel (n 13) 331; Tekinalp (n 13) § 20 kn 29; Kılıçoğlu (n 7) 400; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2033; Gökyayla (n 2) 286; Demirbaş (n 3) 79.

⁷² “Ref davasının açılabilmesi için tecavüzde bulunanın kusurlu olması şart değildir. Kusur ve ağırlığı zararın takdirinde ve alınacak önlemlerde rol oynar.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/663, 15.12.2010 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 76/32. Aynı şekilde “Davacının FSEK'in 68/1. maddesi hükmüne dayanarak talepte bulunduğu işbu davada, mali haklara tecavüzde bulunan davalıların tazminatla sorumlu olabilmeleri için kusur şart değildir.” Yargıtay 11 HD, 2011/9022, 19.07.2011 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 26-27/17.

alınmayacağı tartışmalıdır. Zira Kanunun 66/son hükmünde, mahkemece tecavüzün men ve ref'ine ilişkin kararın muhtevası belirlenirken hâkim tarafından dikkate alınması gerekenler arasında “kusurun olup olmadığı ve varsa ağırlığı” unsuruna da yer verilmiştir. Bu çerçevede öğretilerde bazı yazarlar, üç kat bedel talepli davalarda ihlal tespit edilirse, kusurun olup olmadığına bakılmaksızın hakimin talebin kabulüne karar vermesi gerektiğini savunur.⁷³ Bunlara göre hâkim taleple bağlı olup talep edilenden daha azına hükmedemez. Yargıtay'ın, kanun değişikliğini takip eden 10 yıllık süre boyunca hâkimin mütad veya rayiç bedel tutarının tespiti noktasında takdir yetkisine sahip olduğu yönünde kararlar verdiği görülmüştür.⁷⁴

Ancak 2008-2009 yıllarından sonra Yargıtay, mütad bedelin üç katı talepli davalarda hâkimin takdir yetkisine sahip olduğuna ilişkin görüşünü terk etmiş; bu konuda “taleple bağlılık kuralı gereği hâkimin talebi değiştiremeyeceği, mütad bedelin üç katını isteyen davacının talebinden daha azına hüküm veremeyeceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır.⁷⁵ Yargıtay'ın sonraki bazı kararlarında davacının talebinin değiştirilemeyeceğine ilişkin yaklaşımında yumuşama gözlenmektedir. Bir kararında, davacının ortak kusurunun bulunması halinde tedbir niteliğindeki talepler hususunda FSEK'in 67/4. maddesinin dikkate alınabileceği,⁷⁶ belirlenen toplam bedel itibarıyla hâkim tarafından TBK 51 (eski 42) ve 52 nci (eski 43) maddelerin uygulanabileceği, ortak kusur halinde aynı Kanunun 52. maddesine göre indirim yapılabileceği gibi değerlendirmelerde bulunmuştur.⁷⁷

Yargıtay'ın bu ve bazı kararlarına yapılan muhalefet şerhleri *Alıca* tarafından “kusurun değerlendirilmesi temeline dayalı bir yaklaşım” olarak nitelendirilmekte

⁷³ Erel (n 13) 339; Kılıçoğlu (n 7) 72; Gürsel Üstün, *Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Marmara Üniversitesi SBE 1995) 265; Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) 2036-2038.

⁷⁴ Yargıtay FSEK'in 68/1 maddesindeki üç kat rayiç bedele de atıfta bulunarak; “mahkemece bu konuda uzman bilirkişi görüşü alınmak suretiyle rayiç bedelin tayin ve tespiti ile gerekirse olayın mahiyetine tespit edilen rayiç bedelin ne miktar yükseltilebileceğinin takdiri gerektiğine” karar vermiştir. Yargıtay 11 HD, 1998/246, 22.01.1998 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/29. Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamalara ilişkin mahkeme kararlarına karşı temyiz başvurularını 10 yıla yaklaşan süreyle reddettiği anlaşılmaktadır. Örneğin bir kararında bilirkişi tarafından tespit edilen tutardan FSEK 68/4 ve 68. madde gereğince yarısı nispetinde indirim yapılması gerektiğine karar veren mahkeme kararını onamıştır. Yargıtay 11 HD, 2008/3792, 24.03.2008 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/37.

⁷⁵ “FSEK'in 68/1. fıkrası uyarınca rayiç bedelin üç katına hükmedilmesine ilişkin davacı talebi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle iki katına hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” Yargıtay 11 HD, 2010/757, 25.01.2010. “FSEK'in 68/1. fıkrasındaki eser sahibinin ‘uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir’ şeklindeki düzenleme, eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisi olup, mahkemece seçilen talep değiştirilemez.” Yargıtay 11 HD, 2009/9739, 28.09.2009.

⁷⁶ “Mahkemece, ... çoğaltma hakkının ihlal edilmiş olması nedeniyle davacının FSEK'nun 68. maddesi kapsamında üç kat varsayımsal bedel isteyebileceği ancak, taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olması halinde, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak belirlenmesi gereken varsayımsal bedelin, davacı mutad uygulamaları çerçevesinde 2011 yılına ait %21.8 indirimli emsal faturanın dikkate alınması suretiyle tespit edilmesi gerektiği, ... ancak FSEK 66/4. maddesi uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, davalılara yüklenebilecek kusur, aynı iş yerinde bir başka bilgisayarda aynı işlemi gören lisanslı yazılımın da bulunması, ele geçirilen lisanssız yazılımın davalı işletmesi yönünden işlev ve değeri, işletmenin büyüklüğü, 3 kat telif tazminatının davalı yönünden doğuracağı ekonomik ve sosyal sonuçlar gözetilmek suretiyle telif tazminatının 2 kat olarak saptanması gerektiği gerekçesiyle, taleple bağlı kalınarak 50.000,00 TL'sinin 09.08.2011 tarihinden işleyecek reeskont faizi ile birlikte, şirket ve şirket adına temsil yetkisi ile hareket eden bu nedenle birlikte sorumluluğu bulunan davalılardan tahsiline karar verilmesinde usul ve yasaya aykırın bir yön bulunmamaktadır.” Yargıtay 11 HD, 2015/1987, 16.02.2015.

⁷⁷ Yargıtay 11 HD, 2011/17744, 27.12.2012 Yavuz, Alıca ve Merdivan (n 4) K No 68/26.

ve bunun yanında yapılan değişikliklerle bağdaşmadığı şeklinde eleştirilmektedir.⁷⁸ Yazara göre, davacı tarafından FSEK 68/1'e göre üç kat bedel talebinde bulunulmuşsa, artık taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacağından ceza koşuluna ilişkin TBK 180/1 hükmüne kıyasen bu bedelin ödenmesine hükmedilmesi lazımdır. Ancak davacının talep ettiği bedelin aşırı olması halinde TBK Madde 182/son hükmüne kıyasen FSEK Madde 66/4 hükmündeki kriterler de gözetilerek davalının uğraması muhtemel zarara göre hükmolunan tutardan aşırılığı giderecek bir indirim yapılabilir.⁷⁹

Kanaatimizce davacının mütad bedelin üç katı talebi, hukuki niteliği itibarıyla ceza koşulu (cezai şart) olarak nitelendirilemez. Esasen bu talep, mahiyeti itibarıyla özel hukuk cezası veya ceza niteliğinde bir tazminat olarak değerlendirilebilir. Mutad bedelin üç katı sorumluluğunda kaldırılmış olması ceza niteliğinde bir yaptırımın tatbikinde kusurun dikkate alınmamasını gerektirmez. Aslında FSEK 66/2 ve 3 hükümlerine göre bu davanın açılması için kusur şart kılınmış olmasa da, aynı maddenin son fıkrası uyarınca hâkimin, diğer ref ve men davalarında olduğu gibi, üç kat bedel talepli davalarda da tecavüzün şümulünün yanı sıra mütecevizin kusurunun olup olmadığını ve varsa ağırlığını dikkate alması gerekir. Burada davacının, mütad bedel veya farazî sözleşme bedelinin üç katını talep edebilmesi için, davalının kusurunu ispat yükümlülüğü yoktur. Bu talebin sözleşmeden doğmuş sayılması, kusurun ispatının davacıya yükletilmesi gibi bir sonuç doğurmaz. Zira borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri kusurlu sorumluluktur.⁸⁰ Haksız fiil sorumluluğunda TBK 49 vd. maddelerine göre failin kusurluluğu esas olduğu gibi akdi sorumlulukta da borçlunun kusurluluğu esastır. O nedenle haksız fiillerde failin tazminat sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için prensip olarak onun kusuruyla zarara sebebiyet verdiğini ispat külfeti davacıda olmasına karşın, akdi sorumlulukta borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesi halinde, bunun borçlunun kusurundan kaynaklanmadığını ispat külfeti borçluya aittir. Nitekim TBK 112 uyarınca “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” Diğer bir deyimle, kusurun varlığını ispat külfeti akdi sorumlulukta davacının üzerinde değil, davalının kusursuz olduğunu ispat mecburiyeti vardır.

FSEK 68'e dayalı üç kat bedel talepli davalarda madem ki taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır, TBK kurallarına göre davacının mali haklarına vaki tecavüzün kendi kusurundan kaynaklanmadığını davalının ispat etmesi gerekir. Bunu ispat edemediği takdirde hâkim farazî sözleşme bedelinin veya rayiç bedelin

⁷⁸ Yazara göre, yapılan değişikliklerle varsayımsal bedel ve üç katına kadar medeni ceza nitelikli ödeme davalı kusuru ile ilişkilendirmekten çıkarılmış olup, artık davalının kusuru dikkate alınarak davacının talep ettiği tutarda TBK hükümleri uyarınca herhangi bir indirimle gidilmemesi gerekir. Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) 2036-2037.

⁷⁹ ibid 2038.

⁸⁰ Eren (n 67) 19.

üç katını geçmemek kaydıyla talep edilen tutar her neyse ona hükmetmelidir. Buna mukabil borçlu durumundaki davalı, tecavüzün meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispat ettiği takdirde, FSEK'in 66. maddesinin son fıkrası uyarınca hâkimin üç katın altında bir miktara da hükmedebilmesi gerekir.

Sonuç olarak kanaatimizce davacı tarafça üç kat bedel talebinin ileri sürülmesi halinde hâkim, Madde 68 kapsamında bu taleple bağlı değildir.⁸¹ Bu sebeple davacı farazi sözleşme bedeli veya rayiç bedelin üç katını istemiş olsa bile hâkim, kusur durumunu ve somut olayın diğer özelliklerini dikkate alarak talepten daha azına hükmedebilir. Yargıtay her ne kadar FSEK 68 hükümlerine göre açılan davalarda davacının bedelin üç katını istemesi halinde hâkimin bu taleple bağlı olduğu görüşünü benimsemişse de, bu yaklaşımı kanunun lafzı ve ruhuyla, sorumluluk hukukunun temel ilkeleriyle, adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaştırmak güçtür.

Kanun koyucunun iradesinin de taleple bağlılık görüşünü desteklemediği açıktır. Zira Kanun maddesinde lafız olarak sözleşme bedeli veya rayiç bedelin üç katının “istenebileceği” ifade edilerek, bunun yalnızca davacıya tanınmış bir hak olduğu vurgulanmıştır. Kanunda bunun yerine “hükmedilir”, “karar verilir” gibi emredici mahiyette bir ifadeye yer verilseydi, hâkimin taleple bağlı olduğu sonucuna varılabilirdi. Aynı şekilde kanunun gerekçesinden de hâkimin bu hususta taleple bağlı olduğu gibi bir sonuç çıkarmak mümkün değildir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi de 28.2.2013 tarihli ve E. 2012/133, K. 2013/33 sayılı kararında 68. maddedeki “üç katı” ibaresinin, aykırılık itirazında ileri sürülen iddiaların aksine Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ve 13. maddesindeki ölçülülük prensiplerine, 36. maddedeki adil yargılanma hakkına aykırı olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, bu düzenlemeyle aslında “hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirildiği, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine dair olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağını açık olduğu ve bunun her davaya konu olayda tartışılması ve değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸² Mezkûr karar bağlayıcı olmamakla birlikte, 68. maddenin hukuka uygun yorumu bakımından önem arzetmekte ve dikkate değer tespitler içermektedir. Bu bakımdan Yargıtay'ın aksi yöndeki tutumunu bağlayıcı olmasa da Anayasa Mahkemesinin kararı istikametinde gözden geçirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁸¹ Aynı yönde bkz Emre Gökyayla, ‘Fikir ve Sanat eserleri Kanunu’nun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2012) 30 FSHD 3-31; Demirbaş (n 3) 118.

⁸² Anayasa Mahkemesi Kararı, 2013/33, RG 12.07.2013/28705.

E. Mûtaad Bedel Talebinin Hüküm ve Sonuçları

Eser üzerindeki mali haklara tecavüzün ref'ini temin için 68. madde hükümlerine göre bir ref yöntemi olarak açılan davada davalıdan bedel talebinde bulunması, bir takım sonuçlara yol açar. Kural olarak bedelin üç katı talebinde bulunması ve talebin mahkemece kabulü, davacının kanundan kaynaklanan veya davalı ile aralarında mevcut sözleşmeden doğan haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez.⁸³ Maddenin dördüncü fıkrası hükmüyle vurgulanmak istenen budur.

Bununla birlikte davacının FSEK 68'e göre açacağı mûtaad bedel talepli davada verilen karar, hukuka aykırı fiil sebebiyle ileri sürülebilecek diğer bazı hak ve talepleri etkiler. Davacının mutad bedelin üç katı talebinde bulunması halinde, aynı maddede tanınmış olan basılmış nüshaların kendisine verilmesi veya imhası gibi diğer seçimlik yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı meselesi, bunların başında gelir. Keza fiilin aynı zamanda manevi haklara da tecavüz teşkil etmesi halinde FSEK 67'de öngörülen ref yöntemlerinin bedel talebiyle birlikte uygulanıp uygulanmayacağı, FSEK'in 70. maddesi hükümlerine göre maddi-manevi zarar tazminatı ile kazancın iadesinin talep edip edemeyeceği ve bunlardan başka davacı tarafından FSEK hükümlerine göre başvurulabilecek cayma ve fesih gibi bir takım yetkilerden yararlanılıp yararlanılmayacağı gibi hususlar da bu bağlamda zikredilebilir.

Üç katına kadar mûtaad bedel talepli davanın kabulünün en önemli sonuçlarından biri, öğreti ve uygulamada da ekseriyetle kabul edildiği üzere, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğu varsayımdır. Buna farazi veya varsayımsal sözleşme ilişkisi denilir. Bu ilişkinin kurulmasının en önemli sonucuysa, artık hak sahibinden izin almadan davalı tarafından yapılan kullanımlar ve istifadelerin hukukilik kazanmasıdır. Dolayısıyla mahkemece mûtaad bedelin üç katı tutarında bir ödemeye karar verildiğinde, taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hâsıl olduğundan dolayı, davacının artık izinsiz kullanımların ortadan kaldırılmasını isteme yetkisi sona ermiş olur.⁸⁴

Eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki çoğaltma hakkının ihlal edildiği hallerde mûtaad bedelin üç katını talep etmiş olan davacının, bundan sonra Madde 68/2 ve 3. fıkralarındaki seçimlik yetkileri kullanması, yani izinsiz çoğaltılıp satışı çıkarılan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteme biçimindeki diğer ref yöntemlerinin tatbikini talep etmesi mümkün değildir. Keza izinsiz çoğaltılan kopyalar satışı çıkarılmışsa davacının, tecavüz edenin elinde bulunan nüshaların imhasını veya üretim maliyetleri üzerinden kendisine verilmesini talep etmesi de mümkün olmaz. Buna mukabil davacı, mûtaad

⁸³ Tekinalp (n 13) 319.

⁸⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2002/214, 20.03.2002 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/8. Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, 2008/7091, 29.05.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 14/22.

bedelin üç katı yerine çoğaltılıp piyasaya sürülen nüshaların toplatılması ve bunlarla birlikte çoğaltmaya yarayan kalıp vb vasıtaların imhasını veya bahse konu nüsha ve vasıtalarla davalının zilyetliğinde bulunan nüshaların uygun bedel karşılığında kendisine verilmesini istediği takdirde, hukuka aykırı fiilden dolayı uğramış olduğu zararın tazminini ve bu suretle elde edilen kârın iadesini ancak FSEK'in 70. maddesi hükümleri çerçevesinde talep edebilir. Nitekim Yargıtay, Kanunun 68/1. maddesine göre değil de 70. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca maddi tazminata karar verilen bir davada mahkemece 68. maddenin ikinci fıkrasına göre davalılara ait kitabın çoğaltılmasında kullanılan film, kalıp ve benzeri araçların imhasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.⁸⁵

Kanunun 68. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, mûtaad bedelin üç katını talep seçeneği veya çoğaltılmış nüshalar yoluyla ihlallerde de nüshaların veya çoğaltma vasıtalarının imhası veya davacıya verilmesi seçeneklerinden herhangi birinin davacı tarafından kullanılmış olmasının “izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı” hükme bağlanmıştır. Keza maddenin son fıkrasında da, “bedel talebinde bulunan kişinin, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebileceği” ifade edilmiştir. Buna göre mûtaad bedelin üç katını talep eden davacı, mahkemece bu istikamette hüküm tesis edilmiş olsa bile, davalıya karşı haksız fiil hükümlerinden doğan ve taraflar arasında bir sözleşme yapılmışçasına sözleşmeden doğmuş olduğu varsayılan bütün hak ve yetkileri ileri sürebilecektir.

Yasal hale gelen kullanımlar, davaya konu mali haklarla sınırlıdır. Henüz dava konusu olmamış bir mali hakka yönelik tecavüzlere karşı 68. madde hükümlerine göre mûtaad bedel talepli başka bir dava açılabilir. Keza aynı mali hakka veya haklara yönelik saldırıların davanın açılmasından sonra tekerrürü halinde FSEK 68'e dayalı yeni dava ve talepler de ileri sürülebilir. Aynı şekilde failin manevi haklara yönelik tecavüz teşkil eden fiilleri, mahkemece hükmolunan farazi sözleşme bedeli kapsamında yasal hale gelmez. İhlal edilen manevi hak mûtaad bedel talepli davaya konu eserle ilgili olsa bile sonuç değişmez. Davalının sorumluluğu üç kat mûtaad bedeli ödemekle sona ermediği için, davacının ona karşı aynı fiilden dolayı ihlale maruz kalan manevi haklara tecavüzlerin ref'ini talep etmesi mümkündür.⁸⁶ Ancak kural olarak mûtaad bedel ödemekle yasal hale gelen izinsiz kullanımların ref'ini manevi hak ihlali kapsamında tanınmış ref yöntemlerine dayanarak etkisiz kılacak bir talepte bulunulamaz. Mesela davacı, eser sahibinin manevi hakkını ihlal eden çoğaltılmış nüshaların dolaşımdan kaldırılmasını, toplatılmasını ve imhasını isteyemez; meğer ki eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette olsunlar. Davacı yalnızca

⁸⁵ Yargıtay 11 HD, 2008/10385, 23.09.2008 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 13/12.

⁸⁶ Bu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i' (2022) 8 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 337 - 374.

manevi hak ihlallerini ortadan kaldıracak veya düzeltilmesini sağlayacak mahiyette ref yöntemlerinin tatbikini talep edebilir.⁸⁷

Mütad bedele hükmedilmesi, davacının, davalı tarafça manevi veya mali haklara tecavüzün tekrarlanması tehlikesine karşı FSEK 69 hükümlerine göre tecavüzün men'ini dava etmesine mani değildir. Mutad bedelin üç katını ödemesi davacıya, hak sahibinin davaya konu hakkı veya haklarına karşı bundan sonra da izinsiz müdahale etme yetkisini bahşetmez. Zira bu dava daha evvel vuku bulan tecavüzün ref'ine yöneliktir. Bedel ödenmesi ve bu suretle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu varsayımı, davalın geçmişte işlemiş olduğu ve davaya konu olan haksız fiillere şâmilidir. Bu ilişki, davalının bundan sonraki hukuka uygun olmayan fiillerine meşruiyet kazandırmaz. O nedenle tecavüzün tekrarlanması veya devamı tehlikesi varsa davacı, Madde 69 hükümlerine göre bunun men'ini talep edebilir.⁸⁸

Üç kat mütad bedel talebi kabul edilen davacıya FSEK Madde 68/1 veya 2'ye göre yapılan ödeme, onun ihlalden dolayı uğramış olduğu maddi ve manevi zararların telafisi için yeterli olmayabilir. Bu takdirde davacının FSEK'in 70. maddesi hükümleri kapsamında tazminat talep etmesi mümkündür.⁸⁹ Ancak tazminat davası, zararın varlığı ve failin kusurunu gerektirdiği cihetle davacının, zararlı sonucun davalının kusurlu fiilinden kaynaklandığını ispat etmesi gerekir. Zira haksız fiile dayalı tazminat davalarında failin kusurunu ispat külfeti kural olarak davacı üzerindedir. Kanunun 70/2. maddesine göre talep edilebilecek maddi tazminat dışında bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen şartların mevcudiyeti halinde temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu takdirde 68. madde uyarınca talep edilen bedel indirilir (FSEK 70/3). Diğer bir deyimle, elde edilen kâr, ödemesi yapılan mütad bedelin üç katından fazlaysa, bu fazlalık ayrıca talep edilebilir.

Davacının ref talebine konu eylem aynı zamanda manevi hak ihlaline de sebebiyet vermişse, üç kat bedel talebinin kabul edilmesi manevi tazminat isteminin reddini gerektirmez. Çünkü üç kat bedel talebinin gerekçesi mali haklara yönelik tecavüzlerdir. Kanunda manevi haklara tecavüzün ref'i maksadına matuf 68. maddedeki gibi bir tatmin vasıtasına yer verilmediği için, manevi hakların ihlali halinde FSEK 70/1'e göre dermeyan olunabilecek manevi tazminat talebinin mahfuz olduğunu kabul etmek

⁸⁷ Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) 2029.

⁸⁸ Yargıtay "Mahkemece, FSEK. 68/1. maddesinin 5846 SK.'nın 5. bölümünde hukuk davaları kısmında 'Tecavüzün Ref'i' başlığı altında düzenlenmesi sebebiyle telif tazminatına hükümlenmesinin ve bir 'ref' yöntemi olduğu gözetilerek, tespit ve ref talepleri ile FSEK 69. maddesi gereğince gelecekte gerçekleşmesi muhtemel tecavüzlerden dolayı men talebinin kabul edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalıların eyleminin, davacının mali hakkına tecavüz teşkil ettiği tespitine, 6.000 TL. telif tazminatının yayın tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, davalıların gerçekleşen tecavüzlerinin bu şekilde ref'ine, muhtemel tekrarının men'ine ve hüküm özetinin ilanına karar verilmesini" hukuka uygun bulmuştur. Yargıtay 11 HD, 2015/13290, 10.12.2015. Başka bir olayda mahkemece, FSEK'in 68. maddesi gereğince telif tazminatının ve manevi tazminatın tahsili ile yeni baskı yapılmasının FSEK'in 69. maddesine göre men'ine karar verilmesinde isabetsizlik olmadığına karar verilmiştir. Yargıtay 11 HD, 2010/7189, 21.06.2010 Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) K No 68/27.

⁸⁹ Arslanlı (n 12) 221; Tekinalp (n 13) 319; Öztan (n 35) 650; Kılıçoğlu (n 7) Kılıçoğlu (n 7) 408; Yavuz, Alca ve Merdivan (n 4) 2030.

gerekir. Davacı bu talebini mütad bedel talepli dava ile birlikte dermeyan edebileceği gibi,⁹⁰ bu davada talep edilmemiş şartları mevcutsa ve haksız fiil zamanaşımı süresi de dolmamışsa ayrı bir dava ile de talep edebilir.

Kanunda üç kat mütad bedel talebinin kullanılmasının izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı (FSEK 68/2) öngörülmüş olmakla birlikte cezai sorumluluk bakımından bir hükme yer verilmemiştir. *Alica* burada “hukuki sorumluluk” ifadesiyle kastedilenin 68. madde dışında 67, 69 ve 70. maddeler olduğunu savunmaktadır.⁹¹ Bu durumda acaba bir eseri, icrayı, yapıyı veya fonogramı izinsiz çoğaltana karşı açılan davada üç kat mütad bedele hükmedilirse, failin izinsiz çoğaltmadan dolayı Madde 71’den doğan cezaî sorumluluğu devam eder mi? Kanaatimizce yalnızca işbu davaya konu çoğaltma hakkının ihlalinin dolayısıyla failin eserin yazılı izin alınmaksızın çoğaltılması suçunu düzenleyen 71. maddenin birinci fıkrasının 1. bendinden doğan cezaî sorumluluğu ortadan kalkmaz.⁹² Bunun için çoğaltma hakkına tecavüz suçunun mağduru veya suçtan zarar gören durumunda bulunan davacının vaki olmuş şikâyetini geri alması veya henüz kullanmamışsa şikâyet hakkından feragat etmiş olması gerekir. Bununla birlikte ceza hakimi, mütad bedelin üç katının ödenmesini dikkate alarak fail hakkında hapis cezası yerine diğer şartlar da mevcutsa, TCK’nın 50/1. maddesine kapsamında uygun bir seçimlik ceza verebilir.

Maddenin son fıkrasında, “bedel talebinde bulunan kişinin, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebileceği” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda davacı mütad bedelin üç mislini almış olmasına rağmen, taraflar arasında sanki bir sözleşme varmış gibi, sözleşme bedeli dışındaki hak ve yetkileri davalıya karşı ileri sürebilir. Öğretide bazılarınca bunlara cayma, fesih, cezai şartlar örnek verilmektedir.⁹³ Kanaatimizce cayma, fesih ve cezai şart, haksız fiilden doğan bu borç ilişkisine uygun örnekler değildir. Zira sözü edilen örneklerin hepsi de karşılıklı irade beyanı ile kurulan bir sözleşme ilişkisinin varlığı halinde kullanılabilir veya ileri sürülebilir haklardır. Buna göre mesela; Madde 68 kapsamında kurulduğu varsayılan sözleşme ilişkisi kapsamında üç kat bedeli almış olan hak sahibi, acaba sözleşmeden cayma hakkını kullanarak, davalının uhdesine bırakılmış ve artık yasal hale geldiği söylenen nüshaların iadesini talep edebilecek midir? FSEK 58’de öngörülen cayma bunun için uygun olmadığı gibi, sürekli borç ilişkilerine özgü bir sona erdirme işlemi olan fesih hakkının kullanılması da uygun değildir. Taraflar arasında daha evvel bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından kararlaştırılmış bir cezai şart da olmayacağı için 68. maddeye göre bedel almış kişinin böyle bir hak ileri sürmesi de mümkün değildir.

⁹⁰ Yargıtay 11 HD, 2010/7189, 21.06.2010 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 68/27. Benzeri başka bir karar için bkz. Yargıtay 11 HD, 2012/7294, 08.05.2012 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 52/64.

⁹¹ ibid 2029.

⁹² Çoğaltma hakkına tecavüz suçu FSEK’in 71/1(1) maddesinde düzenlenmiştir.

⁹³ Tekinalp (n 13) 319; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2029.

Dolayısıyla bu maddenin son fıkrasındaki hüküm, yalnızca taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunup da sözleşme ihlalinin aynı zamanda haksız fiil oluşturduğu vak'alara istinaden açılan FSEK 68 kapsamındaki mütad bedel davaları bakımından uygulanabilir. Nitekim *Alıca*'nın verdiği örnekte olduğu gibi tarafların sözleşmede kararlaştırılanın üzerinde basım yapılması halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza şartın ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Esasen böyle bir ilişkide zaten taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcut olduğundan, davacının FSEK 68/son hükmü olmasaydı bile özel borç ilişkisine dayanarak cezai şartı talep etmesinin önünde bir engel yoktur.

Bu sebeple bize göre Madde 68'in son fıkrası gereksiz bir düzenlemedir. Ancak bu kuralın sözleşme ilişkisi bulunan kişiler arasında zuhur eden ihtilaflarda FSEK 68 hükümlerine göre mütad bedele hükmedilmesi halinde, davacının bunu almasına rağmen farazi sözleşmeden değil de mevcut sözleşmeden doğan haklarının saklı tutulduğu şeklinde anlaşılması ve yorumlanması gerekir. Böyle bir düzenlemeye gerek olmamasına rağmen uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla hükmün konulduğunu, başkaca bir maksada hizmet etmediğini kabul etmek gerekir.

III. Çoğaltılmış Nüshalar Hakkındaki Talepler Yoluyla Tecavüzün Ref'i

A. Genel Olarak

Fikir ve sanat ürünleri üzerindeki işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim şeklinde tâdat olunan mali haklardan herhangi biri tecavüze maruz kaldığında hak sahibi, FSEK Madde 68'in birinci fıkrası uyarınca mütad bedelin üç katını talep şeklinde ref yönteminin tatbikini talep edebilir. Buna göre işleme, çoğaltma, yayma, umumi mahallerde temsil ve umuma iletim haklarından herhangi birinin izinsiz kullanılması mütad bedelin üç katını talep için yeterlidir. Bununla birlikte Kanun, fikri ürün üzerinde tek başına çoğaltma hakkının ve bunun yanında yayma hakkının ihlal edilmesi durumunda hak sahibine üç kat bedel talebi dışında başka haklar da tanımıştır.

Üç kat bedel talebi haricinde 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki diğer ref yöntemleri yalnızca çoğaltma ve çoğaltmayla birlikte yayma hakkına tecavüzlerde başvurulabilen yöntemlerdir. Örneğin eylem, tek başına işleme veya yayma yahut temsil ya da umuma iletim haklarından herhangi birine tecavüz oluşturuyorsa, anılan hükümlerde çoğaltma hakkına özgü tanımlanmış ref yöntemleri uygulanmaz. Esasen çoğaltma hakkına özgü bu ref yöntemlerinin mahiyeti itibarıyla diğer haklara tecavüz halinde tatbiki mümkün değildir. Uygulamada genellikle çoğaltma hakkı veya bununla birlikte yayma hakkı ihlale maruz kaldığı için, 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında üç kat bedel talebi dışında kalan ref yöntemlerine konu

olabilecek yegâne mali hak olarak çoğaltma ve yaymaya yer verilmiştir. Bunların haricindeki mali haklara matuf tecavüzlere niteliklerine uygun olan umumi mahalde temsili veya umuma iletimi durdurma gibi yöntemler ve ilâveten üç katına kadar mutad bedel talebi şeklindeki ref yöntemi de tatbik olunabilir. Bu kısımda sadece tecavüzün çoğaltma ve onunla birlikte yayma yoluyla gerçekleştiği hallerde madde 68/2 ve 3. fıkra hükümlerinde düzenlenen ref yöntemleri ele alınmaktadır.

Bu çerçevede “İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltmanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. / İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.” (FSEK 68/2 ve 3). Ancak “İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.” (FSEK 68/4).

Görüldüğü gibi Kanunun 68. maddesinin 2 ve 3. fıkraları, çoğaltılmış nüshalar yoluyla mali haklara tecavüzün ref'i yöntemlerini, çoğaltılmış nüshaların satışa sunulup sunulmamasına göre belirlemiştir. Bu çerçevede;

(a) *İzinsiz çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi:* (i) eser kopyalarının, çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. araçların imhasını isteyebilir, veya (ii) nüshaların ve çoğaltma malzemelerinin üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin üç katını isteyebilir (FSEK 68/2).

(b) *İzinsiz çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi:* (i) mütecevizin elinde bulunan nüshaların *imhasını* isteyebilir, veya (ii) mütecevizin elinde bulunan nüshaların üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin üç katını isteyebilir (FSEK 68/3).

Bu kısımda çoğaltılmış nüshalar vasıtasıyla vuku bulan tecavüzlerin ref'i yöntemleri, nüshaların elden çıkarılmış olup olmamasına göre ele alınacaktır. Kanun her iki halde de bir ref yöntemi olarak izni alınmayan hak sahibine çoğaltılmış nüshaların; (i) imhasını, (ii) uygun bedel ile kendisine devredilmesini ve (iii) ilk iki alternatif yerine mütad bedelin üç katının ödenmesini talep hakları tanımıştır. Hemen belirtelim ki bu talep hakları seçimlik yetki mahiyetindedir. O nedenle aynı zamanda birden fazla seçenekten yararlanılamaz; hak sahibi, her durumda üç alternatiften birini seçmek zorundadır.

B. İzinsiz Çoğaltılan Nüshaların Satışa Çıkarılmış Olması Halinde

Çoğaltma; bir eserin, icranın, fonogramın veya yapım niteliğindeki bir ürünün aslından veya kopyasından yararlanılarak herhangi bir vasıta veya yöntemle ondan istifade etme imkânı verecek nitelikte kopya veya kopyalar üretilmesidir.⁹⁴ Eser, icra, fonogram veya yapımın hak sahibinden izin alınmadan çoğaltılması, başlı başına bir hak ihlali teşkil eder. O nedenle FSEK'in 68. maddesi hükümlerine dayalı talepler için çoğaltılmış nüshaların satışa sunulmuş olması gerekmez. İzinsiz çoğaltılan nüshaların hiç biri satışa sunulmamış olabileceği gibi, bir kısmı sunulmuş bir kısmı da henüz depolarda satışa sunulmayı bekliyor olabilir. Kanun, 68. maddenin 2 ve 3. fıkralarında, hak sahibine yalnızca hiç veya kısmen satışa çıkarılmamış nüshalarla ilgili haklar tanımıştır. Satışa çıkarılmış nüshalarla ilgili olarak ancak birinci fıkra hükmünce mütad bedelin üç katının ödenmesi talebinde bulunulabilir. O nedenle satışa çıkarılma ve çıkarılmamış olma kavramlarının vuzuha kavuşturulması büyük önemi haizdir.

Satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği hukuki işleme satış denir (TBK 309/1). Satışa çıkarmak, bir şeyin satışı için alıcı konumundaki kişilere icapta (öneride) veya icaba davette bulunma anlamına gelir. Akdin esaslı unsurlarını taşımaları kaydıyla taraflara ait icap ve kabul iradelerinin uyuşması halinde satış sözleşmesi kurulmuş olur. Mamafih satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için tasarruf işlemine ihtiyaç vardır: taşınmazlarda tescil ve taşınırlarda da zilyetliğin devri gerekir (TMK 705/1; TMK 763/1). Fikir ve sanat ürünlerinin çoğaltılmış fiziki nüshaları taşınır niteliğindedir. Bu sebeple mülkiyetin nakli amacına matuf olarak zilyetlikleri alıcıya devredilmediği sürece izinsiz çoğaltılmış nüshaların mülkiyeti mütecevizin uhdesindedir. Ancak nüshalar başka birinin dolaysız zilyetliğinde bulunabilir, diğer bir deyimle malik durumunda bulunan müteceviz bu nüshalar üzerinde dolaylı zilyet durumunda olabilir.

FSEK'in 68. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında geçen "satışa çıkarma" terimi, satış sözleşmesinde icabı (öneriyi) ve icaba daveti çağrıştırdığı için isabetli değildir. Zira izinsiz çoğaltılan nüshaların satış dışındaki bir maksatla kullanılması veya elden çıkarılması için üretilmiş olması da mümkündür. Bu sebeple "izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa / çıkarılmamışsa" şeklindeki ifadeler yerine "izinsiz çoğaltılan kopyaların zilyetliği devredilmişse / devredilmemişse" şeklindeki ibarelerin kullanılması daha uygun olurdu. Bu suretle, izinsiz çoğaltılan nüshaların satış dışındaki mülkiyeti devir sonucu doğuran bağış, trampa, vakıf kurma ve vasiyet gibi yollarla mülkiyetin devri hallerinin mezkûr madde kapsamına girip girmeyeceğine yönelik tartışmalara meydan verilmemiş olurdu. O nedenle kanunda

⁹⁴ "Çoğaltma" ve "yayma" kavramlarıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (1. Baskı, Seçkin 2003) 162-176.

geçen “satışa çıkarma” deyiminin gâi yorumu tercih edilerek; izinsiz kopyaların zilyetliklerinin mülkiyeti nakil amacıyla devredilmesi şeklinde anlaşılması gerekir. Buna göre mütecavizin mülkiyeti nakil amacıyla izinsiz çoğaltılan nüshaların zilyetliğini bedel mukabili başkasına devretmesi, satışa çıkarma olarak kabul edildiği gibi, bağış veya mal değişimi maksadıyla devretmesini de “satışa çıkarma” olarak değerlendirmek gerekir.

Satışa çıkarılan nüshaların mülkiyeti, zilyetliklerinin devri suretiyle mütecavizin malvarlığından çıkmışsa, artık onun bu nüshalar üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Mülkiyet başkasına geçtiği için hak sahibi bu nüshalar üzerinde mütad bedelin üç katını talep dışındaki seçimlik yetkileri kullanamaz. Davacının başkasının mülkiyetine geçen izinsiz nüshaların imhasını veya üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine devredilmesini istemesi mümkün değildir. Şu kadar ki, izinsiz çoğaltılan nüshaların zilyetlik veya mülkiyetini mütecavizden devralan kişinin hukuka aykırı eylemi bilip bilmediğine göre farklı değerlendirme yapmak gerekir. Buna göre izinsiz çoğaltılan nüshaları devralan üçüncü kişi, eserin izinsiz çoğaltılmasından haberdarsa veya bu türden bir eyleme iştirak etmişse, davacı, zilyetliğine geçen izinsiz nüshalar için ona karşı seçimlik haklarından birini kullanabilir.⁹⁵ Zira bu durumda izinsiz nüshalar üzerindeki zilyetliği kazanan üçüncü şahsın iktisabı, iyiniyetli olmayan zilyet durumunda olduğu için korunmaz.

Bazı hallerde çoğaltma hakkını ihlal eden mütecaviz, nüshaların tamamını elden çıkarmamış olabilir. Bu takdirde hak sahibi, hâlen onun zilyetliğinde bulunan hem izinsiz çoğaltılan nüshaların hem de çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. araçların imhasını talep edebilir; veya bunların üretim maliyetlerini geçmeyen uygun bir bedel mukabilinde kendisine devredilmesini isteyebilir. Ancak mütecavizin elden çıkardığı nüshalar bakımından seçim hakkı ortadan kalkmış olur; hak sahibinin bunlarla ilgili başvurabileceği yegâne ref yöntemi, mütad bedelin üç katına hükmedilmesidir.⁹⁶ Bununla birlikte davacının mütecavizin elden çıkardığı nüshalar için üç kat tazminat talep etmek gibi bir mecburiyeti yoktur; bu bir haktır, kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine tabidir. Davacının bu yola başvurmaması halinde üçüncü kişinin mülkiyetine geçen nüshalar yasal hale gelmiş olmaz. Bu takdirde şartları varsa davacının üçüncü kişilere karşı da ref ve men davaları açabileceği kabul edilmektedir.⁹⁷

C. İzinsiz Çoğaltılan Nüshaların Satışa Çıkarılmamış Olması Halinde

Hak sahibinin üç kat mütad bedel dışındaki seçenekleri için önem arzeden husus, izinsiz çoğaltılmış nüshaların satışa çıkarılmamış olması halidir. Satışa çıkarılmamış ne anlama geldiğine yukarıda değinilmişti. Nüshaların *satışa çıkarılmamış*

⁹⁵ Arslanlı (n 12) 219; Erel (n 13) 341; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

⁹⁶ Arslanlı (n 12) 218-219; Erel (n 13) 341; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

⁹⁷ Tekinalp (n 13) 322; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

olmasından maksat ise, fikri ürünün çoğaltma ile elde edilen fiziki nüshalarının halen mütecevizin mülkiyet ve zilyetliğinde bulunuyor olmasıdır. İzinsiz çoğaltılan kopyaların zilyetlikleri, bunların mülkiyetini devir maksadıyla başka bir kimseye devredilmemişse, bu nüshalar satışa çıkarılmamış sayılır. İzinsiz çoğaltılan nüshalar üzerinde mütecevizin zilyetlik durumunun dolaysız olması şart değildir. Başkasının dolaylı zilyetliğinde bulunan nüshalar da henüz satışa çıkarılmamış sayılmaz; yeter ki dolaylı zilyetlik mülkiyetin nakli maksadıyla başkasına devredilmiş olmasın. Zira izinsiz çoğaltılan nüshalar doğrudan mütecevizin fiili hâkimiyetinde olmasa bile o, sözkonusu nüshalar üzerinde tasarrufta bulunma imkânına sahiptir. Çoğaltılmış nüshaların mülkiyeti henüz satım, trampa ve bağışlama gibi iki taraflı hukuki muamelelerle veya vakıf kurma ve vasiyetname gibi tek taraflı hukuki işlemlerle nakledilerek başka bir kimsenin tasarrufuna konu olmamışsa; diğer bir deyimle, müteceviz elinde bulunan nüshalar üzerinde hâlen bu türden hukuki işlemler yapılabilmek imkânına sahipse, sözkonusu nüshalar henüz satışa çıkarılmamış sayılır.

Kanunda “satışa çıkarılma” terimi kullanılmışsa da, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu tabiri dar ve teknik anlamda yalnızca “satış” olarak anlamamak gerekir. Satış, bir malın mülkiyetinin, muayyen bir bedel (semen) karşılığında mülkiyetinin devri sonucunu doğuran bir hukuki işlemidir. Oysa bir eserin satış dışında bağışlama veya trampa gibi iki taraflı işlemler yoluyla da mülkiyetinin devri mümkündür. Keza bir eserin mülkiyeti devredilmeksizin yalnızca kullanım hakkının devri için çoğaltılması da mümkündür. Sözelimi bir kitaptan izinsiz yapılan kopyalar, bir bilgisayar programının ya da sinema filminin veya musiki eserlerinin CD ve DVD gibi ortamlara yapılmış tespitleri, bir ressam tarafından çizilen tablonun poster şeklinde basılmış nüshaları, herhangi bir bedel talebi olmadan bir gazete tarafından promosyon eki olarak okurlara, bir siyasi parti, dernek veya vakıf ya da kamu kurumu tarafından kültürel faaliyet kapsamında halka bedava dağıtılabılır. Bu gibi kullanımlar için izin alınmamış olması halinde dahi FSEK 68’deki talepler gündeme gelir.

Aynı şekilde bir müzik veya sinema eserinden çoğaltmayla elde edilen nüshalar, sırf kiralanmak veya kamuya ödünç verilmek gibi maksatlarla da kullanılabilir. Fikri ürünün fizikî mülkiyet hakkının devri dışında bir maksatla çoğaltılması, diğer bir deyimle üçüncü kişilere sadece kullandırılmak üzere izinsiz çoğaltmanın yapılmış olması halinde dahi hak sahibi FSEK 68’den doğan haklarını kullanabilir. O nedenle FSEK Madde 68’in 2 ve 3. fıkralarındaki “satışa çıkarılma” ifadesini, yayma hakkı şümulüne giren satış dışındaki diğer yetkileri de içerecek kapsamda yorumlamak gerekir. Zira yayma hakkının kapsamına yalnızca mülkiyetin nakli borcunu doğuran satış işlemleri girmez; kiralama ve kamuya ödünç verme de bu hakkın içerdiği inhisarî yetkilerdendir (FSEK 23).

Satışa çıkarılmadan, fikri mahsulün çoğaltılmış nüshalarının mülkiyetin devri maksadıyla mütecavizin zilyetliğinden çıkması anlaşılır. Dolaysız zilyetlikleri mütecavize geri dönmeyecek şekilde kaybedilmiş nüshalar, satışa çıkmış sayılır. Bu sebeple sözgelimi korsan baskı yapılmış kitapların, CD ve DVD gibi müzik veya sinematografik eser tespitlerini içeren fiziki ortamların kitap, CD, DVD satışı yapan teşebbüslere dağıtımlarının yapılmış olması, diğer bir deyimle sözkonusu ürün nüshalarının ticaret kanallarına girmiş olması halinde, satışa çıkarılma olgusu gerçekleşmiş sayılır. Ancak bu gibi hallerde çoğaltılmış nüshaların fiili hâkimiyetinin geri dönülmez şekilde yitirilmiş olup olmadığına da dikkate alınmasında fayda vardır. Hak sahibi, kural olarak, mütecavize geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde başka kimselerin zilyetliğine geçen nüshaların kendisine verilmesi talebinde bulunamaz.

Şu kadar ki, ticaret kanallarına girmiş olmakla birlikte mütecavizin dolaysız zilyetliğini yeniden kazanabilme imkânına sahip bulunduğu nüshaların henüz satışa çıkarılmamış oldukları söylenebilir. Örneğin ülke içinde veya dışındaki kitapçılara gönderilmek üzere dağıtım firmasına teslim edilmiş nüshaların geri çağırılması mümkündür. Zilyetlikleri kendilerine teslim edilmediği sürece, alıcı durumundaki gerçek veya tüzel kişiler kaideten bunların mülkiyet hakkını kazanmış olmaz. Keza fikri ürünün salt kullanım hakkının devrini amaçlayan lisans, intifa, kira ve kamuya ödünç verme gibi maksatlarla izinsiz çoğaltılmış nüshalar, fiilen kiracıların veya ariyet alanların zilyetliğine geçmiş olsa bile bunlar hakkında 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına ilişkin hükümler uygulanabilir. Zira sözkonusu nüshalar satışa çıkarılmış nüsha niteliğini taşımaz; mülkiyet hakları devredilmediği sürece hak sahibi mezkûr hükümden doğan seçimlik haklarını bunlar üzerinde kullanabilir.

D. Satışa Çıkarılmamış Nüshalar ve Çoğaltma Araçlarıyla İlgili Seçimlik Yetkiler

Mütecaviz izinsiz çoğaltılan kopyaların zilyetliğini devretmemiş olup da bunlar üzerindeki tasarruf yetkisini henüz kaybetmemişse, bu nüshalar satışa çıkarılmamış sayılır. Bu durumda hak sahibi tarafından FSEK 68/2'deki seçimlik hakların kullanılması mümkündür. Bunlar; (i) nüshaların ve çoğaltma malzemelerinin imhası veya (ii) bunların uygun bedel ile devredilmesini isteme yahut (iii) mütad bedelin üç katını talep edebilme haklarıdır. Hak sahibinin bu seçimlik yetkilerden birini kullanabilmesi için mütecavizin kusurunun varlığı şart değildir.

1. İzinsiz Nüshaların ve Çoğaltmaya Yarayan Vasıtaların İmhasını Talep Yetkisi

Hak sahibi, çoğaltılmış eser nüshaları piyasaya sunulmamışsa, bunların imhasını talep edebilir. Bu suretle korsan nüshaların piyasaya arzını kaynağında engelleyebilir. Ancak eserin aslının imhası istenemez.⁹⁸ Buna göre korsan basılan kitap nüshaları,

⁹⁸ Öztan (n 35) 654; Demirbaş (n 3) 129.

müzik kaset veya CD'leri, film şeridi veya DVD'leri, resim veya fotoğrafların basıldığı kartpostallar veya posterler yahut heykel gibi üç boyutlu güzel sanat eserlerinin maket veya replikaları imha edilmek suretiyle yok edilir.

Gerçekten de hak sahibinin kendisi tarafından çoğaltılmış nüshalar piyasaya sunulmuş iken bunlara alternatif olarak umuma arz edilecek olan korsan kopyalar, oluşan rekabet sebebiyle, hak sahibinin ürün piyasasında ciddi bir daralmaya, kazanç kaybına yol açabilir. Çünkü izinsiz yapılan çoğaltmayla elde edilen kopyalar genellikle çok daha düşük bedelle satılır. Kullanıcı ve müşteriler fiyat rekabeti bakımından daha cazip olana yönelirler; bu da yasal nüsha sahibini, korsan nüsha sahibi ile rekabette dezavantajlı duruma düşürür. Keza, korsan nüshalar daha kalitesiz olabilir; bu da fikri mahsulün itibarına zarar verebilir. Bazı hallerde hukuka aykırı nüsha sayısının gerçek miktarını tespit etmek mümkün olmaz. Hükmedilen mütad bedelin üç katı bile, hukuksuzluğun boyutu tespit edilemediği için, hak sahibinin kayıplarını telafiye yetmez. Üç kat bedel talebi üzerine mahkemece hükmedilen tutarla mütenasip olmayan çapta nüshanın yasal hale gelmesi gibi bir sonucun doğması ihtimali varsa, hak sahibinin bu alternatifi tercih etmesinde fayda vardır.

Davacı yalnızca hukuka aykırı nüshaların imhasını talep edebilir. Bununla birlikte Kanun hak sahibine, izinsiz çoğaltılan nüshaların imhasının yanısıra çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını talep yetkisi de vermiştir. Böylece, mütecevizin elinde bulunan nüshalar yok edilmiş olmasına rağmen, bunların çoğaltılmasında kullanılan film, kalıp ve benzeri araçları kullanarak hukuka aykırı fiilin tekerrürüyle yeni izinsiz kopyaların üretiminin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu itibarla hak sahibi bu seçimlik hakkını hem izinsiz kopyaların hem de çoğaltmaya yarayan araçların imhasını sağlamak için kullanabilir.

Kanunda kullanılan “çoğaltmaya yarayan araçlar” ile neyin kastedildiği, örnek kabilinden “film, kalıp ve benzeri araçlar” şeklinde gösterilmiştir. Bu sebeple izinsiz çoğaltmada kullanılmaya elverişli film, program kodları, klişeler, kalıplar, master kopyalar, mikro filmler, fotoğraf negatifleri, dizgi gibi araçların imhası istenebilir.

Çoğaltma vasıtalarının imhasında dikkat edilmesi gereken nokta, tecavüzün ref'i için imhanın zorunluluk arz etmesidir.⁹⁹ Başka bir yöntemle bu malzemelerin yeni ihlallerde kullanımı engellenebiliyorsa, imhaya göre daha ehven olan bu yöntem kullanılmalıdır. Keza imhada ayrıca ölçülülük ilkesi de gözetilmelidir.¹⁰⁰ Örneğin bir eserin korsan kopyasında kullanılan genel maksatlı bilgisayar, yazıcı, fotokopi makinesi gibi araç ve gereçlerle matbaa, depo, ambar gibi yapıların imhası bu ilkeye aykırılık oluşturur. Genel maksatlı bir bilgisayarın imhası yerine korsan kopya için

⁹⁹ Arslanlı (n 12) 215; Tekinalp (n 13) § 20 kn 59; Öztan (n 35) 654; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2042; Demirbaş (n 3) 129.

¹⁰⁰ Arslanlı (n 12) 216; Ayiter (n 12) 260; Erel (n 13) 342; Öztan (n 35) 654-655; Tekinalp (n 13) § 20 kn 59; Demirbaş (n 3) 131.

hafızaya yüklenen verinin silinmesi maksadın hâsıl olması için yeterli olabilir.¹⁰¹ Makinenin bütünüyle imhası yerine izinsiz kullanımlarla ilgili işlevselliğinin bozulması, korsan basılan kitap nüshalarının yakılması yerine kâğıt hamuruna dönüştürülmesi, ihlal teşkil eden fotoğrafın veya pasajın ansiklopedi sayfalarından silinmesi, üzerinin bandajla kapatılması gibi maksada hizmet eden daha ehven imha yöntemlerine başvurulması orantılılık prensibinin gereğidir.

Amaca uygun değilse ve ölçülülükle bağdaşmıyorsa vasıtanın imhası yoluna gidilmez.¹⁰² Bununla beraber, günümüzde olduğu gibi, hukuka aykırı çoğaltma işini iştigal sahası olarak belirlemiş, genellikle korsan baskı ve çoğaltmalar yapmak amacıyla faaliyet gösteren bir işletmeye ait bilgisayar, yazıcı, fotokopi makinası ve hatta matbaa gibi makinaların imhası istenebilmelidir. Bu noktada münferit ihlallerle hukuka aykırı fiilleri kazanç kapısı haline getirenleri tefrik etmek gerekir. Münhasıran hukuka aykırı nüshaları elde etmek için tahsis edilmiş ve yalnızca bu maksatla kullanıldığı ispat edilen makine, araç ve gerecin imhasında çekingen davranılmamalıdır. Hukuka aykırılıklarda mücadelede caydırıcılık için bu gereklidir.

Ancak genel amaçlı bir vasıtanın izinsiz çoğaltmada kullanılması halinde imha konusunda daha çekingen davranmak gerekir. Nitekim, genel maksatlı olup taklit ürün üretiminde de kullanılan makine veya tezgâhın imhası talebiyle ilgili bir kararında Anayasa Mahkemesi, bunların özel olarak taklit olunan eşyayı yapmak için kurulduğundan söz edilemeyeceğine ve “*bir âlat ve edavâtın, bir şeyin üretimine ‘mahsus’ olmasının kabul edilmesinin, yalnızca o şeyin imalinde kullanımını gerekli kıldığına*” karar vermiştir.¹⁰³ Bu sebeple imha talebine konu araç ve gerecin tahsis gayesinin tespiti önemlidir. Bununla beraber, meşru bir gayeye tahsis olunan araç, başkasına devredilerek izinsiz çoğaltmalar için kullanılmaya başlanmışsa bunların imhası da istenebilir.¹⁰⁴ Sözelimi eserin çoğaltılmasına yarayan kalıp veya mikro film, korsan yayıncıya devrolunmuş veya bir şekilde ele geçirilerek kullanılmaya başlanmışsa, imhası için gereken şart oluşmuş demektir.

Mütecavizin zilyetliğinde bulunan ve fakat mülkiyeti başkasına ait izinsiz nüshaların ve çoğaltma vasıtalarının imhası da söz konusu olabilir. Ancak bunun için üçüncü kişinin hukuka aykırı nüshaların çoğaltılmasında mütecavizle işbirliği içinde bulunmuş olması gerekir. Üzerindeki aynı hakların ihlali sonucuna yol açacaksa mütecavizin zilyetliğinde bulunan üçüncü kişiye ait çoğaltma vasıtalarının imhası talep edilmez.¹⁰⁵ Mesela (B), borç aldığı 20.000 TL’ye teminat olmak üzere fotokopi makinesini rehin olarak (A)’ya vermiş ve o da bu makineyi kullanarak bir kitabı

¹⁰¹ Öztan (n 35) 653-654; Demirbaş (n 3) 130.

¹⁰² Ayiter (n 12) 128; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2042.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 1983/16, RG 07.08.1984/8482.

¹⁰⁴ Arslanlı (n 12) 215; Öztan (n 35) 652-653; Demirbaş (n 3) 130.

¹⁰⁵ Arslanlı (n 12) 215; Erel (n 13) 342; Öztan (n 35) 655; Tekinalp (n 13) § 20 kn 60; Demirbaş (n 3) 131.

izinsiz çoğaltmışsa, davacı (B)'ye ait bu makinanın imhasını isteyemez. Ancak muvazaa halleri bundan müstesnadır.

İmha talebi mali hakkın koruma süresiyle sınırlıdır. Koruma süresi dolduktan sonra hukuka aykırı olarak yapılan çoğaltmalar için imha istenilemez. Ancak tecavüz koruma süresi dolmadan gerçekleşmişse, koruma süresi dolmuş olsa bile FSEK 68'e göre dava açılması mümkündür. Süre dolduğu için her ne kadar artık tecavüzün devamından söz edilemeyecek olsa da, tecavüzün sonuçları devam ediyor olabilir. FSEK 68'in bir amacı da, tecavüzün sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğu dikkate alındığında, hak sahibi FSEK 68'den doğan taleplerini koruma süresi dolmuş olmasına rağmen ileri sürebilir. Bununla birlikte, çoğaltma araçlarının imhasının istenebilmesi için, imha isteminin yapıldığı anda koruma süresinin dolmamış olması gerekir.¹⁰⁶ Şu kadar ki, eseri izinsiz çoğaltma fiili koruma süresi dolmadan evvel gerçekleşmişse, koruma süresi dolmuş olsa bile korsan nüshaların imhasını talep etmek mümkündür.¹⁰⁷

2. İzinsiz Nüshaların ve Çoğaltmaya Yarayan Vasıtaların Devredilmesini Talep Yetkisi

İzni alınmamış hak sahibinin korsan nüshalarla ve çoğaltma vasıtalarıyla ilgili seçimlerlik haklarından bir diğeri de, uygun bedel mukabilinde bunların kendisine devredilmesini talep yetkisidir. Böylece bir taraftan hukuka aykırı nüshalar bir nevi yasal zemine kavuşurken, diğeryandan da çoğaltma vasıtalarının sonraki muhtemel tecavüzlerde kullanılması engellenmiş olur.¹⁰⁸ Bunun bir olumlu yönü de, gerek korsan nüsha gerekse çoğaltma aracı niteliğindeki eşyanın imha edilerek iktisadi değerlerin yok edilmesinin engellenecek olmasıdır. Bu suretle hak sahibinin yanısıra kamu yararının korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁹

Korsan nüshalar ve çoğaltma araçlarının devri talebi hak sahibi aleyhine gerçekleşen zenginleşmenin iadesini sağlamayı amaçlar. Çünkü bu zenginleşme haklı bir sebepten yoksun olduğu için hukuken sebepsiz zenginleşme mahiyetindedir.¹¹⁰ Bu talepte bulunabilmek için mütecevazinin kusuru gerekmediği gibi, davacının bir zarara uğramış olması da gerekmez. Ancak davacı, fiilen bir zarara uğradığını ve davalının da bunda kusuru olduğunu ispat ederse, devir talebine ilaveten ondan FSEK 70/2 kapsamında fiili zararın tazminini de isteyebilir.¹¹¹

¹⁰⁶ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 654; Erel (n 13) 342; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2042.

¹⁰⁷ Arslanlı (n 12) 215; Ayiter (n 12) 259-260; Erel (n 13) 341; Öztan (n 35) 653; Tekinalp (n 13) § 20 kn 59; Demirbaş (n 3) 130.

¹⁰⁸ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 656; Tekinalp (n 13) § 20 kn 58; Demirbaş (n 3) 132.

¹⁰⁹ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 657; Erel (n 13) 342; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043.

¹¹⁰ Öztan (n 35) 658; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2045.

¹¹¹ Tekinalp (n 13) 321; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043

Kanun hak sahibine bir bedel ödemesi mukabilinde bu hakkı tanımıştır. Buna göre nüshaları ve çoğaltmaya yarayan vasıtaların mülkiyetini talep eden davacının davalıya “uygun bir bedel” ödemesi gerekir. Uygun bedelden maksat, çoğaltılan nüshalar ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri vasıtaların üretim maliyetidir. Davacı, sadece davalıya üretimin yapıldığı tarihteki maliyet tutarını ödemek suretiyle izinsiz nüsha ve çoğaltma vasıtalarının kendisine devredilmesini isteyebilir. Buna göre uygun bedelin belirlenmesinde, devri istenen nüsha ve çoğaltma vasıtalarının güncel piyasa değeri veya güncel üretim maliyetleri değil, eski fiyatları yani defter değerleri esas alınır.¹¹²

Şayet davacı bu alternatifi kullanmak istiyorsa, uygun bedeli ödemeye razı olmalıdır. Herhangi bir bedel ödenmeksizin sözkonusu nüsha ve vasıtaların devredilmesini talep etmek mümkün değildir. Hâkim bedelini ödemeyi kabul etmeyen davacının bu yöndeki talebini reddetmelidir. Ancak davacının bedelini ödemeye razı olduğu nüsha ve vasıtalardan sadece bazılarının kendisine devrini talep etmesi mümkündür. Kısmî talep, davacının bedelini ödemeyi istemediği korsan nüsha ve çoğaltma vasıtalarının imhasını talep etmesine engel değildir. O nedenle kısmen devir ve kısmen imha talebinin bir arada dermeyanı mümkündür. Davacının devraltmakta yarar görmediği geri kalan nüshalar ve çoğaltmada kullanılan vasıtalar için imha talebini kullanmamaya ve maliyetlerini ödeyerek bunları almaya zorlanması mümkün değildir.¹¹³

Davacının devir talebinde bulunabilmesi için, sahip olduğu mali hakların kapsam olarak talebe konu nüsha sayısı ve çoğaltma vasıtalarını içerecek boyutta olması gerekir.¹¹⁴ Buna göre bir eserden azami 5000 nüsha çoğaltma ve yayma hakkını haiz olan yayımcının, mütecevizin bastığı 7000 nüshanın tamamının kendisine verilmesini talep etmesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda davacı, hukuka aykırı nüshaların imhasına veya sahip olduğu hakkın kapsamı dâhilinde olmak üzere üç katı kadar mütad bedel ödenmesine karar verilmesi talep yetkilerinden birini kullanabilir.¹¹⁵

3. Mütad Bedelin Üç Katını Talep Yetkisi

Mütad bedelin üç katını talep yetkisi, hem çoğaltma hakkının hem de diğer hakların ihlali halinde ileri sürülebilecek bir yetkidir. Dolayısıyla FSEK'in 68. maddesine göre üç kat bedel talebinin, mali haklara yönelik tecavüz hallerine karşı genel bir ref yöntemi olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür. Çoğaltma ve yayma hakları dışında kalan mali haklara (işleme, temsil ve umuma iletim) tecavüz halinde üç kat bedel talebiyle ilgili hususlara ayrıntılı olarak değinilmiş idi.

¹¹² Tekinalp (n 13) § 20 kn 63; Öztan (n 35) 658; Demirbaş (n 3) 133.

¹¹³ Tekinalp (n 13) 321; Öztan (n 35) 656; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2044

¹¹⁴ Arslanlı (n 12) 216; Öztan (n 35) 654; Erel (n 13) 342; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043.

¹¹⁵ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2043.

Ancak maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, izinsiz çoğaltılan nüshalar yoluyla çoğaltma ve yayma haklarının ihlalinde mütad bedelin üç katını talep yetkisini, imha ve devir taleplerinin yanı sıra seçimlik bir talep olarak tanzim etmiştir. Bu sebeple çoğaltma hakkının ihlalinden dolayı davacının üç kat bedel talebinde bulunabilmesi için izinsiz çoğaltılan nüshaların satışa sunulmuş olup olmamasının önemi yoktur. Hak sahibi izinsiz çoğaltılan nüshalar satışa sunulmuşsa, zaten imha ve devir şeklindeki diğer seçimlik haklarını kullanma imkânını kaybedeceği için yalnızca üç katına kadar bedel talep edebilir. Ancak henüz nüshalardan bir kısmı mütecevizin zilyetliğinde bulunuyorsa, bunlar için imha veya devir haklarından biri ile elden çıkan nüshalar için üç katına kadar bedel talebinde bulunmak mümkündür.

Tecavüz teşkil eden nüshalar henüz satışa çıkarılmamışsa davacı, bunların imhası veya kendisine devri yerine, bu nüshalara mukabil sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç kat fazlasını davalıdan isteyebilir. Mahkemece bu talebin kabulü halinde taraflar arasında farazi bir akdi ilişkinin kurulduğu kabul edildiği için artık bundan sonra hukuka aykırı elde edilen nüshalar için yasal bir zemin oluşmuş olur. Bundan böyle davalı hukuka uygun elde edilmiş gibi bu nüshaları tasarruf edebilir; onları ticaret mevkiine koyabilir ve başkalarına devredebilir. Hak sahibi, artık bunların müteceviz tarafından mülkiyetinin nakli suretiyle yayılmasına engel olamaz. Ancak davalının yetkisi bahse konu nüshaların fiziki olarak mülkiyet hakkının tasarrufuyla sınırlıdır. Kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı da yayma hakkının birer cüz'ü olmalarına rağmen, FSEK 68 kapsamında ödenen üç kat mütad bedel, davalıya bu hakların kullanılması yetkisini geçirmiş olmaz. Çünkü bu haklar eser, icra, fonogram ve yapımların çoğaltılmış nüshalarının mülkiyetinin devri ile tükenmiş olmaz. Davalı, mülkiyet hakkı farazi sözleşme yoluyla kendisine geçmiş bulunan fiziki nüshalar üzerinde kiralama ve kamuya ödünç verme haklarını da kullanmak veya elde etmek istiyorsa, davacı ile ayrı bir yazılı sözleşme yapmalıdır.

Davacının üç katına kadar bedel talebi yalnızca izinsiz çoğaltılan nüshaların karşılığını teşkil eder. Davalının bu bedeli ödemesi ona, bundan böyle elinde bulunan çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. çoğaltma araçlarından yararlanarak yeni çoğaltmalar yapma yetkisi kazandırmaz. Bunun için ayrıca davacı ile yazılı sözleşme yapmak, bahse konu vasıtalarla yeni basım ve çoğaltmalar yapabilme hak veya ruhsatını edinmek zorundadır. Aksi takdirde üç kat bedel ödemesine rağmen yeni bir tecavüz fiiliyle suçlanır. Üç kat bedel almış olan davacı, çoğaltma araçlarının imhasını talep edebileceği gibi maliyetlerini aşmayacak uygun bir bedel karşılığında bunların kendisine verilmesini isteyebilir. O yalnızca izinsiz çoğaltılan nüshaların verilmesi talebinde bulunamaz.

E. Seçimlik Yetkileri Kullanamayacak Olanlar

FSEK'in 68. maddesinin dördüncü fıkrasında, "İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır." denilmiştir. Hüküm, maddeye 5728 sayılı Kanun ile 2008 yılında ilave edilmiştir. Bu düzenlemeyle, neyin murad edildiği anlaşılamamaktadır. Zira 68. maddede anılan Kanunla 2008'de yapılan değişiklikle, bu maddede öngörülen dava hakkından eser sahibi dışındaki hak sahiplerinin yararlanıp yararlanamayacağı hususunda yaşanan tereddütler, birinci fıkradaki "eser sahibi" tabiri "hak sahibi" olarak değiştirilmek suretiyle giderilmiş oldu. Böylece eser sahibi dışında kalan mali hak sahipleriyle bağlantılı hak sahiplerinin de 68. madde kapsamında mali haklara tecavüzün ref'ini dava edebileceği açıklığa kavuşturuldu. Ancak maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen yukarıdaki hüküm başka bir tartışmaya yol açtı. Nitekim bağlantılı hak sahipleri, eser sahibinin mirasçıları, mali hakları eser sahibi veya mirasçılarından iktisap edenlerin, izinsiz çoğaltılan nüshalar yoluyla telif hakkı ihlallerine karşı hak sahibine tanınmış seçimlik haklardan yararlanıp yararlanmayacağı hususunda tereddütler yaşanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, bağlantılı hak sahipleri bakımından dördüncü fıkra hükmünün geniş yorumunu benimsemek ve onu birinci fıkra hükmüyle birlikte mütalaa etmek gerekir.¹¹⁶ Keza FSEK'in 80. maddesinin son fıkrasındaki atıf sebebiyle icracı sanatçılar ile fonogram ve film yapımcılarının bağlantılı hak sahibi olarak Madde 68'in ikinci ve üçüncü fıkralarındaki seçimlik haklardan yararlanacakları sonucuna varılır. Eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin mirasçılarıyla mali hakları kullanma yetkisini kanundan dolayı iktisap eden (FSEK 18/2; 10/4) gerçek ve tüzel kişilerin de mezkûr fıkralardan yararlanacağına şüphe yoktur. Bu durumda fıkrada geçen "eser sahibi dışındaki hak sahipleri" tabirini, bir eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki mali hakları, eser sahibi veya bağlantılı hak sahipleriyle bunların mirasçılarından asli iktisap veya devren edinen kişileri anlamak gerekir.

Mesela eser üzerindeki çoğaltma hakkını eser sahibinden veya mirasçısından devralan kimse, kendisine ait çoğaltma hakkına tecavüz sebebiyle ikinci ve üçüncü fıkralardaki seçimlik haklardan yararlanması için bu hakkı 52. maddeye uygun bir yazılı sözleşmeyle devraldığını kanıtlamalıdır. Keza eser sahibi veya bağlantılı hak sahibinden mali hakkı veya ruhsatı devralmış kimseden bu hakkı devren iktisap etmiş kişinin de, iktisabının FSEK'in 52. maddesine uygun yazılı bir sözleşmeye dayandığını ispat etmesi gerekir. Bu kimselerin çoğaltma haklarının ihlali mülahazasıyla açmış oldukları davada mahkeme, davacının çoğaltma hakkının yazılı sözleşmeyle kazanıp kazanmadığını re'sen araştırmalıdır.¹¹⁷

¹¹⁶ ibid 2046.

¹¹⁷ ibid 2046.

F. El Koymaya Dair Hükümlerin Tatbikinin Sınırlanması

5728 sayılı Kanunla 68. maddeye ilave edilen fıkralardan biri de “Hak sahiplerinden biri, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz” hükmünü havi beşinci fıkradır. Böylece, aynı zamanda bir ceza davasına da konu olabileceği dikkate alınarak, izinsiz çoğaltılmış nüshalar ve çoğaltma vasıtalarına el koymayla alâkalı cezaî yaptırımlara sınırlama getirilmiştir.

FSEK’in 71. maddesine göre çoğaltma hakkına tecavüz teşkil eden filler aynı zamanda suç olarak düzenlenmiştir. O nedenle madde 68’in 2 ve 3. fıkrası hükümlerine göre imhası istenen izinsiz nüshalar ve çoğaltma vasıtaları, ceza hukuku anlamında suçun işlenmesinde kullanılan veya bu amaca tahsis edilen yahut suçtan meydana gelen eşya niteliğindedir ve bunların TCK’nın 54. maddesine göre müsadere karar verilebilir. FSEK, şikâyet üzerine başlatılan cezaî takibatta cumhuriyet savcısı tarafından suç konusu eşya üzerinde CMK hükümlerine göre müsadereyle ilgili işlemlerin yapılmasını hükme bağlamıştır (FSEK 75/3). Aynı fiilden dolayı cezaî himaye hükümlerine göre işlem tesis edilirse, davacının FSEK 68/2 ve 3’ten doğan seçimlik haklarını kullanması konusuz kalabilir. Mesela davacı Madde 68’e göre korsan nüshaların ve çoğaltmaya yarayan araçların uygun bedel karşılığında kendisine verilmesi seçeneğini kullanmak arzusunda olduğu halde bunlar ceza soruşturması veya kovuşturması yönünden suç eşyası vasfında oldukları için CMK kurallarına göre imha edilmiş olabilir.

Fakat FSEK Madde 68/5 hükmü, hukuki sürecin ceza soruşturmasından önce yapılması ihtimali üzerine kurulmuştur.¹¹⁸ Hukuk davasının ceza soruşturmasından önce açılmış olması halinde, anılan hükmün tatbikinde önemli bir sorunla karşılaşmaz. Ceza soruşturmasından önce açılan hukuk davasında davacı ikinci ve üçüncü fıkralardaki imha veya uygun bedel hakkını kullanma tercihini beyan etmiş olabilir. Bu takdirde izinsiz nüshalara ve çoğaltma vasıtalarına davadan önce veya davayla birlikte tedbir mahiyetinde el konulursa, aynı anda veya hukuki takipten sonra başlamış ceza soruşturmasında yalnızca delil olarak kullanılmak üzere yeteri kadar nüsha müsadere edilir.

Fakat uygulamada sürat ve caydırıcılık etkisi daha fazla olduğu için hak sahipleri genellikle önce cezaî takibat başlatmayı tercih etmektedir. Bu sebeple de ceza soruşturmasının hukuk davasından önce başladığı görülmekte ve neticede ele geçen korsan kopya ve çoğaltma vasıtaları müsadere olunmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde suç eşyasının yok edilmesi tehlikesini bertaraf için hukuk davası açılıncaya kadar müsadere ve bunun kapsamı hususunda bir karar verilmiş olmaktadır. Ceza davasından sonra FSEK 68/2 ve 3’e dayalı talep içeren bir hukuk davası açılırsa,

¹¹⁸ ibid 2047.

örneğin, delil olarak yeteri kadar kopya muhafaza edilerek kalanların iadesine karar verilebilir. *Alica*'nın da ifade ettiği üzere müsadere kararında, delil olarak muhafazasına karar verilen nüshaların dışındakilerin bedel istenmişse davalıya ve devir istenmişse davacıya iadesine karar verilmesi gibi değişiklikler yapılması uygun olur.¹¹⁹

IV. FSEK 68'e Dayalı Taleplerin Zamanaşımı

Zamanaşımı yönüyle 68. maddeye dayalı mali haklara tecavüzün ref'i davasına özgü bir hükme Kanunda yer verilmiş değildir. Bunun sebebi, ref davasına konu olan tecavüz sona erse bile, bunun yol açtığı etkiler devam ediyorsa, bu etkilerin kaldırılmasını sağlamaktır. Davacıya diğerleri yanında malî sonuçlu bazı talep haklarının da tanındığı FSEK'in 68. maddesinin asıl işlevi bu noktada ortaya çıkar. Zira kanun koyucu, genel ref davalarından farklı olarak malî hakları ihlâl edilen davacıya, mütecavize karşı rayiç telif bedeli veya sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç katına kadar bir ödemede bulunmasını isteme yetkisi tanımıştır. Bu suretle tecavüzün devam eden sonuçlarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu durum, sözkonusu talebe tatbik olunacak zamanaşımıyla ilgili tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tartışmanın hareket noktasını, bahse konu talebe ilişkin sözleşme zamanaşımının mı yoksa haksız fiil zamanaşımının mı uygulanacağı oluşturur.

Yargıtay ve öğretide bazı yazarlara göre, farazi sözleşme bedeli veya mütad bedele ilişkin talepler hakkında sözleşme zamanaşımı uygulanmalıdır.¹²⁰ Nitekim 11. Hukuk Dairesi çok sayıda benzeri kararlarının birinde "Dairemizin yerleşmiş içtihatları uyarınca 5846 sayılı FSEK'in 68. maddesine dayanılarak tazminat talebinde bulunulması halinde, aynı maddenin son fıkrası uyarınca bedel talebinde bulunan kişinin tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapılmış olması durumunda haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilecek durumda bulunması, dolayısıyla bedel talebinde bulunan kişi ve tecavüz eden arasında farazi bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edildiğinden, tazminat davasının da eBK'nun 125. maddesinde (TBK 140) düzenlenen 10 yıllık sözleşme zamanaşımına tabi olduğuna" karar vermiştir.¹²¹ Bu görüşün dayanağını, 68. maddenin "Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir" hükmünü havi son fıkrası oluşturmaktadır. Farazi sözleşme teorisine kaynaklık eden bu hükme göre, failin eyleminden dolayı rayiç bedel veya farazi sözleşme bedeli talep edildiği takdirde artık taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş var sayıldığından, buna ilişkin taleplere haksız fiil değil akdi zamanaşımı uygulanmalıdır.

¹¹⁹ ibid 2047.

¹²⁰ Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) 2049-2450; Suluk ve Orhan (n 8) 1011; Bozbel (n 38) 626; Piroğlu (n 33) 450-454; Gürsel Üstün, "Yargısal Uygulamada Fikri Haklar", (1994) 4 İBD 979.

¹²¹ Yargıtay 11 HD, 2009/12862, 14.12.2009 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 14/10. Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, 2011/6049, 17.05.2011 Yavuz, Alica ve Merdivan (n 4) K No 22/129.

Öğretide hâkim görüşe göre FSEK 68'den doğan üç katına kadar bedel talebine sözleşme değil haksız fiil zamaşımı uygulanmalıdır.¹²² Zira bizim de iştirak ettiğimiz bu görüşe göre talep sözleşmeden değil haksız fiilden doğmuştur. FSEK'in 66 vd. hükümleri, eser üzerindeki manevî ve malî haklara tecavüzlerden doğan ref, men ve tazminat davalarını düzenlemiştir. Bu davaların hepsi de haksız fiil olarak nitelendirilen hukuka aykırı fiillere dayanır. Kanunun 66-70. maddelerinden kaynaklanan sorumluluk haksız fiil sorumluluğudur. FSEK'te özel bir hükme yer verilmediği için bu konuda TBK'nın haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zamaşımı hükümlerinin uygulanması gerekir.

FSEK'in madde 68/son hükmü, bedel talebinde bulunan kişiye sözleşme yapmış olması halinde haiz olduğu hak ve yetkileri ileri sürebileceğini öngörmüş olsa da, sorumluluğu doğuran olay haksız fiildir. Olayın gerçekleştiği anda taraflar arasında farazi de olsa bir sözleşme ilişkisi yoktur. Çünkü olay gerçekleşir gerçekleşmez taraflar arasında kaynağı haksız fiil olan bir borç ilişkisi meydana gelir. Bu hukukî ilişki, doğumu anında hangi kurallara tabi idiyse, zamaşımı bakımından da aynı kurallara tabi olmalıdır. Davacının bedel talebine kadar haksız fiil niteliğinde olan borç ilişkisinin, üç kat bedel talebinin dermeyeranından sonra geçmişe dönük olarak sun'î bir sözleşme ilişkisi niteliğini kazanması, haksız fiil hükümlerine göre başlamış olan zamaşımını dönüştürerek ona akdi bir mahiyet kazandırmaz. Haksız fiillere özgü başlamış zamaşımının zamanla akdi zamaşımına evrileceğini mantıken kabul etmek de mümkün değildir.

Sonuç

Fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklar özellikle dijital teknolojiler alanında ortaya çıkan yeniliklerle birlikte çok kolay bir şekilde ve hacmen büyük ölçüde ihlallere maruz kalmıştır. 1995 yılı ve sonrasında FSEK hükümlerinde muhtelif değişikliklerin ve yeni düzenlemelerin yapılmasının temelinde teknolojik yeniliklerin artırdığı fikri ürünler üzerindeki hak ihlalleriyle daha etkili mücadele hedefi yatar. FSEK'in 68. maddesinde fikri mahsuller üzerindeki mali haklara tecavüzlerin ref'iyle ilgili 1995 yılı ve sonrasında yapılan değişiklikler de bu meyanda değerlendirilmelidir.

Mezkûr maddenin birinci fıkrası uyarınca; eser ve bağlantılı hak konusu mahiyetinde bulunan fikir ve sanat ürünleri üzerindeki işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim şeklinde tâdat olunan mali haklardan herhangi biri tecavüze maruz kalan hak sahibi, mütad bedelin üç katını talep şeklinde tecavüzün ref'i yönteminin tatbikini talep edebilir. Bu maddede açıkça belirtilmiş olmasa da, bu haklardan Kanununun 80. maddesinde bağlantılı hak sahibi olarak tarif edilen gerçek

¹²² Erel (n 13) 371-372; Tekinalp (n 13) § 20 kn 30 ve 76a; Öztan (n 35) 637; Kılıçoğlu (n 7) 473-475; Ahmet M Kılıçoğlu, 'Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamaşımı' iç *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Uluslararası Hukuk Kurultayı* 2002 (8-11 Ocak 2002) C I (Ankara Barosu 2002) 388-389; Gökyayla (n 81) 24-26; Demirbaş (n 3) 224-223.

ve tüzel kişiler de yararlanabilir. Buna göre bir eseri, icrayı, fonogram veya yapımı bunların hak sahibinden yazılı izin almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilirler.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında fikri ürün üzerinde tek başına çoğaltma hakkının ve bunun yanında yayma hakkının ihlal edilmesi durumunda hak sahibine üç kat bedel talebi dışında başka haklar da tanınmıştır. Üç kat bedel talebi dışındaki diğer ref yöntemleri yalnızca çoğaltma ve çoğaltmayla birlikte yayma hakkına tecavüz hallerinde başvurulabilen ref yöntemleridir. Buna göre fiil tek başına işleme veya yayma yahut temsil ya da umuma iletim haklarından herhangi birine tecavüz oluştuyorsa, çoğaltma hakkına mahsus olarak tanınan ref yöntemleri tatbik edilmez. Esasen çoğaltma hakkına özgü bu ref yöntemlerinin mahiyeti itibarıyla diğer haklara tecavüz halinde uygulanabilmeleri mümkün değildir. Keza uygulamada genellikle çoğaltma hakkı veya bununla bağlantılı olarak yayma hakkı ihlale maruz kaldığı için, 68. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında üç kat bedel talebi dışında kalan ref yöntemlerine konu olabilecek yegâne mali hak olarak çoğaltma ve yaymaya yer verilmiştir.

Bu çerçevede; izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltmanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir (FSEK 68/2 ve 3). Ancak ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır. (FSEK 68/4).

Kanunun 68. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, çoğaltılmış nüshalar yoluyla mali haklara tecavüzün ref'i yöntemlerini, çoğaltılmış nüshaların satışa sunulup sunulmamasına göre belirlemiştir. Buna göre izinsiz çoğaltılan nüshalar *satışa çıkarılmamışsa* hak sahibi; (i) eser kopyalarının, çoğaltmaya yarayan film, kalıp vb. araçların imhasını isteyebilir, veya (ii) nüshaların ve çoğaltma malzemelerinin üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması halinde isteyebileceği bedelin üç katını talep edebilir (FSEK 68/2). İzinsiz çoğaltılan nüshalar *satışa çıkarılmışsa* hak sahibi; (i) mütecevizin elinde bulunan nüshaların imhasını isteyebilir, veya (ii) mütecevizin elinde bulunan

nüşhaların üretim maliyetini geçmeyen uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini isteyebilir, yahut (iii) sözleşme olması durumunda isteyebileceği bedelin üç katını isteyebilir (FSEK 68/3).

FSEK 68'den doğan hak sahibinin talepleri sadece mali hakların ihlali hallerinde kullanılabilir. İhlal edilen haklar manevi nitelik taşıyorsa veya mali haklarla birlikte manevi haklar da ihlal edilmişse, davacının manevi haklar bakımından FSEK 68 hükümlerine göre karar verilmesi talebinde bulunması mümkün değildir. Manevi haklara yönelik ref talebi ancak Kanunun 66 ve 67. maddeleri kapsamında ileri sürülebilir. 68. maddede hak sahibine tanınmış hakların kullanılması failin kusuru şartına bağlanmamıştır. Mali hakları tecavüze maruz kalmış davacının sözkonusu taleplerde bulunabilmesi için herhangi bir zarara uğramış olması da şart değildir. Bu maddeye göre dava açılabilmesi için faile izafe olunan fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Legal 2019)
- Arı Z, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' (2006) 6 Rekabet Forumu 9-10
- Arkan A, *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuku Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (Vedat 2005)
- Arslanlı H, *Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 1954)
- Aslan Y, *Rekabet Hukuku* (9.Bası, Ekin 2023)
- Aşçıoğlu-Öz G, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması* (RK Yayını 2000)
- Ateş M, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i' (2022) 8(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 337-374.
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (1.Baskı, Seçkin 2003)
- Ateş M, *Rekabet Hukukuna Giriş* (2. Bası, Adalet 2019)
- Aydıncık Ş, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (1.Baskı, Vedat 2006)
- Ayiter Y, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (2.Baskı, S Yayınevi 1981)
- Bozbel S, 'Anayasa Mahkemesinin (FSEK m. 68 ve m. 76 ile İlgili) 2012/133 E 2013/33 K ve 28.02.2013 Tarihli Kararı Hakkında Değerlendirmeler" iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2012* (Yetkin 2013) 55-79

- Bozbel S, *Fikir ve Sanat eserleri Hukuku* (1. Baskı, Onikilevha 2012)
- Demirbaş A, *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Koruma* (1. Baskı, Onikilevha 2015) 119-123.
- Erdil E, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (Vedat 2009)
- Erel Ş N, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3.Bası, Yetkin 2009)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Yetkin 2022)
- Gökyayla E K, '5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010* (Yetkin 2011) 283-304
- Gökyayla K E, 'Fikir ve Sanat eserleri Kanunu'nun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2012) 30 FSHD 3-31
- Gül İ, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (1. Baskı, Yetkin 2015)
- Gökyayla K E, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2.Baskı, Yetkin 2001)
- Gürzumar O B, 'Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' iç *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu 7-8 Ekim 2005 Ankara* (BTHAE 2006)
- Güven G, *Rekabet Hukuku* (2.Baskı, Yetkin 2009)
- Güven P, 'Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V 6-7 Nisan 2007 Kayseri* (RK Yayını 2008)
- Hirsch E E, *Fikri ve Sınai Haklar* (Ankara Ü Hukuk Fakültesi Yayını 1948)
- Hirsch E E, *Hukuki Bakımdan Fikri Say - II* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1943)
- İnan N, '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri* (RK Yayını 2004) 43-66
- İnan, A N ve Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4.Bası, Seçkin 2014)
- Kılıçoğlu A, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (9.Bası, Turhan 2023)
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (26.Baskı, Turhan 2022)
- Kılıçoğlu A M, 'Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı' iç *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002* (8-11 Ocak 2002) C I (Ankara Barosu 2002) 388-389
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz Kitabevi 2010)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (1. Baskı, Demir Yayıncılık 2001) C III
- Küçükali C, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası* (5. Baskı, Seçkin 2023)
- Memiş T, 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesinin Getirmiş Olduğu Sistemin Değerlendirilmesi' iç TRT (edr), *Radio-Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi* (ATO ve TOBB Yayını 2005) 83
- Merhacı S Ö, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (1. Baskı, Yetkin 2013)
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Vedat 2023)
- Özcan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2008)
- Piroğlu Ü, 'Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği' (2004) 30 (4) Yargıtay Dergisi 433-458

- Sanlı K C, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - 4 Nisan 2003 Kayseri* (RK Yayını 2003) 192-262
- Suluk C ve Orhan A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri* (Arıkan 2005)
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu, H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Filiz 1993)
- Topçuoğlu M, 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat' iç Mustafa Fadıl Yıldırım ve Ender Ethem Atay (edr), *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2009) 5-60
- Üstün G, *Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Marmara Üniversitesi SBE 1995)
- Üstün G, 'Yargısal Uygulamada Fikri Haklar' (1994) 4 İBD 979
- Yasaman H, 'Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar' iç Abuzer Kendigelen (ed), *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı* (Beta 2002) II 811
- Yavuz L, Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (2.Baskı, Seçkin 2014) C I ve II



EU Legal Landscape and EMCA on Mitigating Abuse by Majority Shareholder(s) in Public Companies: Any Inspiration for Minority Protection in Independent and Privately Held Turkish *Anonim Ortaklık*?

Onur Görmez^{*}

Abstract

In EU legislation, a general provision regulating abuse by the majority does not exist. Two approaches have been adopted in Member States. One requires both damage to the minority and to the company, named in this work as double-threshold approach, is implemented by eg France; the other deems the damage to the minority sufficient to conclude on the existence of abuse by the majority; this single-threshold approach is implemented by eg Germany and the Nordic countries. The latter approach, which is also set out by the European Model Companies Act (EMCA), provides better protection to minority shareholders, especially those that are locked in an independent and private anonim ortaklık (Turkish public company – briefly AO). Under EU legislation, as stated by the European Court of Justice in the Audiolux ruling, there does not exist an immanent principle of equal treatment of shareholders. Like EMCA, TCC art 357 imposes on company organs the duty of equal treatment of shareholders who are in the same position. With this provision, it can be argued that the single-threshold approach is the prevalent approach in Turkish law to determine whether the majority has abused its powers. As for the effective remedies to protect the minority against abuse by majority in independent and privately held AO, a sell-out provision, a remedy implemented by the Directive (EU) 2017/1132 for cross-border conversions, mergers, and divisions of limited liability companies, should be introduced, and a modification to Article 531 of TCC on dissolution by just cause should be made, allowing minority shareholders to request directly from the court to exit the company via sale of their shares. EMCA provisions on Sections 11.35 and 11.37 regarding, respectively, the right to sell-out and redemption, and buy-out may serve as an inspiration for TCC.

Keywords

Public company, independent and privately held company, abuse by majority, EU legislation, European Model Companies Act (EMCA), Turkish Commercial Code, CJEU's Audiolux decision

AB Hukuk Düzeni ve EMCA'da Anonim Ortaklıklarda Çoğunluğun Kötüye Kullanımının Etkilerinin Azaltılması: İzole ve Halka Kapalı Türk Anonim Ortaklıklarında Azınlığın Korunması İçin Esinlenmek Mümkün Mü?

Öz

AB mevzuatında, çoğunluğun kötüye kullanılması hususunu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Üye devletlerde ise konuya dair iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan Fransa'da kabul gören çift eşikli yaklaşım olarak adlandırılabilir ilk hem azınlığın hem de ortaklığın çıkarının zedelenmesini aramaktadır. Almanya ve İskandinav ülkeleri gibi bazı ülkelerde kabul gören tek aşamalı yaklaşım olarak adlandırılabilir diğer yaklaşımda yalnızca azınlığın çıkarının zedelenmesi yeterli görülmektedir. AB düzenlemeleri de dikkate alınarak akademisyenler tarafından hazırlanan

* **Sorumlu Yazar:** Onur Görmez (Dr./ Researcher,), Kadir Has University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, İstanbul, Türkiye. E-mail: onur.gormez@khas.edu.tr; ORCID: 0000-0003-0057-8235

Atf: Gormez O, "EU Legal Landscape and EMCA on Mitigating Abuse by Majority Shareholder(s) in Public Companies: Any Inspiration for Minority Protection in Independent and Privately Held Turkish Anonim Ortaklık?" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 575. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0007>



bir model yasa çalışması olan EMCA'da da kendisine yer bulan ikinci yaklaşım azınlık pay sahipleri için daha iyi bir koruma sunmaktadır; özellikle izole ve halka kapalı anonim ortaklıkların azınlık pay sahipleri yönünden. Adalet Divanı'nın Audiolux kararıyla da ortaya konduğu üzere AB Hukuku'nda pay sahipleri yönünden uygulama alanı bulacak genel geçer bir eşit işlem ilkesi söz konusu değildir. EMCA'da olduğuna benzer şekilde TTK m.357'de ise eşit şartlardaki pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması gerekliliğini öngören hüküm uyarınca, Türk hukukunda da ortaklıkta çoğunluğun kötüye kullanılmasının tartışma konusu olduğu hallerde, kötüye kullanmayı tespit için tek eşikli yaklaşım yeterli olmalıdır. İzole ve halka açık olmayan anonim ortaklıklarda azınlık pay sahiplerinin etkin bir şekilde korunması için uygulanabilecek yöntemler bakımından ise, sınır aşan tür değiştirme, birleşme ve bölünmeler yönünden 2017/1132 sayılı Yönerge seviyesinde de öngörülen azınlığa ortaklıktan çıkma hakkı tanıyan bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır. Haklı nedenle feshi düzenleyen TTK m.531'in değiştirilmesi suretiyle azınlık pay sahiplerine, paylarını satarak ortaklıktan çıkmayı doğrudan mahkemeden talep edebilecekleri bir düzenleme getirilmesi de düşünülmelidir. EMCA Bölüm 11.35 ve Bölüm 11.37'deki pay sahiplerinin paylarını satarak ortaklıktan çıkması ile payların satın alınmasını talep etme veya paylarını satmaya zorlama hususlarında öngörülen hükümlerden TTK için de esinlenilebilir.

Anahtar Kelimeler

İzole ve halka kapalı anonim ortaklık, çoğunluğun kötüye kullanılması, AB mevzuatı, Avrupa Model Ortaklıklar Yasası (EMCA), Türk Ticaret Kanunu, Adalet Divanı'nın Audiolux kararı

Extended Summary

The majority rule is one of the fundamental principles governing the limited companies. This means that the decisions taken, and the management followed by the majority affect other stakeholders who may have different interests other than those of the majority shareholder. As any power, the powers vested in the majority shareholder of a public company (in Turkish case, *anonim ortaklık* – briefly AO) thanks to majority rule may be abused by such shareholder.

Against an abusive majority, the position of shareholders of a privately held AO is rather challenging and their options limited, due to lack of a viable access to liquid markets for their shares. This paper focuses on abuse by majority and how to mitigate this issue in an independent and privately held public company with an examination of the Turkish public company law on the matter regulated under Turkish Commercial Code numbered 6102 (briefly TCC).

TCC art 202 governs unlawful use of the control for group of companies (*conglomerate/konzern*). However, general provisions of limited companies lack any articles that directly regulate the issue of potentially or materially abusive behaviours by a majority (in broader terms, controlling) shareholder. Furthermore, TCC art 202 cannot be directly applied to the independent companies. Yet, an independent AO, either publicly or privately held, may well be the arena for an abuse by majority similar to the cases governed by TCC art 202. Current protections provided by TCC seems to fail to prevent chronic/systematic cases of abuse by majority in an independent and privately held AO; in return judicial and/or legislative intervention may be required. But how?

This article examines the EU legal landscape with Member States' approaches and European Model Companies Act while comparing them to Turkish perspective for finding effective ways to mitigate abusive majority behaviour in an independent and privately held AO.

In order to provide such a perspective and to understand where the Turkish law stands, the following topics are discussed: differing legal approaches concerning abuse by the majority, equal treatment of shareholders, and exit rights as an effective remedy to mitigate the abuse by the majority.

The EU legislation does not contain a general provision on how to prevent abuse by majority. In Member States, two approaches prevailed without a harmonising EU legislation. One approach seeks both a damage to company and to minority (eg France), the other finds it sufficient just damage to the minority in order to classify the action as an abuse by majority. For the minority, proving that company's interest is also violated is a rather difficult task and as a result hinders the sought minority protection in most of the cases. Therefore, a single-threshold approach which

requires minorities to prove only the damage to their interests should be the approach upheld. In independent and privately held AO, the options for a locked in minority are limited and a further minority protection is required. Single-threshold approach helps providing the sorely needed protection in a more efficient and global way.

According to ECJ's Audiolux ruling, no immanent principle of equal treatment of shareholders exists under EU law and the EU legislation does not force Member States the implementation of a blanket equal treatment principle of shareholders. Certain Member States tend to provide one. EMCA also regulates the issue directly. This is also the case in Turkish law via TCC art 357. With a provision explicitly imposing the company organs to uphold the principle of equal treatment of shareholders in the same position, single-threshold approach seems to be the prevailing approach in Turkish public company law, and thus Turkish law is positioned to provide an effective protection for minorities in an independent and privately held AO.

With the Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 Amending Directive (EU) 2017/1132, for cross-border conversions, mergers, and divisions of limited liability companies, Member States are under the obligation to provide a right to dispose of their shares for an adequate cash compensation, ie an exit right, to the company's members who voted against the resolutions concerning the related transactions in the general assembly. These provisions may be used by the minority to protect itself from abuses, potential ones included in the aforementioned transactions.

EMCA provides a more comprehensive protection by regulating the liquidation due to fraud on the minority in Section 11.33, the right to sell out provided to minority stipulated in Section 11.35. Furthermore, according to Section 11.37, shareholders who incurred a loss have a right to be redeemed if the company, individual shareholders, the company's creditors or other third parties incur a loss due to a shareholder's intentional or grossly negligent action, and there exists a risk of continued abuse.

Concerning the remedies to save the minority from the abuses committed by majority in independent and privately held AOs, a sell-out provision forcing the majority to buy the minority's shares should also be introduced to TCC. In order to provide the minority with better options, and legal clarity and to protect it from judicial surprises, TCC art 531 on dissolution by just cause should also be modified in a way that it provides minority to directly request from the court to exit the company, if possible, at the majority's expense. This type of mechanism would significantly ameliorate the minority's position in companies, since the risk of paying the relevant cost would create a better incentive for majority to refrain from abusing its power. Furthermore, for the minorities, especially in an independent and privately held AO where they are deprived of an access to liquid markets, it would create the opportunity to be fairly compensated for their shares.

Introduction

One of the fundamental principles governing limited companies is the majority rule. The majority's will runs the company. This means that the decisions taken and the management followed by the majority affect other stakeholders who may have different interests other than those of the majority.

The different interest groups, ie stakeholders, emerging from the complex structure of the corporation create conflict of interests in limited companies. These conflicts can primarily be summarised as i) among the shareholders, ii) between the majority and the minority (these two latter conflicts can be classified as inner horizontal conflicts), iii) among the shareholders and the company itself and/or management of the company (ie inner vertical conflicts), and iv) among those 'outside' the 'partnership' (eg workers of the company, creditors, society) and the company. Outer horizontal conflicts may arise as well; for example, this is the case when there are competing suppliers to a company.

Inner horizontal conflicts may become visible as a result of abuse of the majority rule. This can happen in a group of companies as well as in an independent company.

With the Turkish Commercial Code numbered 6102¹ (TCC), articles specifically regulating a group of companies (conglomerate/*konzern*) have been introduced in Turkish company law. This is a trend that can be found in Continental European legal systems. TCC art 202 governs the unlawful use of the control for a group of companies, and there does not exist a general provision directly regulating the issue in limited companies, and TCC art 202 cannot be directly applied to independent companies. However, after examining the issues surrounding the groups of companies and independent companies, one would argue that the need for regulating abuse by majority is also present for independent public companies. The Turkish public company *anonim ortaklık*², (hereinafter, briefly AO) is not free of this need.

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG: 14.2.2011/27846.

² *Anonim ortaklık* (abbreviated as AO or *anonim şirket*, abbreviated as AŞ - as stated by the TCC art 1531, *ortaklık* and *şirket* are synonyms within the confines of TCC, but also in general Turkish usage and therefore interchangeable) is the closest Turkish company form to Belgian, French, Luxembourgish *la société anonyme*, Dutch *de naamloze vennootschap*, Greek *ανώνυμη εταιρία*, Italian *società per azioni*, Portuguese *sociedade anónima*, Romanian *societate pe acțiuni*, Spanish *la sociedad anónima*, and Austrian and German *Aktiengesellschaft*.

Turkish AO is a type of company in which capital is divided into shares, and the liability of the shareholders is limited by shares; therefore, it is a type of 'limited company'.

Only shares of an AO may be offered to the public and may be publicly traded in a regulated market. Such a listed or quoted AO falls in the sub-category of '*halka açık anonim ortaklık*' (*halka açık* - verbatim 'open to public', ie publicly held).

However, an AO can also be publicly held without being publicly traded in a regulated market. This is the case if the shares of an AO are held by more than five hundred shareholders. The shares of such a company are considered shares 'offered to the public' according to Turkish Capital Market Law numbered 6362 (TCML - Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2011, RG: 30.12.2012/28513) art 16 and therefore become publicly held.

If the conditions stipulated in TCML are not met, an AO is considered to be privately held (*halka kapalı*, verbatim close to public).

AOs may also be formed with a single shareholder. Unipersonal limited companies are not a separate type in Turkish company law.

TCC governs both publicly and privately held AOs. However, for publicly held AOs, special and detailed provisions are brought in TCML.

Independent AOs, whether publicly or privately held, may well be the victim of or the arena for such an abuse.

The situation for shareholders of a privately held AO is exacerbated since they are generally deprived of a viable access to liquid markets. Where the current protections provided by the TCC fail to prevent chronic cases of abuse by majority in such companies, judicial and/or legislative intervention may be called for.

This paper examines the EU legal landscape with Member States' approaches and the European Model Companies Act (hereinafter EMCA) while comparing them with the Turkish perspective in hopes of drawing inspiration for finding effective ways to mitigate abusive majority shareholder behaviour to better protect the minority in an independent and privately held AO.

In order to provide such a perspective and to understand where Turkish law stands, the following topics are discussed: differing legal approaches to abuse by majority, equal treatment of shareholders, and exit rights as an effective remedy to mitigate abuse by majority.

Since EMCA is widely referenced in this article, the first chapter is dedicated to shedding light on EMCA and its importance in the field.

I. A Brief Introduction to EMCA

EMCA³, a model act on company law inspired by the US Revised Model Business Corporation Act (MBCA)⁴, was the result of a cooperative work by a college of prominent scholars from then 22 Member States of the EU (UK was still a member when EMCA was published).⁵

The EMCA Group is an independent group from the governments of the Member States, the European Commission and business organisations.⁶ The EMCA can be described as a coherent and dynamic tool for European integration in company law.⁷

In short, Turkish AO is a limited company whose shares can be offered to the public. The AO may be privately or publicly held.

³ Paul Krüger Andersen and others, 'European Model Companies Act (EMCA)' (2017), Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, <<https://ssrn.com/abstract=2929348>> accessed 14 March 2024, 1 ff.

⁴ A major revision to the MBCA was made in 2016. For the latest version, see American Bar Association, *Model Business Corporation Act (updated through September 2021)* (American Bar Association 2021) <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2020_mbca.pdf> accessed 14 March 2024.

⁵ Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 1.

⁶ *ibid* 2.

⁷ For a general introduction to the EMCA, see Paul Krüger Andersen, 'The European Model Company Act (EMCA)—a tool for European integration' (2018) 19 (1) ERA Forum 77, 77 ff.

EMCA encompasses both private and public companies that are limited by shares.⁸ In the EMCA system, the main distinction between a public and private company is based on whether its shares can be offered to the public. As per Section 1.03 of EMCA, only a public company may offer its shares to the public.⁹ If EMCA were to be implemented in Turkish law, it would comprise the following companies: AO, *limited ortaklık* (hereinafter LO – main Turkish private company type similar to eg French *la société à responsabilité limitée* and German *die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) and *sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık* (an almost extinct type of company in Turkish practice, similar to eg French *la société en commandite par actions* and German *die Kommanditgesellschaft auf Aktien*).

EMCA also provides a general commentary and contains a detailed commentary for each provision while generally explaining different European legal traditions and reasons why certain approaches are upheld.

Therefore, EMCA represents an excellent collective effort providing invaluable insight into the European legal landscape and will be referred to in this paper.

II Approaches to Abuse by Majority

A. Lack of a Harmonised EU Approach

Thanks to the majority rule, a shareholder or a group of shareholders holding most shares and votes in a public company can decide the fate of the company and its fellow shareholders.¹⁰ As with any power vested in shareholders, the power obtained by majority shareholder(s) can also be abused.

However, no EU level legislation exists on shareholder's duty not to abuse rights, and the legal concepts on the issue are established by Member States and their case law.¹¹ It can be argued that the preoccupation of the EU legislature is towards increasing shareholders' rights and not preventing the possibility of abuses; therefore, this choice might have caused the relevant lack of general legislation.¹² Nevertheless, specific provisions to prevent certain aspects of abuse by majority can be found in EU legislation.¹³

⁸ See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 14 and 25-27.

⁹ *ibid* 25.

¹⁰ See Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021) No 465.

¹¹ Pierre-Henri Conac, 'The Shareholders' Duty Not to Abuse Rights', in Hanne S. Birkmose (ed), *Shareholders' Duties* (Kluwer Law 2017) 363, 364.

¹² *ibid*.

¹³ See eg Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law [2017] OJ L 169/46 art 72 on pre-emptive rights of shareholders in proportion to their capital contributions.

Due to the lack of harmonisation of theoretical concepts and terminology regarding abuse of majority power at EU level, Member States developed their own concepts and approaches. Some countries use a literal translation of abuse by majority, like France, Belgium (*abus de majorité*¹⁴) and Italy (*abuso della maggioranza*), some other States base their concept on the duty of loyalty/fiduciary duty of the majority shareholder, and some on equal treatment of shareholders.¹⁵ Although these seem to be separate legal concepts, they have the same purpose, namely, to limit majority's potential abuses. They also share similar traits. Therefore, they can be examined within the blanket term of 'abuse by majority'.

Conditions for these concepts revolve around two approaches that can be classified as follows: i) the double-threshold approach, which requires damage to both the company's and minority shareholder's interests for an act to be considered and sanctioned as abuse by majority, and ii) the single-threshold approach, which deems damage to minority shareholder's interest sufficient to consider an act to be abuse by majority.¹⁶

B. Is Damage to Both the Company's Interest and the Minority Shareholder's Interest Necessary?

Certain Member States have a double-threshold approach to sanction abuse by majority and require damage to both the company's and minority shareholders' interests.¹⁷

France¹⁸, Belgium, Italy, and Portugal are given as examples to this cumulative approach.¹⁹ Spain follows the same approach. However, since 2014, the first condition has been softened. For a decision to be considered an abuse by majority, damaging the interest of the company with the decision is no longer required; it is now sufficient

¹⁴ The concept of *abus de majorité* has a long history in French and Belgian company laws. As early works in French language dedicated to subject, see Jean Bergier, *L'Abus de Majorité dans les Sociétés Anonymes – Etude de Droit Commercial Comparé – Droits Allemand, Français et Suisse* (Säuberlin&Pfeiffer 1933) 1 ff.; Pierre Coppens, *L'Abus de Majorité dans les Sociétés Anonymes* (Librarie René Fonteyn 1947) 1 ff. In France, the theoretical concept finds its roots not only in private law, but also in public law, to be more precise in administrative law, from the concept of *détournement du pouvoir*, see Anne-Laure Champetier de Ribes-Justeau, *Les Abus de Majorité, de Minorité et d'Égalité : Etude Comparative des Droits Français et Américain des Sociétés* (Daloz 2010) 19-20.

¹⁵ See Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 365 ff. See also Holger Fleischer, 'Shareholder Conflicts in Closed Corporations', in Gregor Bachmann and others, *Regulating the Closed Corporation* (2014) ECFR Special Volume 4 28, 53-54.

¹⁶ For the proposed classification of these approaches, see Onur Görmez, *Topluluk Dışı Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılması* (PhD thesis, Istanbul University 2023) 169 ff.

¹⁷ Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 262; Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 366.

¹⁸ The French Court of Cassation delivered the first ruling acknowledging that an abuse by majority (*abus de majorité*) had been committed in 1961. According to the Court, the general assembly resolution taken with the votes of the majority was contrary to the 'social interest' of the company and was based solely on an intent to favour the majority shareholder's interest to the detriment of all the shareholders. See Cassation Commerciale, 18 Avril 1961, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Commerciale* 1962 225-228. The approach of the French Court did not go unnoticed in Turkish scholarship. See Mahmut T. Bırsel, 'Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları', *İmran Öktem'e Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 620, 629.

¹⁹ Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 366.

that the decision has been approved by the majority *without there being a reasonable company need*. The decision must also be taken for the majority's own benefit to the unjustifiable detriment of the remaining shareholders.²⁰

Other Member States follow a single-threshold approach in which the damage to minority shareholders is sufficient for abuse by majority. This is the case in Germany, the Nordic countries, Ireland and, in the UK which is not a Member State anymore.

Denmark departs from breach of the principle of equality between shareholders; under Irish law, majority is expected to adopt sound control^{21, 22}. The UK relies on the concept of unfair prejudice.²³ Germany recognises that majority shareholders are bound by a *duty of loyalty* both towards the company and its fellow shareholders.²⁴

In Section 1.10, EMCA sets the majority principle as one of the general principles of companies and shareholder democracy as one in Section 1.12.²⁵ With these principles in mind, EMCA prefers a single-threshold approach, as Section 11.31 stipulates that 'The General Meeting may not pass a resolution which obviously is likely to give certain shareholders or others an undue advantage over other shareholders of the company'. The EMCA Group considers the double-threshold approach to be too restrictive to protect minority shareholders compared to the single-threshold approach.²⁶

²⁰ Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 262.

²¹ Under Irish company law, majority shareholder has the duty towards the other shareholders not to exercise its control over the company in a way that could go against or fail to take account of their interests. See Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 369.

²² For further information on these examples, see Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 262; Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 368-369.

²³ Section 994 of the UK's Companies Act 2006 reads: "A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself)".

²⁴ For further information, see Andreas Cahn, 'The Shareholders' Fiduciary Duty in German Company Law', in Hanne S. Birkmose (ed), *Shareholders' Duties* (Kluwer Law 2017) 347, 347 ff. For the landmark decision of the German High Federal Court on majority shareholder, see BGH, 01.02.1988, II ZR 75/87, DNotZ 1989, 14. In Germany, minority shareholder also is bound with fiduciary duties. Famous Girmes decision (see BGH NJW 1995, 1739) sets this principle. See Cahn (n 23) 359-361. For a detailed examination of this decision in Turkish scholarship see Argun Karamanlioğlu, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili* (Vedat Kitapçılık 2016) 542-548.

²⁵ Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 32-33.

²⁶ *ibid* 262.

The reason for the requirement of a damage to company's interest may be found in the institutional approach²⁷ towards the company.²⁸ This requirement draws justified criticism because it prevents effective protection for the minority, since in many cases it is rather difficult for the minority to prove that the company's interest was violated. It also produced a reactive approach to interpret the company's interest in light of a contractual understanding so that minority protection can be improved.²⁹

C. Position of the Turkish Law

In the Turkish Commercial Code, a direct use of 'abuse by majority' as a legal terminology does not exist³⁰. However, the duty of loyalty has a broad implementation and long history. In TCC art 369, it is explicitly stated that managers of an AO are bound by the duty of loyalty (and care).³¹ In LO, members of the company are bound by the duty of loyalty, as per TCC art 613. However, the Code is silent whether

²⁷ The company can be understood in the light of different approaches, such as contractual and institutional approaches. According to the contractual approach, a company is based on a contract and can be described as a nexus of contracts/web of contracts, and its relationship with other parties (including its shareholder) should be interpreted through the lens of its creators, ie its shareholders, since it is the shareholders' will to enter into a contract created the company and also the risk undertaken by the shareholders is greater than that of other parties. See Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Sözleşmesi* (Beta 2001) 22; Isabelle Corbisier, *La Société: Contrat ou Institution ? : Droits Etasunien, Français, Belge, Néerlandais, Allemand et Luxembourgeois* (Larcier 2011) 257 ff; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik and Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, vol 2 (BTHAE 2013) 248; Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha 2021) 102 ff. According to institutional approach, creation of a company results in an autonomous institution with a distinct personality than that of its shareholders in cases where the company possesses a legal personality and therefore has its own purpose, will and objectives which is or can be distinct from the ones that its shareholders or other stakeholders have. See Emile Gaillard, *La société anonyme de demain: la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme* (Sirey 1933) 39; Birsal (n 17) 628; Champetier de Ribes-Justeau (n 14) 223; cf Oğuz İmregün, *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunların Telif Çareleri* (İsmail Akgün Matbaası 1962) 106. The institutional approach can also be linked to stakeholder theory. See Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat) (n 26) 249. For the differing approaches to company theory, see also Esra Hamamcıoğlu, *Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme Değişikliği* (PhD thesis, Marmara University 2011) 9-26; Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 79 ff. For a comparative study of French and United States' approaches and their implications on the understanding of company's interest and their effect on abuse by the majority, see Champetier de Ribes-Justeau (n 14) 220 ff.

²⁸ For the French case, this is the reasoning given by the scholarship. See Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 366.

²⁹ In his seminal work, Professor Schmidt presents a great case for this approach to French law: Dominique Schmidt, *Les Conflits d'Intérêts dans la Société Anonyme* (Joly 2004) 312-349. See also Pierre-Henri Conac, 'La Société et l'Intérêt Collectif: la France Seule au Monde?' (2018) 10 *Revue des Sociétés* 558, 558 ff.; Pierre-Henri Conac, 'La Loi du 24 Juillet 1966 sur les Sociétés Commerciales et le Juge : la Cour de Cassation Prisonnière d'un Fantôme?', *Regards sur l'Evolution du Droit des Sociétés depuis la Loi du 24 Juillet 1966* (Daloz 2018) 97, 111-113; Conac, 'Shareholders' Duty' (n 11) 366.

³⁰ Many provisions of the TCC can be linked with the concept of abuse by majority, and Turkish doctrine rightfully views certain provisions through the prism of abuse by majority. For example, TCC art 445 stipulates that general meeting resolutions in violation of, among others, the principle of good faith are voidable, and Turkish doctrine rightfully sees this provision as a means to prevent abusive behaviour of the majority shareholder. See eg Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2020) 232-233; İsmail Kırca, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2022) 77; Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 237. On action for the voidability under TCC art 445, in this work see Chapter IV.

³¹ EMCA Section 9.04 also foresees the duty of loyalty for managers of the company by taking some inspiration from the Section 172 UK's Companies Act 2006. The commentary of the Section 9.04 provides valuable insight for the 'interest of the company'. See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 212-214. In French company law, although accepted as an implicit notion, the explicit implementation of the duty of loyalty is relatively new, dating back to the 1990s and has been limitedly implemented. For a brief history and examination of the duty of loyalty in French company law, see Martin Gelter and Genevieve Helleringer, 'Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law' (2018) 15 *Berkeley Business Law Journal* 92, 134 ff. In Turkish company law, the duty of loyalty is not understood to be limited to a non-competition duty but a broader one, similar to German understanding.

shareholders of an AO are subject to the duty of loyalty.³² Turkish scholarship has presented differing views on whether such a duty should be imposed on shareholders.³³

On the other hand, one such duty can be found for majority shareholders in the provisions for group of companies.³⁴ TCC art 202³⁵ regulates the unlawful use of control in subsidiaries and creates a liability regime³⁶ for shareholders who have

³² Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, (16th edn, Beta 2022) 247.

³³ The ‘classical’ Turkish scholarship refuses the imposition of such a duty on shareholders. See Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu* (BTHAE 1983) 12; Hayri Domanıç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, *TTK. Şerhi II* (Temel Yayınları 1988) 1115-1116; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) No 1091 (cf No 1091a). However, the authors of the two main monographies on this subject in Turkish doctrine profess that shareholders have such a duty. See N. Füsün Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta 1999) 29-30; Murat Yusuf Akın, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (Istanbul Menkul Kıymetler Borsası 2002) 144 ff. For an analysis of the position of the Turkish scholarship on the imposition of the duty of loyalty on shareholders, see Fatma Beril Özcanlı, *Şirketler Topuluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması* (On İki Levha 2021) 23-26. The same author also holds the latter opinion. See *ibid* 26-27.

³⁴ Among the Member States, there are four major approaches to a group of companies: i) comprehensive regulation, ii) partial regulation, iii) case law recognition of the interest of the group, and iv) lack of treatment. See Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 371. With the entry into force of the TCC, Turkey falls into the first category. For an English review on Turkish law of group of companies, see Gül Okutan Nilsson, ‘The Law of Group of Companies Under the Draft Turkish Commercial Code’, in Roland von Büren, Susan Emmenegger and Thomas Koller (eds), *Rezeption und Autonomie: 80 Jahre Türkisches ZGB, Journées Turco-Suisses 2006*, (Stämpfli Verlag 2007) 179, 179 ff.

³⁵ The translation of the relevant parts of TCC art 202 is as follows:

‘(1) a) The controlling company may not exercise its control in a manner that would cause a loss to the controlled company. The controlling company may not direct the controlled company, in particular, to carry out legal transactions such as transfer of business, asset, funds, personnel, receivables, and debt; to reduce or transfer its profits; to encumber its assets with rights in rem or in personam; to undertake liabilities such as standing surety, guarantee or aval; to make payments; without a just cause, to avoid taking measures ensuring its development or to take decisions or measures negatively affecting its productivity or operation such as not renewing its facilities, restricting or ceasing its investments; unless the loss is actually offset within that operating year or a right of claim of equivalent value is granted, with specific information as to how and when the loss would be offset, to the controlled company no later than the end of that operating year.

b) If offsetting is not actually realised within the operating year or a right of an equivalent claim is not granted in due time, each shareholder of the controlled company may request compensation for the damage caused to the controlled company by the controlling company and the members of its board of directors who caused the loss. Upon request or ex officio, instead of compensation, if deemed equitable for the relevant case, the judge may order the purchase of the shares of the plaintiff shareholders by the controlling company, as per the second paragraph of this article or any other appropriate and acceptable solution.

c) The creditors may also request that the company’s losses be paid to the company, as per subparagraph (b), even if the company has not gone bankrupt.

d) If it is proved that under the same or similar circumstances the transaction causing the loss would have been undertaken or avoided being undertaken by the board members of an independent company, acting diligently as a prudent director and protecting the interests of the company in accordance with the good faith principle, no compensation shall be awarded.

(...)

(2) Regarding transactions such as merger, division, conversion, dissolution, issuance of securities, and important amendments to the articles of association undertaken by the use of control and without any clearly comprehensible just cause for the subsidiary company; shareholders who have voted against the general meeting resolution and had it recorded in the minutes or who have raised a written objection to the resolutions of the board of directors on such or similar matters, may request from the court the compensation of their losses be paid or the purchase of their shares at least with the stock market value or, if such value does not exist or is not equitable, with the real value or at a value to be determined according to a generally accepted method, by the controlling enterprise. While determining the value, data on the date closest to the court ruling shall be taken as the basis. The claim for compensation or share purchase shall be prescribed after two years, starting from the date on which the general meeting resolution is taken or of the announcement of the resolution of the board of directors.’

For an alternative translation see Fatih Aydoğan and Gizem Melike Emirler, *Türk Şirketler Hukuku – Turkish Company Law* (On İki Levha 2016) 100-105.

³⁶ Section 15.16 of the EMCA follows the Rozenblum doctrine of France and, with Section 15.17, proposes a regime that is less rigid than the Turkish provision. See Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 385-388. In the existence of a specified and concrete group policy, interest of the group is recognised for the cases of direct or indirect full (100%) control in TCC art 203. According to the Explanatory Notes (a non-binding document provided with the draft law putting forward explanations as to why such legal amendments/changes/additions were made, similar to Swiss ‘messages’ accompanying and dedicated for legal modifications) to the TCC Articles, said article’s approach to the matter that instruction should be a

control. Certain obligations of the controlling shareholder can be interpreted as a manifestation of the duty of loyalty imposed on the controlling/dominant shareholder.³⁷ However, Turkish scholarship is divided on the theoretical legal basis for liability established by the relevant article.³⁸

In light of the position of Turkish company regulation mentioned above, one concludes that the controlling majority shareholder³⁹ in a subsidiary AO might be considered to be bound by a duty of loyalty; however, in the ideal AO which seems to be the independent one in the eyes of Turkish legislator, there does not exist an explicit imposition of such a duty of loyalty on the majority.⁴⁰

Without going into the debate on how to legally classify the regime created by TCC art 202, one deduction can be made easily, which is that the legislator created a directly applied protection regime for the subsidiary company and its minority shareholders via the offset mechanism and liability regime for controlling shareholders in a setting of group of companies; while refraining from establishing the same or similar level of protection to an independent company and its minority shareholders and abstaining from imposing the same or similar liability regime on the controlling/majority shareholder of an independent company, even if it is obvious that the same type of risks exists in an independent company, eg independent AO.⁴¹

Furthermore, TCC follows a very rigid institutional approach to the regime created by art 340. Said article restricts the provisions that may be incorporated in an AO's articles of association.⁴² According to TCC art 340, inspired by German Aktiengesetz §23(5), provisions in the articles of association may only deviate from the TCC, only if the Code explicitly so permits. This significantly curtails the contractual aspect

requirement of concrete policies set by the group follows the Rozenblum doctrine. See Explanatory Notes to TCC Articles, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y2/T1/WebOnergeMetni/70f5fa31-0a3f-4910-bec9-77e0f8ba0bdf.pdf>> accessed 14 March 2024, 79. In cases of full control, the legislator seems to have accepted the Rozenblum doctrine and allowed the group interest to be pursued. See Özcanlı (n 32) 124.

³⁷ According to Okutan Nilsson, the second paragraph of the article imposes the duty of loyalty on the controlling shareholder both towards the controlled company and its shareholders. See Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (On İki Levha 2009) 312; cf Özcanlı (n 33) 450-451.

³⁸ For a detailed critique of differing opinions see Özcanlı (n 33) 313-327 and 449-452.

³⁹ For the concept of control in AO see Ali Paşlı, *Anonim Ortaklığın Devralınması* (Vedat Kitapçılık 2009) 35 ff.

⁴⁰ See Esra Hamamcıoğlu, 'Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesine İlişkin Gelişmeler', *Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına – Özel Sayı III* (2018) 6 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 136.

⁴¹ See Ali Paşlı, 'Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu' (2008) 66 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 357, fn 47; Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 180. Whether the majority might be considered as a *de facto* organ and be liable under the liability regime for the members of the board of directors and managers and whether this approach provides an effective protection, in this work see Chapter IV.

⁴² For the limits of freedom to contract applied to the articles of association of an AO and the effects of TCC art 340 see Veziroğlu, 'Esas Sözleşme' (n 27) 343 ff.

of the company significantly⁴³, ⁴⁴ and the possibility of minority protection through articles of association.⁴⁵

For an independent AO's minority shareholders who are greatly stripped of contractual protections via articles of association and lack, in most cases, access to liquid markets, upholding a single-threshold approach would provide better protection. Of course, this should be done without completely hindering the majority rule. In a setting where the idea of an independent company interest from its shareholders⁴⁶ is voiced more strongly, with a rigid institutional approach to the AO and a lack of explicit duty of loyalty of the majority shareholder towards its fellow shareholders, how can one prove that the single-threshold approach is upheld in Turkish law? As will be discussed below, the principle of equal treatment of shareholders may serve as a tool to prove that this approach is the prevalent one under Turkish law.

III. Equal Treatment of Shareholders: Is This the Tool We Are Looking for?

A. Equal Treatment of Shareholders According to EU Legislation

In the EU company law landscape, references to the equal treatment of shareholders are easily found.

Paragraph 11C of the Commission's Recommendation 77/534/EEC⁴⁷ from 1977, which applies to listed companies, though non-binding in nature, lays out equal treatment as a 'general principle'. The European Code of Conduct, annexed to Recommendation 77/534/EEC, provides in its General Principle 3 that

⁴³ For a detailed examination of the effects of this article on the freedom to contract, see Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2015) 45 ff.

⁴⁴ EMCA prefers a regime which leaves more room for shareholders' will. According to Section 1.12(2) inspired by Finnish Law, the manner in which a company operates can be established via the inclusion of provisions in the articles of association by shareholders; however, these provisions are deemed void if they are contrary to a mandatory provision of EMCA or some other Act or to the rules of appropriate conduct. The principle set forth in this provision can be seen as a supplement to the majority rule stipulated in Section 1.10, as it reinforces shareholders' final say in the company. See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 33.

⁴⁵ It is stated that imposing a duty of loyalty on shareholders via articles of association is not in line with the fundamental structure of the AO; therefore, such a provision should be considered invalid. See Bahtiyar, 'Ortaklıklar' (n 32) 191.

⁴⁶ See Mehmet Helvacı and Rifat Cankat, 'Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı', *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha 2019) 521, 548; Muhammed Sulu, *Anonim Ortaklıkta Şirket Menfaati Kavramı* (On İki Levha 2019) 22-24. For Turkish law, see also Mehmet Helvacı, Emin Çamurcu and İsmail Türkyılmaz, 'Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı', in H. Ercüment Erdem and others (eds), *Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Armağan* (On İki Levha 2017) 309, 310 ff. This approach regarding a company's interest focuses more on a company's sustainability and stakeholders. For the EU Commission's effort to reconcile sustainability of the company and better engagement of shareholders, see Commission, 'Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies' (Communication) COM (2012) 740 final. Regarding the sustainability of the company, see also José Engrácia Antunes and others, *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law* (European Commission Internal Market and Services 2011) 36-38. According to EMCA Section 1.06, the *purpose of the company* is to increase its value, unless otherwise stated in the articles of association. See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 29.

⁴⁷ Commission Recommendation of 25 July 1977 Concerning a European Code of Conduct Relating to Transactions in Transferable Securities (77/534/EEC) (1977) OJ L 212/37.

‘Equality of treatment should be guaranteed to all holders of securities of the same type issued by the same company; in particular, any act resulting directly or indirectly in the transfer of a holding conferring de jure or de facto control of a company whose securities are dealt in on the market, should have regard to the right of all shareholders to be treated in the same fashion.’⁴⁸

In Supplementary Principles 17 and 18⁴⁹, direct references are made to the equal treatment principle in cases where a transfer of control occurs. The Recommendation also states in its General Principle 1 that *‘The objective of this code and the general principles should be observed even in cases not expressly covered by supplementary principles’^{50,51}* and therefore stresses the importance of the equal treatment principle.

Recital 46 of the preamble of the Directive (EU) 2017/1132 on company law, applicable to listed and non-listed (limited liability commercial) companies, sets the goal of observation and harmonisation of Member States’ laws related to the increase or reduction of capital so that they ensure the principle of equal treatment of shareholders in the same position. Art 60 on acquisition of own shares by the company makes a direct reference to the principle as well. The most important reference to this principle is art 85 of the Directive. This article, titled *‘equal treatment of all shareholders who are in the same position’*, states that *for the purposes of the implementation of the Chapter on capital maintenance and alteration*, the laws of the Member States shall ensure equal treatment to all shareholders who are in the same position and creates a responsibility on Member States to ensure this principle only for the implementation of the said Chapter.

Apart from this direct reference, through proportionality, one can find that the idea of equal treatment is widely spread in the Directive. This is the case in art 72 regulating the pre-emption rights of shareholders⁵² and in arts 139 and 156 regarding divisions.

⁴⁸ Emphasis added by the author.

⁴⁹ ‘17. Any transaction resulting in the transfer of a holding conferring control in the sense referred to in general principle 3 should not be carried out in a surreptitious fashion without informing the other shareholders and the market control authorities.

¹¹ is desirable that all the shareholders of the company whose control has changed hands should be offered the opportunity of disposing of their securities on identical conditions, unless they have the benefit of alternative safeguards which can be regarded as equivalent.

¹⁸. Any acquisition, or attempted acquisition on the market, separately or by concerted action, of a holding conferring control in the sense referred to in general principle 3, without informing the public, is against the objective of this code.’

⁵⁰ Emphasis added by the author.

⁵¹ General principle 1 continues as follows:

‘Every transaction carried out on the securities markets should be in conformity with not only the letter but also the spirit of the laws and regulations in force in each Member State, and also the principles of good conduct already applying to these markets, or recommended by this code.’

⁵² Note that the pre-emption rights of the shareholders are not absolute. According to art 72 paras 4 and 5, Member States may set provisions giving the possibility of restricting the pre-emption rights of shareholders by the company. TCC provisions conform to this Directive. According to TCC art 461, shareholders have a pre-emption right based on their participation in capital; however, this right can be restricted in the event of a *just motive*. For further information, see Onur Görmez, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Riçhan Hakkının Kısıtlanması* (Beta 2017) 192 ff. EMCA Section 6.07 also stipulates that shareholders have pre-emption rights, which can be restricted under certain conditions. In the commentary of the provision it is stated that it follows the same approach presented by Directive art 72 (though the reference is to the previous Second Company Directive - Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on

Art 4 of Directive 2007/36/EC⁵³, as amended by Directive 2014/59/EU⁵⁴ and Directive (EU) 2017/828⁵⁵ on shareholder rights in *listed companies*, states that a listed company shall ensure *equal treatment for all shareholders who are in the same position* with regard to participation and the exercise of voting rights in the general meeting. Another implementation of the principle can be found in Directive 2004/25/EC on takeover bids.⁵⁶ In art 3 of the said Directive, for the purpose of implementing this Directive, Member States are under the obligation to ensure that all holders of the securities of an offeree company of the same class must be *afforded equivalent treatment*.⁵⁷

From these provisions stated above, one can easily deduce that the mentality towards equal treatment of shareholders is not absolute equality but a relative one that can be understood with the emphasis on equal treatment of shareholders in the same position.⁵⁸ It should also be noted that, apart from the rule in the Directive on takeover bids, it is the company and its organs that are under the obligation to treat equally the shareholders in the same position.⁵⁹

Considering the above-mentioned provisions, since this principle is so prevalent in EU legislation, is it possible to say that there is a general principle of equal treatment of shareholders under EU law?

coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent [2012] OJ L 315/74 - art 33 since the new directive hadn't been entered into force at the date of EMCA's publication). See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 117-118. However, it should be noted that the EMCA provision is not as clear as the provision laid down in the Directive. The Directive's provision (and also TCC art 461) explicitly states how pre-emption rights shall be calculated (ie in proportion to the capital represented by shareholders' shares), but the EMCA provision lacks this clarity. The general American approach, as embodied in MBCA, is completely different from the European one. According to MBCA §6.30 on Shareholders' Preemptive Rights, 'the shareholders of a corporation do not have a preemptive right to acquire the corporation's unissued shares except to the extent the articles of incorporation so provide'.

⁵³ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies [2007] OJ L184, 17.

⁵⁴ Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council [2014] OJ L173/190.

⁵⁵ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement [2017] OJ L132/1.

⁵⁶ Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids [2004] OJ L142/12.

⁵⁷ For other references, in directives regarding company law, to the equality, proportionality, equivalence and reasonability, notions that are related to the concept of equality, see Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC [2006] OJ L157/87, and Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC [2013] OJ L182/19.

⁵⁸ See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 80 ff. See also Andrea Vicari, *European Company Law* (De Gruyter 2021) 109. For detailed information on the concept of equality among shareholders, see the seminal work of De Cordt: Yves De Cordt, *L'Égalité entre Actionnaires* (Bruylant 2004) 1 ff.

⁵⁹ See also Federico Mucciarelli, 'Equal Treatment of Shareholders and European Union Law - Case Note on the Decision "Audiolux" of the European Court of Justice' (2010) 7 (1) ECFR 158, 162-163.

B. ECJ's 'Audiolux' Ruling: No General Principle of Equal Treatment of Shareholders under EU Law

The ECJ has given a negative answer to this question⁶⁰ in its landmark decision *Audiolux*⁶¹ where the Court examined whether there is a 'general principle of equal treatment' of minority shareholders upon transfer of control. However, as will be explained below, the Court's approach has broader implications for how the principle of equal treatment of shareholders should be understood in EU law.

Although Directives 77/91/EEC⁶² and 79/279/EEC⁶³, which were in question in this decision, are no longer in force⁶⁴, the treated aspects of these directives are still applicable to the directives that replaced them.

Particularly, the Court's remarks regarding the Directive 77/91/EEC are important for the subject of this article. According to the Court, the fact that Directive 77/91/EEC laying down certain provisions relating to the protection of minority shareholders is not enough to establish the existence of a general principle of EU law, in particular if the scope of those provisions is limited to rights which are well defined and certain.⁶⁵ As in the case of Directive (EU) 2017/1132, Directive 77/91/EEC sets the principle of equal treatment only for the implementation of the relevant provisions of the Directive.

The Court also dismissed the long-standing Recommendation 77/534/EEC as a source of general and free-standing principle of equal treatment of shareholders in EU company law, claiming that General Principle 3 and Supplementary Principle 17 of the Code of Conduct do not set out the obligation of equal treatment *in absolute and binding terms*.⁶⁶

Following the jurisprudence of the Court⁶⁷, one must conclude that in EU legislation, there isn't an immanent and blanket principle of equal treatment of shareholders imposed not only on the shareholders but also on the company and its organs.

⁶⁰ See also Vicari (n 58) 285.

⁶¹ Case C-101/08 *Audiolux SA and Others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Bertelsmann AG and Others* [2009] ECR 2009 I-09823.

⁶² Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on the coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent [1977] OJ L26/1.

⁶³ Council Directive 79/279/EEC of 5 March 1979 coordinating the conditions for the admission of securities to official stock exchange listing [1979] OJ L66/21.

⁶⁴ Directive 77/91/EEC was replaced by Directive 2012/30/EU, which was replaced by Directive (EU) 2017/1132. Directive 79/279/EEC was replaced by Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities [2001] OJ L184/1.

⁶⁵ See also *Audiolux* (n 61) paras 35-37-38-39-40.

⁶⁶ See *Audiolux* (n 61) para 45.

⁶⁷ For further analysis of this decision, see Mucciarelli (n 59) 159 ff; cf Isabelle Corbisier, 'Arrêt «Audiolux»: inexistence d'un principe général de droit communautaire protégeant les actionnaires minoritaires en cas de cession d'une participation de contrôle' (2010) 165 *Journal de Droit Européen* 9, 12.

C. Approach in the EMCA

EMCA, on the other hand, provides a more comprehensive approach and protection for the minority.

According to Section 1.09, all shareholders who are in the same position must be afforded equal treatment by the company.⁶⁸ The approach of setting a general principle in company law legislation can also be found in The German Stock Corporation Act (§ 53a), Greek Law numbered 4548/2018 (art 36/2), and Polish Commercial Companies Code (art 20).⁶⁹

A separate but in-the-same-manner provision is stated for general assembly meetings. Section 11.31, titled general provisions on minority protection, stipulates that the general meeting may not pass a resolution which obviously is likely to give certain shareholders or others an undue advantage over other shareholders of the company.⁷⁰ The first sentence of Section 8.25 sets the same principle for the board of management of the company.⁷¹

These provisions are similar to those adopted by Nordic countries. The Danish, Finnish and Swedish Companies Acts have provisions regulating that the general assembly meeting, the board of directors and the managing body shall not make decisions or take other measures that are conducive to *conferring an undue benefit to a shareholder or another person at the expense of the company or another shareholder*.⁷² The Swiss Code of Obligations also imposes company organs to uphold the principle of equal treatment without a general provision on the matter by stipulating that general assembly resolutions that give rise to an ‘unequal treatment’ of shareholders or create a disadvantage on the shareholders in a manner not justified by the company’s objects are voidable (art 706/2/3) and the board of directors should ‘treat in the same manner’ shareholders whose circumstances are the same (art 717/2).⁷³

⁶⁸ Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 32.

⁶⁹ *ibid.*

⁷⁰ *ibid* 262.

⁷¹ The first sentence of Section 8.25 is as follows: ‘Members of the board shall not enter into any transaction that is clearly capable of providing certain shareholders or others with an undue advantage over other shareholders or the company.’ See Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 195.

⁷² *ibid* 32 and 195.

⁷³ See Nicolas Rouiller, Marc Bauen, Robert Bernet and Colette Lassere Rouiller, *La Société Anonyme Suisse* (3rd edn, Schulthess Editions romandes 2022) 251; Christophe Wilhelm, Océane Varrin, *L’“exercice mesuré des droits” et l’abus de majorité en droit suisse de la société anonyme* (Schulthess Editions 2022) 19.

These three provisions create a blanket principle of equal treatment of shareholders who are in the same position and a broad protection for minority shareholders. At the same time, the possibility of treating shareholders unequally is explicitly accepted when the shareholders are not in the same position and/or it is fair to provide an advantage⁷⁴ to a certain shareholder.

D. TCC on Equal Treatment of Shareholders

Article 357 of the TCC, titled the equal treatment principle, stipulates that shareholders are treated equally under equal circumstances and sets a clear governing principle for the AO.⁷⁵ With this provision, it can be deduced that Turkish public company legislation follows the same approach as German, Greek and Polish legislation. With such a blanket provision, the TCC system on AO is also in line with EU legislation regarding the parts where reference to the principle is made.⁷⁶

This principle is set forth under the section titled ‘fundamental principles’ in the Code; therefore, is a criterion to be followed by the company’s organs.^{77, 78} If the decisions taken by the majority in the general assembly and/or resolutions of the board of directors give an undue advantage to the majority shareholder, these decisions shall be considered in violation of the principle of equal treatment of shareholders.

An explicit general provision on this principle may have positive implications for minority protection against abuses committed by the majority via the company organs. This removes any doubt that the single-threshold approach that deems

⁷⁴ It is stated in the commentary that the ‘undue advantage’ requires existence of unfairness. See Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 263.

⁷⁵ It should be noted that although concerning AOs, this principle was not explicitly stipulated in the former Turkish Commercial Code (Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.6.1956, RG: 9.7.1956/9353); however, its implementation to AOs was accepted by the doctrine. See Meriç Kemal Omağ, ‘Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi’ (1986) 1 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2; N. Füsün Nomer, ‘Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi’, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan* (Beta Yayıncılık 1998) 470 ff; Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2004) 47-48 and 99 ff; Ali Paşlı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi – Corporate Governance*, (2nd edn, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2005) 184.

⁷⁶ Turkish legislation appropriately fulfils the requirements for the equal treatment of shareholders set out in Directive 2007/36/EC. See Ali Paşlı, ‘Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi’, in Arslan Kaya and others (eds), *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 2020) 421.

Turkish legislation is also in line with Directive (EU) 2017/1132 art 85. See İsmail Cem Soykan, ‘Sermaye Yeterliliği, Kanuni Sermayeye İlişkin Korumalar, Dağıtım İlişkin Kurallar, Uygulama ve Yürürlük Hükümleri’, in Arslan Kaya and others (eds), *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 2020) 129.

⁷⁷ See Setenay Yağmur, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha 2020) 70 ff.

⁷⁸ Turkish legislator went for a slightly different direction for the LOs. TCC art 627 stipulates that managers shall, under equal circumstances, treat shareholders equally. Therefore, only the management organ or body is explicitly obliged to follow such a principle. Turkish scholarship criticises this approach and states that it would be more appropriate to place the general assembly of the LO under the same obligation. See Bahtiyar, ‘Ortaklıklar’ (n 32) 374. For a similar criticism but with the emphasis that even without an explicit provision, the general assembly of the LO is also bound by this principle, see Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3rd edn, On İki Levha 2016) 542. In the same direction that the general assembly of the LO is also subject to the equal treatment principle, see Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9th edn, Dora 2013) 694; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020) No 21-04.

sufficient only a damage to minority in order to sanction the abuse by majority is the prevailing approach for AO. It should also be noted that, in terms of equal treatment, through this provision, by creating a blanket principle, Turkish public company legislation provides better protection for shareholders than the protection provided in EU legislation.

Even if the decision taken does not harm the interests of the company, the violation of the principle of equal treatment of shareholders in an AO, single-handedly, may constitute an abuse by majority.

However, the author of this paper is of the opinion that there is still a role to be played by the company's interest. An advantage only provided to certain shareholders, such as the majority, may be deemed lawful if the company's interest requires so. Such interest may serve as a justification for the relevant action. However, when there is a conflict of interest between the minority and the company⁷⁹, a case-by-case approach is necessary.

It must be noted that the principle of equal treatment of shareholders governed by TCC art 357 can be utilised as a tool to mitigate the risk of abuse by majority in cases where only certain shareholders bear certain losses or damages to their interests due to the company's actions; therefore, it is of significant importance to minorities in an independent and privately held AO, especially if one keeps in mind the strict institutional approach followed by the TCC towards the AO.⁸⁰

Now that it has been established that, without a doubt, the single-threshold approach is the prevailing approach for the AO, a final issue that should be addressed remains: What might be an effective remedy to be implemented in case of an abuse by majority?

IV. Exit Right, Might It Be the Effective Remedy Just Around the Corner?

If a resolution taken by the general assembly is a manifestation of an abuse by majority (eg violation of the equal treatment principle), an action for the voidability⁸¹

⁷⁹ A classic example of conflicting interests between a company and a minority revolves around the non-distribution of dividends. Interest of the company may prove to be useful for the majority against any allegations of dividend drought coming from the minority. For an in-depth examination of the shareholders' right to dividend and conflict of interests arising from the said right in the AO see Kerem Çelikboya, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı* (On İki Levha 2021) 43 ff.

⁸⁰ Turkish scholarship understands, rightly so, the equal treatment principle as a tool that limits majority power for the benefit of the minority. See Omağ (n 75) 2; Nomer, 'Eşit İşlem' (n 75) 471; Yıldız (n 75) 59-60; Ercüment Erdem, 'Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi', *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009) 394; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat) (n 27) 133; Cafer Eminoğlu, 'Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi', *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* (2015) 1 (1) 80; Necla Akdağ Güney, 'Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi' (2014) 18 (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121. On how this principle can be utilised against abuse by the majority and its shortcomings in minority protection, see Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 124-133.

⁸¹ For a brief examination of differing European approaches regarding voidability (Turkish: *iptal edilebilirlik*) and nullity

of said resolution can be launched before the courts. The TCC governs this possibility for the resolutions of the general assembly meetings in its arts 445-446. TCC art 445 stipulates that general assembly resolutions that contravene the law, articles of association, or the principle of good faith are voidable. As explained above, with the help of the equal treatment principle explicitly stipulated in TCC art 357, the single-threshold approach is the prevalent approach for AOs; therefore, an abusive general assembly resolution damaging only the minority's interests might be deemed in contravention of TCC art 357, and hence the law and be annulled. Relying on TCC art 357, thus 'the law', makes it easier for minorities to bring forward the voidability of a general assembly decision compared to relying on the principle of good faith, a principle that brings broader room for interpretation (which in turn might serve against the minority, since the company might make a case that the resolution is needed even if it damages the minority interest).⁸²

TCC art 447 governs the nullity of general assembly resolutions.⁸³ Resolutions that are, among others, against the AOs 'fundamental structure' shall be deemed null. Thus, general assembly resolutions that might be deemed severe abuses by majority because of the damage they cause to the minority interest may be nullified.^{84, 85}

A similar approach exists in EMCA. According to the Model Act, in the event of a violation of the general provision on minority protection in Section 11.31, shareholders can apply to the provision in Section 11.28 governing void resolutions at general meetings.⁸⁶

However, these solutions do not deter the majority from repeating the same behaviour; hence, ineffective against systematic abuses by majority in company organs.⁸⁷ Without appropriate protections⁸⁸, this is especially the case for privately held and independent companies because minority shareholders are locked in the

(Turkish: *butlan/kesin hükümsüzlük*) see Vicari (n 58) 152-155.

⁸² See also Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 342-343.

⁸³ One of the main differences between voidability and nullity is that an action for the voidability of a general assembly resolution must be brought forward within three months after such resolution is decided upon (TCC art 445); however, an action for the nullity of a general assembly resolution may be launched at any time, apart from the cases where it might be deemed against the principle of good faith due to the amount of time that has passed. Regarding the differences between the voidability and nullity of general assembly resolutions see Ömer Korkut, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan Kitabevi 2012) 44-47.

⁸⁴ See Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 233 ff.

⁸⁵ An action for the nullity of board resolutions may also be launched against abusive board resolutions as well, if the resolution is, among others, against the principle of equal treatment, AO's fundamental structure, or in violation of shareholders' rights, especially those that are inalienable (Turkish: *vazgeçilmez*), or restricting or making it difficult to exercise these rights (TCC art 391).

⁸⁶ See also Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 259 and 263.

⁸⁷ Regarding the ineffectiveness of these remedies, see Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 240 ff.

⁸⁸ For a comprehensive and comparative approach see Pierre-Henri Conac, Luca Enriques and Martin Gelter, 'Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy' (2007) 4 (4) ECFR 491, 492 ff.

company with no access to liquid markets.⁸⁹

In its provisions governing AOs, TCC does not provide an explicit liability regime for the abusive majority. TCC art 553 stipulates that ‘Founders, board members, managers and liquidators are responsible for the damage they cause to both the company, its shareholders and the company’s creditors if they negligently breach their obligations arising from the law and the articles of association.’ This article may be used to hold directly liable the abusive majority whose actions damaged the minority’s interest without there being a need to prove that the company’s interest is also damaged.⁹⁰ If the majority uses its power over the board of directors in a way that might define it as a *de facto* organ⁹¹ and with a broad interpretation of the letter of the article, the abusive majority might be considered within the confines of ‘board members and managers’ and as a result its liability towards an aggrieved minority might be established in line with TCC art 553.⁹² However, this approach creates the possibility of a liability regime only in cases where the majority may be considered as a *de facto* organ, which is, in itself, difficult to prove.⁹³ Furthermore, it provides limited protection against abusive majorities.⁹⁴

An adequate protection against abuse by majority within the scope of company law is to provide an exit right to (minority) shareholders.

⁸⁹ See also Cem Veziroğlu, ‘Buy-Out of the Oppressed Minority’s Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law’ (2018) 19 (3) European Business Organization Law Review 527, 529; Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 234.

⁹⁰ This would be in line with the single-threshold approach.

⁹¹ If the majority makes fundamental decisions in the management of a company or exerts influence by taking them due to its position in the company, it can be described as a *de facto* organ in accordance with its function, even if it is not a member of the board of directors. See Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (2nd edn, Beta Yayıncılık 2001) 9; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu: Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Yer Alan Sorumluluk Hükümlerinin İncelenmesi* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2010) 148; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat (n 27) 389; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2nd edn, Vedat Kitapçılık, 2016) 356 ff; Aydın Alber Yüce, ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Sorumluluğu’ (2022) 9 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-250; Tekinalp (n 78) No 11-12; Görmez, ‘Kötüye Kullanma’ (n 16) 253.

⁹² Hamdi Yasaman, ‘Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları’, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu* (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-100. For the view that managers as in the sense of TCC art 553, encompass *de facto* organs, and therefore, these shall be liable in line with TCC art 553 see Özcanlı (n 32) 325. For the view that ‘*de facto* board members’ shall be liable according to TCC art 553, since the ‘managers’ encompass these persons see Ömer Korkut, ‘Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği’, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, vol 1 (Turhan Kitabevi 2010) 1368 ff. Pulaşlı suggests that *de facto* organ should be understood within the meaning of ‘managers’. See Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, vol 4 (4th edn, Adalet Yayınevi 2022) 2824-2825, No 60. cf Ali Paşlı, ‘Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyeleri Dışında Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler’, in Ayşegül Altınbaş and Yurdal Özatlan (eds), *Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun İş Dünyasına Etkileri* (Seçkin Yayınevi 2014) 130-131. Paşlı is of the opinion that manager is a technical term and does not cover *de facto* organs.

⁹³ See Helvacı, ‘Yönetim Kurulu’ (n 91) 10; Görmez ‘Kötüye Kullanma’ (n 16) 255.

⁹⁴ Regarding the possible shortcomings of a liability lawsuit against an abusive majority, see Görmez, ‘Kötüye Kullanma’ (n 16) 255 ff.

A. Renewed Interest in EU Legislation over Exit Rights

EU legislation does not provide shareholders with such a right for the purposes referred to above.⁹⁵

It can be argued that a new type of approach is gaining traction in EU legislation and that a sort of exit right has been implemented by the provisions of the Directive (EU) 2017/1132 as amended by the Directive (EU) 2019/2121⁹⁶.

In arts 86i, 126a and 160i, respectively, regulating cross-border conversions, mergers and divisions of limited liability companies, Member States are under the obligation to provide a *right to dispose of their shares* for adequate cash compensation, ie an exit right, to the company's members who voted against the resolutions concerning the related transactions in the general meeting.⁹⁷ Member States may also grant this right to other company members other than the dissenting members.

According to the said Directive, in this exit right mechanism, the company buys the shares of the dissenting members. This gives shareholders the right of withdrawal from the company at a fair value.⁹⁸

This exit right creates a safeguard for minorities against abuses or potential abuses by the majority by the undertaking the aforementioned transactions. If the minority suspects that there is a case of abuse, whether it is really the case or just a potential one, the said minority may trigger this mechanism just by voting against the relevant resolution and for her shares, get a cash compensation whose adequacy is examined by an independent examiner, without going through the difficult path of proving an abuse by majority be present.

⁹⁵ In the same direction for the right of withdrawal see Vicari (n 58) 158.

⁹⁶ Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 Amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions [2019] OJ L321/1.

⁹⁷ A similar exit right, more specifically an appraisal right/right of withdrawal, is provided for publicly held AOs in TCML art 24. According to this provision, shareholders who have attended the general assembly meeting regarding the 'significant transactions' mentioned in TCML art 23 and who cast a negative vote and had their dissention recorded in the minutes shall have an 'appraisal right' through the sale of their shares to the publicly held AO. TCML art 23 stipulates that fundamental transactions of publicly held AOs, pertaining to the structure of the corporation, that will alter the investment decisions of investors, such as being party to merger or demerger transactions, conversion, establishment of privileges or amendment of the scope or subject of existing privileges shall be deemed significant transactions in the implementation of TCML. For the informal translation provided by the Turkish Capital Market Board see <<https://cmb.gov.tr/data/628161041b41c617eced0fb2/35501a16ea1501aeb2ba04106c407c4b.pdf>> accessed 14 March 2024. Taking into account that the current protections in the legislation may be insufficient, TCML art 24 provides a separate protection to shareholders who are outside the control mechanism by giving shareholders an 'exit' opportunity to escape the majority hegemony, which may manifest itself in the form of abuse by majority or making important decisions that will affect the fate of the company. See Ali Pash and Hasan Onur Akay, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanığı' (TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı' (2019) 77 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 54-55; Tuğba Semerci Vuraloğlu, 'Halka Açık Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri ve Ayrılma Hakkına İlişkin Yeni Düzenlemelerin Değerlendirilmesi' (2021) 16 (197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297. Because this provision applies only to publicly held AOs, shareholders of privately held AOs cannot rely on this protection provided by the TCML art 24.

⁹⁸ Vicari (n 58) 268.

If the company is moving to a Member State with more lenient legislation for the majority and lower levels of minority protection, the minority may also choose to trigger this mechanism to avoid dealing with a more potent majority and its potential abuses.⁹⁹

B. Approach in the EMCA

EMCA, on the other hand, offers, among others, three solutions that will be briefly examined in this chapter. These three solutions are applicable to both public and private companies.¹⁰⁰

Section 11.33 deals with liquidation due to fraud on the minority. This provision gives the minority which has at least one-tenth of the share capital to file for dissolution of the company in the case that any shareholders have wilfully contributed to passing a resolution of the general meeting that is in contravention of Section 11.31 regulating general provisions on minority protection, or have otherwise abused their influence over the company, or contributed to a contravention of the EMCA or the company's articles of association.^{101, 102} This provides minority with the *nuclear option* and increases its bargaining powers. Against a minority equipped with such a tool, the majority must consider the minority interest more carefully.

The other protection that EMCA offers to the minority is the right to sell out.¹⁰³ Section 11.35 of the EMCA states that each minority shareholder of the company may demand a redemption by a shareholder who holds more than 90% of the shares in the company and a corresponding share of the votes.¹⁰⁴ Section 15.15 provides

⁹⁹ To be triggered by a minority, this tool does not necessitate any change in the shareholding structure, eg a shareholder passing a certain threshold concerning voting rights and/or capital in the company; a resolution on cross-border conversion, mergers, or divisions and voting against such resolutions are enough. On this right, see Vicari (n 58) 268. On the application of this right under art 86i see Karsten Kühnle, 'Title II Conversions, Mergers and Divisions of Limited Liability Companies' in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 434 ff; on the application of this right under art 126a see Tobias de Raet, 'Mergers of Public Limited Liability Companies' in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 648 ff; on the application of this right under art 160i see Klaus Bader and Andreas Bröner, 'Chapter III Divisions of Public Limited Liability Companies' in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 773 ff. Regarding takeovers, a threshold is established for the shareholders' right to sell out (to the offeror of the takeover bid) to be triggered in Directive 2004/25/EC (ie Takeover Directive - Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids [2004] OJ L142/12) art 16 para 2. See Silja Maul and Larissa Furtwengler, 'Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids', in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 1022-1023.

¹⁰⁰ EMCA Section 1.02 defines 'company' as a 'limited liability company formed and registered under the EMCA'; EMCA Section 1.03 para 3 states that 'Unless otherwise prescribed, this Act shall apply to private as well as public companies'; since there are no exceptions made in the relevant sections, these three solutions are applicable to both public and private companies.

¹⁰¹ See Krüger Andersen and others, 'EMCA' (n 3) 234.

¹⁰² Similar provisions exist under Nordic law. For these examples, see Vicari (n 58) 162-163, fn 41.

¹⁰³ The Takeover Directive requires Member States to provide majority shareholders with a right to squeeze-out and minority shareholders with a right to sell-out for companies whose securities are admitted to trading on a regulated market (art 1). In Turkish law, TCML art 27 provides these rights to the respective shareholders of publicly AOs. EMCA, on the other hand, foresees this right for the shareholders of both public and private companies.

¹⁰⁴ Similar provisions exist under eg Swedish and Polish laws. See Vicari (n 58) 162.

the same right to minority shareholders of a subsidiary in a group of companies in which a parent company directly or indirectly owns more than 90% of the shares and voting rights of the subsidiary.¹⁰⁵ These provisions do not require a case of abuse to be triggered. Yet, even though these provisions are not specifically designed to do so, the right to sell-out may serve as protection for the minority against abuses by majority, potential abuses included, by making it easier to leave the company for the said minority shareholders unwilling to stay.¹⁰⁶

Another powerful tool is also provided to the minority to fend off an abusive majority. Inspired by the Nordic law¹⁰⁷, Section 11.37¹⁰⁸ titled ‘Redemption and Buy-out’ stipulates that if the company, individual shareholders, the company’s creditors or other third parties incur a loss due to a shareholder’s intentional or grossly negligent action and there exists a risk of continued abuse, the court may order the latter shareholder to redeem the shares belonging to the shareholder who suffers a loss or sell her shares to the other shareholders. The redemption or sale shall be made at a reasonable price, which is to be fixed in respect of the company’s financial position and the circumstances of the case.

According to the letter of the provision, any shareholder, whether a majority or a minority, who causes a loss to either one laid out in the provision, may be challenged by this Section. However, in most scenarios, the loss and risk of continued abuse would be caused by the majority due to its stronger position within the company. Therefore, in most cases, this section would serve the interests of the minority.

With the protection provided by the provision, not the company but the shareholder, in our case, the majority who causes the damage becomes directly liable for said damage and may be put under the obligation to buy the shares of the shareholders who incurred the loss. In other words, protection is provided at the cost of the shareholder who caused the damage and not that of the company. If the court deems this solution appropriate, it directly ‘touches the pocket’ of the liable shareholder. Instead of the company buying the shares, the risk of direct cash payment by the majority creates a better incentive for her to refrain from abusive behaviours. Furthermore, the possibility of being forced to sell her shares to other shareholders creates an additional incentive for the majority to abstain from any abusive behaviour, as the majority risks losing the company.

¹⁰⁵ See Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 384. Turkish legislation on group of companies does not provide such a sell-out right to minority shareholders. However, TCC art 208 provides the majority, which holds the nine-tenth of the share capital and the votes of the company, with the right to squeeze-out the minority that abuses its rights. See Muharrem Tütüncü, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı* (On İki Levha, 2017) 1 ff.

¹⁰⁶ The commentary in both provisions refers to the concept of abuse by majority while explaining why this right is granted to minority shareholders. Section 11.35 refers to the comments of Section 11.34; therefore, for Section 11.35, see Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 265 and then 264. For Section 15.15, see Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 385.

¹⁰⁷ A similar provision also exists under Dutch law. See Vicari (n 58) 161.

¹⁰⁸ Krüger Andersen and others, ‘EMCA’ (n 3) 267.

C. Approach in TCC

In Turkish law, one appropriate measure to protect a minority against an abusive majority is found in TCC art 531. Said provision gives the minority the opportunity to file for dissolution of the AO due to the just cause. According to this provision, if there is a just cause (eg abuse by majority¹⁰⁹), the shareholders representing at least one-tenth of the capital in privately held AO, at least one-twentieth of the capital in publicly held AO¹¹⁰, may apply to the commercial court of the district where the company's registered office is located, for dissolution of the company. However, the court may decide on a more suitable remedy to eliminate the problem causing the just cause and order, instead of dissolution, the payment of the real value of respective shares of the plaintiff shareholders, the real value closest to the date of the ruling, and the removal of the plaintiff shareholders from the company, *or any other solution* that it deems *appropriate and acceptable* for the specific case.

This provision differs from the approach proposed in the EMCA on certain levels.

Compared to Section 11.33 of the EMCA, the court has the discretion to choose any solution that it deems appropriate instead of dissolution (in EMCA's terminology *liquidation*).

Furthermore, TCC does not have a similar provision to Section 11.35 of the EMCA and does not provide a general right to sell-out to minority.¹¹¹

The TCC art 531 provision also creates a toss-up situation for remedy-seeking minority because of the great discretion awarded to the court, which has the liberty to decide on an appropriate solution of its choosing¹¹² even if the plaintiff has not demanded such a solution.¹¹³ For example, a minority subject to dividend starvation who seeks only the distribution of the profit may end up bought out, a remedy that it is not demanding. This uncertainty might limit the incentive for a minority to use this provision, especially if it prefers to stay in the company for any reason.

¹⁰⁹ For a detailed analysis of the role of abuse by majority for triggering TCC art 531 see Özlem İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi* (Adalet Yayınevi 2016) 84 ff; Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 288 ff.

¹¹⁰ See Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat Kitapçılık 2013) 284 ff. For an analysis on the use of this right provided by the TCC art 531 in publicly held AO, see Onur Görmez, 'HAAO'da TTK'deki Azınlık Haklarının Kullanılması Üzerine Bir İnceleme', *Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına – Özel Sayı II* (2017) 7 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 137 ff.

¹¹¹ For a minority in a publicly held AO, a limited sell-out right can be used in line with the TCML art 27.

¹¹² Dissolution is described as *ultima ratio*. The court should evaluate whether any other solution might be deemed appropriate, before ruling for company's dissolution. See Şahin (n 110) 324 ff; Tolga Ayoğlu, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi', *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu* (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 225; N. Füsün Nomer Ertan, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası -TTK m.531 Üzerine Düşünceler-' (2015) LXXIII (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 421, 429; Sinan H. Yüksel, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler', in Ercüment Erdem and others (eds), *Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Armağan* (On İki Levha 2017) 863, 874; Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2019) 228, 239-240; Bahtiyar, 'Ortaklıklar' (n 32) 324. cf Tekinalp (n 76) No 14-10 and 14-12c. For the opinion that to emphasise the nature of dissolution as a final remedy within the confines of TCC art 531, *ultimum remedium* shall be used instead of *ultima ratio* see Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 316, fn 312.

¹¹³ See also Veziroğlu, 'Oppressed Minority' (n 89) 534.

One final but significant difference is that in EMCA provisions, the right to sell-out is directed towards the majority, which creates a better incentive for the majority to respect the minority's interests, since it is at the cost of the majority and not the company. Regarding TCC art 531, the buy-out¹¹⁴ will be imposed on the company, if the judge deems it appropriate, since this lawsuit is primarily an action taken for the dissolution of the company and directed solely to the company and not to the majority shareholder.¹¹⁵

The data suggest that TCC art 531's remedy enjoys strong popularity among minority shareholders.¹¹⁶ Without any examination of whether the Turkish Court of Cassation found merit in the plaintiffs' cases, the number of cases brought before the Court suggests that in Turkish law, the minorities of AOs do not hesitate to use their right provided under TCC art 531. It can be argued that a highly probable explanation for this trend is the potential access to an exit from the company with a fair price for their shares. This possibility is an invaluable opportunity for minority shareholders of private and independent AOs since they do not have access to a liquid market for their shares.

¹¹⁴ The letter of the provision refers to the 'removal' (Turkish: *çıkartılma*) upon court decision. Whether TCC art 531 can be seen as a possibility to 'exit' for the minority in its technical sense is debated in Turkish scholarship. Certain scholars do not consider this provision to be technically governing an 'exit' provided to the minority. See Ayşe Sumer, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi', *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Bekleyen Sempozyumu*, (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Special Volume 845; Aytekin Çelik, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 283, fn 19; Tuğba Semerci Vuraloğlu, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Ayrılma Hakkı* (On İki Levha 2018) 110. On the view that there is neither removal nor exit (Turkish: *çıkma*) but withdrawal (Turkish: *ayrılma*) see İlbasmış Hızlısoy (n 109) 286-290. On the view that the provision grants an 'exit' for the minority, see Hamdi Yasaman, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi', *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009) 716; Şahin (n 110) 395. For an examination of TCC art 531 under the category of 'safe exit right' see Abdurrahman Kayıklık, 'Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?' (2022) 80 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 436-437.

¹¹⁵ However, in the Turkish scholarship, it is also voiced that in privately held and family-owned AOs, the minority shall be able to direct this lawsuit to shareholders other than the plaintiff. See Yüksel (n 109) 881. For an analysis of whether this lawsuit can and should be directed towards other shareholders, especially towards the majority shareholder, see Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 269-286.

¹¹⁶ For the years of 2015-2016, 11 decisions by the 11th Chamber of Turkish Court of Cassation have been catalogued and summarised under TCC art 531 by the Istanbul University Faculty of Law Commercial Law Department; therefore, it can be deduced that on those years at least 11 cases were adjudicated by the Turkish High Court. See Mehmet Helvacı and others, 'İkinci Kitap, Ticaret Şirketleri' in Abuzer Kendigelen and others (eds), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2015-2016* (On İki Levha 2018) 357-364. In 2019, 11th Chamber of the Turkish Court of Cassation adjudicated 15 cases on TCC art 531 (compared to 88 decisions on TCC art 445-446 – lawsuit on voidability). See Arslan Kaya and Nurgül Yıldız, 'Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019 Yılı Kararları İstatistiği', in Arslan Kaya and others (eds), *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -IV-, (Tebliğler Tartışmaları)* (On İki Levha 2021) 13. In 2021, 11th Chamber of the Turkish Court of Cassation has adjudicated 7 cases on TCC art 531 (compared to 15 decisions on TCC art 445 and 10 decisions on TCC art 446 – lawsuits on voidability). See Arslan Kaya and Nurgül Yıldız, 'Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2021 Yılı Kararları İstatistiği', in Abuzer Kendigelen, Esra Teymen and Kardelen Yüğürtbaşı (eds), *Yürürlüğünün 10. Yılında ve Yargıtay kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -VI-, (Tebliğler Tartışmaları)* (On İki Levha 2023) 20. For the year of 2022, 5 decisions by the 11th Chamber of Turkish Court of Cassation have been catalogued and summarised under TCC art 531 by the Istanbul University Faculty of Law Commercial Law Department; therefore, it can be deduced that on this matter at least 5 cases were adjudicated by the Turkish High Court. See Buğra Kesici and others, 'İkinci Kitap, Ticaret Şirketleri' in Abuzer Kendigelen and others (eds), *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2022* (On İki Levha 2023) 253-255. A brief search on court decision cataloguing website Lexpera also gives an idea how popular this remedy has become in Turkish law. See <<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ticaret-kanunu-6102>> and decisions listed under TCC arts 445 and 531 (accessed 20 March 2024). According to Lexpera's catalogue, since 2012, the year of entry into force of the TCC and of the introduction of this remedy to Turkish law, compared to 156 voidability of general assembly resolution lawsuits (catalogued under TCC art 445), one of the most filed shareholder lawsuits, adjudicated by the Turkish Court of Cassation, 83 cases are catalogued under dissolution due to just cause (TCC art 531) as adjudicated by the Turkish Court of Cassation.

The author of this work is of the opinion that, following the example in EMCA Section 11.37, TCC should be amended in a way that gives minority shareholders the right to request from the court to sell their shares to the majority abusing its power in AO. Such a possibility would create an extra incentive for the majority to refrain from abusing its power in the company, since the majority's abusive behaviour would risk to directly affect its own 'pocket' by making it pay for shares that it does not need to control the company.¹¹⁷ Furthermore, TCC art 531 should be modified so that shareholders can directly request from the court to exit the company¹¹⁸, a change which would limit judicial surprises and create better legal clarity.

Conclusion

In EU legislation, there is no general regulation on how to prevent abuse by majority. Without a harmonising EU legislation, two approaches have prevailed in Member States. One group of States demand both a damage to company and to minority (eg France); the other group finds it sufficient just a damage to minority in order to deem an action as an abuse by majority. Requesting from the minority to prove that the company's interest is also violated proves to be difficult and hinders the sought minority protection. Therefore, a single-threshold approach which requires minorities to prove only the damage to their interests should be the approach upheld. In independent and privately held AOs, the options for a locked in minority are limited, and further minority protection is required. The single-threshold approach provides the desperately needed protection in a more efficient manner.

Although the EU legislation does not enforce upon Member States the implementation of a blanket equal treatment principle of shareholders as expressed by the CJEU's Audiolux decision, certain Member States tend to provide one. The EMCA also regulates the issue directly. This is also the case in Turkey via TCC art 357. With a provision explicitly imposing the principle of equal treatment of shareholders in the same position at an AO, a single-threshold approach shall be considered the prevailing approach in Turkish law on AOs, providing better protection for minorities in an independent AO.

With Directive (EU) 2019/2121, concerning cross-border conversions, mergers, and divisions of limited liability companies, Member States are obliged to provide a right to dispose of their shares for adequate cash compensation, ie an exit right, to the

¹¹⁷ As explained above, TCC art 202 para 2 grants a similar right to the dissenting shareholders of a subsidiary. Therefore, this type of protection for minority shareholders is familiar to the TCC regime. Compared with abuses that may arise in a subsidiary company, analogous abuses by majority may also arise in an independent (and privately held) company; thus, analogous minority protections shall also be provided. See Paşlı, 'Kontrol Sahibi' (n 41) 357, fn 47; Görmez, 'Kötüye Kullanma' (n 16) 180.

¹¹⁸ See and cf Şahin (n 110) 395-397. Şahin is of the opinion that TCC art 531 provides, though indirectly, an 'exit' right to minority shareholders and argues that the wording of the article should be amended to better reflect this right. Furthermore, she suggests that the plaintiff should be granted the right to demand the purchase of its shares.

company's members who voted against resolutions concerning the related transactions in the general assembly. In the aforementioned transactions, these provisions may be used by the minority to protect itself from abuses, including potential abuses.

EMCA provides a more comprehensive protection by regulating liquidation due to fraud on the minority in Section 11.33; the right to sell out of the minority shareholder stipulated in Section 11.35 in cases where a shareholder holds more than nine-tenths of the shares in a company and a corresponding share of the votes. The latter gives the minority the opportunity to withdraw from the company without the existence of an actual abuse by majority; thus for that specific shareholding structure broadens the protection to the possibility of an abuse. Furthermore, according to Section 11.37, the court may order that the shares belonging to the shareholder who incurred a loss shall be redeemed by the shareholder whose intentional or grossly negligent action caused a loss on the company, individual shareholders, the company's creditors, or other third parties, and in the existence of a risk of continued abuse; as an alternative, the court may also order the sale of the shares of the shareholder who caused the loss. This provision provides a safeguard against concrete abuses by majority and the continued risk of such abuses.

Concerning remedies to relieve the minority from the abuses committed by the majority in independent and privately held AOs, a buy-out provision enforcing the majority to buy the minority's shares should be introduced to TCC. EMCA Section 11.37 might serve as an example.

In order to provide the minority with better options and legal clarity and to protect it from judicial surprises, TCC art 531 on dissolution by just cause should also be modified in a way that it provides the minority with the right to directly request from the court to exit the company, if possible, at the majority's expense. This mechanism would significantly ameliorate minority's position in the company because putting the cost on the majority's shoulders creates a better incentive for the majority to refrain from abusing its power. Furthermore, for minorities, especially in independent and privately held AOs where they are deprived of access to liquid markets, this would create a legal lifeline which would give them the opportunity to be fairly compensated for their shares.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgement: I would like to extend my gratitude and special thanks to Prof. Dr. Pierre-Henri Conac for presenting me with the unique opportunity to conduct research under his supervision at the University of Luxembourg and for providing his deeply valuable academic insights in the early versions of this paper. I would also like to acknowledge the Jean Monnet Scholarship Programme for awarding me a twelve-month scholarship for my PhD research, which also enabled me to conduct the necessary studies for this paper.

Bibliography

- Akdağ Güney N, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu: Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Yer Alan Sorumluluk Hükümlerinin İncelenmesi* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2010).
- — *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2nd edn, Vedat Kitapçılık, 2016).
- — ‘Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi’ (2014) 18 (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-135.
- Akın MY, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2002).
- American Bar Association, *Model Business Corporation Act (updated through September 2021)* (American Bar Association 2021) <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2020_mbca.pdf> accessed 14 March 2024.
- Aydoğan F and Emirler GM, *Türk Şirketler Hukuku – Turkish Company Law* (On İki Levha 2016).
- Ayoğlu T, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi’, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu* (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219-252.
- Çelik A, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Bader K and Bröner A, ‘Chapter III Divisions of Public Limited Liability Companies’ in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 688-808.
- Bahtiyar M, *Anonim Ortaklık Sözleşmesi* (Beta 2001).
- — *Ortaklıklar Hukuku* (16th edn, Beta 2022). (Ortaklıklar)
- Bergier J, *L’Abus de Majorité dans les Sociétés Anonymes – Etude de Droit Commercial Comparé – Droits Allemand, Français et Suisse* (Säuberlin&Pfeiffer 1933).
- Bilgili F and Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (9th edn, Dora 2013).
- Birsel MT, ‘Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları’, *İmran Öktem’e Armağan* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 620-659.
- Cahn A, ‘The Shareholders’ Fiduciary Duty in German Company Law’, in Hanne S. Birkmose (ed), *Shareholders’ Duties* (Kluwer Law 2017) 347-361.
- Champetier de Ribes-Justeau A-L, *Les Abus de Majorité, de Minorité et d’Egalité : Etude Comparative des Droits Français et Américain des Sociétés* (Daloz 2010).
- Commission, ‘Commission Recommendation of 25 July 1977 Concerning a European Code of Conduct Relating to Transactions in Transferable Securities (77/534/EEC)’.
- — ‘Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies’ (Communication) COM (2012) 740 final.
- Conac P-H, ‘The Shareholders’ Duty Not to Abuse Rights’, in Hanne S. Birkmose (ed), *Shareholders’ Duties* (Kluwer Law 2017) 363-376. (*Shareholders’ Duty*)
- — ‘La Loi du 24 Juillet 1966 sur les Sociétés Commerciales et le Juge : la Cour de Cassation Prisonnière d’un Fantôme ?’, *Regards sur l’Evolution du Droit des Sociétés depuis la Loi du 24 Juillet 1966* (Daloz 2018) 97-115.
- — ‘La Société et l’Intérêt Collectif: la France Seule au Monde?’ (2018) 10 *Revue des Sociétés* 558-564.
- — , Enriques L and Gelter M, ‘Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy’ (2007) 4 (4) *ECFR* 491-528.

- Coppens P, *L'Abus de Majorité dans les Sociétés Anonymes* (Librarie René Fonteyn 1947).
- Corbisier I, 'Arrêt «Audiolux» : inexistence d'un principe général de droit communautaire protégeant les actionnaires minoritaires en cas de cession d'une participation de contrôle' (2010) 165 *Journal de Droit Européen* 9-12.
- — *La Société: Contrat ou Institution ? : Droits Etasunien, Français, Belge, Néerlandais, Allemand et Luxembourgeois* (Larcier 2011).
- Çelıkboya K, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı* (On İki Levha 2021).
- De Cordt Y, *L'Égailité entre Actionnaires* (Bruylant 2004).
- De Raet T, 'Mergers of Public Limited Liability Companies' in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 490-686.
- Domanıç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II* (Temel Yayınları 1988).
- Eminoğlu C, 'Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi' (2015) 1 (1) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 79-88.
- Engracia Antunes J and others, *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law* (European Commission Internal Market and Services 2011).
- Erdem E, 'Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi', *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009) 393-524.
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2019).
- Fleischer H, 'Shareholder Conflicts in Closed Corporations', in Gregor Bachmann and others, *Regulating the Closed Corporation* (2014) ECFR Special Volume 4 28-82.
- Gaillard E, *La société anonyme de demain: la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme* (Sirey 1933).
- Gelter M and Helleringer G, 'Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law' (2018) 15 *Berkeley Business Law Journal* 92-153.
- Görmez O, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması* (Beta 2017).
- — 'HAAO'da TTK'daki Azınlık Haklarının Kullanılması Üzerine Bir İnceleme', *Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına – Özel Sayı II* (2017) 7 (2) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 117-146.
- — *Topluluk Dışı Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılması* (PhD thesis, Istanbul University 2023). (Kötüye Kullanma)
- Hamamcıoğlu E, *Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme Değişikliği* (PhD thesis, Marmara University 2011).
- — 'Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesine İlişkin Gelişmeler', *Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına – Özel Sayı III* (2018) 6 (1) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125-145.
- Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (2nd edn, Beta Yayıncılık 2001).
- Helvacı M, Çamurcu E and Türkyılmaz İ, 'Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı', in H. Ercüment Erdem and others (eds), *Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Armağan* (On İki Levha 2017) 309-330.
- — and others, 'İkinci Kitap, Ticaret Şirketleri' in Abuzer Kendigelen and others (eds), *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2015-2016* (On İki Levha 2018) 269-479.

- — and Cankat R, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı’, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (On İki Levha 2019) 521-552.
- İlbasmış Hızlısoy Ö, *Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi* (Adalet Yayınevi 2016).
- İmregün O, *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri* (İsmail Akgün Matbaası 1962).
- Karamanhoğlu A, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili* (Vedat Kitapçılık 2016).
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2015).
- Kaya A and Yıldız N, ‘Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019 Yılı Kararları İstatistiği’, in Arslan Kaya and others (eds), *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -IV-, (Tebliğler Tartışmalar)* (On İki Levha 2021) 5-13.
- — ‘Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2021 Yılı Kararları İstatistiği’, in Abuzer Kendigelen, Esra Teymen and Kardelen Yüğütbashi (eds), *Yürürlüğünün 10. Yılında ve Yargıtay kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -VI-, (Tebliğler Tartışmalar)* (On İki Levha 2023) 11-20.
- Kayıklık A, ‘Anonim Şirkette Azınlığın Korunması: Kim İçin, Neden ve Nasıl Bir Koruma?’ (2022) 80 (2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 407-453.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3rd edn, On İki Levha 2016).
- Kesici B and others, ‘İkinci Kitap, Ticaret Şirketleri’ in Abuzer Kendigelen and others (eds), *Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2022* (On İki Levha 2023) 116-361.
- Kırca İ, Şehirali Çelik FH and Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, vol 2 (BTHAE 2013).
- Kırca İ, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2022).
- Korkut Ö, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Butlanı* (Karahan Kitabevi 2012).
- — ‘Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği’, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, vol 1 (Turhan Kitabevi 2010) 1367-1386.
- Krüger Andersen P, ‘The European Model Company Act (EMCA)—a tool for European integration’ (2018) 19 (1) *ERA Forum* 77-85.
- — and others, ‘European Model Companies Act (EMCA)’ (2017), *Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26*, <<https://ssrn.com/abstract=2929348>> accessed 14 March 2024. (EMCA).
- Kühnl K, ‘Title II Conversions, Mergers and Divisions of Limited Liability Companies’ in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 390-490.
- Maul S and Furtwengler L, ‘Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids’, in Peter Kindler and Jan Lieder (eds), *European Corporate Law* (Nomos Beck Hart 2021) 979-1027.
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2020).
- Mucciarelli F, ‘Equal Treatment of Shareholders and European Union Law - Case Note on the Decision “Audiolux” of the European Court of Justice’ (2010) 7 (1) *ECFR* 158-167.
- Nomer NF, ‘Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi’, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan* (Beta Yayıncılık 1998) 469-490. (Eşit İşlem)
- — *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü* (Beta 1999).
- Nomer Ertan NF, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası -TTK m.531 Üzerine Düşünceler-’ (2015) LXXIII (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 421-440.

- Okutan Nilsson G, 'The Law of Group of Companies Under the Draft Turkish Commercial Code', in Roland von Büren, Susan Emmenegger and Thomas Koller (eds), *Rezeption und Autonomie: 80 Jahre Türkisches ZGB, Journées Turco-Suissees 2006*, (Stämpfli Verlag 2007) 179-207.
- — *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (On İki Levha 2009).
- Omağ MK, 'Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi' (1986) 1 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1-8.
- Özcanlı FB, *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması* (On İki Levha 2021).
- Paslı A, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi – Corporate Governance*, (2nd Edn, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2005).
- — 'Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu' (2008) 66 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 345-358. (Kontrol Sahibi)
- — *Anonim Ortaklığın Devralınması* (Vedat Kitapçılık 2009).
- — 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyeleri Dışında Sorumluluk Sistemine Tabi Olan Kişiler', in Ayşegül Altınbaş and Yurdal Özatlan (eds), *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İş Dünyasına Etkileri* (Seçkin Yayınevi 2014) 125-135.
- — 'Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi', in Arslan Kaya and others (eds), *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 2020).
- Paslı, A and Akay HO, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkını Kullanan Pay Sahibinin, Şirketler Topluluğu Düzenlemelerinden Yararlanma Olanığı (TTK m. 202/2 ve SerPK m. 24 Hükümlerinin Karşılıklı Uygulama Alanı)' (2019) 77 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 49-70.
- Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021).
- — *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, vol 4 (4th edn, Adalet Yayınevi 2022).
- Rouiller N, Bauen M, Bernet R and Lassere Rouiller C, *La Société Anonyme Suisse* (3rd edn, Schulthess Editions romandes 2022).
- Schmidt D, *Les Conflits d'Intérêts dans la Société Anonyme* (Joly 2004).
- Semerci Vuraloğlu T, *Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı* (On İki Levha 2018).
- — 'Halka Açık Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri ve Ayrılma Hakkına İlişkin Yeni Düzenlemelerin Değerlendirilmesi' (2021) 16 (197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 281-318.
- Soykan İC, 'Sermaye Yeterliliği, Kanuni Sermayeye İlişkin Korumalar, Dağıtım İlişkin Kurallar, Uygulama ve Yürürlük Hükümleri', in Arslan Kaya and others (eds), *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi 2020).
- Sulu M, *Anonim Ortaklıkta Şirket Menfaati Kavramı* (On İki Levha 2019).
- Sumer A, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi', *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu*, (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Special Volume 839-849.
- Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi* (Vedat Kitapçılık 2013).
- Teoman Ö, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu* (BTHAE 1983).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020).

- Tüttüncü M, *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı* (On İki Levha, 2017).
- Veziroğlu C, ‘Buy-Out of the Oppressed Minority’s Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law’ (2018) 19 (3) European Business Organization Law Review 527-540. (Oppressed Minority)
- — *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha 2021). (Esas Sözleşme)
- Vicari A, *European Company Law* (De Gruyter 2021).
- Wilhelm C and Varrin O, *L’ “exercice mesuré des droits” et l’abus de majorité en droit suisse de la société anonyme* (Schulthess Editions 2022).
- Yağmur S, *Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi* (On İki Levha 2020).
- Yasaman H, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi’, *İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri* (Vedat Kitapçılık 2009) 713-733.
- — ‘Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları’, *Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu* (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-112.
- Yıldız Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2004).
- Yüce AA, ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Fiili Yönetim Organı Anlamındaki Sorumluluğu’ (2022) 9 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243-266.
- Yüksel SH, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler’, in H. Ercüment Erdem and others (eds), *Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan* (On İki Levha 2017) 863-881



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 28.02.2022
Revizyon Talebi: 20.04.2024
Son Revizyon Tarihi: 29.05.2024
Kabul: 24.06.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Kabahatler Kanunu'nda Düzenlenen Kanun Yollarına İlişkin Bir İnceleme

Muhammet Kahveci*

Öz

Mevzuatta dağınık halde düzenlenen kabahatler açısından bir sistem getirmeyi hedefleyen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle çeşitli tartışmalı konular da ortaya çıkmıştır. Kanunun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurularda bulunulmuştur. Kanun yollarına ilişkin hükümlerde adli yargının genel görevli yargı yolu olarak kabulü, adli yargı ile idari yargı arasında anayasal görev ayrımı tartışmalarına neden olmuştur. Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri konusunda da görüş ayrılıkları meydana gelmiştir. Özellikle Kabahatler Kanunu uyarınca kanun yollarına başvurulmuş bir idari yaptırım kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca olağanüstü kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı tartışma konusu olmuştur. Konu hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu tartışmalar ve belirsizlikler uygulamaya ve mahkeme kararlarına da yansımıştır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatları zamanla değişiklik göstermiştir.

Anahtar Kelimeler

Kabahatler Kanunu, Kabahat, İdari Yaptırımlar, Kanun Yolları, Olağanüstü Kanun Yolları, Kanun Yararına Bozma

A Review on the Remedies Arranged in the Misdemeanors Law Against Decisions of Administrative Sanction

Abstract

With the enactment of the Misdemeanour Code No. 5326, which aims to establish a system for misdemeanours that are dispersed throughout the legislation, various controversial issues have emerged. Applications have been lodged with the Constitutional Court claiming that some articles of the Code are unconstitutional. Accepting the judicial judiciary as a general jurisdictional judicial remedy in the provisions concerning remedies has led to discussions on the constitutional division of jurisdiction between the judicial and administrative judiciary. Differences in opinion have also arisen regarding the provisions of the Misdemeanours Code concerning remedies. In particular, it has been debated whether a decision on an administrative sanction, which is subject to legal remedies under the Misdemeanours Code, can also be subject to extraordinary legal remedies under the Criminal Procedure Code. Different opinions have been expressed in the literature on the subject. These debates and uncertainties have also been reflected in practise and court decisions. The case law of the Constitutional Court and the Court of Cassation has changed over time.

Keywords

Misdemeanours Code, Misdemeanour, Administrative Sanctions, Legal Remedies, Extraordinary Legal Remedies, Reversal in favour of the Administration of Justice

* **Sorumlu Yazar:** Muhammet Kahveci (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, İstanbul, Türkiye. E-posta: muhammetkahveci@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-6673-298X

Atf: Kahveci M, "İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Kabahatler Kanunu'nda Düzenlenen Kanun Yollarına İlişkin Bir İnceleme" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 609. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0008>



Extended Summary

In Turkish Penal Code No. 765, misdemeanours were defined as a type of offence. This Code classified offences into two categories: crimes and misdemeanours. However, with the introduction of Turkish Penal Code No. 5237, misdemeanours are no longer included as a type of offence. Removal of certain acts constituting a misdemeanour from the Penal Code require a separate code. Consequently, the Misdemeanours Code was adopted and came into force to create a system for acts requiring administrative sanctions, which are scattered throughout the legislation, and to ensure consistency in their implementation.

With the enactment of the Misdemeanours Code, many problems and debates have arisen. First, these debate concerned whether some articles of the code conform to the constitution. Beyond constitutional debates, there are also discussions about how legal regulations should be applied and interpreted. There is no consensus on the nature of the Misdemeanours Code, primarily because it is closely related to both administrative and criminal law. Administrative sanction decisions against misdemeanours are considered “administrative actions”. There is no doubt about this matter. However, annulment procedures, which follow classical administrative procedures, cannot be applied to all administrative sanction decisions. Acts requiring administrative sanctions are broadly and uniformly regulated in the legislation. The Misdemeanours Code defines all acts requiring administrative sanctions as misdemeanours and establishes general provisions applicable to them.

The Misdemeanours Code also provides specific legal remedies against decisions involving administrative fines and property transfer to the public. According to this regulation, judicial jurisdiction (criminal judge) generally serves as the judicial remedy, except where otherwise provided, against decisions involving administrative fines and property transfer to the public. Before the Misdemeanours Code came into force, the administrative judiciary was typically responsible for administrative sanction decisions. Previously, although a clear regulation in law was necessary for the judicial judiciary to be responsible for decisions involving administrative sanctions, the Misdemeanours Code now requires that this responsibility must be explicitly stated in law for the administrative judiciary.

It has been argued that some provisions of the Misdemeanours Code are unconstitutional, leading to applications being made to the Constitutional Court of the Republic of Türkiye for the annulment of these provisions. In particular, the constitutionality of provisions on legal remedies has been debated. The core of these debates is whether the administrative judiciary has a constitutional basis and whether its judicial power is constitutionally limited. Thus, there is a question of whether the legislator can, through legal regulation, assign the resolution of a

dispute falling under the administrative judiciary's jurisdiction to the judicial jurisdiction. The Constitutional Court annulled some articles of the Misdemeanours Code as unconstitutional, leading to their revision. Following the new regulations, an application for annulment was filed again, claiming unconstitutionality, but the Constitutional Court rejected the request for various reasons. The criteria used by the Constitutional Court were “public interest” and “justified reason.”

The Misdemeanours Code refers to the Turkish Penal Code in many articles under its general provisions. However, the Turkish Penal Code or the Criminal Procedure Code does not serve as general laws in the context of the Misdemeanours Code. The Misdemeanours Code is a distinct piece of legislation with its own legal remedy system. It regulates “application” and “objection remedy” against decisions involving administrative fines or the transfer of property to the public due to an act constituting a misdemeanour. A debate has been held on whether an application can be made against decisions resulting from the objection remedy. The most significant debate in this context is whether the extraordinary legal remedies laid down in the Criminal Procedure Code can also be applied to misdemeanours. Although the doctrine contains different opinions, the Court of Cassation has issued varying decisions on this issue.

Giriş

Haksızlık teşkil eden fiiller haksızlık içeriğine göre suç, kabahat veya özel hukuk kapsamında haksız fiil şeklinde tasnif edilmektedir. Bu tasnifte izlenen suç politikası da etkili olmaktadır. Bu açıdan idari yaptırımlar haksızlık içeriği suç teşkil eden haksız fiiller kadar ağır görülmeyen bazı fiillere karşı uygulanabilen yaptırımlardır. Ayrıca idari yaptırımlar vasıtasıyla daha hızlı bir şekilde yaptırım uygulama imkânı da doğmaktadır.

Her toplumda değişen şartlara ve durumlara göre yeni hukuki uyumsuzluk türlerinin doğması da kaçınılmazdır. Hukuk devleti bu uyumsuzlukları ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler yapmak zorundadır. Karşılığında bir yaptırım uygulanması kabul edilen her fiil hakkında yargısal bir makam tarafından karar verilmesini beklemek yargılama makamlarının iş yükü açısından makul değildir. Bu tarz bir uygulama yaptırımlardan beklenen sonucun alınamamasına neden olabileceği gibi adalet sisteminin aksamasına ve dolayısıyla toplumsal düzenin bozulmasına da sebep olabilecektir. Bu doğrultuda, suç olarak kabul edilen ağır haksızlıklar karşısındaki yaptırım kararlarının mutlaka bir hükme yani yargısal bir karara dayanması gerekirken, suç teşkil edecek düzeyde bir haksızlık olarak görülmeyen fiiller karşısındaki idari yaptırımların ise bir muhakemeye ihtiyaç olmaksızın idari makamlarca verilebilmesi kabul edilmiştir¹. Ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesi için mutlaka bir hâkim kararının gerekmesi, ceza hukukunun temel hak ve hürriyetlere en ağır müdahalede bulunan hukuk dalı olması ve dolayısıyla ceza hukukunun son çare olması ilkesiyle de mantıksal bir bütünlük içerisindedir.

Ayrıca her türlü haksız fiil karşılığında bir ceza hukuku yaptırımının öngörülmesi bireyler ve toplum açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır². Kabahat nev'inden bazı haksızlıkların “ıslah edilmesi” gerekmeyecek şekilde hukuka ve toplumsal düzene bağlı olan kişilerce de kolayca işlenebilmesi, bunların ceza hukuku alanında düzenlenmemesi gereken fiiller olduğunun diğer bir gerekçesidir. Aksi halde birçok kişinin bir ceza yargılamasına maruz kalması ve cezalandırılması gerekecek ve bu durum kişilerin damgalanmasına ve “toplumdan uzaklaşmasına” sebep olabilecektir³.

Bir idari işlem niteliğinde olan ve idari işlemin kamu gücüne dayanma, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma, idarenin tek taraflı irade açıklamasına dayanma ve re'sen icra edilebilme gibi tüm özelliklerine sahip olan idari yaptırım kararlarının verilme usulü bu kararların denetlenmesi konusunu son derece önemli hale getirmektedir. İdari yaptırım kararının verilmesindeki usul, kararın denetlenmesindeki önem ve faydayı da artırmaktadır.

¹ Feyyaz Gölcüklü, ‘İdari Ceza Hukuku» ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki’ (1963) 18(2) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 115, 136.

² Albin Eser, ‘Germany’ (1973) 21(2) The American Journal of Comparative Law, 245, 251.

³ Eser (n 2) 251.

Kural olarak, idari işlemler bakımından idari yargıda iptal davası açılabileceği söylenebilirse de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu başta olmak üzere bazı kanunlarda bu hususta adli yargının görevli olarak kabul edilmesi idari yaptırımlar bakımından hangi yargı yolunun görevli olduğu konusunda öğretide ve uygulamada tartışmalar ve belirsizliklere sebep olmaktadır. İdari yaptırım kararı verilen birçok olayda görevli yargı yolunun tespit edilmesi için konunun Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal ettirildiği gözlemlenmektedir.

İdari yaptırımların birer idari işlem olması ile ceza hukuku ile yakın hukuki ve tarihsel ilişkisi, görevli olması gereken yargı yolunun belirlenmesine farklı yönlerden yaklaşabilmeyi mümkün kılmaktadır.

Çalışmamızda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda idari yaptırımlara karşı öngörülen kanun yolları ele alınmıştır. Kanunun 3'üncü maddesi ile idari işlem niteliğindeki idari yaptırımlar bakımından genel bir kanun ortaya konulmaya çalışılması bazı tartışmalı meseleleri ortaya çıkarmıştır. Konunun temelinde idari yargı ile adli yargı arasında anayasal bir görev ayrımının olup olmadığı ve yasama organının bir kanun ihdas ederek idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına dâhil edip edemeyeceği yatmaktadır. Bu hususlar değerlendirildikten sonra, idari yaptırım kararlarına karşı Kabahatler Kanunu uyarınca başvurulabilecek kanun yolları incelenmiştir. Mesele adli ve idari yargı boyutunda tartışmalı olmakla birlikte, adli yargı içerisinde de hangi kanun yollarına başvurulabileceği sorunu ortaya çıkmıştır. Tüm bu tartışmalar genel anlamda hukukta uygulama birliğinin sağlanması, hukuki güvenlik, hak arama hürriyeti ve kanun önünde eşitlikle ilgilidir.

I. İdari Yaptırım Kararları ve Görevli Yargı Yolu Sorunu

A. İdari Yaptırım Kararlarının Hukuki Niteliği

İdare, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin icap ettirdiği görevleri icra ederken idari işlemler ve idari eylemlerden yararlanır. İdare, iradesini memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle ve idari işlemler vasıtasıyla açıklar⁴. Bu irade açıklamaları kamu gücüne dayanan açıklamalardır. İradenin kamu gücüne dayanması açıklamaya “idari işlem” vasfı kazandırır. İdare, idari işlemler vasıtasıyla hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirir⁵. Dolayısıyla, idari işlemi, idarenin hukuk alanında bir değişiklik meydana getirmeye yönelik, kamu gücüne dayanarak

⁴ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası 1982) 384.

⁵ Duran (n 4) 381.

yapmış olduğu, tek taraflı⁶, hukuka uygunluk karinesinden yararlanılan ve resen icra edilebilen irade açıklamaları olarak tanımlamak mümkündür⁷.

Devlet, kamu düzenini koruyabilmek için belli hukuk dallarında bazı kurallar ihdas eder. Her fiilin haksızlığı ve dolayısıyla kamu düzenine verdiği zarar aynı ağırlıkta olmadığı için, haksızlığın ağırlığına göre belirli fiilleri farklı hukuk disiplinleri kapsamında ele alır. Bir takım fiillere ise müdahale edilmeyerek pozitif hukuk dışında bırakılır. Kamu düzenini ihlal eden fiillerin haksızlık içeriği en ağır olanları, son çare olma ilkesinin de bir gereği olarak ceza hukukunu ilgilendirir. Fakat kamu düzenini sadece suç teşkil eden fiiller tehdit etmez. Suç teşkil eden bir fiil kadar ağır bir ihlal içerdiği kabul edilmemekle birlikte, kamu düzenini ve kamu hizmetlerinin işleyişini ihlal ettiği düşünülen bir takım fiiller kabahat olarak düzenlenmiştir. Kamu hizmetlerinin sağlıklı yürütülebilmesi ve kamu düzeninin bir bölümünün⁸ idare eliyle korunması amacıyla idareye tanınan yetki, idari yaptırım uygulama yetkisidir⁹. İdare, bu şekilde düzenin korunmasını temin etme görevini ifa eder. Bazı haksızlıkların yargısal bir karar gerekmesizin hızlıca yaptırma tabi tutulabilmesi toplumsal düzenin korunmasıyla da ilişkilidir¹⁰. Bu bağlamda, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlar, kanunun öngördüğü ve ceza hukukunu ilgilendirecek boyutta bir haksızlık düzeyine ulaşmayan, toplumsal düzeni tehdit eden veya bozan fiillere hızlıca müdahale edilmesini sağlar. Ayrıca sürekli bir değişim içinde olan toplumda ortaya çıkabilecek düzensizliklere karşı, idari yaptırım türlerinin de çeşitlenebilmesi¹¹; hızlıca karar verilebilmesi ve derhal uygulanabilir olması toplumsal düzen açısından idari yaptırımların olumlu yönleri olarak ifade edilmektedir¹².

İdari yaptırım kararları, idari organlar tarafından kamu gücü kullanılarak tesis edilen, re'sen tatbik edilebilen tek taraflı idari işlemlerdir¹³. İdareye idari yaptırım uygulama yetkisi veren düzenlemeler soyut ve genel düzenlemelerdir. İdari yaptırımların somutlaştırılması ya da bireyselleştirilmesi yani uygulanabilir hale gelmesi idarenin

⁶ İdari sözleşmeleri de idari işlemler içerisinde değerlendirilip, idari işlemleri tek yanlı ve iki yanlı işlemler olarak ayıran görüş için bkz. Duran (n 4) 386. Yazar, idari işlemleri, idari kararlar, idari sözleşmeler, düzenleyici işlemler ve planlama belgeleri olarak dört alt başlığa ayırmaktadır. Bu ayırmda, idari para cezaları idari kararlar kapsamındadır. Bkz. Duran (n 4) 386, 394.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (1. Bası, Savaş Yayınevi 2019) 190; Duran (n 4) 384 vd.

⁸ İfade ettiğimiz gibi, kamu düzeni bir bütün olmakla birlikte farklı hukuk disiplinleri ve farklı araçlarla korunmaktadır.

⁹ Anayasa Mahkemesi, 72/51, 15.5.1997; Anayasa Mahkemesi, Anayasa m.38'de geçen "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz." ifadesinin mefumu muhalifinden, idareye idari yaptırım uygulayabilme yetkisinin verildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Mustafa Karabulut, 'İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı' (2006) (3) Terazi Hukuk Dergisi 63, 64.

¹⁰ Gölcüklü (n 1) 134; Kayıhan İçel, "İdari Ceza Hukuku Ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", (1984) 50(1-4) İÜHFM 117, 119.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 19/66, 23.10.1997.

¹² Turgut Tan, 'İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler' (2005) Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan 309, 311.

¹³ Gölcüklü (n 1) 131, 136; Tan (n 12) 310, 311; Ali Pehlivan, *Kabahatler Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, Beta 2020) 58; Karabulut (n 9) 64.

bir işlemi ile mümkün olabilir. Dolayısıyla idari yaptırıma yönelik idare tarafından açıklanan irade beyanı da bir idari işlem niteliğindedir¹⁴. İdari yaptırım kararlarının en önemli özelliklerinden biri de kural olarak muhakeme sonucu ulaşılan yargısal bir karara dayanmamasıdır¹⁵. İdari işlemin yargısal olarak denetlenmesi sonucu verilen karar, ilk işlemin idari işlem olma vasfında bir değişiklik meydana getirmeyecektir¹⁶.

İdari yaptırım kararlarının birer idari işlem niteliğinde olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir¹⁷. Dolayısıyla, idari yaptırımlara uygulanacak hukuki rejimin idari işlemlere ilişkin kurallara göre belirlenmesi ve idari işlemlerin tabi olduğu yargı yolunun görevli olması gerektiği düşünülebilir. Fakat aşağıda değinileceği üzere, konu bu kadar açık ve net değildir. İdari işlem niteliğine sahip idari yaptırım kararlarının bir kısmı için adli yargı genel yargı yolu haline getirilmiştir.

İdare hukukunun genel ilkeleri kapsamında ifade ettiğimiz bu bilgiler, aşağıda ele alacağımız Kabahatler Kanunu'na ilişkin düzenlemeler göz ardı edilirse sorunsuz gözükmemektedir. Fakat Kabahatler Kanunu idari yaptırımlardan doğan uyumsuzluklarla ilgili yargı yolunun ve dolayısıyla kanun yollarının belirlenmesi noktasında konuyu hem tartışmalı hem de belirsiz hale getirmiştir. Temel sorunun şu olduğu kanısındayız: Meseleye idare hukuku/hukukçusu açısından bakıldığında idari yaptırım kararları birer idari işlemidir. Bu işlemler idare hukukunun kural ve usullerine göre tesis edilir. Kabahatler de düzene aykırılık teşkil eden ve karşılığında idarece yaptırım uygulanabilen haksızlıklardır. İdari işlemler, idari yargı tarafından hukuka uygunluk denetiminden geçirilmelidir¹⁸. Fakat meseleye ceza hukuku/hukukçusu açısından bakıldığında, kabahatler her ne kadar suçun bir türü olmasa da karşılığında ağır yaptırımlar uygulanabilen haksızlıklardır. Bazı idari para cezaları miktar bakımından adli para cezasından çok daha ağır olabilmektedir. Bu nedenle, kabahatler karşılığında verilen idari yaptırım kararları diğer idari işlemlerden farklı görülmeli ve derhal uygulanmadan önce yargısal bir denetime tabi olabilmelidir. İdari yaptırım kararları sırf işlemin dayandığı usul ve esaslara göre değil; işlemin içerik ve niteliğine göre de değerlendirilmelidir. Kabahatler Kanunu'nun bazı genel hükümlerinin TCK'ya atıf yapılarak düzenlenmesi kabahatlerin ceza hukuku ile olan ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kabahatler karşılığında öngörülen bazı yaptırım kararlarının adli yargıda ceza hâkimlerince denetlenmesi gerekir¹⁹.

¹⁴ Duran (n 4) 384; Karabulut (n 9) 64; Pehlivan (n 13) 58.

¹⁵ Pehlivan (n 13) 8.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 19/66, 23.10.1997.

¹⁷ Bkz. Özge Aksoyulu, 'Türk Hukukunda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa' (2012) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 80; Anayasa Mahkemesi, 28/18, 10.07.1990; Anayasa Mahkemesi, 72/51, 15.05.1997; Anayasa Mahkemesi, 43/60, 13.5.2004; Tan (n 12) 310.

¹⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 156.

¹⁹ Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda da idari yaptırım kararlarının birer idari işlem olduğu kabul edilmekle birlikte bu işlemlerin ceza hukuku ile yakın ilişki içinde olduğu ve idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı kanun yolu olarak ceza mahkemelerinin görevlendirildiği ifade edilerek bu anlayış doğrultusunda hareket edilmiştir. Bkz. 'Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu', TBMM, Dönem: 22,

B. Adli Yargı ve İdari Yargı Arasında Anayasal Görev Ayırımı Sorunu

İdarenin işlem, eylem ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi yargı yolunun görevli olduğu konusundaki tartışmalar yeni değildir. Öteden beri adli yargı ile idari yargı arasında görev uyuşmazlıkları var olagelmıştır. Tartışma sadece kabahatlerle ilgili de değildir. Birçok uyuşmazlıkta hangi yargı yolunun görevli olduğu sorunu ortaya çıkabilmektedir²⁰. Görevli yargı yolu kural olarak ilgili kanunlarda belirtilir. Fakat kanunda açıklık bulunmayan durumlarda sorun çoğunlukla içtihatlarla çözümlenir²¹. Yargı yolları arasındaki görev sorununun nihai çözümü için yüksek mahkeme olarak Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur²².

Öğretide, idari yargı ile adli yargı arasındaki görev ayırımı sorununun salt bir yargılama usulü sorunu olmadığı belirtilerek, sorun yargısal denetimin etkililiği ve hukuk devleti ilkesi ile de ilişkilendirilmiştir²³.

İdari yargının görev alanının anayasal olarak belirlenip korunduğunu kabul eden görüşler bulunduğu gibi; kanun koyucunun bir uyuşmazlığın çözümünde adli ya da idari yargıyı kanunla görevlendirme yönünde takdir hakkının bulunduğunu savunan aksi yönde görüşler de bulunmaktadır²⁴. İdari yargının görev alanının Anayasa tarafından belirlendiğini kabul edenler temel olarak Anayasa'nın 37, 125, 140 ve 155'inci maddelerine istinat etmektedirler²⁵. Bu görüş, idari yargı sisteminin anayasal olarak düzenlendiğini, idare hukukunun prensiplerine göre tesis edilen birer idari işlem olan idari yaptırım kararlarının denetiminin kanunla adli yargıya bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmaktadır²⁶.

2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari yargının görev alanının belirlendiği ifade edilerek bu kanunları Anayasa m.142/1'e dayandırmanın, idari yargının görev alanının anayasal olarak belirlenmesi anlamına gelmeyeceği kanaatindeyiz²⁷. Aksi halde görevli yargı yolunu belirleyen ya da değiştiren her türlü kanuni düzenleme Anayasa m.142'ye istinat ettirilebilir ki bu durumda adli ya da idari yargının anayasal görev alanı şeklinde

Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 840, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2022.

²⁰ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetel Yargı* (37. Bası, Turhan Kitabevi 2020) 72. İdari yaptırım kararlarının çeşitliliği ve mevzuatın dağınık ve karmaşık olması sebebiyle uygulamada idari yaptırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda görevli yargı yolunun belirlenmesinde hâkimlerin benzer uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Mahkemesi veya Danıştay gibi yüksek mahkemelerin verdiği kararları takip ederek çözüme ulaştıkları görülmektedir.

²¹ ibid 70.

²² Anayasa m.158.

²³ Metin Günday, 'İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları' (1997) 14 Anayasa Yargısı 347, 347.

²⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2021) 124 vd; Günday (n 23) 350 vd; Gözübüyük (n 20) 71.

²⁵ Sait Güran, 'Yargı Denetiminin Kapsamı' (1987) 52(1-4) İÜHF 35, 38, 39; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (15. Bası, Seçkin 2021) 112; Günday (n 23) 352, 353.

²⁶ Günday (n 23) 352, 353; Karabulut (n 9) 65.

²⁷ Kalabalık (n 25) 112.

bir tartışma yapılamaz²⁸. Anayasa m.142'ye dayanılarak kanun koyucunun adli ve idari yargının görev alanını kanunla belirleme noktasında takdir hakkı tanındığı sonucuna varılabilir²⁹. Kanun ile yapılacak bir düzenleme Anayasa m.37 bağlamında kanuni hâkim güvencesine de aykırılık teşkil etmeyecektir.

Anayasa m.125'e göre, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ve yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Bu düzenlemeye istinaden bir görüşe göre, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimi mutlaka idari yargı yolunda yapılmalıdır. Bu denetimin yapılmasında kanunla adli yargının görevlendirilmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. Buna karşılık, idari işlem ve eylemlerle ilgili hukuka uygunluk denetimi dışında kalan uyuşmazlıklarda adli yargının görevlendirilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmaz³⁰.

Aksi yöndeki görüş ise, görevli yargı yolunun kanunla belirlenebileceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar farklı gerekçeler sunmaktadır. Bir görüşe göre, 1961 Anayasası'nın aksine 1982 Anayasası m.155/2'de Danıştay'ın görevleri sayılırken “*idari davaları*” görmesinden değil “*davaları*” görmesinden bahsedilmesi kanun koyucuya yargı yolunun kanunla belirlenmesinde takdir hakkı tanımaktadır³¹. Ayrıca, Anayasa m.37'deki kanuni hâkim güvencesine dair düzenlemenin de görevli yargı yerini kanunla belirleme konusunda kanun koyucuya takdir yetkisi sağladığı ileri sürülmüştür³². İleri sürülen bir diğer gerekçe Anayasa m.125/1 ve 142/1 düzenlemesidir. Bu görüşe göre, 125'inci maddede görevli yargı yolu açıkça belirlenmemiş; 142'nci maddede ise mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği kabul edilerek görevli yargı yolunun kanunla belirlenmesinde kanun koyucu yetkilendirilmiştir³³.

Gözler ve Kaplan, “*görev esası izler*” ilkesinin doğal bir sonucu olarak idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargının görevli olması gerektiğini ifade etmekle birlikte; idari yargının görev alanını tanımlayan ve koruyan, idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görevine girdiğine dair bir hükmün Anayasa'da bulunmadığını belirtmektedirler³⁴.

²⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi, itirazın sulh ceza mahkemesine yapılmasını öngören 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42/5'inci maddesinin Anayasa'nın 142'nci maddesine aykırı olmadığına, Anayasa'nın 142. maddesinin, mahkemelerin kuruluş ve görevleri hakkında kanunilik ilkesini getirdiğine, görevli mahkemeyi belirleyen itiraz konusu kuralda, görev kanun ile düzenlendiğinden, Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 72/51, 15.5.1997.

²⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 332.

³⁰ Günday (n 23) 354.

³¹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (Filiz Kitabevi 1985) 31; Bu görüşün eleştirisi için bkz. Güran (n 25) 38, 39.

³² Yayla (n 31) 31.

³³ Gözübüyük (n 20) 71; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 332; Çağlayan (n 24) 127.

³⁴ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, ‘İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?’ (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler) (2011) 6(63) Terazi Hukuk Dergisi 36, 40.

Anayasa Mahkemesi idari ve adli yargı arasındaki görev ayrımının anayasal bir ayrım olduğunu kabul etmektedir³⁵. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 37, 125, 140 ve 155'inci maddelerinin künhünden, *kural olarak* idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargının anayasal olarak görevli olduğu sonucuna varmaktadır³⁶. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumu, benzer kararlarda da ifade edildiği üzere şu şekilde özetlenebilir: Anayasa Mahkemesi'ne göre anayasada idari ve adli yargı ayrımı kabul edilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümü anayasal olarak idari yargı mercilerine bırakılmıştır. Dolayısıyla, idari yargının görev alanı kapsamında olan bir uyuşmazlığın çözümünün kanunla adli yargıya bırakılması hususunda kanun koyucunun "*mutlak*" bir takdir yetkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin "*mutlak*" ifadesini kullanması bilinçli bir tercihtir. Mahkeme'ye göre, kanun koyucunun bu konuda bir düzenleme yapabilmesi yani idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde kanunla adli yargıyı görevlendirebilmesi ancak "*haklı neden*" ve "*kamu yararı*" bulunması şartıyla mümkün olabilir³⁷. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında dikkat çeken kavramlar "*haklı neden*" ve "*kamu yararı*" kavramlarıdır³⁸. Anayasa Mahkemesi, Kabahatler Kanunu m.3 bağlamında yapılan iptal başvurusunda³⁹ da "*haklı neden ve kamu yararı*" içtihadını devam ettirmiştir⁴⁰.

Kanaatimizce, idari yargının anayasal dayanağa sahip olduğu konusunda zaten tereddüt bulunmamaktadır⁴¹. Kanun⁴² ile idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolu kapatılmayacağı gibi⁴³ idari yargı yolu bütün olarak da kaldırılamaz. Anayasa adli ve idari yargı ayrımını kabul etmekte ve buna göre bir yargı teşkilatı öngörmektedir⁴⁴. Sorun adli yargı ile idari yargının "*görev alanlarının*" anayasal olarak sınırlanıp sınırlanmadığı; dolayısıyla idarenin işlem veya eylemlerinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın hallinin kanunla adli yargıya bırakılmasında kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı noktasındadır. Anayasal olarak adli/idari yargı ayrımının gözetilmiş olması ile adli/idari yargının görev alanlarının anayasal olarak belirlenip kesin olarak sınırlanması farklı hususlardır. Anayasal düzenlemelere bakıldığında, idari işlem veya eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda *kural olarak*

³⁵ Anayasa Mahkemesi, 72/51, 15.5.1997; Anayasa Mahkemesi, 71/23, 28.06.1995, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 332; Çağlayan (n 24) 125.

³⁶ Kalabalık (n 25) 112; Anayasa Mahkemesi, 72/51, 15.5.1997; Anayasa Mahkemesi, 108/35, 01.03.2006, Resmi Gazete: 22.07.2006, 26236.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 72/51, 15.05.1997.

³⁸ Gözler ve Kaplan (n 34) 40; Aksoylu (n 17) 76, 77.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 115/80, 11.6.2009 Resmi Gazete Tarih-Sayı: 26.11.2009-27418.

⁴⁰ Mahkeme daha sonraki kararlarında da "haklı neden ve kamu yararı" içtihadını sürdürmüştür. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 226/119, 22.12.2006; Anayasa Mahkemesi, 35/23, 16.02.2012; Anayasa Mahkemesi, 68/165, 26.12.2013; Anayasa Mahkemesi, 87/41, 27.02.2014; Anayasa Mahkemesi, 178/82, 11.07.2018, § 89.

⁴¹ Bkz. Anayasa m.140, 155, 158.

⁴² Anayasa değişikliğine ilişkin kanun bahsimizin haricindedir.

⁴³ Bkz. Anayasa m.125.

⁴⁴ Bkz. Anayasa m.140/1, 155/1, 155/5, 158.

İdari yargının görevlendirildiğinin kabulü gerekir⁴⁵. İdari yargı, temel olarak idari uyuşmazlıkların⁴⁶ çözümünü için öngörülmüştür. İdari uyuşmazlıklar da temel olarak idari işlem veya eylemlerden⁴⁷ kaynaklanabilecektir. Bu noktada, Anayasa m.125, 142, 155 ve diğer hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, idarenin işlem veya eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargının görevlendirildiği ve fakat idari yargının “görev alanının” anayasal olarak kesin şekilde sınırlandırılmadığı ve kanun koyucunun idari işlem ve eylemlerden doğan bazı uyuşmazlıkların çözümünde kanunla adli yargıyı görevlendirmesinin önüne geçilmediği kanaatindeyiz⁴⁸. Yani, belirli idari uyuşmazlıkların çözümünde ya da belirli idari işlem veya eylemlerin denetiminde kanuni düzenlemeyle adli yargının görevlendirilmesi Anayasa’ya aykırı olmayacakken⁴⁹; idari uyuşmazlıkların çözümünde ya da idari işlem veya eylemlerin denetiminde adli yargının *genel görevli yargı yolu* haline getirilmesi Anayasa’ya aykırı olacaktır.

II. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu’na Göre İdari Yaptırımlar

A. Genel Olarak Kabahat ve İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi

Kabahatler Kanunu’nun 2’nci maddesi uyarınca *kabahat*, karşılığında *idari yaptırım* uygulanması öngörülen haksızlıklardır. Yine Kabahatler Kanunu m.16’da kabahatler karşılığında⁵⁰ uygulanacak olan idari yaptırımlar, *idari para cezası* ve *idari tedbirler* şeklinde tasnif edilmiş ve idari tedbirler, *mülkiyetin kamuya geçirilmesi*⁵¹ ve ilgili kanunlarda yer alan *diğer tedbirler* şeklinde ifade edilmiştir. Kabahatler Kanunu m.19’da örnek olarak verilen işyerinin kapatılması, bir meslek ve sanatın icrasına izin verilmemesi, ehliyet veya ruhsatın geri alınması, aracın trafikten menedilmesi yaptırımları *diğer tedbirler* kapsamında değerlendirilebilir. Kabahatler Kanunu m.19’da ifade edilen bu yaptırımlar (idari tedbirler) sınırlı sayıda değildir. İlgili kanunlarda Kabahatler Kanunu’na uygun değişiklikler yapıncaya kadar bu tür tedbirlere ilişkin düzenlemelerin aynen uygulanmasına devam edileceği kabul edilmiştir⁵².

⁴⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 187.

⁴⁶ Anayasa m.155/2: “*Danıştay, ... idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*”

⁴⁷ Bkz. Anayasa m.125/1.

⁴⁸ Aynı yöndeki görüş için bkz. Serkan Çınarlı ve Özge Didem Boulanger, ‘Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Kolu Sorunu’ (2019) 14(151) Terazi Hukuk Dergisi 490, 498, 499.

⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 187.

⁵⁰ Bu bağlamda disiplin cezaları kabahatler ve idari yaptırımlar kapsamında değildir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.135/5’e göre, disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.

⁵¹ Mülkiyetin kamu geçirilmesi kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya ile ilgili bir idari tedbirdir. Kabahatler Kanunu gerekçesinde de ifade edildiği üzere ceza hukukundaki müsadere kavramının karşılığı olarak düşünülmüş ve kavramsal bir karışıklık olmaması için müsadere yerine mülkiyetin kamuya geçirilmesi kavramı kullanılmıştır. Bu yönüyle mülkiyetin kamuya geçirilmesi mevzuata Kabahatler Kanunu ile girmiş bir kavramdır. Bununla birlikte kavramların içeriği ve uygulanma koşulları arasında doğal olarak farklar da mevcuttur. Bkz. Levent Korkut ve Cengiz Otacı, *Türk Kabahatler Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022) 37 vd.

⁵² Korkut ve Otacı (n 50) 33; “*Hükümden sonra, 31.03.2005 günlü mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.06.2005*

Zamanın değişmesine bağlı olarak hukukta da değişim ve yenilenme kaçınılmazdır⁵³. Bunun en önemli örneklerinden biri de ceza hukukunun müdahale alanının değişimidir. Bu değişim genellikle bir fiili suç olmaktan çıkarma şeklinde tezahür etmektedir⁵⁴. Suç olmaktan çıkarılan bir fiil başka bir hukuk dalına ait bir haksızlık olarak düzenlenebileceği gibi hukukun müdahale alanının tamamen dışına da çıkarılabilmektedir⁵⁵. Suç olmaktan çıkarma düşüncesinin en önemli ve kapsamlı örneklerinden biri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe konulmasıyla kabahatlerin suçun bir türü olmaktan çıkarılmasıdır⁵⁶.

765 sayılı mülga TCK'da suçlar, haksızlık içeriğinin ağırlığına veya önemine göre *cürüm ve kabahat* olarak ikiye ayrılmaktaydı⁵⁷. Kabahatler, 765 sayılı mülga TCK'da suçun bir türü iken 5237 sayılı TCK ile suçun bir türü olmaktan çıkarılmıştır⁵⁸. Ayrıca, TCK'nın yürürlüğe girmesinden önceki bazı kanunlarda bir suç türü olarak kabul edilen ve karşılığında hafif hapis ve hafif para cezası öngörülen kabahatler de 5252 sayılı kanunun yedinci maddesiyle⁵⁹ suçun bir türü olma özelliğini kaybetmiştir⁶⁰. Kabahatlerin suçun bir türü olmaktan çıkarılmasının çeşitli sebepleri vardır. Bu sebepler, ceza adalet sisteminin suç teşkil eden bazı fiillere bakışının değişmesi, cezalandırmadan beklenen amacın önleme veya caydırıcılık olduğu düşüncesinden ıslah ve topluma kazandırma olduğu düşüncesine yönelimler, suç olarak düzenlenen bazı fiillerin ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olmaması, kişilerin ceza adalet sistemiyle muhatap olmalarından beklenen yararın muhtemel zarardan daha az olabilmesi, bazı daha az önemde görülen fiillerle yargılama makamlarının meşgul edilmemesi, daha önemli haksızlıkların üzerinde daha fazla durulabilmesi ve ceza adalet sisteminin daha işlevsel bir hale getirilmesi, ceza hukukunun müdahale

tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 19. maddesinin "c" bendine göre "ruhsat ve ehliyetin geri alınması yaptırımına ilişkin hükümlerin ilgili kanunlarda bu kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyacağı kadar saklı olduğu", aynı yasanın 27. maddesinde de "idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceği" düzenlenmiş olup, buna göre sulh ceza mahkemesinin ehliyetin geri alınması kararına karşı yapılan itirazı inceleme yetkisinin bulunmadığı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi yerine yargılamaya devamla hüküm tesisi, ... Bozmayı icabettirmiş..." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 34724/20244, 17.11.2005, www.lexpera.com.tr.

⁵³ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye m.39: "Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz."

⁵⁴ Suç olmaktan çıkarma konusuna dair inceleme için bkz. Köksal Bayraktar, 'Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı' (1984) 50(1-4) İÜHF 197, 198; İçel (n 10) 117 vd.; Pehlivan (n 13) 66 vd.

⁵⁵ Bayraktar (n 54) 198, 199.

⁵⁶ Adem Sözüer ve Selman Dursun, '5411 sayılı Kanun'da Öngörülen Kabahatler' (2005) (5) Hukuki Perspektifler Dergisi 192, 195; Selman Dursun, 'Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri' Adem Sözüer (ed), *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi*, (On İki Levha Yayıncılık 2013) 2249. Almanya'da 2. Dünya Savaşı sonrası ilk büyük reformun, Alman Ceza Kanunu'nun geniş bir kısmındaki fiilleri suç olmaktan çıkaran 1968 tarihli Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Eser (n 2) 250.

⁵⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Bası, Seçkin 2021) 112; 765 sayılı mülga TCK m.1/2'ye göre "Suçlar; *cürüm veya kabahattir*." 765 sayılı Kanunun 11'inci maddesinde ise *cürümler* karşılığında ağır hapis, hapis, sürgün, ağır para cezası, kamu hizmetinden yasaklanma; kabahatler için ise hafif hapis, hafif para cezası, muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası şeklinde cezalar belirlenmiştir.

⁵⁸ Sözüer ve Dursun, (n 56) 195.

⁵⁹ "Kanunlarda, «hafif hapis» veya «hafif para» cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür."

⁶⁰ Cumhuriyet Şahin ve İzzet Özgenç, 'Kabahatler Kanununun Uygulanmasına İlişkin Hukuki Değerlendirmeler (I)' (2010) (4) Fasikül Hukuk Dergisi 10, 10.

alanını daha doğru belirleyerek suçlarla daha etkin mücadele edilebilmesi şeklinde ifade edilmektedir⁶¹.

Her ne kadar kabahatler suçun bir türü olarak görülmeyip ceza kanunundan çıkarılsa da haksızlık içeriğini muhafaza eden kabahat türünden fiillere ilişkin bir sistem oluşturulması ve kabahatlerin ayrı bir kanunda düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur⁶². Hem bu fiilleri düzenlemek hem de mevzuatta karşılığında bir idari yaptırım uygulanması öngörülen haksız fiillere ilişkin genel kanun niteliğinde olması amacıyla Türk Ceza Hukuku Reformu'nun bir parçası olan Kabahatler Kanunu kabul edilmiştir⁶³.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, 765 sayılı mülga TCK'da kabahat türünden suçlar olarak düzenlenen bazı fiiller, 5237 ve 5326 sayılı kanunlardaki değişikliklerle karşılığında idari yaptırım öngörülen fiiller haline getirilmiştir. Bununla birlikte, Kabahatler Kanunu'nun, gerek kabahatlere ilişkin birçok meseleyi 5237 sayılı kanunla ilişkilendirerek düzenlemesi gerekse idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine dair idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu olarak adli yargıyı görevli kabul etmesi sebebiyle, kabahatlerin ve idari yaptırım kararlarının sadece idari yargıyı ilgilendirdiğini söylemek mümkün değildir. Kabahatler suçun bir türü olmaktan çıkarılmışsa da mevcut kanuni düzenlemeler nedeniyle kabahatlerin ceza ve ceza muhakemesi hukukuyla olan bağı kesilmiş değildir.

Kabahatler suçun bir türü olmamakla birlikte toplumsal düzene aykırılık oluşturduğundan karşılığında bir yaptırım öngörülen haksızlıklardır. Bu yaptırım cezai değil idari bir yaptırımdır. İdari yaptırımlar, ceza hukuku ıstılahındaki “ceza” niteliğinde olmasa da “cezalandırıcı” niteliktedir. Hatta bazı idari para cezaları, bir ceza hukuku yaptırımı olan adli para cezasından miktar bakımından çok daha ağırdır⁶⁴. Dahası, hapis cezası öngörülen bazı suçlarda dahi belli bir sürenin altındaki hapis

⁶¹ Bayraktar (n 54) 201 vd.; İcel, (n 10) 129-131; Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi’ (1996) 55(1-2) İÜHF 151, 151.

⁶² Sözüer ve Dursun, (n 56) 195; Özgeçen (n 57) 116.

⁶³ Sözüer ve Dursun, (n 56) 195.

⁶⁴ 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu m.19'daki idari para cezaları bu konuda önemli ve düşündürücü bir örnektir. 5015 sayılı Kanun m.19'da *iki milyon Türk Lirası ile on milyon Türk Lirası* arasında bir idari para cezası düzenlenmektedir. İlgili para cezaları Kabahatler Kanunu m.17/7 hükmü uyarınca, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere yeniden tespit edilip artırılarak uygulanmaktadır. 5015 sayılı Kanunun 19. maddesinin a bendi için yukarıda ifade ettiğimiz miktar, 2024 yılı için *12.870.021-64.350.125 TL* şeklinde güncellenmiştir. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/12/20231227-8.htm>. Bu yönde, 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu da örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁵ Kabahat kavramının temelinde yatan düşüncenin kabahat teşkil eden fiillerin ceza hukukunun müdahalesini gerektirmeyecek ağırlıkta bir haksızlık içeriğine sahip olduğu unutulmamalıdır. Hangi fiillerin bu nitelikte olduğu kanunlarla belirlenecektir. Hukuka aykırılık teşkil eden fiil ceza hukuku haricindeki “çarelerle” önlenbiliyorsa burada ceza hukukuna başvurulamaz. Aynı şekilde mutlaka ceza hukukunun müdahil olması gereken bir haksızlık yine ceza hukukunun son çare olması ilkesinin diğer bir gereği olarak o haksız fiili önlemeye ve cezadan beklenen amacı sağlamaya yetecek asgari düzey ve miktardaki ceza hukuku yaptırımına tabi olmalıdır. Dolayısıyla, kabahat teşkil eden fiiller karşılığında öngörülen yaptırımların ağırlık açısından tabiri caizse ceza hukuku yaptırımı niteliğine dönüşmemesine dikkat edilmelidir. Aksi halde *de facto* bir suç ve cezalandırmadan bahsedilebilecektir. Ayrıca bu durumda fiilin neden suç değil de kabahat olarak düzenlendiği sorusu da gündeme gelecektir.

cezalarında çeşitli muhakeme ve infaz hukuku düzenlemeleri sebebiyle failerin ceza infaz kurumuna girmediği düşünüldüğünde, bazı idari para cezalarının bu yönüyle de bazı suçların karşılığı olan hapis ve adli para cezalarından daha ağır sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Fakat ne kadar ağır bir yaptırım içerirse içersin, kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımların idari yaptırım olma niteliği değişmeyecektir. İdari yaptırımlar bu anlamda, devlet tarafından kullanılabilen birer “cezalandırma” aracıdır⁶⁶. Bu niteliği göz önüne alındığında, bu tür yaptırımların en azından bazı yönleriyle ceza hukukunun genel ilkelerine tabi olarak düzenlenmesi gerekli ve yerindedir. Fakat bu durum Kabahatler Kanunu’nun TCK’dan ve CMK’dan müstakil bir kanun olma niteliğini değiştirmeyecektir. Özetle, kabahatlerin suç olmaktan çıkarıldığını; fakat ceza hukuku ile bağının hem teorik hem de düşünsel anlamda kesil(e)mediğini söylemek mümkündür^{67 68}.

Son olarak, kabahatler karşılığında kanunda öngörülen idari yaptırıma karar verme yetkisine değineceğiz. Anayasa’ya göre, idare kamu hizmet ve görevlerini memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirir. Kabahatler Kanunu m.22 ve devamında idari yaptırım kararı verme yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre bir kabahat sebebiyle idari yaptırıma karar verebilecek kişileri ya da makamları üç grupta tasnif etmek mümkündür. İlk olarak, ilgili idarenin görev alanına dâhil olan bir yerde bir kabahatin işlenmesi halinde, ilgili kanunlarda açıkça gösterilmesi şartıyla idari kurul, makam veya kamu görevlileri idari yaptırım kararı verebilirler. İkinci olarak, Cumhuriyet savcılarını idari yaptırım kararı verebilirler. Cumhuriyet savcılarını üç halde idari yaptırım kararı verebilirler. İlk olarak, ilgili kanunlarda bu yetkinin açıkça düzenlendiği hallerde Cumhuriyet savcılarını idari yaptırım kararı verebilir. İkincisi, Cumhuriyet savcısı açılmış olan soruşturma kapsamında, kabahat teşkil eden bir fiilin işlenmiş olduğunu öğrenirse, vaziyeti ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebilir veya kendisi de idari yaptırım kararı verebilir. Üçüncüsü, soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu anlaşılırsa, ilgili kamu

⁶⁶ Gölcüklü (n 1) 117; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uygulanan yaptırım her ne kadar idarî yaptırım olarak adlandırılrsa da organik değil maddi yorumu esas alarak yani yaptırımın cezai karakterini göz önüne alarak cezai karakter taşıyan idarî yaptırımları da AİHS m.6 kapsamında “cezai alanda” değerlendirmektedir. Bkz. Tan (n 12) 323. Bkz. AİHM, *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976, § 82. AİHM, bir insanın cezai olup olmadığının tespitinde *Engel kriterleri* olarak bilinen ölçütleri ortaya koymuştur. Buna göre bir insanın cezai nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde a) başlangıç olarak öncelikle isnat edilen haksızlığın ulusal hukuktaki tasnifine göre ceza hukukuna mı disiplin hukukuna mı yoksa her ikisine mi ait olduğunun, b) haksızlığın niteliğinin, c) cezanın ağırlık derecesinin tespit edilmesi gerekir.

⁶⁷ Kabahatler Kanunu’na ilişkin tasarının gerekçesinde de kabahatler “*idarî suçlar*” olarak zikredilmektedir. Bkz. ‘Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu’, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 840, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2022; Öğretide idarî yaptırımlar karşılığında “idarî cezalar”, kabahatler hukuku karşılığında “idarî ceza hukuku” kavramları da kullanılmaktadır. Belirtmek gerekir ki ceza, yaptırım ve tedbir kavramları aynı anlama gelmeyen kavramlardır. Kabahatler hukukunun konumu ve kavramları konusunda henüz uzlaşılabilir değil. Kabahatler Kanunu’nun mevcut haliyle bu tartışmalar devam edecektir. Kanaatimizce, mevcut düzenlemeler ışığında kabahatleri ceza hukukundan da idare hukukundan da soyutlamak imkânsızdır. Farklı kelimelerle isimlendirilse de kabahatler hukuku nevi şahsına münhasır bir kamu hukuku dalı olarak görülmelidir.

⁶⁸ “Kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü kabahatlerden bir kısmının ceza hukuku kapsamında suç niteliği taşıdığı açıktır. ...Uygulanacak yaptırımın yasa ile (idarî) para cezasına dönüştürülmesinin bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır.” Anayasa Mahkemesi, 115/80, 11.6.2009.

kurum ve kuruluşunca daha önce idari yaptırım kararı verilmemiş olması şartıyla, Cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı verir. Son olarak, idari yaptırım kararı vermeye mahkeme de yetkilidir. Kovuşturmaya konu olan fiilin suç değil de kabahat teşkil ettiği anlaşılırsa mahkemece idari yaptırım kararı verilir. Mahkemenin bu kararı verebilmesi için yine ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından daha önce idari yaptırım kararı verilmemiş olmalıdır. Aksi halde *ne bis in idem* ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

B. Kabahatler Kanunu'nun Genel Kanun Niteliği

Kabahatler Kanunu m.3'ün ilk hali “*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*” şeklindeydi. Bu hüküm ile dağınık ve geniş olan idare hukuku mevzuatındaki idari yaptırımlara ilişkin bir sistem birliği getirmek ve neticede hukuk uygulamasında birliği sağlamak amaçlanıyordu⁶⁹. Fakat Kabahatler Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren bazı kanunlarda yer alan idari para cezalarına karşı idari yargının görevli olduğuna dair bazı düzenlemeler gerçekleştirilmek istenen bu amacı zedelemiştir⁷⁰. Her ne kadar Kabahatler Kanunu ile kabahat içeren diğer kanunlar bakımından genel ilke ve kurallar ihdas edilerek bir genel kanun ortaya konulmaya çalışılsa da sonradan yürürlüğe giren yeni kanunlarla Kabahatler Kanunu'na aykırı düzenlemeler yapılmasına bir engel bulunmamaktadır⁷¹. Genel kanun olarak düşünülen bir kanunla bağdaşmayan yeni düzenlemeler kanun yapma tekniği bakımından doğru olmasa da kanun koyucu, geçmişte ortaya koyduğu kanun düzeyindeki irade ile gelecekteki kanun koyucunun iradesini engelleyemez⁷².

Kabahatler Kanunu m.3'ün ilk hali sonrası, genel hükümler kısmında düzenlenen kanun yollarına ilişkin m.27 ve 29'da öngörülen adli yargı yolu, mevzuatta idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı öngörülen tüm kabahatler bakımından görevli hale gelmişti. Bu durumda idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı öngören tüm kabahatler idari yargının denetim kapsamından çıkıyordu⁷³. Bu nedenle Kabahatler Kanunu m.3'ün ilk halinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek somut norm denetimi yoluna başvurulmuştur⁷⁴. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125, 140, 142 ve 155'inci maddelerine dayanarak, Anayasa'da adli ve idari yargı ayrılığının kabul edildiğini; idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargıda

⁶⁹ Dursun (n 56) 2249; Bkz. Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

⁷⁰ Karabulut (n 9) 64; Korkut ve Otacı (n 50) 76.

⁷¹ Ayrıntılı inceleme için bkz. Dursun (n 56) 2249.

⁷² TCK'nın özel kanunlarla ilişkisini düzenleyen 5'inci maddesi açısından da benzer bir tartışma ortaya çıkmıştır. TCK m.5'e göre, “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*”. Aynı değerlendirmeler TCK m.5 açısından da geçerlidir.

⁷³ Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019) 441.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, 108/35, 01.03.2006, Resmi Gazete: 22.07.2006, 26236.

denetleneyeceğini; idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun geniş takdir hakkının bulunmadığını ifade etmiştir⁷⁵.

Mahkeme değerlendirmesine, bazen kanunlarda basit nitelikteki *suçlar* karşılığında *idari yaptırımlara* yer verilebildiği; daha ağır *suç* oluşturan eylemler karşılığında verilen *idari para cezalarında* konunun ceza hukukunu daha çok ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olmasının doğal olduğu ve fakat idare hukukunun ilkeleri ve esasları kapsamında tesis edilmiş olan bir idari işlemin salt idari para cezası içermesi sebebiyle denetiminin idari yargının görev alanından çıkarılarak adli yargının görevlendirilmesinin mümkün olmadığı şeklinde devam etmiştir. Öncelikle, Anayasa Mahkemesi'nin kabahatleri hâlâ bir suç⁷⁶ türü olarak görmesi haklı olarak eleştirilmektedir⁷⁷. Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesinin teorik olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bunun da ötesinde, kanun koyucunun bazı fiilleri suç olmaktan çıkararak iradesi tanınmamış olmaktadır.

Sonuç olarak, Kabahatler Kanunu m.3 ile diğer kanunlardaki kabahatlere atıfta bulunularak, sadece yaptırımın türünden hareket edilerek ve idari yargının denetiminde olması gereken alanlar gözetilmeksizin, bunları da kapsayacak şekilde başvuru yolu, itiraz, bunlara dair usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasa m.125 ve 155'e aykırı bulunarak maddenin iptaline karar verilmiştir⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası⁷⁹ Kabahatler Kanunu'nun 3'üncü maddesi "*Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.*" şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile birlikte Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliği ilk haline göre sınırlandırılmıştır⁸⁰. Kabahatler Kanunu m.3, 19 ve 27 birlikte değerlendirildiğinde, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması haline idari para cezası ve mülkiyetin

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, 225/88, 8.10.2002; Anayasa Mahkemesi, 108/35, 01.03.2006.

⁷⁶ "Yaptırımın adının yasa ile "idari" olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 108/35, 01.03.2006.

⁷⁷ Özgenç (n 57) 116.

⁷⁸ Öğretide, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının suç olmaktan çıkarma anlayışına aykırı olduğu ifade edilmiştir. Karar ayrıca, her iki organ da bağımsız hâkimlerden oluştuğu ve mevcut hukuk kuralları uygulandığı için, bir fiilin hukuka aykırılığının belirlenmesinin idare mahkemesi veya ceza mahkemesi tarafından yapılmasının hukuka aykırı olamayacağı ifade edilerek eleştirilmiştir. Bkz. Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta 2007) 499.

⁷⁹ İptal kararı 01.03.2006 tarihinde alınmakla birlikte, Kabahatler Kanunu'nun 3'üncü maddesinin iptalinin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görülmüş, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlandıktan altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. İptal kararı 22.07.2006 tarihli ve 26236 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 22 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fakat bu karar yürürlüğe girmesinin önce Kabahatler Kanunu'nun 3'üncü maddesi 5560 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi ile değiştirilmiş ve bu değişiklik 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸⁰ Adem Sözüter ve Selman Dursun, "TCK, CMK ve Kabahatler Kanunundaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?" (2006) (9) Hukuki Perspektifler Dergisi 203, 216.

kamuya geçirilmesine dair idari yaptırım kararları hakkında Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı; Kabahatler Kanunu'nun diğer genel hükümlerinin ise idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı ve bunlar dışındaki diğer idari tedbirler bakımından ilgili kanunlarda değişiklik yapıncaya kadar bu kanunlardaki hükümlerin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri haricindeki diğer idari yaptırımlar (tedbirler) bakımından Kabahatler Kanunu genel kanun niteliğinde görülmemelidir⁸¹.

Değişiklik sonrası, Kabahatler Kanunu m.3'ün a bendinin iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne tekrar başvuruda bulunulmuştur⁸².

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, her ne kadar idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı adli yargı asıl görevli yargı yolu haline getirilse de; 3'üncü maddenin a bendinde yer alan “*diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması*”, 19'uncu maddedeki saklı tutulan hükümler ve 27'nci maddenin 8'inci fıkrasındaki istisna düzenlemesi vasıtasıyla idari yargının denetimine tabi olması icap eden alanın gözetilmiş olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi kural olarak, idare hukuku alanına giren uyuşmazlıklarda idari yargının, özel hukuk alanına giren uyuşmazlıklarda ise adli yargının görevli olacağını, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi hususunda kanun koyucunun mutlak bir takdir hakkı bulunduğunun söylenemeyeceğini, idari yargının denetimine tabi olması gereken bir idari uyuşmazlığın çözümünün, *haklı neden ve kamu yararının* bulunması durumunda kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabileceğini, kabahat teşkil eden fiillerin çeşitli olması ve idari yaptırımların uygulanma alanı göz önüne alındığında, idari yargı teşkilatına kıyasla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasının *hak arama özgürlüğünü* kolaylaştırıcı nitelikte olduğunu⁸³, bu şekilde kısa sürede netice alınmasını mümkün kıldığını ve bunun ilgili düzenlemenin *haklı nedenini* oluşturduğunu belirterek iptal istemini reddetmiştir⁸⁴. Burada iptal isteminin reddi kararının beş üyeye karşı altı üyenin oyuyla alındığına dikkat edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu m.3/1-a bendinin iptali istemini reddetmesinin temelinde, içtihadı olarak geliştirdiği, haklı neden ve kamu yararı olması halinde kanun koyucunun idari yargının görevine giren bir konuda adli yargıyı görevlendirebilme yetkisinin bulunduğu kabulü yatmaktadır. Somut başvuru bakımından dayanılan haklı neden ve kamu yararı, adli yargı teşkilatının idari yargı

⁸¹ Korkut ve Otacı (n 50) 47, 74, 75.

⁸² Başvuru gerekçesi için bkz. Anayasa Mahkemesi, 115/80, 11.6.2009.

⁸³ Öğretilen, idari işlemlere karşı açılan iptal davasının kolay işleyen ve karmaşık olmayan bir dava türü olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 7) 182, 184.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 115/80, 11.6.2009; *Gözler ve Kaplan*'a göre, Anayasa Mahkemesi bu kararı ile bir bakıma önceki içtihadının yanlış olduğunu kabullenmektedir. Bkz. *Gözler ve Kaplan* (n 34) s. 40.

teşkilatına göre daha yaygın ve bunun hak arama hürriyetini kolaylaştırıcı nitelikte olması ve sonuç olarak kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı olmasıdır⁸⁵. Fakat bu gerekçeler hukuki olmaktan çok faydacı bir nazarla meseleye yaklaşmanın sonucudur.

İdari yargı teşkilatının adli yargıya göre dar olması veya adli yargıda uyuşmazlıkların daha hızlı ve kolay çözülmesi⁸⁶ idari yaptırımların denetlenmesinde adli yargının *genel görevli* yargı yolu haline getirilmesine hukuki bir gerekçe olamaz. Üstelik bu kabul daha büyük sorunları da beraberinde getirir. Eğer denetimin adli yargıda yapılması hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim hakkı ve uyuşmazlığın hızlıca çözümü bakımından olumlu bir şey ise idari yargı denetimine bırakılan kabahatleri işlemiş kişiler bakımından kanun eliyle bir eşitsizlik meydana getirilmiş olmaktadır⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulan kamu yararı ve haklı neden kavramlarına da değinilmelidir. Anayasa Mahkemesi idari ve adli yargı arasında anayasal görev ayrımı olduğunu geçmiş kararlarında da kabul etmektedir. Mahkemeye göre, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlıkta adli yargıyı görevlendirme noktasında kanun koyucunun sınırsız ya da mutlak bir takdir yetkisi yoktur. Kanun koyucu sadece kamu yararı ve haklı nedenin mevcudiyeti halinde bu yetkiye sahip olabilir. Kanaatimizce, idari yargı ile adli yargı arasında Anayasa ile sınırlandırılmış kesin bir görev ayrımı olduğu ve bu konuda kanun ile bir belirleme yapılamayacağı kabulü durumunda artık herhangi bir gerekçeye dayalı olarak az ya da çok takdir yetkisinin varlığından bahsetmenin anayasal bir dayanağı yoktur.

Kamu yararı ve haklı neden kavramlarının sınırının nasıl belirleneceği de bir sorundur⁸⁸. Bunlar oldukça geniş şekilde yorumlanabilecek kavramlardır. Bu durumda, Anayasa'nın yetki tanımadığı herhangi bir konuda haklı neden ve kamu yararına dayanılarak kanun koyucu yetkilendirilebilecektir.

Sonuç olarak, Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmeden önce idari yaptırım kararlarından doğan uyuşmazlıklarda kural olarak idari yargı, kanunun açıkça gösterdiği hallerde ise istisna olarak adli yargı görevliydi⁸⁹. Kabahatler Kanunu m.3'ün mevcut haline bakıldığında ise idari yaptırım kararlarına⁹⁰ karşı genel görevli

⁸⁵ Mahmutoğlu (n 61) 170; Aksoylu (n 17) 78.

⁸⁶ Aksoylu (n 17) 78.

⁸⁷ Bkz. Anayasa m.10/5; Adli yargı teşkilatının daha yaygın olmasının haklı neden olarak görülmesi, bunun tüm idari uyuşmazlıklar için geçerli olabileceği ve tüm idari uyuşmazlıkların denetiminin adli yargıya bırakılmasını öngören bir kanunun Anayasa'ya uygun görülebileceği şeklinde eleştirilmektedir. Bkz. Çınarlı ve Boulanger (n 48) 500.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi kararlarında, davaların görülmesi ve çözümlenmesinin hızlandırılması, kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı kılınması ve hak arama özgürlüğünün kolaylaştırılması haklı neden ve kamu yararı olarak görülmektedir.

⁸⁹ Mahmutoğlu (n 61) 164; Kangal (n 73) 445.

⁹⁰ Kabahatler Kanunu m.27 ile bu hüküm idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarıyla sınırlandırılmıştır.

yargı yolunun adli yargı olduğu sonucu çıkmaktadır⁹¹. Bu durumda adli yargı genel, idari yargı ise istisnai yargı yolu haline gelmiştir⁹².

III. Kabahatler Kanunu Sistemine Göre İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Kanun Yolları

A. Genel olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Kabahatler Kanunu kabahati, karşılığında bir idari yaptırım uygulanması öngörülen haksızlık olarak tanımlamaktadır. Burada kilit kavram idari yaptırımdır. İdari yaptırımlar ise yine Kabahatler Kanunu'nda, idari para cezası ve diğer idari tedbirler olarak ifade edilmiştir. İdari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve kanunlarda öngörülen diğer tedbirlerden müteşekkildir. Kabahatler Kanunu m.3/1-a, "*Bu Kanunun; İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Kanun yollarına ilişkin ilk yol olan başvuru yoluna ise idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına karşı gidilebileceği kabul edilmiştir. Diğer bir kanuni çare olan itiraz yoluna ise başvuru yolu sonrası verilen son karara karşı ve doğrudan mahkeme tarafından verilen *idari yaptırım* kararlarına karşı gidilebilecektir. Mahkeme tarafından verilecek idari yaptırım kararları idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları ile sınırlandırılmamıştır. Bu açıklamalar göz önüne alındığında şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Kabahat ve idari yaptırım içeren diğer kanunlarda özel düzenleme bulunması halinde Kabahatler Kanunu'nda öngörülen kanun yolları değil ilgili özel kanundaki düzenleme esas alınacaktır⁹³. İdari yaptırımın türü ne olursa olsun ilgili kanunda kanun yolu olarak idari yargı mercileri görevli kabul edilmişse idari yargı yoluna başvurulması gerekecektir. İlgili kanunlarda idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yollarına ilişkin aksi bir düzenleme yoksa veya kanun yolları hiç düzenlenmemişse bu durumda Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanacaktır⁹⁴. Fakat Kabahatler Kanunu m.3/1-a'daki düzenlemenin tüm idari yaptırımları kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır⁹⁵. İlgili bent tek başına değerlendirildiğinde tüm idari yaptırımların özel kanunlarda aksine bir düzenleme

⁹¹ Kargal (n 73) 443.

⁹² Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 530/531, 30.09.2019; Uyuşmazlık Mahkemesi HB, 904/180, 25.2.2019.

⁹³ Örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.78/2'ye göre, bu kanun hükümlerine karşı verilen idari yaptırım kararlarına karşı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu m.21/3'e göre, bu kanuna göre verilecek idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. 2872 sayılı Çevre Kanunu m.28/2'ye göre bu kanun uyarınca verilecek idari yaptırım kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılabilir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.8/12'ye göre, "*Bu Közenanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.*"

⁹⁴ Yunus Eraslan ve Ayşe Çoban Atik, 'Yargı Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Yeri Sorunu' (2020) (41) TAAD 151, 164.

⁹⁵ Ayrıntılı inceleme için bkz. Eraslan ve Çoban Atik, (n 94) 159 vd.

bulunmaması durumunda Kabahatler Kanunu'nun öngördüğü kanun yollarına tabi olacağı sonucu çıkmaktadır. Fakat düzenleme Kabahatler Kanunu m.27 ile birlikte değerlendirilmelidir. Kabahatler Kanunu'nun “*idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri*” kapsamındaki başvuru yolu açıkça ve sadece idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına ilişkindir⁹⁶. Bunlar haricindeki idari yaptırım kararları bakımından ise ilgili kanunlarda başvurulabilecek bir kanun yolu gösterilmemiş ise bu kararların idari yargılama hukukunun genel kurallarına göre idari yargıda denetlenmesi gerekir. Aksinin kabulü halinde, özel kanunlarda düzenlenen ve kanun yolu gösterilmeyen, birer idari işlem niteliğinde olan, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki idari yaptırım kararlarının tümü bakımından adli yargı görevli hale gelmiş olmaktadır. Özetle, özel kanunlarında kanun yollarına ilişkin olarak Kabahatler Kanunu'nun aksine bir düzenleme bulunmayan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı Kabahatler Kanunu m.27'ye göre başvuru yoluna gidilecektir. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının haricindeki idari yaptırımlar bakımından ilgili kanunlarda başvurulabilecek kanun yolu düzenlenmemiş ise idari yaptırım kararlarının idari işlem niteliğinden dolayı idari yargıdaki kanun yollarının işletilmesi gerekir⁹⁷. Fakat idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi haricindeki bir idari yaptırım kararı sulh ceza hâkimliği tarafından verilmişse ve ilgili kanunda bu karara karşı başvurulabilecek bir yol gösterilmemişse, bu karara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu m.267 vd. uyarınca itiraz edilebileceği kanaatindeyiz.

Kabahatler Kanunu'ndaki diğer bir kanun yolu olan itiraz yolu bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. İlgili özel kanunda kanun yolu gösterilmeyen bir idari yaptırım kararına ceza mahkemesi karar vermişse bu karara karşı ceza muhakemesi kanuna göre itiraz edilebilecektir⁹⁸. Kanun yollarına ilişkin olarak özel kanunda düzenleme bulunmayan hallerde Uyuşmazlık Mahkemesi adli yargıyı görevli kabul etmektedir⁹⁹.

⁹⁶ Benzer yönde değerlendirmeler ve diğer görüşler için bkz. Kangal (n 73) 456; Eraslan ve Çoban Atik (n 94) 166, 176 vd.

⁹⁷ “4207 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 16. fıkrasında, madde kapsamında yer alan ve ceza gerektiren fiillerin aynı dönemde 3. tekrüründe işyerinin on günden bir aya kadar kapatılacağı düzenlenmiş; ancak anılan Kanunda işyerinin geçici süreyle kapatılmasına ilişkin işlemler konusunda görevli yargı yerine ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Kanunda düzenlenen işyerinin geçici süreyle kapatılması yaptırımının 5326 sayılı Kanun'un 19. maddesinde sayılan istisnalar içinde bulunduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iptal istemine konu işyerinin kapatılmasına ilişkin kararın idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu idari bir işlem olduğu ve 5326 sayılı Kanun'un 19. maddesinde düzenlenen istisnalar içinde bulunduğu dikkate alındığında, davaya bakma görevinin idare mahkemelerine ait olduğu sonucuna varılmıştır.” Danıştay 10. Daire, 1866/3488, 22.9.2016; Farklı yöndeki karar için bkz. Danıştay 8. Daire, 1597/3748, 13.9.2023, www.lexpera.com.tr.

⁹⁸ Kabahatler Kanunu m.24, 27/5 ve 29/5.

⁹⁹ “İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen trafik para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 12/07/2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 2918 sayılı Kanun'un 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde, bu Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı belirtilmiş olduğundan, idari para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, HB, 811/18, 31.1.2022; “İncelenen uyuşmazlıkta, 1608 sayılı Kanun'un 1. maddesine

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı Kabahatler Kanunu *başvuru yolu* ve *itiraz yolu* olmak üzere iki yol (kanun yolu) öngörmektedir. 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce, kanun yolları konusunda Ceza Muhakemesi Kanunu'na atıf bulunmamaktaydı. Bu sebeple öğretide, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri ile Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasında irtibat kurulmuş ise de usul hukukuna ilişkin hükümlerle Ceza Muhakemesi Kanunu arasında irtibat kurulmadığı; dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kabahatler Kanunu bakımından tamamlayıcı bir kanun olarak görülmemesi gerektiği¹⁰⁰; Kabahatler Kanunu'nda açıkça atıf yapılmadığı hallerde TCK ve CMK hükümlerinin kabahatler bakımından uygulanamayacağı, kanunda bir boşluk olması halinde bunun yasa koyucu tarafından doldurulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰¹. Ancak 6217 sayılı kanun ile itiraz yolu başlıklı 29'uncu maddede Ceza Muhakemesi Kanunu'na atıfta bulunan değişiklik yapılmıştır¹⁰². Fakat bu değişikliğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kabahatler Kanunu bakımından genel kanun niteliğinde kabul edilebilmesi için yeterli olmadığı ifade edilmelidir. Kabahatler Kanunu, bu kanunda belli bir konuda düzenleme bulunmayan hallerde TCK ve CMK hükümlerinin uygulanacağına dair genel bir düzenleme içermemekte; bilakis TCK ve CMK hükümlerinin uygulanması gereken durumları açıkça ifade ederek bunları sınırlı bir şekilde ifade etmektedir. Örneğin, zaman bakımından uygulama (m.5), yer bakımından uygulama (m.6) hata (m.10), hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (m.12) ve teşebbüs (m.13) bakımından Türk Ceza Kanunu'na; yer bakımından yetki kuralları (m.22/4), tanıklık, bilirkişi incelemesi, keşif (m.28/5), itiraz (m.29/1, 5) bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'na atıfta bulunmaktadır.

Kabahatler Kanunu m.3 ve m.27 birlikte okunduğunda, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine dair idari yaptırım kararı niteliğindeki *idari işlemlerden* kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı yolunun *kural olarak adli yargı* olduğu; bu uyuşmazlıkların idari yargıda görülebilmesi için bunun ilgili kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği söylenmelidir. Fakat burada Kabahatler Kanunu m.27/8 hükmü unutulmamalıdır. Buna göre, idari yaptırım kararı verilmesini gerektiren olayda aynı kişiyle ilgili olarak idari yaptırım kararının yanı sıra idari

dayanılarak davacının idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın bu haliyle 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden olduğu, 1608 sayılı Kanun'da bu idari yaptırımlara karşı itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, HB, 206/232, 27.4.2020; Uyuşmazlık Mahkemesi, HB, 259/30, 5.3.2007; Uyuşmazlık Mahkemesi, HB, 842/878, 28.12.2015, www.lexpera.com.tr.

¹⁰⁰ Şahin ve Özgenç (n 60) 13.

¹⁰¹ Ersan Şen, ‘Kabahatler Kanunu’nun Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri ile İlişkisi’ (2010) 5(12) Ceza Hukuku Dergisi 11, 14.

¹⁰² m.29/1: “Mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir.”

yargının görev alanına giren işlemler de yapılmışsa, idari yaptırım kararının denetimi bu işlemlerin iptali istemiyle birlikte idari yargıda görülecektir. Özetle, idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine dair idari yaptırım kararlarının denetlenmesinde genel görevli yargı yolu adli yargıdır. Bu denetimin adli yargıda yapılabilmesi için ilgili kanunda açıkça öngörülmesi gerekmez. Fakat kanunda bu denetimin idari yargıda yapılacağı kabul edilmişse artık adli yargı değil idari yargı görevli olacaktır. Son olarak, bir olayda hem adli yargının görevine giren bir idari para cezası ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş hem de idari yargının görev alanına giren bir işlem tesis edilmişse, işlemlerin tümünün denetlenmesi bakımından idari yargı görevli olacaktır¹⁰³. Bu hükümle bağlantılı uyuşmazlıklar idari yargıda birleştirilmek istenmiştir¹⁰⁴. Fakat bu düzenleme ile aynı nitelikteki idari yaptırım kararlarının farklı yargı yollarında denetlenmesi gibi karmaşık ve hukuk birliği açısından isabetli olmayan bir durum ortaya çıkmıştır¹⁰⁵.

Kabahatler Kanunu m.27/8'in de Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal başvurusu yapılmıştır. Başvuruda özetle, ilgili düzenlemenin hukuki karmaşaya sebebiyet verecek nitelikte ve kanunların belirli ve açık olması ilkesine aykırı olduğu, görevli mahkeme konusunda belirsizlik meydana getirdiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise ilgili fıkranın görev konusunda belirsizlik meydana getirmediğini belirterek iptal istemini reddetmiştir¹⁰⁶.

Düzenleme öğretide de haklı olarak eleştirilmektedir. Bu düzenleme ile aynı nitelikteki idari yaptırımlar açısından farklı denetim usul ve kurallarına sahip olan farklı yargı yolları öngörülmektedir. Örneğin, kişi hakkında adli yargının görevine giren bir idari para cezası kararı verilmişse adli yargı yoluna başvurabilecekken; aynı haksızlıktan kaynaklı idari para cezasının yanı sıra idari yargının görevine giren bir işlem de yapılmışsa idari yargı görevli olacaktır. Her iki durumda da idari para cezası aynı nitelikte olmasına karşın, ikinci durumda idari yargının görevli olduğu bir işlem de tesis edilmiş olması sebebiyle, aynı nitelikteki iki işlemin farklı yargı yollarında denetlenmesi durumu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Bu durumda görevli mahkeme noktasındaki belirsizliklerin yanında, benzer uyuşmazlıkların farklı usullerde denetlenmesi, farklı kararların ortaya çıkması sorunu meydana gelmektedir. Ayrıca, adli yargının genel görevli yargı yolu olmasını Anayasa Mahkemesi nezdinde

¹⁰³ "...Bu çerçevede, İmar Kanununun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde olduğundan, Kabahatler Kanununun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, İmar Kanununun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesinde açılan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin görevine girmemektedir." Anayasa Mahkemesi, 35/36, 5.4.2007.

¹⁰⁴ Sözlüer ve Dursun, 'TCK, CMK ve Kabahatler Kanunundaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor' (n 77) 218.

¹⁰⁵ Korkut ve Otacı (n 50) 143.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, 108/35, 01.03.2006.

¹⁰⁷ Çınarlı ve Boulanger (n 48) 502.

meşrulaştırılan hak arama hürriyeti ve davaların daha hızlı sonuçlandırılması *haklı nedeni ve kamu yararı* bakımından eşitsizlik doğacaktır.

Kişi hakkında hem adli yargının görevine giren bir idari para cezası hem de idari yargının görevine giren bir idari işlem tesis edilmiş ve kişi sadece idari para cezasına itiraz etmek istiyorsa hangi merciin görevli olacağı da belirsizdir. Uygulamada, sulh ceza hâkimlikleri arasında uygulama farklılıkları vardır. Bazı sulh ceza hâkimlikleri sadece idari para cezasına ilişkin başvuru yapılması durumunda kişiye idari yargıda davası olmadığına dair bildirimde bulunması için müzekkere yazarken, bazı yerlerde iş yoğunluğu sebebiyle bunun takibinin mümkün olmaması gerekçesiyle başvuru konusu idari yaptırım kararının sulh ceza hâkimliğince incelenebilecek kararlardan olmadığından bahisle usulden ret kararı vermektedir. Kanaatimizce, sorun kanuni düzenlemenin hatalı olmasından kaynaklanmaktadır. Sorunun çözümü için kanuni düzenleme gerekmektedir.

B. Kabahatler Kanunu'nda Öngörülen Kanun Yolları

1. Başvuru Yolu

Kabahatler Kanunu'nda başvuru yolu ve itiraz yolu ile sınırlı olmak üzere iki kanun yolu düzenlenmektedir. Başvuru yolu, kural olarak idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek ilk yoldur. Kabahatler Kanunu m.27 başvuru yolunu düzenlemektedir. Buna göre, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı, kararın tebliğ veya tefhim tarihinden itibaren on beş gün içinde, sulh ceza hâkimliğine müracaat edilerek başvuru yoluna gidilebilecektir. Süresi içinde başvuru yoluna gidilmediği takdirde ilgili karar kesinleşecektir. Görüldüğü üzere, başvuru yolunun kapsamı, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları ile sınırlandırılmıştır.

Başvuru yolunda madde yönünden görevli merci sulh ceza hâkimliğidir. Yer yönünden görevli sulh ceza hâkimliği ise idari yaptırım kararını veren makam, idari kurul veya kamu görevlilerinin bağlı oldukları ilgili kamu kurum ve kuruluşunun bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğidir¹⁰⁸.

Başvuru yoluna, hakkında idari yaptırım kararı uygulanan kişi, bu kişinin kanuni temsilcisi veya avukatı tarafından gidilebilir. Bu kişilerce sulh ceza hâkimliğine bir dilekçe verilerek başvuru yapılabilir. Başvuruda bulunmaya yetkili kişiler, karar verilinceye kadar başvurudan vazgeçebilirler. Başvurudan vazgeçilmesi durumunda artık aynı konuda bir daha başvuruda bulunulması mümkün değildir (KK m.30/1).

¹⁰⁸ Kabahatler Kanunu m.22/4'e göre, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yer bakımından yetki kuraları kabahatler açısından da geçerlidir. Kangal (n 73) 462.

Başvuru yoluna kararın tebliği veya tefhiminden itibaren on beş gün içinde gidilebilir. Aksi halde idari yaptırım kararı kesinleşir. Kabahatler Kanunu m.26/1'e göre, kişiye yapılacak tebligatta karara karşı başvurulabileceği kanun yolu, başvuru mercii ve başvuru süresi açıkça belirtilmelidir. Aksi halde başvuru süresi başlamayacaktır.

Mücbir sebebin varlığından dolayı sürenin kaçırılması halinde, mücbir sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuru yoluna gidilebilir. Başvuru dilekçesinde başvurunun süresinde yapılmasına mâni olan mücbir sebebin ne olduğu gerekçeleriyle birlikte gösterilmelidir. Mücbir sebep nedeniyle süresi geçirilen başvuru kararın kesinleşmesini engellemez; fakat merciin kararın infazını durdurma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

İdari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının idare veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi halinde *başvuru yoluna* gidilebilecektir. İdari yaptırıma mahkeme karar vermişse, bu karara karşı başvuru yoluna gidilemez. Mahkemece verilen idari yaptırım kararına karşı yalnızca *itiraz yoluna* gidilebilir (KK m.27/5).

Başvuru üzerine sulh ceza hâkimliğince bir ön inceleme yapılacaktır. Bu ön incelemede başvuru, yetki, süre, başvuru konusu idari yaptırımın başvuruya konu olup olamayacağı ve başvuranın buna hakkı olup olmadığı hususları açısından incelenir. Maddede geçen yetki ifadesinden hem görev (madde itibarıyla yetki) hem de yetki (yer itibarıyla yetki) kurallarına göre yapılacak bir değerlendirme anlaşılmalıdır. Kabahatler Kanunu m.28/1'in a bendindeki yetkisizlik durumu adli yargıda görülecek uyuşmazlıklar bakımından düzenlenmiştir. Örneğin, asliye ceza mahkemesine ya da yer yönünden yetkisiz sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunulması durumunda dosyanın görevli ve yetkili sulh ceza hâkimliğine gönderilmesine karar verilecektir. İdari yargının görevli olduğu düşünülen uyuşmazlıklarda ise sulh ceza hâkimliği görevsizlik kararı ile dosyayı idare mahkemesine gönderemez. İdari yargının görev alanına girdiği düşünülen uyuşmazlıklarda başvuru yapılan sulh ceza hâkimliği başvuru konusu idari yaptırım kararının sulh ceza hâkimliğince incelenebilecek kararlardan olmadığı gerekçesiyle başvurunun (usulden) reddine karar verecektir. Uyuşmazlığın idari yargıda denetlenebilmesi için ilgililer tarafından usulüne göre idari yargıya başvurulması gerekir¹⁰⁹. İdari yargının kendisini görevsiz görmesi halinde olumsuz görev uyuşmazlığı doğacak ve son kararı Uyuşmazlık Mahkemesi verecektir.

Ön inceleme sonucu sulh ceza hâkimliği yetkili olmadığı sonucuna varırsa dosyanın *yetkili sulh ceza hâkimliğine gönderilmesine*; başvuru süresi içinde yapılmamışsa veya başvuru konusu karar sulh ceza hâkimliğince incelenebilecek

¹⁰⁹ Şahin ve Özgenç (n 60) 13.

bir karar değilse ya da başvuruda bulunan kişi aslında başvuru hakkına sahip bir kişi değilse bu nedenlerle başvurunun (usulden) *reddine*; sayılan bu sebeplerin mevcut olmaması halinde ise başvurunun *usulden kabulüne* karar verir. Sulh ceza hâkimliğince uyuşmazlık konusunun idari yargının görev alanına girdiği ve dolayısıyla başvuru konusu kararın sulh ceza hâkimliğince incelenebilecek bir karar olmadığından bahisle verilen (usulden) *ret* kararı CMK m.223/10 bağlamında bir görevsizlik kararı ve dolayısıyla bir hüküm teşkil etmemektedir. Kararı veren sulh ceza hâkimliğinin kararında *ret* ifadesi yerine *görevsizlik* ifadesini kullanmış olması da bu durumu değiştirmeyecektir¹¹⁰. Dolayısıyla usulden *ret* kararlarına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen hükümlerin tabi olduğu kanun yollarına gidilemeyecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da CMK m.223/10 bağlamında verilen ve kanun yolu bakımından hüküm sayılan görevsizlik kararının suçlarla ilgili yargılamaları kapsadığı; Kabahatler Kanunu m.28/1-b bağlamında idari yaptırım kararının sulh ceza hâkimliğince incelenebilecek kararlardan olmadığı gerekçesiyle verilen *ret* kararının bu kapsamda olmadığı yönünde karar vermiştir¹¹¹. Fakat Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu *ret* kararının CMK m.223 anlamında bir hüküm ifade etmemesi sebebiyle CMK'daki olağan kanun yollarına başvurulamayacağını ifade etse de Kabahatler Kanunu m.29 uyarınca itiraz yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. Öğretide ise Kabahatler Kanunu'nda da başvurunun usulden reddedilmesi karşısında başvurulabilecek bir kanun yolu düzenlenmediği ifade edilmektedir¹¹². Kanaatimizce de Kabahatler Kanunu m.29'da düzenlenen itiraz yolu "*Mahkemenin verdiği son karara karşı*" başvurulabilecek bir yol olduğu ve m.28/8'de son karar olarak "*başvurunun reddi*" ve "*idari yaptırım kararının kaldırılması*"¹¹³ sınırlı şekilde sayıldığı için bu görüş isabetlidir.

Başvurunun esastan incelenmesi sonucunda sulh ceza hâkimliği ya idari yaptırım kararını hukuka uygun bularak *başvurunun reddine* ya da idari yaptırım kararını hukuka aykırı bularak *idari yaptırım kararının kaldırılmasına* karar verebilir. Sulh ceza hâkimi yeni bir idari yaptırım kararı veremez. Fakat başvuruya konu olan idari para cezası, idari para cezasının alt ve üst sınırı kanunda gösterilmiş bir kabahate ilişkinse ve fakat idari para cezasının bireyselleştirilmesi¹¹⁴ yani miktarı konusunda bir hukuka aykırılık tespit edilmişse sulh ceza hâkimi idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir¹¹⁵. Alt ve üst sınırı kanunla

¹¹⁰ "...davanın görev yönünden reddine ifadesinin kullanılmış olması da verilen kararı teknik anlamda hüküm haline getirmez..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 206/250, 27.10.2009, www.lexpera.com.tr.

¹¹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 206/250, 27.10.2009, www.lexpera.com.tr.

¹¹² Şahin ve Özgeç (n 60) 13.

¹¹³ Diğer bir ifade ile "*başvurunun kabulü*" ya da m.28/9 uyarınca idari para cezasının miktarında değişiklik yapılarak "*başvurunun kabulü*".

¹¹⁴ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 20501/4829, 14.3.2022, www.lexpera.com.tr.

¹¹⁵ "Dosya kapsamına göre, muterizin itiraz dilekçesinde sürücü belgesinin sınıfına göre sürmeye yetkili olduğu araç dışındaki aracı sürmek kabahatini kabul ederek sadece ceza miktarının 707,00 Türk liralık kısmına itiraz ettiği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 39. maddesinin "Sürücü belgesi sahiplerinin, sürücü belgelerinin sınıfına göre sürmeye yetkili oldukları araçların dışındaki araçları sürmeleri yasaktır. Bu fıkra hükmüne aykırı hareket eden sürücüye 700 Türk Lirası idari para

gösterilen idari para cezalarına karşı yapılan başvurularda, sulh ceza hâkiminin idari para cezasının miktarını değiştirme yetkisi bulunsa da bu miktarı artıramayacağı kabul edilmelidir. İdari para cezası kararı hukuka uygun ise başvurunun reddine karar verilecek iken; idari para cezası kararı hukuka uygun olmakla birlikte kararın içeriği yani miktarı bakımından hukuka aykırılık varsa bu hukuka aykırılık giderilerek başvurunun kabulüne karar verilebilecektir.

Kabahatler Kanunu m.27/6'da önemli bir istisna düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturulan fiilin suç teşkil etmediği fakat kabahat teşkil ettiği gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilirse ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilirse, bu itirazı inceleyecek merci idari yaptırım kararına karşı yapılan başvuruyu da inceleyecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.173'e göre kovuşturmaya yer olmadığına dair karara suçtan zarar gören kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren *iki hafta* içinde itiraz edebilir. Kabahatler Kanunu m.23/3 uyarınca, soruşturmaya konu olan fiilin suç değil de kabahat teşkil ettiği anlaşılırsa Cumhuriyet savcısı kendisi idari yaptırım kararı verecektir. Bu idari yaptırım kararına karşı en geç *on beş gün* içinde başvuru yoluna gidilebilir. Aksi halde idari yaptırım kararı kesinleşecektir. Hakkında idari yaptırım kararı verilen kişinin başvuru yoluna gitmemesiyle karar kesinleşse de kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itirazın kabul edilmesi halinde Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı ile idari yaptırım kararı kaldırılacak ve iddianame düzenlemesi gerekecektir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilmiş ve idari yaptırım kararına karşı da başvuru yoluna gidilmişse her iki kararı da bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği inceleyecektir. Bu itiraz, kanun yolu anlamında bir itiraz değil¹¹⁶; nevi şahsına münhasır bir itirazdır. İtiraz neticesinde sulh ceza hâkimliğince verilecek karar kanun yararına bozmaya konu edilebilecektir¹¹⁷.

Son olarak, on beş bin Türk Lirası ve altındaki idari para cezalarına karşı başvuru yolunda verilen kararlar kesindir.

cezası verilir. Bu kişilere araç kullandıran araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir" hükmü uyarınca itirazın haklı olduğu göz önüne alınarak, Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 20/10/2011 tarihli ve 2008/654 esas, 2011/17694 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere... 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 28/9.maddesinde yer alan "İdari para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idari para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir." şeklindeki düzenleme karşısında, sulh ceza mahkemesince idari para cezasının düzeltilebileceği gözetilmeden, yazılı şekilde 1.407,00 Türk lirası tutarlı idari para cezası tutanağının iptaline karar verilmesinde isabet görülmemiş..." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 16792/14675, 16.07.2014; Yargıtay 7. Ceza Dairesi 17328/19750, 25.11.2014, www.lexpera.com.tr.

¹¹⁶ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Seçkin 2021) 260.

¹¹⁷ Şahin ve Göktürk (n 116) 309; Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları* (Seçkin 2018) 258; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 348 /332, 17.6.2014, www.lexpera.com.tr.

2. İtiraz Yolu

Başvuru yolu sonucunda verilen son kararlara karşı ve doğrudan mahkeme tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren en geç iki hafta içinde Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre itiraz yoluna gidilebilir.

Başvuru yolu üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilen başvurunun reddi, idari yaptırımın kaldırılması ve idari para cezasının miktarında değişiklik yapılarak başvurunun kabulü kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilecektir. Fakat on beş bin Türk Lirası dâhil idari para cezalarına ilişkin *başvuru üzerine verilen kararlar* kesindir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilemez. On beş bin Türk Lirası'nın üzerinde olup da başvuru üzerine sulh ceza hâkimi tarafından on beş bin Türk Lirası veya altına indirilen idari para cezalarına karşı da itiraz yoluna gidilemeyecektir. Bu kural, on beş bin Türk Lirası ve altındaki idari para cezası ile itiraz yolu açık diğer bir idari yaptırım kararının birlikte verilmesi durumunda da geçerlidir¹¹⁸.

İdari yaptırıma mahkeme karar vermişse¹¹⁹, on beş bin Türk Lirası sınırlaması uygulanmayacak, sadece doğrudan itiraz yoluna başvurulabilecektir¹²⁰. Burada ifade edilen idari yaptırımlar m.19'da örneklendirilen diğer idari yaptırımları da içermektedir.

Kovuşturma konusu fiilin suç teşkil etmediği fakat kabahat teşkil ettiği gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilmesi durumunda fiilin suç teşkil etmemesi nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna başvurulması durumunda, idari yaptırım kararına karşı yapılan itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenecektir (KK m.27/7). Bu hükmün uygulanabilmesi için beraat hükmüne karşı kanun yoluna başvurulmuş olması gerekir. Kabahatler Kanunu m.27/7 idari yaptırım kararına karşı yapılacak başvurunun niteliğini değiştirmemekte; itirazı inceleyecek mercie yönelik özel bir düzenleme getirmektedir. Bununla birlikte inceleme itirazı inceleyecek mercie göre istinaf veya temyiz incelemesi şeklinde yapılmaktadır¹²¹.

¹¹⁸ “Kabahatli ... hakkında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na aykırılıktan İstanbul C Bölgesi Trafik Ekipler Amirliğinin 14/05/2015 tarihli ve 740692 sayılı idari yaptırım karar tutanağı uygulanan 800,00 Türk lirası idari para cezası tutanaklarına karşı yapılan başvurunun reddine ilişkin İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hakimliğinin 30/06/2015 tarihli ve 2015/2084 değişik iş sayılı kararının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 28/10. maddesi uyarınca kesin nitelikte olmasına rağmen, kabahatli vekilinin kabahatli hakkında sürücü belgesinin geçici olarak geri alma tutanağına da itirazlarının bulunduğundan bahisle yaptığı itirazın kısmen kabul edilerek 740692 sayılı idari yaptırım karar tutanağı ile uygulanan 800,00 Türk lirası idari para cezası tutanağının da iptaline dair verilen İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Hakimliğinin 08/09/2015 tarihli ve 2015/2084 değişik iş sayılı ek kararının usul ve yasaya aykırı olduğu anlaşılmalı;..kanun yararına bozulmasına...” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 2972/8280, 9.7.2018, www.lexpera.com.tr.

¹¹⁹ “Suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırıma tabi tutulan fiillerden dolayı düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren görevli mahkemeler görülmekte olan davalarda 5941 sayılı Kanunun geçici 3. maddesi gereğince ya idari yaptırım kararı verecekler ya da idari yaptırım uygulamasına yer olmadığına karar vereceklerdir.” Yargıtay 19. CD, 2597/18495, 25.5.2016, www.lexpera.com.tr.

¹²⁰ Kangal (n 73) 489.

¹²¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 27024/5247, 17.3.2022; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 11991/1046, 28.2.2023; Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 3045/3417, 26.3.2018; Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 3155/7045, 11.06.2018, www.lexpera.com.tr.

Kabahatler Kanunu m.29'da Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre itiraz edilebileceği kabul edildiğinden itiraz yolu bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu m.267 vd. hükümleri dikkate alınacaktır. İtiraz, kararı veren mercie bir dilekçe verilmesi veya tutanağa geçirilmek şartıyla zabıt kâtibine beyanda bulunulması suretiyle yapılabilir. İdari yaptırım hakkında başvuru yolu üzerine karar veren hâkimin veya bizzat idari yaptırım kararı veren mahkemenin de itiraz başvurusu üzerine itirazı yerinde görmesi halinde kararını düzeltebileceğini kabul etmek gerekir. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu m.268/2'ye göre, kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltebilir.

İtiraz incelemesi dosya üzerinden yapılır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.271/2'de, itirazın yerinde görülmesi durumunda merciiin itiraz konusu hakkında da karar vereceği kabul edilse de, Kabahatler Kanunu m.29/3 verilebilecek kararları açıkça düzenlemiştir¹²². İtiraz başvurusu üzerine, idari yaptırım kararı hukuka uygun bulunursa *itirazın reddine*, idari yaptırım kararı hukuka aykırı bulunursa *itirazın kabulüne* karar verilir. Mahkeme bu iki karar dışında farklı bir karar veremez. İdari yaptırım kararı veren makamın yerine geçerek yeni bir yaptırım kararı alamaz.

C. Ceza Muhakemesi Kanunu Bağlamında Kanun Yararına Bozma Olağanüstü Kanun Yoluna Başvuru İmkânı

Adli yargının denetimine tabi olan idari yaptırım kararlarına karşı Kabahatler Kanunu'nda yukarıda açıklandığı üzere başvuru yolu ve itiraz yolu olmak üzere iki yol düzenlenmektedir. Kabahatler Kanunu düzenlemesine göre, (doğrudan mahkemece verilenler hariç) idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı öncelikle *başvuru yoluna*; başvuru yolunda sulh ceza hâkiminin verdiği *son karara* karşı ise *itiraz yoluna* gidilebilmektedir. Mahkemece verilen idari yaptırım kararlarına karşı ise sadece itiraz yoluna başvurulabilir. Kabahatler Kanunu sisteminde, itiraz yoluna başvurulması sonucunda itirazı incelemeye yetkili merciiin verdiği "itirazın kabulü" veya "itirazın reddi" kararına karşı başvurulabilecek bir yol düzenlenmemekte; diğer bir ifadeyle idari yaptırım kararı kesinleşmektedir. Ayrıca Kabahatler Kanunu m.28/10'da on beş bin Türk Lirası dâhil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olduğu ifade edilmektedir. Fakat başvuru yolu veya itiraz yolu neticesinde kesinleşen kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca olağanüstü kanun yollarına, özellikle kanun yararına bozma yoluna başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıdır.

Yukarıda değinildiği üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kabahatler Kanunu açısından genel kanun niteliğinde görülemeyeceği ifade edilmelidir¹²³. 6217 sayılı kanun ile itiraz yolu başlıklı 29'uncu maddede yapılan değişiklikle itirazın

¹²² Kangal (n 73) 493.

¹²³ Şahin ve Özgenç (n 60) 13; Şen (n 101) 14, 16.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yapılacağı kabul edilse de bu değişiklik Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kabahatler Kanunu bakımından genel kanun olarak görülebilmesi ve diğer hükümlerinin de kabahatler açısından uygulanabilmesi için yeterli değildir¹²⁴. Bu konuda açık bir kanuni düzenleme de mevcut değildir. Kabahatler Kanunu, kabahatler hukukunun kurallarını belirleyen ve kendine özgü bir kanun yolu sistemi olan müstakil bir kanundur¹²⁵. Dolayısıyla kanun yollarına ilişkin hükümlere de bu açıdan bakılması gerekir.

Yargı kararlarında idari makamlar tarafından verilen idari yaptırım kararlarının mahkemece denetlenmesi sonucu verilen kararların da idari nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹²⁶. *Şen*'e göre ise idari yaptırım kararını veren makam savcılık ya da mahkeme dahi olsa bu kararlar bir yargı faaliyeti değildir¹²⁷.

CMK m.309'a göre, hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğu gerekçesiyle kanun yararına bozma yoluna gidilebilir. Öğretide idari yaptırım kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilip gidilemeyeceği noktasında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Şahin ve Özgenç*'e göre, Ceza Muhakemesi Kanunu Kabahatler Kanunu'nu tamamlayıcı bir kanun olarak görülemeyeceğinden, idari yaptırım kararlarına karşı herhangi bir olağanüstü kanun yoluna başvurulamaz¹²⁸. *Şahin ve Göktürk*'e göre, idarece verilen idari yaptırım kararının denetimi neticesinde sırf adli merciler tarafından karar verilmiş olması ve bu kararlardaki hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmanın tek yolunun kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolu olmasından hareketle kanun yararına bozma yoluna başvurulamaz¹²⁹. *Şen*'e göre, kabahatler kapsamında verilen idari yaptırım kararları ve bunların denetimi Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında bir yargılama niteliğinde değildir. Kanun yararına bozma yoluna konu olabilecek hâkim ve mahkeme kararları yargılamaya ilişkin kararlardır ve soruşturma ve kovuşturma aşamalarıyla ilgilidir. Dolayısıyla idari yaptırım kararları kıyas yoluyla kanun yararına bozmaya konu edilemez. Kabahatler Kanunu'nda kanun yolları tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar yargı faaliyetinden ziyade bir hukukilik denetimi mahiyetindedir. Kabahatler Kanunu'nda ve kabahatlerle ilgili hüküm bulunan diğer kanunlarda açık düzenleme

¹²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Kabahatler Kanunu ile CMK sisteminden farklı ve kendine özgü bir sistem getirildiğini ve CMK'ya yapılan atıfların bu durumu değiştirmeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1360/290, 11.6.2013; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 348/332, 17.6.2014; Şen (n 101) 14.

¹²⁵ Pehlivan (n 13) 55.

¹²⁶ "İdari para cezaları, idari makamların kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir." Anayasa Mahkemesi, 19/66, 23.10.1997; Yargıtay da aynı şekilde, mahkemelerin Kabahatler Kanunu uyarınca yaptığı denetimin bir idari işlemin denetiminden ibaret olduğu, idari bir işlemin denetlenmesinin de idari nitelikte olduğu ve ceza muhakemesi kuralları ile ilgili bir işlem yapılmadığını ifade etmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 189/225, 21.12.2004; Yargıtay 7. CD, 2187/12910, 20.09.2010; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 235/247, 7.12.2010; Aksi yöndeki karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/141, 16.5.2006, www.lexpera.com.tr.

¹²⁷ Şen (n 101) 14.

¹²⁸ Şahin ve Özgenç (n 60) 13.

¹²⁹ Şahin ve Göktürk (n 116) 309.

bulunmaması halinde TCK ve CMK hükümleri otomatik olarak uygulanamayacaktır. Ortaya bir boşluk çıkıyorsa bu boşluk kanun koyucu tarafından giderilecektir¹³⁰. *Erdem ve Şentürk*'e göre, Kabahatler Kanunu uyarınca verilen kararlar kanun yararına bozmaya konu olamaz. Kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesi için, bir

hâkim veya mahkeme tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanarak verilmiş bir kararın olması gerekir¹³¹.

Yenisey ve Nuhoğlu'na göre, içtihat birliğinin sağlanması için kanun yararına bozma yolu kabahatler bakımından da uygulanmalıdır. Fakat yazarlar bu yolu istisnai bir yol olarak gördükleri için sadece yargılama makamı kararlarına karşı bu yolun uygulanması gerektiği kanaatindedirler¹³². *Özbek, Doğan ve Bacaksız*, Yargıtay'ın kabahatler kanunu uyarınca verilen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna başvurulamayacağı yönündeki içtihadını değiştirmesini yerinde bulmaktadır¹³³. *Ünver ve Hakeri* ise kabahatler hakkında verilen idari yaptırım kararlarına karşı *yargılamanın yenilenmesi* yoluna başvurulamayacağını ifade etmektedirler¹³⁴.

Yargıtay'ın ise bu konudaki içtihadı zamanla farklılık göstermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kabahatler Kanunu'nun henüz yürürlüğe girmedeği dönemde, idare tarafından verilen idari para cezasının sulh ceza hâkimince denetlendiği bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararında idari para cezasının denetlenmesi işleminin adli yargıya ilişkin kanun yollarına tabi olmasının yasal olarak olanaksız olduğuna karar vermiştir. Mahkeme gerekçe olarak, kanun yararına bozma yolunun sadece adli suçlara ilişkin ve adli yargı düzeni içerisinde gerçekleşen kanuna aykırılıkların giderilmesi için öngörülen bir yol olduğunu, esasında idari yargıya ait olan fakat hızlı bir denetim sağlanması amacıyla kanunla sulh ceza hâkimine tevdi edilen idari para cezalarının denetlenmesinde bir idari işlemin denetlendiğini ve adli yargılama kuralları ile ilgili bir işlem yapılmadığını, idari işlemin denetimi niteliğinde olan idari para cezasına itirazın incelenmesinde adli yargı mercilerinin kanunla görevlendirilmesinin yapılan işleme adli bir işlem niteliği vermeyeceğini, idari bir işlemin denetlenmesinin de idari nitelikte olduğunu ifade etmiştir¹³⁵. Genel Kurul, Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği 16.5.2006 tarihli kararında ise kanun değişiklikleri ile birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.12.2004 gün ve 189-225 sayılı kararında belirtilen neden ve gerekçelerin ortadan kalktığını, gerek idari makamlar tarafından verilen idari yaptırım kararlarının adli

¹³⁰ Şen (n 101) 14-16.

¹³¹ Erdem ve Şentürk (n 118) 258.

¹³² Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Seçkin 2021) 1007.

¹³³ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2021) 781; Bu konudaki içtihadı aşağıda değinilmiştir.

¹³⁴ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Bası, Adalet Yayınevi 2019) 2030.

¹³⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 189/225, 21.12.2004, www.lexpera.com.tr.

merciler tarafından denetimi sonucu kesinleşen kararlara gerekse doğrudan adli merciler tarafından verilip kesinleşen idari yaptırım kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir¹³⁶.

Genel Kurul 23.3.2010 tarihli kararında¹³⁷ ise, Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen başvuru ve itiraz yoluna göre kesinleşen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna başvurulamayacağını; zira CMK m.309'da “karar” ve “hüküm”den bahsedildiğini; maddede bahsedilen “kararlar” ifadesinin CMK'da tanımlanan ve CMK'daki yöntem uygulanarak verilen kararları kapsadığını; Kabahatler Kanunu uyarınca verilen kararların bu kapsamda olmadığını ifade etmiştir. Genel Kurul, on beş bin Türk Lirası¹³⁸ ve altındaki idari para cezalarına karşı başvuru yoluna gidilmesi sonucu sulh ceza hâkimliğince verilip kesinleşen kararlara; on beş bin Türk Lirası'ndan fazla idari para cezalarına karşı yapılan başvuru üzerine sulh ceza hâkimliğince verilen kararların itiraz üzerine incelenmesi sonucu verilen kararlara; doğrudan mahkemece idari yaptırım kararı verilmesi halinde itiraz yolu sonucu verilen kararlara karşı olağanüstü kanun yoluna başvurulamayacağı tespitinde bulunmuştur¹³⁹. Yine aynı kararda Genel Kurul, Kabahatler Kanunu m.27/6 ve 27/7 uyarınca yapılan denetim üzerine verilen kararlara karşı ise kanun yararına bozma yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir¹⁴⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.10.2010 tarihli kararında¹⁴¹ ise, üç bin Türk Lirası'na kadar idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru üzerine sulh ceza hâkimliğince verilen karar üzerine; üç bin Türk Lirası'ndan fazla idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararlarında ise yapılan başvuru üzerine sulh ceza hâkimliğince verilen kararların itiraz üzerine denetlenmesi sonucu verilen

¹³⁶ “Birinci derece yargılaması sırasında filin nitelik değiştirdiğini kabul ederek idari yaptırma hükmeden bir adliye mahkemesinin bu kararı kesinleştiğinde, hiç kuşkusuz yasa yararına bozma istemine konu olabilecektir. Bu durumda, mahkemelerce verilen idari yaptırım kararları bakımından yasa yararına bozma istenebileceği, buna mukabil idari merciler tarafından verilen idari yaptırım kararına yönelik başvuru ve itiraz üzerine sulh ve ağır ceza mahkemelerince verilecek kararların yasa yararına bozma istemine konu edilemeyeceğinin kabulü, çelişki ve eşitsizlik yaratacak; bu tür kararların Yargıtay denetimi dışında kalması sonucunu doğuracaktır. Bu yasal değişiklikler ve yeni düzenlemeler karşısında Ceza Genel Kurulunun 21.12.2004 gün ve 189-225 sayılı kararında belirtilen neden ve gerekçeler ortadan kalkmış olduğundan, idari yaptırımlara itiraz üzerine adli mahkemelerce verilip kesinleşen kararlara karşı yasa yararına bozma yoluna başvurulması mümkündür.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/141, 16.5.2006, www.lexpera.com.tr.

¹³⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 33/58, 23.3.2010, www.lexpera.com.tr.

¹³⁸ Bahsettiğimiz bazı Yargıtay kararları sonrasında Kabahatler Kanunu'nda özellikle idari para cezasının miktarı bakımından değişiklikler yapıldığından, kararlarda geçen miktar belirten ifadeler kanunun güncel haline göre değiştirilerek ifade edilmiştir.

¹³⁹ Bahsedilen kararda Yargıtay, bu durumlarda “yasa yolu sürecinin tamamlanacağını” kabul etmiştir.

¹⁴⁰ “Ancak, C.Savcılığınca eylemin suç oluşturmayıp kabahat oluşturduğu saptanarak, suç nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine, bu kararın Cumhuriyet savcısının görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından inceleneceğinden, ağır ceza mahkemesi başkanınca verilen karar, hem suç soruşturması ile ilgili yapılan işlemleri hem de idari yaptırım kararını kapsadığından, bu kararın olağan üstü yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yoluna konu edileceğinin kabulü gerekmektedir. Yine aynı şekilde, mahkemelerce eylemin suç oluşturmaması nedeniyle suçtan dolayı beraat, kabahat nedeniyle idari yaptırım kararı verilmesi halinde, bu şekilde kesinleşen bir beraat kararının, eylemin suç oluşturduğu iddiasıyla yasa yararına bozma konusu yapılabileceği kuşkusuzdur.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 33/58, 23.3.2010, www.lexpera.com.tr.

¹⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 167/195, 12.10.2010, www.lexpera.com.tr; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 133) 781; Yenisey ve Nuhoğlu (n 132) 1007.

karar üzerine; idari yaptırım kararının mahkemece verilmesi halinde itiraz üzerine verilen karar ile 5326 sayılı Kanunda öngörülen olağan yasa yolu sürecinin¹⁴² tamamlanacağını ifade etmiş; yine Kabahatler Kanunu m.27/6'ya uygun bir olayda kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itirazı incelemeye yetkili merci kararının, hem suç soruşturması ile ilgili yapılan işlemleri hem de idari yaptırım kararını kapsadığı gerekçesiyle bu kararın da kanun yararına bozmaya konu edilebileceğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra Genel Kurul daha önceki kararlarından farklı olarak kanun yararına bozma yolunun kapsamını daha geniş yorumlamıştır. Genel Kurul, 1) idari yaptırım kararına karşı sulh ceza hâkimliğine başvurulup, bu hâkimlikçe verilen karara, 2) mahkeme tarafından idari yaptırım kararının verilmesi halinde, mahkemece verilen karara, 3) itiraz üzerine itirazı incelemeye yetkili merci tarafından verilen karara, 4) idari yaptırım kararının C. Başsavcılığınca verilmesi halinde, bu karara yönelik itiraz üzerine itirazı incelemeye yetkili merci tarafından verilen karara karşı, kanun yararına bozma olağanüstü kanun yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. Genel Kurul, inceleme konusu olayda başvuru yolu üzerine sulh ceza hâkimliğince verilen karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolunun kanun yararına bozma yolu olduğunu ifade etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha sonraki kararlarında da bu tür kararlardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolunun kanun yararına bozma olduğunu ifade ederek, kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir¹⁴³. Bu gerekçeye ek olarak, belirtilen içtihadını sürdürdüğü diğer kararlarında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceğini kabul ettiği ifade edilerek, CMK'da kabul edilen karar ve hükümler için düzenlenmiş olan 309'uncu maddenin Kabahatler Kanunu'na göre verilen kararlar bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği; tamamen kendine has bir sistem getiren Kabahatler Kanunu'na göre verilen kararların, CMK'da yer alan düzenlemeye göre

¹⁴² Görüldüğü üzere, Yargıtay önceki kararında yasa yolu sürecinin tamamlanacağından bahsederken bu kararında 5326 sayılı Kanunda öngörülen olağan yasa yolu sürecinin tamamlanacağından bahsetmektedir.

¹⁴³ "İnceleme konusu somut olayda, yasa yararına bozma konusu yapılan karar; C. Savcılığı tarafından verilen idari yaptırım kararına karşı yapılan başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karara itiraz nedeniyle ağır ceza mahkemesince verilen karardır; Kabahatler Yasası kapsamında verilen bu karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolu yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoludur." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 235/247, 7.12.2010; "İnceleme konusu somut olayda, yasa yararına bozma konusu yapılan karar; Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanan idari yaptırıma ek olarak, 2918 sayılı Yasa'nın 48/5. maddesi uyarınca ehliyetin 5 yıl süreyle geri alınmasının talep edilmesi üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karar olup; Kabahatler Yasası kapsamında verilen bu karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolu, yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoludur." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 165/196, 19.10.2010; "Kabahatler Kanunu uyarınca yapılan başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen idari para cezasının kaldırılmasına ilişkin kararın, CMK'nun 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığı ve 309. maddesinin 4. fıkrasında yer alan 4 bendin hiçbirisinin doğrudan kapsamına girmediğinde tereddüt bulunmama ile birlikte, kendine özgü bir sistem getiren Kabahatler Kanununa göre, idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvuru üzerine yerel mahkemece verilen kararın, davanın esasını çözen bir karar olduğu da gözardı edilmemelidir. Bu durumda, Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca başvuru üzerine yerel mahkemece idari yaptırım kararının kaldırılmasına dair verilen kararın, davanın esasını çözmesi ve mahkûmiyet hükmü olmaması nedeniyle CMK'nun 309/4-c maddesi kapsamında kabul edilmesi, hakkaniyete daha uygun bir kabul olacaktır. Bu itibarla, yerel mahkemece başvuru üzerine verilen idari yaptırım kararının kaldırılmasına ilişkin kararın CMK'nun 309/4-c maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden Özel Dairece aleyhe tesir etmemek üzere kanun yararına bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1503/367, 17.9.2013; Aynı yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 167/195, 12.10.2010; www.lexpera.com.tr.

değerlendirilerek 309'uncu madde açısından sonuçlar çıkarılmasının hakkaniyete uygun olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceği belirtilmiştir¹⁴⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Kabahatler Kanunu'na göre idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvuru üzerine yerel mahkemece verilen idari yaptırım kararının kaldırılmasına ilişkin kararın CMK m.223 anlamında bir hüküm olmadığını ve m.309/4'teki bozma nedenlerinin doğrudan kapsamına girmediğini belirtse de davanın esasını çözen bir karar olduğunu ve CMK m.309/4-c kapsamında aleyhe tesir etmemek üzere kanun yararına bozmaya başvurulabileceğini kabul etmiştir¹⁴⁵. Daha önceki kararlarında, CMK m.309'da düzenlenen kanun yararına bozma yolunun CMK'da öngörülen karar veya hükümlerle sınırlı olduğunu kabul eden Yargıtay, söz konusu düzenlemede bir değişiklik olmamasına rağmen görüşünü değiştirmiştir. Gerekçe olarak da kendine özgü bir sistemi olan Kabahatler Kanunu'na göre verilen bir kararın m.309 anlamında bir karar olup olmadığının CMK'ya göre değerlendirilmesinin hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceği ifade edilmiştir. Kendine özgü bir sistemi olan Kabahatler Kanunu'na bu sistemde mevcut olmayan kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunun eklenmesinin yasal bir gerekçesi olmadığından gerekçe olarak hakkaniyetin gözetilmesi gösterilmiştir. Bu durum Kabahatler Kanunu sisteminin eksikliğinin bir göstergesidir.

Uygulamada idari para cezalarına karşı gidilen başvuru yolu sonucu sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilmektedir¹⁴⁶.

Öğreti ve uygulamadaki bu görüşler ve değerlendirmeler tetkik edildiğinde temel olarak iki yaklaşımdan bahsedilebilir. Bir görüş, Kabahatler Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu sistematüğünü ve düzenlemelerini göz önüne alarak, mevcut durumda kanun yararına bozma yoluna başvurulamayacağını savunmaktadır. Diğer görüş ise, mevcut soruna bir çözüm üretmek amacıyla kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir.

Her iki görüşün de savunulabilecek ve eleştirilebilecek yanları bulunmaktadır. Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen kanun yolları uyarınca kesinleşen idari yaptırım kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceği kabul edilmediği takdirde, başvuru yolu sonucu (örneğin itiraz yoluna başvurulmaması nedeniyle veya hatalı şekilde idari para cezasının on beş bin liralık sınırın altında olduğunun kabulüyle) kesinleşen veya itiraz yolunda verilen kararların kanun yolları bağlamında

¹⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1342/366, 17.9.2013; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 378/179, 7.3.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1035/364, 30.4.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 344/369, 22.9.2020, www.lexpera.com.tr.

¹⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1342/366, 17.9.2013; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 343/368, 22.9.2020; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1035/364, 30.4.2019, www.lexpera.com.tr.

¹⁴⁶ Yargıtay 7. CD, 29265/7011, 31.3.2022; Yargıtay 7. CD, 25300/7014, 31.3.2022; Yargıtay 7. CD, 25299/5573, 22.3.2022; Yargıtay 7. CD, 20501/4829, 14.3.2022; Yargıtay 7. CD, 17328/19750, 25.11.2014; Yargıtay 7. CD, 16792/14675, 16.07.2014, www.lexpera.com.tr.

denetlenmesi ve bu kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi imkânsız hale gelecektir¹⁴⁷. Ayrıca Kabahatler Kanunu m.27/8’de düzenlendiği üzere idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülecektir. Adli yargının görev alanına giren bir kabahat tek başına işlendiğinde Kabahatler Kanunu kapsamındaki kanun yollarına tabi olup, olağanüstü kanun yollarında denetlenemeyecekken; aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren başka idari yaptırım kararların da verilmiş olması halinde aynı kabahat idari yargı kapsamında olağanüstü kanun yollarında da denetlenebilecektir. Aynı şekilde bazı kabahatlerin olağanüstü kanun yolu denetimine sahip olmayan adli yargıda, bazı kabahatlerin ise olağanüstü kanun yolu denetimine sahip idari yargıda denetlenmesi kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından düşündürücüdür. Yargıtay aslında bu sorunun çözümü için içtihadını değiştirmiştir.

Fakat yararına bozma yoluna başvurulabileceğinin kabul edilmesi durumunda ise bu kabulün kanuni düzenlemelerle bağdaşmadığı eleştirisi kaçınılmazdır. Zira her ne kadar Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na bazı konularda atfita bulunsa da Kabahatler Kanunu’nun müstakil bir kanun olduğu, kendine has hukuki çareler içerdiği, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kanun yollarına ilişkin hükümlerine genel bir atfita da bulunmadığı göz önüne alındığında ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen olağanüstü kanun yollarının niteliği düşünüldüğünde, kanun yararına bozma yoluna başvurulamaması gerektiği ifade edilebilir. Tüm bu sorunların içtihatla çözülmeye çalışılması yerine yasa koyucunun gerekli düzenlemeleri yapması ve olağanüstü kanun yollarının önünü pozitif hukuk yoluyla açması hukuka uygun olan yöntem olacaktır. Böylelikle hâlihazırdaki uygulama da hukuki bir zemine oturmuş olacaktır.

Sonuç

Kabahatlerin suçun biri türü olmaktan çıkarılması yolunda Kabahatler Kanunu ile büyük bir yeniliğe gidilmiştir. Kabahatler Kanunu, suç olmaktan çıkarma

¹⁴⁷ Bununla birlikte, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin idari yaptırım kararları yoluyla kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmak mümkündür (6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.45). Örneğin, İdris Taniş Başvurusu (2)’de, avukat olan başvuru hakkında ikaz edilmesine rağmen çantasını adliye girişindeki X-Ray cihazından geçirmediği için idari para cezasına hükmedilmesi sebebiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bkz. İdris Taniş Başvurusu (2), 2018/21866, 14.12.2022. Ayrıca ifade etmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu olağan ya da olağanüstü kanun yolları kapsamında değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi verdiği bazı kararlarda bireysel başvuru yolunu “*ikincil nitelikte bir kanun yolu*” olarak nitelendirmektedir. Mahkeme bazı kararlarda ise bireysel başvuruyu “*ikincil nitelikte bir hak arama yolu*” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Adem Yılmaz ve Diğerleri Başvurusu, 2016/15230, 10.1.2024; İsmail Buğra İşlek Başvurusu, 2013/1177, 26.3.2013; Murat Narman Başvurusu, 2012/1137, 2.7.2013. Yargıtay’ın ise bireysel başvuru yolunu olağan veya olağanüstü kanun yolu olarak değil, “*ikincil nitelikte bir hak arama yolu*” olarak kabul ettiğini ifade etmek gerekir. Bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi#:~:text=Ola%C4%9Fan%20veya%20ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC%20kanun%20yolu,yetkili%20bir%20makam%20da%20de%C4%9Fildir.>

düşüncesinin somutlaşmış bir örneğidir. Haksızlık içeriği ağır olmayan bir takım davranışların suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırım gerektiren kabahatler şeklinde düzenlenmesi ceza hukukunun son çare olması ilkesi açısından da uygun bir adım olmuştur. Ayrıca mevzuatta geniş ve dağınık şekilde düzenlenen idari yaptırım gerektiren davranışlar hakkında genel ilkeler vazeden bir kanunun kabul edilmesi kabahatlere ilişkin bir sistem meydana getirme, uygulama birliğinin ve kanun önünde eşitliğin sağlanması düşüncesi açısından da isabetli olmuştur. Fakat Kabahatler Kanunu beraberinde birtakım sorunlar ve belirsizlikler de getirmiştir. Kanunun birçok hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurular yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda ve kanunun uygulanmasıyla beliren sorunlu bazı hususlarda kanun değişiklikleri yapılmıştır. Buna rağmen tartışmalar ve belirsizlikler sona ermemiştir. Kabahatler Kanunu tecrübesi bu yönüyle kanun yapma tekniği ve bir sistem kurmanın zorluğu ve önemi bakımından da değerli bir örnektir.

Anayasa'ya aykırılık tartışmalarının haricinde, Kabahatler Kanunu'nun bazı hükümlerinin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda da belirsizlikler ortaya çıkmıştır. Çeşitli idari yaptırım kararları bakımından hangi yargı yolunun görevli olduğunun tespiti karmaşık bir hal almıştır. Adli yargının görevli kabul edildiği uyuşmazlıklar bakımından da idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolları tartışma konusu olmuştur. Kabahatler Kanunu'nda öngörülen kanun yolları sonrası kesinleşen idari yaptırım kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilip gidilemeyeceği çözülmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Yargıtay önceki kararlarında bu soruya olumsuz cevap verirken; sonraki kararlarında bunun mümkün olduğunu kabul etmiştir. Tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi Yargıtay da kanundan kaynaklanan sorunlara çözüm üretebilmek için içtihadını değiştirmiştir.

Türk Ceza Kanunu'na ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na bazı yerlerde atıflar yapılırsa da, Kabahatler Kanunu başlı başına müstakil bir kanundur. Eleştirilebilir yanları olmakla birlikte, müstakil bir kanun yolu sistemi öngörmektedir. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'nun kendisi gibi, öngördüğü kanun yolu sistemi de kanuni düzenlemeler gereği müstakil olarak görülmelidir. Fakat bu kabul sonrası da adli yargıda denetlenen idari yaptırım kararlarının kanun yolu güvencesinin kapsamında ve kanun yolu denetiminde sorunlar yaşanmaktadır. İlkesel olarak en önemli anayasal sorun ise kanun önünde eşitlik sorunudur.

Benzer nitelikteki idari yaptırım kararlarından adli yargının görevine girenler bakımından olağanüstü kanun yollarına başvuru konusunda tartışmalar yaşanırken; idari yargının görevine giren uyuşmazlıklarda bu tartışma bulunmamaktadır. Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyeti bakımından sorun teşkil etmektedir. Ayrıca aynı nitelikteki uyuşmazlıklarda farklı yargı yollarının görevli

olması nedeniyle uygulama farklılıklarının doğması da kaçınılmazdır. Bu durum Kabahatler Kanunu'nun amacıyla çelişmektedir. Kanuni düzenleme kaynaklı tüm bu sorunlar içtihatlarla değil kanuni düzenlemelerle çözümlenmelidir. Kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımlara karşı öngörülen kanun yolları tam bir koruma sağlayacak şekilde ve kanun önünde eşitlik ilkesine uygun şekilde düzenlenmelidir. Yüksek mahkeme kararlarına da açıkça yansıdığı üzere birçok idari yaptırım kararıyla ilgili olarak görevli yargı yolunun belirlenmesindeki karmaşıklık ve zorluk göz önüne alındığında, kişilerin mahkemeye erişim, hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik hakları bakımından da sakıncaların olduğu ve bunların kanuni düzenlemeler yoluyla giderilmesi gerektiği söylenmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dışbağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aksoylu Ö, 'Türk Hukukunda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa' (2012) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-121.
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (1. Bası, Savaş Yayınevi 2019).
- Bayraktar K, 'Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı' (1984) 50(1-4) İÜHFM 197-212.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2021).
- Çınarlı S ve Boulanger ÖD, 'Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Kolu Sorunu' (2019) 14(151) Terazi Hukuk Dergisi 490-503.
- Donay S, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta 2007).
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası 1982).
- Dürsun S, 'Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri' Adem Sözüer (ed), *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi*, (On İki Levha Yayıncılık 2013) 2239-2250.
- Eraslan Y ve Atik AÇ, 'Yargı Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Yeri Sorunu' (2020) (41) TAAD 151-186.
- Erdem MR ve Şentürk C, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları* (Seçkin 2018).
- Eser A, 'Germany' (1973) 21(2) The American Journal of Comparative Law 245-262.
- Gölcüklü F, '«İdari Ceza Hukuku « ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki' (1963) 18(2) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 115-182.
- Gözler K ve Kaplan G, 'İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)' (2011) 6(63) Terazi Hukuk Dergisi 36-41.
- Gözübüyük AŞ, *Yönetmelik Yargı* (37. Bası, Turhan Kitabevi 2020).

- Günday M, 'İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları' (1997) 14 Anayasa Yargısı 347-358.
- Güran S, 'Yargı Denetiminin Kapsamı' (1987) 52(1-4) İÜHF 35-45.
- Kayihan İ, "İdari Ceza Hukuku Ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", (1984) 50(1-4) İÜHF 117-131.
- Kalabalık H, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (15. Bası, Seçkin 2021).
- Kangal ZT, *Kabahatler Hukuku* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Karabulut M, 'İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı' (2006) (3) Terazi Hukuk Dergisi 63-68.
- Levent K, Cengiz O, *Türk Kabahatler Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2022).
- Mahmutoğlu FS, 'İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi' (1996) 55(1-2) İÜHF 151-171.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2021).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021).
- Pehlivan A, *Kabahatler Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, Beta 2020).
- Sözüer A ve Dursun S, '5411 sayılı Kanun'da Öngörülen Kabahatler' (2005) (5) Hukuki Perspektifler Dergisi 192-200.
- Sözüer A ve Dursun S, 'TCK, CMK ve Kabahatler Kanunundaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?' (2006) (9) Hukuki Perspektifler Dergisi 203-218.
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Seçkin 2021).
- Şahin C ve Özgenç İ, 'Kabahatler Kanununun Uygulanmasına İlişkin Hukuki Değerlendirmeler (I)' (2010) (4) Fasikül Hukuk Dergisi 10-13.
- Şen E, 'Kabahatler Kanunu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri İle İlişkisi' (2010) 5(12) Ceza Hukuku Dergisi 11-17.
- Tan T, 'İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler' (2005) Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan 309-326.
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Bası, Adalet Yayınevi 2019).
- Yayla Y, *İdare Hukuku* (Filiz Kitabevi 1985).
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Seçkin 2021).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 24.01.2024
Revizyon Talebi: 23.04.2024
Son Revizyon Tarihi: 27.06.2024
Kabul: 10.07.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Cumhuriyet Dönemi'nde Modern Avukatlık Mesleğine Geçiş, TBMM Genel Kurul Görüşmeleri ve Günümüze Dair Eleştiriler

Mustafa Okan Yağcı*

Öz

İslam Hukuku'ndaki "husumete/murafaaya vekalet" kavramı altında şekillenen dava vekilliği mesleğinin modernize edilmesi konusunda Osmanlı Devleti kendi koşulları içerisinde elinden gelen gayreti göstermiştir. Bu amaçla yapılan çalışmalardan 1875 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, avukatlık mesleğiyle ilgili ilk düzenleme olarak, avukatlık hukukumuzun temelini oluşturmuştur.

Cumhuriyet'in ilanından sonra yapılan adli islahat içerisinde dava vekilliği müessesesi yetersiz görülerek yeni bir meslek kolunun yaratılması gerektiği görüşü hakim olmuştur. Bu bağlamda daha kapsamlı bir düzenleme yapılan kadar 460 sayılı Muhamat Kanunu ile bir geçiş döneminin sağlanması amaçlanmış ve muhami/muhamat mesleği kabul edilmiştir.

Biri geçici toplam 18 maddeden oluşan Muhamat Kanunu, bu kanun gereği oluşturulan tasfiye komisyonları ile savaş sonrası dönemde önemli kararların ortaya çıkmasına vesile olduğu gibi yeni bir mesleğin yaratılması, bu mesleğe ait hak, yetki ve ödevlerin belirlenmesi ile kabul ve geçiş şartlarının tespit edilmesi, baro adı altında meslek örgütlenmesinin yapılması ve günümüzde de geçerliliğini koruyan avukatlıkla bağdaşmayan işler veya hasılı davaya iştirak yasağı gibi ilkelerin ortaya konulmasını sağlamıştır.

Muhamat Kanunuyla belirlenen temel çözüm yolları üzerinde Osmanlı döneminden beri gelen bir mutabakatın bulunması, TBMM görüşmeleri sırasında yapılan tartışmaların daha çok tali konularda yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bu konular, muhamilik mesleğine dahil olabilmek için yapılacak stajın süresi ve şeklinin nasıl olması gerektiği, muhamilik mesleğini icra edebilmek için hukuk mektebinden mezun olmanın şart olup olmadığı ve ihdas edilen yeni meslek için muhami ve muhamat tabirlerinin uygun düşüp düşmediğidir.

Bu çalışmada, Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin gelişimi incelendikten sonra, Muhamat Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeler, TBMM Genel Kurul tartışmaları vasıtasıyla, günümüzle ilişkilendirilerek ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Avukatlık Hukuku, Avukatlık, Dava Vekilliği, İradi Temsil, Türk Adli İslahatı, 460 Sayılı Muhamat Kanunu, 1875 Tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname

Transition to Modern Attorneyship Profession During the Republican Era, Discussions in the Turkish Grand National Assembly (TBMM), and Criticisms Regarding Today

Abstract

The Ottoman Empire, within the constraints of its own circumstances, made reasonable efforts to modernize the profession of "legal representative for the case" existing under the term "attorneyship for being party in the case/hearing" in Islamic Law. In this regard, the Regulation on Legal Representatives for the Case of Regulatory/Nizamiye Courts dated 1875, the first regulatory framework related to the legal profession, holds the status of being the foundational regulation for the profession of advocacy in the Turkish legal system.

* **Sorumlu Yazar:** Mustafa Okan YAĞCI (Dr. Öğr. Üyesi), Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, E-posta: moyagci@pirireis.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5859-3775

Atf: Yağcı MO, "Cumhuriyet Dönemi'nde Modern Avukatlık Mesleğine Geçiş, TBMM Genel Kurul Görüşmeleri ve Günümüze Dair Eleştiriler" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 647. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0009>



When the Turkish Republic era was reached, the prevailing view was that the profession of legal representative for the case was inadequate, and there was a need to create a new one. In this context, Attorney's Act numbered 460 was enacted within the ongoing judicial reform efforts.

The consensus that has been present since the Ottoman period on the fundamental solutions outlined in the Attorney's Act has led to debates in the Grand National Assembly of Türkiye focusing more on secondary issues. These issues include the duration and form of the internship required to be eligible for the profession of attorneyship, whether graduation from a law school is a prerequisite for practicing as an attorney, and whether the terms "muhami/muhamat" which means "protector", are suitable for the newly established profession.

In this study, I will first examine the development of the attorneyship profession in the Ottoman Empire. Subsequently, I will discuss the regulations introduced by the Attorney's Act and the debates held in the Parliament, drawing connections to today's perspective.

Keywords

The Law of Attorneyship, Attorneyship Profession, Legal Representative for The Case, Legal Representation, Judicial Reforms In Türkiye, Attorney's Act Numbered 460, Regulation On Legal Representatives for the Case of Regulatory/Nizamiye Courts Dated 1875

Extended Summary

The Ottoman Empire, within the constraints of its own circumstances, made reasonable efforts to modernize the profession of “legal representative for the case” (“*dava vekilliği*”) existing under the term “attorneyship for being party in the case/hearing” (“*husumete/murafaaya vekalet*”) in Islamic Law. In this regard, the Regulation on Legal Representatives for the Case of Regulatory (“*Nizamiye*”) Courts (“*Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname*”) dated 1875, is the first regulatory framework related to the legal profession. It holds the status of being the foundational regulation for the profession of advocacy in the Turkish legal system.

When the Turkish Republic era was reached, the prevailing view was that the legal institution of legal representative for the case was inadequate, and there was a need to create a new professional branch. In this context, within the ongoing judicial reform efforts, the aim was to establish a transitional period with Attorney’s Act numbered 460 (“*Muhamat Kanunu*”) until a more comprehensive law was enacted.

Attorney’s Act consisted of a temporary total of 18 articles, led to the emergence of decisions in the post-war period with a predominant political aspect through the commissions (“*tasfiye komisyonları/meclis-i tefrik*”) established under this act as well as it facilitated the establishment of a new profession known as attorneyship (“*muhamilik*”), defined the rights, powers, and duties of this profession, specified the conditions for acceptance and transition into this profession, ensured the formation of a new professional organization under the name of the bar association, and introduced principles that still hold validity today such as activities incompatible with attorneyship or the prohibition of participation in a lawsuit.

The consensus that has been present since the Ottoman period on the fundamental solutions outlined in the Attorney’s Act has led to debates in the Grand National Assembly of Türkiye focusing more on secondary issues. These issues include (i) the duration and form of the internship required to be eligible for the profession of attorneyship, (ii) whether graduation from a law school is a prerequisite for practicing as an attorney, and (iii) whether the terms “*muhami*” and “*muhamat*” deriving from the Arabic word “*himaye*”, “*mahmi*” and meaning that “protector”, are suitable for the newly established profession.

In today’s context, the first two of these three discussed issues still retain their significance. Specifically, the 36-month internship system, originally envisaged as a civil servant within the judiciary and financed by the state according to the Attorney’s Act, has now transformed into a 12-month internship with an uncertain work structure, funded by the candidate themselves. When the current internship approach falls short of meeting the average characteristics of practices in other countries compared to the

internship system outlined in the Attorney's Act, it is observed that there has been a regression in terms of the duration and financial burden of the internship, limited progress regarding the choice of internship placements, and an ongoing expectation for the implementation of the bar exam. Therefore, it should be emphasized that a thorough review of the internship provisions in the regulations for lawyering would be highly beneficial.

On the other hand, although it was not considered a reputable view during the Attorney's Act discussions in the parliament, it is seen that two years after the Act's enactment, graduates of the school of political sciences were allowed to practice as a lawyer by taking additional courses and completing exams. This practice continued for over 40 years. While investigating the rationale behind this, it is noted according to some approximate data that in the 1920s, only 20-30 people graduated from law faculties each year; considering that Ankara Law School produced its first graduates in 1928, a significant change in this number until the 1930s seems unlikely; in 1939, there were a total of 1,631 lawyers in Türkiye; from the 1960s to the late 1970s, the two law faculties in Türkiye produced a total of 950 graduates each year; in 1961-1962, that the ratio of lawyers in Türkiye to the population was deemed sufficient pursuant to the research conducted by the State Planning Organization. Therefore, it can be inferred that the opportunity for political sciences graduates to practice law was provided until the gap in the legal professional workforce was filled; in other words, until the days when the ratio of lawyers to real persons in Türkiye decreased from one lawyer for every 10,000 individuals to one lawyer for every 2,485 individuals. However, today, by the ratio of lawyers to real persons, which is 459, in Türkiye, the question of whether graduates from other fields should practice law has evolved into the question of "Is there a need for so many legal professionals/lawyers?"

I. Giriş

Hakkındaki bilgi ve belgelerin bir kısmı dahi incelendiğinde Mustafa Kemal Atatürk'ün duygularının etkisinde kalmaksızın bilgi ve tecrübeyi esas alarak derin değerlendirmeler yapan bir düşünür olduğu kolaylıkla anlaşılır. Kanaatimce Atatürk'ün özel sohbetlerinde veya bir topluluğa hitap ederken sarf ettiği pek çok sözün, verdiği mesaj itibarıyla, aleladelinin hep birkaç adım ötesinde olmasının sebebi de bu özelliğidir.

Mustafa Kemal Paşa'nın 5.11.1925 tarihinde Ankara Hukuk Mektebi'nin açılış töreninde yaptığı konuşma¹ az önce yapılan tespitin örneklerinden birini teşkil eder. Bu konuşmada özetle, yeni başlamış Türk Devrimleri'nin temel niteliklerine işaret edildikten sonra, ulaşılmak istenen yeni düzenin ancak hukuki enstrümanlar vasıtasıyla yaratılabileceğinden ve bir başarının sağlanabilmesi için Türk Devrimleri'nin manasını doğru kavrayan, yorumlayan, açıklayan ve tatbik eden hukukçulara ihtiyaç duyulduğundan bahsedilmektedir. Hukukçu insan kaynağının doğru yetiştirilmesi, görevlendirilmesi ve organizasyonunun ne kadar hayati olduğunun altını çizen bu konuşma şu cümle ile tamamlanmaktadır:

“Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum.”

Kanımcı yukarıda belirtilen hususlar, özünde hukukun bir sosyal düzen aracı olarak nasıl kullanılması gerektiğini ve oluşturulacak aygıtın bileşenlerinin neler olduğunu da göstermektedir. Başka bir anlatımla, Mustafa Kemal Paşa yeni bir toplum düzeni yaratmak için sadece yasa haline getirilmiş kuralların varlığının yeterli olmadığını bilerek, bu kuralları sahada uygulayacak insan gücünün çağdaş bir biçimde düzenlenmesi, örgütlenmesi ve çalıştırılmasının sağlanması ile bu güce daha sonra katılacak insan kaynağının gereği gibi yetiştirilmesine ayrı bir önem vermektedir.

İşte Cumhuriyet'in ilanının hemen ardından yapılan ve 1925 yılında Ankara Hukuk Mektebi'nin kuruluşu ile yaklaşık aynı zamanlara tekabül eden avukatlık mesleği ile ilgili 460 sayılı Muhamat Kanunu² (bundan sonra “MK” şeklinde de anılacaktır), ayrı bir örgütlenmesi olmaksızın mahkemelerin yanında savcılık teşkilatını³ da kuran 469 sayılı Mehakimi Şeriyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun⁴ ile hakimlerin statüsünü düzenleyen 766 sayılı Hakimler Kanunu⁵ bahsi geçen bilgi, bilinç ve basiretin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹ Konuşma metni için bakınız: *Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı* (Ajans-Türk Matbaası 1966) XXXIII-XXXVI.

² Muhamat Kanunu, Kanun Numarası: 460, Kabul Tarihi: 3.4.1924, RG 26.4.1924/69.

³ Abdullah Kuyucu, ‘Türkiye’de Savcılık (Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolü ve Örgütlenmesi)’ (2006) Bir Adli Organ Olarak Savcılık – Sempozyum 131, 132-133.

⁴ Mehakimi Şeriyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun, Kanun Numarası: 469, Kabul Tarihi: 8.4.1924, RG 26.4.1924/69.

⁵ Hakimler Kanunu, Kanun Numarası: 766, Kabul Tarihi: 3.3.1926, RG 20.3.1926/326.

Bu çalışmada hem modern avukatlık mesleğinin Türk hukukuna kazandırılmasını sağlayan hem de daha kapsamlı bir kanun olan 27.6.1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu⁶ kabul edilinceye kadar bir geçiş dönemini temsil eden Muhamat Kanunu incelenecektir. Bu kapsamda Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin gelişimi konusu açıklandıktan sonra, Muhamat Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeler, kanun hakkında yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi (bundan sonra "TBMM" veya "Meclis" olarak anılacaktır.) Genel Kurul tartışmaları vasıtasıyla, günümüzle ilişkilendirilerek ele alınacaktır.

II. Osmanlı Devleti'nde Avukatlık Mesleği

Osmanlı Devleti'nde avukatlık mesleğinin gelişimi Tanzimat öncesi ve sonrası dönemler olmak üzere aşağıda iki başlık altında incelenecektir.

A. Tanzimat Öncesi Klasik Dönem

Klasik dönemde Osmanlı yargı örgütünün temeli⁷ tek hakimli (kadı⁸), genel görevli, tek dereceli⁹ ve İslam Hukuku'na göre karar veren şer'îye mahkemelerinden oluşmaktadır¹⁰. Bu mahkemelerde muhızır (tarafların veya ilgililerin mahkemede hazır bulunmaları konusunda görevli kimse), katip, naip gibi kadıya yardımcı bazı görevliler¹¹ bulunmakla beraber, doğrudan tarafların haklarını savunmak amacıyla yargılama sürecine katılan kişiler bulunmamaktadır; sadece İslam Hukuku'nda yer alan "husumete vekalet" veya "murafaaya vekalet" müessesesi uyarınca davacı veya davalının kendi adlarına davada taraf olmak üzere istedikleri kişiyi vekil tayin etmeleri mümkün kılınmıştır¹².

İslam Hukuku'nda davada temsil de dahil olmak üzere satım, kira, kefalet, nikah gibi bir başkası tarafından gerçekleştirilebilen işler vekalet akdinin konusunu teşkil edebilir¹³. Bu sebeple, akli dengesi yerinde olan ve yaşı tutan herkes vekil

⁶ Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 3499, Kabul Tarihi: 27.6.1938, RG 14.7.1938/3959.

⁷ Osmanlı yargı örgütünde şer'î mahkemelerin yanında, özel görevli ve yetkili yargı kurumları olarak, divanlar, cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemeleri de bulunmakta idi, bakınız: İbrahim Durhan, 'Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler' (2008) 7(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55, 57.

⁸ Kadılık konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı* (13. Baskı, Kronik 2020).

⁹ Sedat Bingöl, 'Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-yi Mahâkim'deki Üst Mahkeme Kararları' (2005) 20(1) Tarih İncelemeleri Dergisi 19, 20.

¹⁰ Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu - Rasyonel Tefsiri - Gerekli Tadilleri - Bir Proje* (İstanbul Matbaacılık 1947) 38.

¹¹ Kadı yardımcıları konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Muhammet Necat Artukoğlu, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi* (Adalet 2022) 33 ff.

¹² Seda Örsen Esirgen, 'Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık' (2014) 4(63) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 737, 739.

¹³ Haluk Songür, 'İslam Hukukunda Avukatlık Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme' (1994) (1) Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 225, 225.

olabilmektedir¹⁴. Başka bir anlatımla, vekalet akdinin konu bakımından bir türünü teşkil eden husumete vekalet görevini ifa için vekilin belirli niteliklere sahip olması aranmamaktadır. Dolayısıyla da bu iş bir kamu hizmeti olarak görülmemektedir¹⁵.

Belirli bir kurumsallaşmayı içinde barındırmayan bu uygulamanın zaman içinde ortaya koyduğu görüntü ilmi içtihatlarında oldukça eleştirel bir üslupla anlatılmaktadır. ÖZKENT'in kitabından özetle nakletmek gerekirse, Galatasaray Sultanisi'nde hukuk sınıfı açılmadan ve İstanbul Hukuk Mektebi kurulmadan evvelki zamanlarda dava vekilliği işlerinin bakkallar tarafından yapılmaya başlandığı, bu iş için özellikle kadı veya şer'îye mahkemesi başkatiplerinin yaşadıkları yerlerin civarında bulunan ve alışveriş yaptıkları bakkalların tercih edildiği; bunun yanında diğer kimselere göre mahkemeye yolu daha fazla düşen ve muhatap oldukları yargılama sebebiyle hukuki terim ve prosedürlere aşinalık kazanan müflis tacir ve hükümlüler ile bir sebepten mahkeme görevinden ayrılmış muhızlıların da bu iş koluna dahil oldukları; nihayetinde mahkeme nezdindeki vekalet ve iş takibi işlerinin yazıhanesi bulunmayan, sofalarda dolaşan, okur-yazarlıklarından şüphe duyulan ve cepleri kağıt dolu kişiler tarafından yapıldığı ve dağınık haldeki şer'î hükümlerin tatbik edildiği yargılamalarda bu kimselerin adaletin tesisine yaptıkları katkının halk tarafından pek de iyi görülmediği anlaşılmaktadır¹⁶.

Bu sebeptendir ki, arzuhalcilik¹⁷ bir kenara konulursa, klasik dönemde işlevsel açıdan modern avukatlık mesleği kapsamındaki bazı işleri yapanların “müzevir” veya “ayak kavafi” gibi üzücü isimlerle anıldıkları¹⁸ ve sonrasında bu çalışma tarzını benimseyerek görev yapan kişilere ilişkin benzer olumsuz duyguların kelimelere döküldüğü¹⁹ görülmektedir²⁰.

¹⁴ İslam Hukuku'nda husumete vekalet müessesesi konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Muhammet Necat Artukoğlu, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi* (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019) 33 ff.

¹⁵ Östen Esirgen (n 12) 739-740; Artukoğlu (n 14) 33; Ali Cem Budak, 'Avukatlık Mesleği, Mesleğin Özellikleri ve Tarihçesi' iç Ali Cem Budak (ed), Varol Karaaslan, Eylem Apaydın ve Fatih Aydemir, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz 2021) 9.

¹⁶ Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı* (2. Baskı (Tıpkı Basım: Arkadaş Basımevi 1940), Ufuk Matbaası 2002) 36-37.

¹⁷ Bir görüğe göre arzuhalcilerin, mer'i hukukumuzdaki avukatlık mesleğinin çekirdeğini oluşturdukları kabul edilmelidir, bakınız: Cenk Akil, *Şematik Avukatlık Hukuku* (Seçkin 2023) 20-21; Ejder Yılmaz, 'Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık' (1995) 44(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193, 196.

¹⁸ Bu tespiti teyiden ifade etmek gerekir ki, hukuk sözlüğünde bahsi geçen esef verici kelimelerin karşılıkları bulunmaktadır. Mesela “müzevir” sözcüğü “tezevir eden; arabozan; yalancı dolancı; söz götürüp getiren; avukat” ve “ayak kavafi” ibaresi “eski zamanlarda dava vekilliği (avukatlık) yapan kimselerin yaptıkları yolsuzluklar nedeniyle dava vekillerine verilen (maalesef, üzücü) aşağılayıcı ad” şeklinde tanımlanmaktadır, bakınız: Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (9. Baskı, Yetkin 2005) 893 ve 114.

¹⁹ Ezcümle, Özkent (n 16) 1, dipnot 1.

²⁰ ibid 1.

B. Tanzimat Sonrası Dönem

Klasik dönemdeki şer'îye mahkemeleri İslam Hukuku'na göre karar verdiği için²¹ bu mahkemelerde Padişah emirleri de dahil olmak üzere şeriata aykırı olduğu değerlendirilen kurallar uygulanmazdı²². Bu durum ise Tanzimattan sonra yapılan ve/veya iktibas edilen laik mevzuat hükümlerinin şeriata uygun olup olmadığını incelemeyen tatbik edebilecek laik mahkemelere olan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple, “mahakimi şeriyenin” yanında heyet halinde çalışan “mahakimi nizamiye” isimli özel mahkemeler kurulmuştur²³.

Örfî tasarrufun ürünü olan nizamiye mahkemeleri, ticaret mahkemeleri dışında kalan ve kanunla (bu konuda ilk adım 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi²⁴ ile atılmış olup, kesin teşkilatlanma 1879 tarihli Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilat Kanunu²⁵,²⁶ ile sağlanmıştır²⁷.) kurulmuş mahkemelerin genel adıdır²⁸. Bu mahkemeler, dinine bakılmaksızın tüm Osmanlı tebaasının, şer'îye, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin vazife alanı dışında kalan bütün ceza ve hukuk davalarına bakmakla görevli, heyet halinde çalışan ve hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi fonksiyonu gören mahkemelerdir²⁹. Avukatlık mesleği ile ilgili ilk düzenlemeler de bu mahkemelerin kurulmasından sonra yapılmıştır³⁰.

Nizamiye mahkemelerinin kurulmasından önce 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun³¹ m 215³², 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname³³ m

²¹ Osmanlı Devleti'nde yargılama ile ilgili kişiler (ve kadı yardımcıları) arasında müftüler de bulunmaktadır. Hukuki ve dini meselelerin iç içe olması sebebiyle müftüler Osmanlı adli teşkilatında önemli bir yere sahiptir. Şöyle ki, kadının bulunmadığı yerlerde kadı yerine görev yapan bu kişiler, kadının teknik dini danışman/bilirkişisi konumundadır. Aynı zamanda şer'î meselelerin çözümlenmesinde görevli memur olan müftüler, fetva vererek, dini konularda görüş bildirebildiği gibi yine müracaat halinde taraflar arasındaki uyumsuzluklarda mütalaa bildirebilirdi. Söz konusu fetvalar hem taraflar hem de kadı bakımından bağlayıcı niteliği haiz değildir. İlaveten, kadının verdiği kararlardan farklı olarak fetvaların zorla yerine getirilmesi mümkün değildir. Ancak, taraflar uyumsuzluğu mahkemeye taşımadan fetva doğrultusunda aralarındaki husumeti sona erdirebilme imkanına sahiptir; kadıların vereceği karar bakımından da eğer verilen karar fetvaya aykırı ise bunun gerekçesi aranırdı. Bakınız: Artukoğlu (n 14) 21-22.

²² Belgesay (n 10) 38; Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları* (Fakülteler Matbaası 1958) 26.

²³ Belgesay (n 10) 38; Budak (n 15) 9.

²⁴ Bu nizamname ve ilgili diğer mevzuat uyarınca Osmanlı taşra idaresindeki revizyonlar konusunda bakınız: Mustafa Gençoğlu, '1864 ve 1871 Vilâyet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdaresinde Yeniden Yapılanma' (2011) 2(1) Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 29.

²⁵ 1. Tertip Düstur, Cilt: 4 235.

²⁶ Bu mevzuat hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Yavuz Özkan, *1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukîkiyye Kanûn-u Muvakkatî'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri* (Filiz 2021) 8 ff.

²⁷ Mûge Vatansver Öztürk, 'Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 13(171-172) Bağçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155, 158-159.

²⁸ ibid 157.

²⁹ ibid 156.

³⁰ Budak (n 15) 9.

³¹ 1. Tertip Düstur, Cilt: 1 537.

³² Geniş yorumlandığı takdirde vekilin sır saklama yükümlülüğünü de düzenlediği kabul edilen hükmün ilgili kısmı şu şekildedir: “*Etibba ve cerrah ve eczacı ve kabile hatunlar ve bunların emsali kimseler (...)*”, bakınız: İbrahim Durhan, 'Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi' (2004) 8(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 23, 31.

³³ 1. Tertip Düstur, Cilt: 1 780.

28-30³⁴ veya 1869 tarihli Şura-yı Devlet Nizamname-i Dâhilisi³⁵ m 6³⁶ hükümlerinde olduğu gibi Batı Hukukundan iktibas edilerek yürürlüğe konulan bazı mevzuatta vekalet konusuna ilişkin hükümlere tesadüf edilmekle birlikte³⁷, vekil ile temsil konusuna ilişkin başlıca düzenlemeler³⁸ şu şekilde sıralanabilir³⁹: 1870 tarihli Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Nizamname-i Dahilisi⁴⁰ (m 28⁴¹); 1870 tarihli Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiye ve Mehakim-i Nizamiyesine Dair Nizamname⁴² (m 76-78⁴³); 1874 yılında yürürlüğe giren Mecelle'nin Vekalet Kitabı⁴⁴ (m 1449-1530⁴⁵, özellikle m 1459, 1516-1520⁴⁶); 1875 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname⁴⁷, ⁴⁸, ⁴⁹, ⁵⁰; 1876 tarihli Kanun-i Esasi⁵¹ (m 83⁵²); 1883 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Rumeli-i Şarkiyeye Mahsus Kanun-i Vilayet⁵³, ⁵⁴; 1886 tarihli Maliye Nezaretine Merbut Hukuk Müşaviriyle Dava Vekillerine Dair Talimat⁵⁵

³⁴ Bu hükümler için bakınız: Atilla Sav ve Musa Toprak, *Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi* (2. Baskı, Şen Matbaa 2015) 91-92. Nizamnamenin tam metin transkripsiyonu için bakınız: Abdullah Demir, 'İlk Usul Kanunu: Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu' (e-akademi - Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi Sayı 72, Şubat 2008) < e-akademi.org > Erişim Tarihi 22.1.2024.

³⁵ 1. Tertip Düstur, Cilt: 1 707.

³⁶ Bu hüküm için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 99.

³⁷ Durhan (n 32) 30-31; Budak (n 15) 9.

³⁸ Burada belirtilen düzenlemelerin yanında hukuk eğitimi, dava vekilliğine yönelik sınavlar, mesleki örgütlenme gibi konularda çeşitli düzenlemelerin bulunduğu ve başka mevzuatta özel hükümlerin de yer aldığı ifade edilmelidir. Bu hususta bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 19 ff.

³⁹ Örsten Esirgen (n 12) 741-742.

⁴⁰ 1. Tertip Düstur, Cilt: 1 335.

⁴¹ Bu hüküm için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 97.

⁴² 1. Tertip Düstur, Cilt: 1 699.

⁴³ Bu hükümler için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 93.

⁴⁴ 1. Tertip Düstur, Cilt: 3 126.

⁴⁵ Mecelle'nin Vekalet Kitabı hükümleri için bakınız: Fulya Yasemin Ayhan, *Dürrü'l Hükkam Şerhi-i Mecelleti'l Ahkâm Vekâlet Kitabının Metin ve Kaynak Çalışması* (Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2007) 50 ff.

⁴⁶ Bu hükümler için ayrıca bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 105.

⁴⁷ 1. Tertip Düstur, Cilt: 3 198.

⁴⁸ Bu nizamname ilk olarak İstanbul mahkemeleri için kabul edilmiş olup, ülke genelinde uygulama bulması 1879 tarihli Dava Vekaleti Nizamının Vilayatta Dahî İcrasına Dair Adliye Nezaretinden Vilayat ile Müstakillen İdare Olunan Mutasarrıflıklara ve Mehakimi Nizamiye Rüesasına Yazılan Muharreratı Umumiye (1. Tertip Düstur, Cilt: 4 762; mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 49) ile mümkün olmuştur.

⁴⁹ Mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 19-28.

⁵⁰ İlimi içtihatlarda bu nizamname doğrudan doğruya avukatlık mesleğiyle ilgili ilk düzenleme olarak nitelendirilmekte olup, İslam Hukuku'nda yer alan davaya vekalet anlayışının avukatlık mesleğine doğru gelişimini hukuki zeminde kurumsallaştıran, davaya vekalet kavramını farklı hukuki boyutlarıyla ele alan ve avukatlık hukukumuzun temelini teşkil eden bir dönüm noktası olarak değerlendirilmektedir, bakınız: Budak (n 15) 10-11; Örsten Esirgen (n 12) 742; Durhan (n 32) 34.

⁵¹ 2. Tertip Düstur, Cilt: 1 638.

⁵² Bu hüküm şu şekildedir: "Herkes huzuru mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vasaiti meşruayı istimal edebilir."; bakınız: < anayasa.gov.tr > Erişim Tarihi 6.10.2023.

⁵³ 1. Tertip Düstur, Cilt: 3 231.

⁵⁴ Mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 51-60.

⁵⁵ 1. Tertip Düstur, Cilt: 5 531.

(m 2⁵⁶); 1892 tarihli Girit Vilayeti Dava Vekilleri Hakkında Nizamname^{57, 58}; 1909 tarihli Dava Vekilleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat^{59, 60}; 1913 tarihli Sulh Hâkimleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat⁶¹ (m 20, 94⁶²); 1915 tarihli Mehakim-i Şer’iyyede İcrayı Vekalet Edebilecekler Hakkında Kanun^{63, 64}; 1915 tarihli Memalik-i Osmaniye de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat^{65, 66} ve 1921 tarihli Dava Vekaleti Ruhsatnamesi İstihsaline Dair Nizamname^{67, 68}.

Belirtilen bu metinlere bakıldığında savunma konusunda yapılmış düzenlemelerin fazlasıyla dağınık olduğu görülür. Aynı zamanda, çok sayıda farklı topluluğu bünyesinde barındıran ve bir İslam imparatorluğu olan Osmanlı’nın döneminin ve kendisini tabi kıldığı koşullar içerisinde hem geçici çözümler ürettiği hem de bir çözüm/yol arayışı içinde olduğu anlaşılır. Mesela, yapılmak istenen bir düzenlemede İslam Hukuku’nun maddi esasları ile şer’i yargı örgütü göz ardı edilemediği için Batı esaslarına dayanan çalışmalar belirtilen alanların dışında veya dolaylarında bir yerde tatbik edilmeye çalışılmaktadır; şer’i hukuku ilgilendiren revizyonlar ise ayrı düzenlemelere konu edilmektedir. Bunun yanında, tebaa, vatandaş ve yabancı şeklindeki temel kavramların din, Osmanlı üst kimliği veya ulus gibi esaslardan hangisine tabi kılınacağı meselesinin yarattığı belirsizlik, yapılan/yapılacak maddi, usuli ve idari düzenlemelerdeki dağınıklık ve karmaşanın temelini oluşturmaktadır.

Bu tespitleri somutlaştırmak için şöyle bir açıklamada bulunulabilir: Husumete vekalet, vekilin atanması ile vekilin yetkisi konuları Mecelle’nin Vekalet Kitabı’nda (m 1516 ff) İslam Hukuku’nun temel ilkeleri gözetilerek kaleme alınmıştır. Bunun yanında, Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehakim-i Nizamiyesine Dair Nizamname, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, Dava Vekilleri Hakkında Rumeli-i Şarkıye Mahsus Kanun-i Vilayet, Girit Vilayeti Dava Vekilleri Hakkında Nizamname ve Mehakim-i Şer’iyyede İcrayı Vekalet Edebilecekler Hakkında Kanun ile şer’iye ve nizamiye mahkemelerinde

⁵⁶ Bu hüküm ile “*Hazine-i Celile*’ye ilişkin davalarla ilgilenmek ve başka dava kabul etmemek üzere İstanbul’da dava vekilleri görevlendirilmesi kabul edilmiş; ayrıca vilayetlerde ücretli olarak şahadetnameli dava vekillerinin de istihdam edileceği belirtilmiştir.” Naklen: Örsten Esirgen (n 12) 743.

⁵⁷ 1. Tertip Düstur, Cilt: 6 1168.

⁵⁸ Mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 67-74.

⁵⁹ 2. Tertip Düstur, Cilt: 1 751.

⁶⁰ Mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 79.

⁶¹ 2. Tertip Düstur, Cilt: 5 322.

⁶² Bu hükümler için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 81.

⁶³ 2. Tertip Düstur, Cilt: 7 400.

⁶⁴ Mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 107.

⁶⁵ 1. Tertip Düstur, Cilt: 7 524.

⁶⁶ Mevzuat için bakınız: Belkıs Konan, ‘1915 Tarihli “Memâlik-i Osmaniye”de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi’ iç Fethi Gedikli (ed), I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (XII Levha 2014) 225, 241-242.

⁶⁷ 3. Tertip Düstur, Cilt: 1 135.

⁶⁸ Mevzuat için bakınız: Sav ve Toprak (n 34) 85-86.

dava vekilliği bir meslek olarak değerlendirilerek bölgesel ve genel düzenlemelere tabi tutulmuştur. İlaveten, Sulh Hakimleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat veya Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin Nizamname-i Dahilisi gibi mevzuatta vekil tayini ve vekil tarafından yapılabilecek işlemler hakkında hükümler sevk edilmiştir. Kamu avukatlığı meselesi Maliye Nezaretine Merbut Hukuk Müşaviriyle Dava Vekillerine Dair Talimat'ta ele alınmıştır. Memalik-i Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Zezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat ile yabancılara daha önce verilmiş olan imtiyazlar kaldırılarak hukuki durumları tekrar hükme bağlanmıştır. Bunlara ek olarak hukuk eğitimi, dava vekilliğine yönelik sınavlar ve mesleki örgütlenme konuları başka mevzuata konu edilmiştir.

Nihayetinde, Osmanlı Devleti'nin kendi imkan ve koşulları uyarınca kabul ettiği; başta 1875 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname olmak üzere bahsi geçen dağınık mevzuatın yeni kurulan Cumhuriyetin ihtiyaç ve arayışlarına cevap veremeyeceği kolaylıkla tahmin edilebilir. Bu bağlamda, içerdiği hükümlere aykırı olan o güne kadar yayımlanmış dava vekillerine ilişkin bütün kanun ve düzenlemeleri kaldıran Muhamat Kanunu aşağıdaki genel gerekçeyle TBMM'ye sunulmuştur⁶⁹:

“Halkın müzahiri olması lâzım gelen muhamilerin bu vazifeyi ifaya kâfil, ilim ve faziletle mücehhez ve bu mesleğe müntesip olanların haysiyetlerini müdrük olmaları iktiza edeceği müstağni-i izah bir keyfiyettir. Kemali teessüfle görülüyor ki bazı defa davavekili namı tahtında evsafi lâzimeyi gayri haiz birtakım kimselerin tezvîr ve tasni eyledikleri daavinin niyeti veya erbabı hakkın bu kabil vekillere tevdi eyledikleri masalihte ihdas ettikleri müşkülâtın halli mecburiyetiyle mahkemeler bilâ lüzum işgal olunmakta ve bu yüzden birçok hukuk duçarî ziya ve tavik olmakta ve binnetice mesleğin şeref ve haysiyeti ihlâl edilmektedir. Gerçi Davavekilleri hakkında 1292 senesinde neşredilen bir nizamname ile son senelerde bazı kavanin ve müteferrik ahkâm vaz edilmiş ise de bunların ihtiyaca gayrikâfi olduğu meydandadır. Kaldı ki, Davavekilleri Nizamnamesi mevcut olmasına rağmen mektep şahadetnamesi değil, usulüne tevfikân imtihan vererek bir ruhsatname bile istihsal etmemiş olan kimselerin mühim mesailde vekâlet deruhde etmekte serbest bulduklarından hukuku efrat bu sebepten ziyaa uğramaktadır. Binaenaleyh İslahatı adliye sırasında meslekî muhamatin dahi lâyük olduğu mevkie ilâ ve ammenin hukukuyla beraber saliklerinin haysiyetini temin edecek ahkâmın acilen vaz'ı elzem görülmüş ve bu maksatla işbu kanun lâyihası tanzim olunmuştur.”

⁶⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İçtima Senesi: II 28. İçtima 3.4.1340 271-272.

III. 460 Sayılı Muhamat Kanunu

A. Genel Olarak

Muhamat Kanunu hükümleri incelendiğinde yapılan çalışmanın “Adli İslahat” (veya “Devrim”/“İnkılap”⁷⁰) kapsamında hazırlandığı, yetersiz görülen dava vekilliği müessesesi ve bununla ilişkili dağınık hukuki düzenlemelere karşı yapılan bir geçiş çalışması olduğu ve farklı bir meslek kolu ihdas ederek yeni bir düzen kurmayı amaçladığı anlaşılmaktadır⁷¹. Meclis Adalet Komisyonu tadil raporunun gerekçe kısmının giriş bölümünde yer alan ifadeler de yapılan bu tespitleri teyit eder niteliktedir⁷²:

“Muhamat hakkında esaslı bir kanuna ihtiyaç olduğu malumdur. Meslek-i adlînin terakkisi ve müessesatı adliyenin halkın ihtiyacını bihakkın tatmin edecek bir mertebi kemale isabi için muhamilerin uhdesine muhavvel vazifenin ehemmiyeti azimesi her türlü izahtan müstağnidir. Elhaletühazihi memleketimizde mesleki muhamatın bulunduğu vaziyet daha vâsi bir kanunun tanzim ve tertibine kadar hiç olmazsa pek âcil ihtiyaçları temin edecek muhtasar bir kanuna zaruret olduğunu göstermekte bulunduğundan Adliye Vekâletinin lâiyhası bu noktadan esas itibariyle tensip ve maddelerin müzakeresine suru edildi.”

Muhamat Kanunu’nun kabulüne kadar, Osmanlı Devleti’nin genelinde uygulama bulan⁷³ ve avukatlık mesleğine ilişkin yapılmış temel düzenleme Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’dir. Muhamat Kanunu ile getirilen değişikliklerin ortaya konulabilmesi için bu iki mevzuatın düzenledikleri konular itibariyle karşılaştırılmasında fayda olduğunu değerlendirmekteyim.

Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname’de, genel olarak, dava vekillerinin görev ve sorumlulukları (Nizamname m 7 ff), vekalet ücreti (Nizamname m 20 ff) ve “Cemiyeti Daime” ismiyle anılan bir meslek örgütünün kurulması (Nizamname m 30 ff) konuları düzenlenmiştir. Bunun yanında Nizamname’de, dava vekilliği mesleğinin icrası için gerekli olan şartlara da yer verilmektedir. Hukuk fakültesinden mezun olmak ve Adalet Bakanlığı’ndan ruhsat almak temel koşullar arasında sayılmış olmakla birlikte (Nizamname m 2), 1909 yılı itibariyle hukuk fakültesi mezunu olmayıp üç sene aralıksız İstanbul’da dava vekilliği yapan kişilere de dava vekilliği ruhsatı verilmesi mümkün kılınmıştır⁷⁴.

⁷⁰ Muhamat Kanunu genel gerekçesinde de görüleceği üzere o dönem yapılan faaliyetler “ıslahat” olarak nitelendirilmektedir. Bunun yanında tekil modernleşme hareketlerini isimlendirmek üzere “devrim” veya “inkılap” kavramlarının da kullanıldığı konusunda bakınız: Ali Cem Budak ve Osman Demirbaş, ‘Mayıs Adli İnkılabı’ iç Semiha Nurdan ve Muhammed Özler (hazırlayanlar), XVIII. Türk Tarih Kongresi - Kongreye Sunulan Bildiriler (VIII. Cilt), Hukuk ve Diplomasi Türk-Ermeni İlişkileri (Kuban Matbaacılık 2022) 57, 58.

⁷¹ Ali Cem Budak ve Yavuz Özkan, ‘Türk Medeni Usul Hukukunun Yüz Yıllık Tarihi’ (2023) 2(71) Adalet Dergisi 89, 97.

⁷² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İctima Senesi: II 28. İctima 3.4.1340 274.

⁷³ Bakınız yukarıda 48 numaralı dipnot.

⁷⁴ Budak ve Demirbaş (n 70) 70.

Biri geçici olmak üzere⁷⁵ toplam 18 maddeden oluşan Muhamat Kanunu, yukarıda özet olarak belirtilen konulara ilişkin olarak, fikri altyapısı büyük ölçüde Osmanlı dönemindeki hukukçuların yaptığı tespit ve ortaya koyduğu çözümlere dayanan⁷⁶ esaslı yenilikler getirmiştir. Bu bağlamda, ilk bakışta, Muhamat Kanunu ile avukat mesleğine ilişkin düzenlemelerin tek bir kanun altında toplanmaya çalışıldığı, davaya vekalet konusunda yeni bir anlayışın benimsendiği ve meslek bakımından özel bir amaca yönelindiği görülebilir; kanunda yer alan hükümler ise (kanun metninde bulunmayan) madde başlıkları altında özetlenerek dört grupta izah edilebilir:

- Muhamilik mesleğini dava vekilliği başta olmak üzere diğer mesleklerden ayırarak tanımlayan ve mesleğe kabul ya da geçiş şartlarını belirleyen hükümler: Muhami mesleğinin tanımı (MK m 1); Muhami olabilmenin şartları (MK m 2); Şer'i mahkeme hakimliği ya da mülkiye okullarından mezun olanlar ile mahkeme heyeti başkanlığı veya üyeliği, savcılık ya da adliye müfettişliği görevinde bulunanların muhamat mesleğine katılması (MK m 11); Yargı görevlilerinin, dava vekili mesleğini icra etmiş olanların ve diğer ilgili kişilerin durumu (MK m 12).

- Mesleki örgütlenme, disiplin işleri ve idari cezalar hakkındaki hükümler: Baro kurulması ve üye olma mecburiyeti (MK m 3); Baro inzibat meclislerinin kurulması, görevleri ve verebileceği disiplin cezaları (MK m 5); Baro inzibat meclislerince verilen disiplin cezalarına karşı itiraz yolları (MK m 6); Meslekten men kararlarının icrası (MK m 7); Baroya kayıt prosedürü (MK m 8); Resmi kılık ve kıyafet zorunluluğu; mahkemelerde baro ve avukatlara ayrılacak yer (MK m 13); Baro genel kurulu ve inzibat meclislerinin çalışma usulleri ile Muhamat Kanunu'nun uygulanması hakkında iç nizamname/talimatname çıkartılması (MK m 14).

- Muhaminin hak, yetki ve ödevlerine ilişkin hükümler: Muhamilikle birleşemeyen işler (MK m 4); Daha önce bazı görev veya işlerde yer almış kişiler için getirilen iş alma yasakları (MK m 9); Akdi vekalet ücreti, hasılı davaya iştirak yasağı, kanuni vekalet ücreti (MK m 10).

⁷⁵ Muhamat Kanunu'nda yer alan muvakkat madde ile, eski kanun zamanında dava vekilleri cemiyeti teşekkül etmiş olan yerlerde tasfiye komisyonları (meclis-i tefrik) kurularak, yeni kanunda yer alan şartları taşımayan ancak o tarihe kadar dava vekili olarak faaliyet göstermiş kişilerin meslekten çıkartılması öngörülmüştür. Yürütülen çalışmalarda MK m 2'de sayılan kanuni (maddi) şartların yanında "ahlak (manevi) şartları" da dikkate alınmış, bu suretle mütareke yıllarında İstanbul'da kurulan Rum ve Ermeni barolarının üyesi olan, konsolosluk mahkemelerinde iş takip eden ya da işgal devletlerinin pasaportunu veya şeref nişanlarını taşımış olanlar da tasfiye edilmiştir. Bakınız: Budak ve Demirbaş (n 70) 72; Özkent (n 16) 80 ff. Belirtilen dönemde İstanbul Barosu'na kayıtlı 960 avukattan 473'ü levhadan çıkartılmış, bunların 80 tanesi yaptığı itiraz üzerine tekrar baroya alınmıştır. Bakınız: Özkent (n 16) 82; Budak ve Demirbaş (n 70) 73. İstanbul Barosu'nda yaşanan tasfiyeler, basında yer alan haberler ve getirilen eleştiriler konusunda ayrıca bakınız: Umur Karabulut, 'Muhâmat Kanunu: Avukatlık Kurumunun Düzenlenmesi ve İstanbul Barosunda Yaşanan Tasfiyeler' (2013) 8(27) Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 79. Tasfiye komisyonlarınca yürütülen çalışmaların ve yapılan yeni kanunun siyasi bir boyutunun da bulunduğu çalışmanın başında belirtilen konuşmanın içinde geçen Atatürk'ün şu sözlerinden hissedilebilir: "*Hattâ Cumhuriyet ilân olunduktan sonra vukua gelen feci bir hadiseyi de enzar-i intibahımız önünde canlandırmak isterim. En büyük mamuremizin bu memlekette belki Avrupa'da tahsil etmiş yüksek mütehasıslardan mürekkep Baro Heyeti, alenen hilafetçi olduğunu ilân eden ve ilân etmekle ifihar duyan birisini seçip kendisine reis intihap eylemiştir. Bu hâdise köhne hukuk erbabının Cumhuriyet zihniyetine karşı deruni ve hakiki olan vaziyet ve temayülünü ifadeye kâfi değil midir? Bütün bu hâdisat erbab-i inkilâbın en büyük fakat en sinsi hasm-ı canı, çürümüş hukuk ve onun biderman müntesipleri olduğunu gösterir. Millettin hummalı inkilâp hamleleri esnasında sinmeğe mecbur kalan eski ahkâm-i kanuniye, eski erbab-i hukuk; erbab-i himmetin nüfuz ve âteşi yavaşlamağa başlar başlamaz derhal canlanarak inkilâp esaslarını ve onun samimi muakiplerini ve onların aziz mefkûrelerini mahkûm etmek için fırsat beklerler. Bu fırsat eski kanunların mevcudiyeti ve eski esasat-i hukukiyenin mer'iyeti ile ve eski zihniyetini deruni ve kalbi olarak muhafazada mütemerrit hâkimlerin ve avukatların mevcudiyetiyle müemmindir."*

⁷⁶ Belkıs Konan, '20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı' (2022) 5(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 122, 136-137.

- Diğer hükümler: Yürürlükten kaldırılan mevzuat (MK m 15); Yürürlük maddesi (MK m 16); Yürütme maddesi (MK m 17).

İlginçtir ki, Muhamat Kanunu yeni bir meslek ihdas etmek, bu mesleğe ilişkin önemli kural ve sınırlamalar getirmek, dava vekilliği müessesesini ortadan kaldırmak veya özel bir meslek örgütlenmesi öngörmek gibi önemli konuları düzenlemesine rağmen, bu esaslı konular yasalaştırma sürecinde TBMM Genel Kurulu'nda etraflıca tartışılmamış, hatta tartışmaya konu dahi edilmemiştir. Kanaatimce bu durumun temel sebebi, daha önce belirtildiği gibi, avukatlık mesleğinin aksayan yönleri ve bu meselelerin nasıl çözülebileceği konusunda halihazırda Osmanlı'dan gelen ve üzerinde ittifak bulunan bir birikimin bulunmasıdır.

Bunun yanında, Meclis görüşmeleri sırasında üç tali konu üzerinde, diğer meselelere nazaran, kayda değer tartışmalar yapılmıştır. Bu konular (i) muhamilik mesleğine dahil olabilmek için yapılacak stajın süresi ve şeklinin nasıl olması gerektiği, (ii) muhamilik mesleğini icra edebilmek için hukuk mektebinden mezun olmanın şart olup olmadığı ve (iii) ihdas edilen yeni meslek için muhami ve muhamat tabirlerinin uygun düşüp düşmediğidir. Bu konulardan ilk ikisinin günümüzde bile hala önemini koruduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple, bu konular hakkında Meclis tartışmalarında ileri sürülen görüşler hakkında aşağıda bilgi verilip, bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

B. Muhamat Kanunu Hakkında Meclis'te Yapılan Başlıca Tartışmalar

1. Stajın Şekli ve Süresi Meselesi

MK m 2'de muhami olabilmenin şartları sayılmış olup, maddenin 1. fıkrasının 6. bendinde adliye bünyesinde yapılacak üç yıllık bir staj dönemi öngörülmüştür. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Müddeti mülâzemeti ikmal etmiş olmak lâzımdır. Mülâzemei müddeti tarihi müracaattan itibaren üç senedir. Bu müddet zarfında mülâzemeti mahsusu cinayet mahkemesi bulunan şehir ve kasabalarda bir memuriyeti adliyede istihdam suretiyle ifa ettirilir. İşbu kanunun tarihi neşrinden mukaddem bilfilil üç sene müddetle hidematı adliye veya dâva vekâletinde bulunmuş olanlar, kaydı mülâzemetten varestedirler. Müddeti hizmet ve vekâletleri üç seneye baliğ olmyanlar fikrai sabıkaya tevfiikan bakiyei müddeti mülâzemeti ikmale mecburdurlar.”

Meclis'te Muhamat Kanunu'na ilişkin en uzun tartışma bu hüküm/bent hakkında yapılmıştır. Müzakereler sırasında hukuk mektebinden mezun olunduktan sonra bir staj devresinin⁷⁷ öngörülmesi konusunda bir anlaşmazlık ortaya çıkmamıştır⁷⁸;

⁷⁷ Eski dönemde hukuk mektebinde eğitimlerini tamamlayanların diploma alabilmek için dördüncü seneden sonra okudukları derslerden tekrar doktora sınavına girdikleri ve ardından mesleğe katılabilmek için çeşitli dairelerde altı ay veya bir sene boyunca staj yaptıkları belirtilmelidir. Bakınız: TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İttima Senesi: II 28. İttima 3.4.1340 281.

⁷⁸ ibid 280-281.

ancak yapılacak stajın süresi ve şeklinin nasıl olmasının uygun olacağı tartışılmıştır. Bu bağlamda, üç yıl süre⁷⁹ ile adliyede (hakimliğin altında) memuriyet⁸⁰ şeklinde yapılması önerilen staj şekline karşı çıkılarak, bir sene hakimlik mesleğinde ve bir senesi de muhami yanında çalışmak üzere toplam iki senelik bir staj usulü teklif edilmiştir⁸¹.

İşaret edilen muhalif görüşler bir bütün olarak ele alındığında, üç yıllık bir staj döneminin hukuk mektebine olan talebi azaltacağı⁸², gençlerin hukuk ilmine karşı olan şevkini kıracağı⁸³ ve askerlik de hesaba katıldığında yeni mezunların mesleğe geç atılmalarına sebep olacağı⁸⁴ belirtilmekle beraber, mübaşirlik, zabıt katipliği gibi hakimin altında yer alan adliye memurluğu görevlerinden ibaret bir stajın faydasız olacağı⁸⁵, hakimlerin emir ve talimatı altında çalışmaya alışmış bir kimsenin muhami olma vasfını kaybedeceği⁸⁶, adliye bünyesinde verilecek vazifelerin hakim yardımcısı, heyet üyesi veya müşterek hakim gibi veya bunların ayarında bir görev olması gerektiği⁸⁷ ve muhami yanında staj yapılmadıkça mesleğe ilişkin konuların öğrenilmesinin eksik kalacağı⁸⁸ argümanları ileri sürülmüştür⁸⁹.

Bu görüşlere karşı dönemin Adalet Bakanı söz alarak özetle, eski dönemde dört sene hukuk mektebinden okunduktan sonra doktora sınavı verildiği, ardından ise maaş alınmaksızın geçen altı ay veya bir senelik staj süresinin öngörüldüğü dikkate alındığında maaş karşılığı üç yıl staj yapılmasının makul karşılanması gerektiğini, hakkın tevdi ve müdafaası gibi zor bir işin bulunduğu ve serbest tahsilin (darülfünun tahsilinin) uygulandığı mevcut sistemde stajın bir zorunluluk olduğunu, yapılan inceleme neticesinde iki yıllık staj süresinin yeterli görülmemekle üç yıl üzerinde ittifak edildiğini, staj döneminde adayın icra memuru, katip, başkatip, savcı veya sorgu hakimi gibi görevler ile adliyenin her alanında hizmet görmesinin elzem olduğunu, her mezunun başarı dereceleri ile yeteneklerinin farklı olması sebebiyle adayların durumu dikkate alınarak verilecek görevlerin tespiti ve daha sonra yapılacak terfiler konusunda Bakanlığın bir takdir hakkı bulunmasının lüzumlu olduğunu ve nihayet,

⁷⁹ Üç yıllık staj döneminin hakimlik mesleği için de geçerli olduğu görüşmelerde ifade edilmiştir. Bakınız: ibid 281.

⁸⁰ Adliye Encümeni Reisi'nin ifadesine göre belirtilen memuriyet, maaş karşılığında yazı işlerinde veya mahkeme başkanın maiyetinde bir vazife, mesela zabıt katipliği, olarak düşünülmüştür; bu durum hakimlik mesleğinin icrasını kapsamamaktadır, bakınız: ibid 281.

⁸¹ ibid 280.

⁸² Görüşmelerde söz konusu dönemde hukuk mektebinden diploma alanların sayısının yılda 20-30'dan fazla olmadığı belirtilmiştir, bakınız: ibid 282.

⁸³ ibid 282.

⁸⁴ ibid 282, 290.

⁸⁵ ibid 282-283.

⁸⁶ ibid 283.

⁸⁷ ibid 283.

⁸⁸ ibid 280.

⁸⁹ ibid 280-284.

adayların yapacakları staj neticesinde gerektiği gibi yetiştirileceğinden kimsenin şüphe duymaması gerektiğini belirtmiştir⁹⁰.

Yapılan bu tartışmaların sonunda belirtilen aksi görüş ve öneriler Meclis tarafından benimsenmemiş, üç yıllık staj süresi ve şekli konusunda mutabık kalınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, Muhamat Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra adliye hizmetinde bulunmak suretiyle yapılacak staj süresi 708 sayılı Muhâmât Kânûnunun Ba'zı Mevadd-ını Muaddil Kânûn⁹¹ ile tadil edilerek iki yıla indirilmiştir.

Bu açıklamalar kapsamında, Muhamat Kanunu ile getirilen staj sistemi şu şekilde özetlenebilir:

(i) Staj süresi: 36 ay (708 sayılı Kanun ile 24 aya indirilmiştir.); (ii) Staj finansmanı: Devlet; (iii) Staj yeri: Adliye; (iv) Avukatlık sınavı: Bulunmamaktadır.

Günümüze bakıldığında ise, aynı başlıklar altında, avukatlık stajının durumu şöyle belirtilebilir (1136 sayılı Avukatlık Kanunu⁹² m 15 ff, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği⁹³, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu⁹⁴ Ek Madde 41):

(i) Staj süresi: 12 ay; (ii) Staj finansmanı: Mali külfet asıl olarak adayın üzerinde (Kural olarak maaş alınması yasak olup, stajyerlere kredi imkanı sunulmaktadır.); (iii) Staj yeri: 6 ay adliye ve 6 ay avukat yanı; (iv) Avukatlık sınavı: 2024 yılı itibariyle ilk sınavın yapılması beklenmektedir.

Nihayet, Avrupa ve dünya genelindeki toplam 40 ülkenin avukatlık stajına ilişkin yaklaşımını inceleyen ve Türkiye Barolar Birliği Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi tarafından hazırlanan Dünya Ülkelerinde Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Stajı başlıklı çalışma raporu⁹⁵, Fransa ve Birleşik Krallık'taki avukatlık staj dönemlerini de ele alan Türkiye Barolar Birliği Meslek İçi Eğitim Projesi Sonuç Raporu⁹⁶ ve ilmi içtihatlarda kaleme alınan diğer çalışmalar incelendiğinde⁹⁷, dünya genelinde avukatlık stajının yaklaşık 24 ay dolaylarında olduğu; stajın mali külfetinin stajyerler üzerinde bırakılmadığı; devletin, baronun ve/veya yanında staj yapılan avukatın

⁹⁰ ibid 283-284.

⁹¹ Muhâmât Kânûnunun Ba'zı Mevadd-ını Muaddil Kânûn, Kanun Numarası: 708, Kabul Tarihi: 6.1.1926, RG 16.1.1926/272.

⁹² Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG 7.4.1969/13168.

⁹³ Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği, RG 19.12.2001/24615.

⁹⁴ Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 4.11.1981, RG 6.11.1981/17506.

⁹⁵ Türkiye Barolar Birliği Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi, *Dünya Ülkelerinde Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Stajı*. Bu metne atıfta bulunan daha eski tarihli çalışmalardan Türkiye Barolar Birliği'nin eski internet sitesinden bu dokümana erişilebildiği anlaşılmaktadır. Ancak yeni internet sitesinde bu doküman bulunmamaktadır. Bu sebeple, dokümana Çukurova Üniversitesi'nin internet sitesi üzerinden ve şu link aracılığıyla erişilmiştir: <https://abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/HKU101/600103133_dunya_ulkelerinde_hukuk_egitimi_ve_avukatlik_staji.pdf> Erişim Tarihi 16.1.2024.

⁹⁶ Filiz Conway, Serkan Cengiz [ve diğerleri], *Meslek İçi Eğitim Projesi Sonuç Raporu* (Şen Matbaa 2009).

⁹⁷ Mesela bakınız: Arzu Oğuz, 'Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü' (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1; Ramazan Arıttürk, 'Hukuk Eğitimi Yeniden Tasarlamak: Bir Eğitim Reformu Önerisi' (2020) 5(9) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1; Oğuz Gökhan Aydın, "'Gelenekten Geleceğe' Türkiye'de Hukuk Eğitimi' (2015) (21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 621.

bu külfetin büyük bir kısmını karşıladığı; staj eğitimlerinde baroların/avukatların önemli bir yere sahip olduğu ve avukatlık mesleğine dahil olabilmek için bir sınav uygulamasının bulunduğu şeklinde genel bir değerlendirmeye varmak mümkündür.

Bu duruma göre Muhamat Kanunu'nun yapıldığı tarihten günümüze kadar geçen zamanda, yukarıda belirtilen dört kriterin iki tanesinde (staj süresi ve stajın mali külfeti) daha da geriye gidildiği, bir kriter bakımından (staj yeri) sınırlı bir gelişmenin kaydedildiği ve bir konuda ise (avukatlık sınavı) sabit kaldığı anlaşılmakla, Muhamat Kanunu koşullarına göre dünya ortalamasının gerisinde kaldığımızı ve avukatlık mevzuatındaki staj hükümlerinin gözden geçirilmesinde büyük fayda bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

2. Hukuk Mektebinden Mezun Olma Şartı

MK m 2/1/3 uyarınca muhamilik mesleğini icra edebilmek için hukuk mektebinden mezun olunması gerekmektedir:

“Türkiye darülfünunu hukuk medresesinden mezun olmak veyahut ecnebi bir hukuk medresesinden mezun olmak veyahut ecnebi bir hukuk medresesinden mezuniyet rüusunu haiz olupta hukuk medresesi programlarına nazaran noksan kalan derslerden bilimtihan ehliyetini müsbit tasdiknameyi hâmil bulunmak,”

Meclis görüşmeleri sırasında bu hükümde yer alan “hukuk medresesinden mezun olmak veyahut” ibaresinden sonra gelmek üzere “mektebi mülkiye veya” ibaresinin ilave edilmesini öneren görüş özetle, eskiden beri mektebi mülkiyeden mezun olanların eksik okunan ve okunmayan derslerden sınava girip hukuk diploması olarak dava vekaleti yapabildiğini, hükümde yabancı hukuk mekteplerinden mezun olanlara bu imkanın halihazırda verildiğini ve mülkiye mektebinden mezun olanlar bakımından da durumun aynı olduğunu belirterek, bu kişilere de muhami olabilmek yolunun açılması gerektiğini savunmuştur⁹⁸.

Adalet Bakanı tarafından sunulan karşı görüşte ise özetle, mesleklere ilişkin mekteplerin ayrıldığı, özel bir devlet bütçesi tahsis edilerek dahiliye, idare memuru yetiştirmek amacıyla kurulmuş bir mektepten yetişen bir kişinin idare memuru olmak gayesini gütmesi gerektiği, adliye memuru olmak için yetişenlerin ayrı bir surette yetiştiği, bu kişilerin derslerinin, eğitim/öğretim programlarının ve tecrübelerinin ayrı olduğu, yapılan kanunla muhamat mesleğini yapacak kimselere ticaret yasağı gibi pek çok yasak getirerek özel bir meslek yaratma çabası içinde bulunduğu ve başka bir meslek yapmak üzere yetiştirilmiş kişilerin gelişigüzel muhamat mesleğine alınmasının uygun olmayacağı ifade edilmiştir⁹⁹.

⁹⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İçtima Senesi: II 28. İçtima 3.4.1340 285.

⁹⁹ ibid 285.

Nihayetinde, sunulan karşı öneri kabul edilmemiştir. Fakat, iki yıl sonra kanunda değişiklik yapan 708 sayılı Muhâmât Kânûnunun Ba'zı Mevadd-ını Muaddil Kânûn m 2 hükmü uyarınca mülkiye mektebinden mezun olanların da okumadıkları derslerin sınavlarını vermek suretiyle avukat olmalarına izin verilmiştir.

Hükümet teklifi ve Adalet Komisyonu tadil raporunda yer almayan bu öneri, 708 sayılı Kanun'un müzakereleri sırasında 26 milletvekili tarafından arz edilen bir dilekçeyle gündeme getirilmiş, bunun üzerine sunulan öneri oylamaya sunulmaksızın tetkik için tekrar Adalet Komisyonu'na havale edilmiş¹⁰⁰, Komisyon bu konuda olumlu görüş vermiş ve tadil önerisi kabul edilmiştir¹⁰¹. Mülkiye mektebi mezunlarına da avukatlık yapma olanağı tanıyan bu fikre 27.6.1938 tarih ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda da itibar edilmiş ve bu imkan ancak 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kanaatimce 40 yılı aşkın süre boyunca hukuk mektebinden mezun olmayanlara da avukatlık yapma yolunun neden açıldığı sorusuna bir cevap aramak gerekmektedir.

Cumhuriyet'in ilanından itibaren her yıl hukuk fakültesinden mezun olan ve sonrasında avukatlık mesleğine katılan kişi sayısını gösteren bir veriye açık kaynaklardan ulaşılamamaktadır. Türkiye Barolar Birliği'nin internet sitesinden ise ancak 1998 yılının sonundan itibaren toplam kayıtlı avukat sayısı görülebilmektedir. Bu sebeple, belirtilen sorunun cevabını verecek rasyonel bir gerekçeye ancak resmîyet taşımayan bazı başka bilgileri yorumlayarak erişmek mümkün görünmektedir.

1920'li yıllarda, yılda yaklaşık kaç kişinin hukuk fakültesinden mezun olduğu sorusunun cevabı Muhamat Kanunu'nun müzakereleri sırasında söz alan bir vekilin beyanından anlaşılmaktadır. Bu beyana göre belirtilen dönemde hukuk fakültesinden diploma alanların sayısı yılda 20-30'u geçmemektedir¹⁰². Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 1925 yılında eğitime başlaması sebebiyle, 1920'li yılların neredeyse tamamında sadece İstanbul Üniversitesi'nin hukuk mezunu verdiği düşünüldüğünde¹⁰³, hukuk mezunları ve dolayısıyla avukatlık mesleğini icra eden kişilerin sayısındaki kayda değer artışın ancak 1930'lu yıllarda gerçekleşebileceğini söylemek mümkündür.

¹⁰⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 21 İctima Senesi: III 35. İctima 2.1.1926 18-19.

¹⁰¹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 21 İctima Senesi: III 37. İctima 6.1.1926 52-53, 63.

¹⁰² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İctima Senesi: II 28. İctima 3.4.1340 282.

¹⁰³ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ilk mezununu 1928 yılında vermiştir, bakınız: <<http://www.law.ankara.edu.tr/tarihce-2/>> Erişim Tarihi 17.1.2024.

ÖZKENT'in Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nden almış olduğu bilgiye göre 1939 yılına gelindiğinde Türkiye'de baroya kayıtlı avukat sayısı 1.631'dir¹⁰⁴. Bu duruma göre 1940 yılında Türkiye'de yaklaşık olarak 10.000 (gerçek) kişiye 1 avukat düştüğü belirtilebilir¹⁰⁵.

Türkiye'de hukuk eğitimi 1978 yılına kadar sadece İstanbul ve Ankara'daki hukuk fakülteleri tarafından verilmiştir¹⁰⁶. AYİTER'in naklettiği bilgilere göre 1960 ve 1970'li yıllarda İstanbul ve Ankara Hukuk Fakültelerinde yıllık bazda yaklaşık 12.000 öğrenci kayıtlı durumdadır; bu öğrencilerin ise 1962'den 1970'li yılların sonuna kadar değişmeyen bir biçimde yılda ortalama 950 tanesi mezun olmaktadır¹⁰⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Devlet Planlama Teşkilatı tarafından 1961-1962 yıllarında Türkiye'deki hukukçu sayısı ve ihtiyacı konusunda yapılan araştırmada ülkedeki hukukçu sayısının yeterli olduğu görüşü bildirilmiştir¹⁰⁸. Nihayetinde, 1960'tan 1980'li yıllara gelindiğinde, AYİTER'in belirttiği şekilde rakamların dengeli bir artışı gösterdiği dikkate alınarak, Türkiye'de baroya kayıtlı avukat sayısının 18.000 dolaylarında olduğu ve söz konusu dönemlerde yaklaşık olarak 2.485 (gerçek) kişiye¹⁰⁹ 1 avukatın düştüğü ifade edilmelidir¹¹⁰. Kanaatimce bu veriler Muhamat Kanunu'nun kabulünden hemen sonra hukuk mezunu olmayan kişilere de avukatlık mesleğini icra etme imkanının tanınması ve 1960'lı yılların sonunda bu olanağın ortadan kaldırılması durumunu açıklamaktadır. Başka bir anlatımla, bahsi geçen dönemlerde, mülkiye mezunlarına fark derslerini vererek avukatlık yapmalarına cevaz verilmesinin temel sebebi hukukçu işgücünde açık olarak görünmektedir.

Günümüze gelindiğinde ise hukuk fakültesi sayısının 80'i aştığı ve avukatlık sınavının da bulunmadığı/henüz uygulanmadığı görülerek, ortalama düzeyde şu bilginin verilmesi mümkündür: Türkiye'de 2000'li yıllarda 1.020 (gerçek) kişiye 1 avukat; 2010'lu yıllarda 616 (gerçek) kişiye 1 avukat; 2022 yılında 487 (gerçek) kişiye 1 avukat ve 31.12.2023 itibarıyla baroya kayıtlı 185.749 avukat ile 459 (gerçek) kişiye 1 avukat düşmektedir¹¹¹. Bu durum ise, başka alan mezunlarının avukatlık yapmasının uygun olup olmadığı sorusunun, 1969 yılından sonraki 55 yıl içerisinde, "Bu kadar hukukçuya gerek var mıdır?" sorusuna evrildiğini göstermektedir.

¹⁰⁴ Özkent (n 16) 128.

¹⁰⁵ 1940 yılında Türkiye'nin nüfusu 17.820.950'dir, bakınız: Rüya Kasarcı, 'Türkiye'de Nüfusun Gelişimi' (1993) (5) Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 247, 248.

¹⁰⁶ Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye'nin üçüncü hukuk fakültesi olarak 1978-1979 akademik yılında eğitime başlamıştır. Bu fakülte daha sonra Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi adını almıştır. Bu fakültenin kuruluşu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Muhittin Alam, 'Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi' (1980) (1) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1; Kudret Ayiter, 'Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kuruluşu ve İlk Yılı' (1980) (1) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11.

¹⁰⁷ Ayiter (n 106) 35-36.

¹⁰⁸ ibid 35.

¹⁰⁹ 1980 yılında Türkiye'nin nüfusu 44.736.957'dir, bakınız: Kasarcı (n 105) 248.

¹¹⁰ Ayiter (n 106) 36.

¹¹¹ Hesaplama yapılırken dikkate alınan verilerin kaynakları için bakınız: <www.barobirlik.org.tr/Barolar>; <data.worldbank.org/country/TR> Erişim Tarihi 16.1.2024.

3. “Dava Vekilliği” Yerine Getirilen Yeni Mesleğin Adının Ne Olacağı Meselesi: “Muhami” ve “Muhamat” Tabirleri

Muhamat Kanunu'nun 3. maddesi Meclis'te okunduktan sonra “muhamat” ve “muhami” tabirleri hakkında bir tartışma açılmıştır.

Söz alan bir vekil özetle, “himaye”, “mahmi” kelimelerinden türetilmiş olsa da bu kavramların yıllarca Arapça ile uğraşmış kendisine bile acayip geldiğini ve halihazırda bu meslekle uğraşanların bile bu ve benzer bir kelimeyi telaffuz ederken hataya düştüğüne tesadüf ettiğini belirterek, “dava vekili” veya halk arasında alışılmış olan “avukat” kelimelerinde ne sakınca görüldüğünü sorgulamıştır¹¹².

Bir başka vekil söz alarak cevaben ve özetle, “muhami” kelimesinin Mısır'da dava vekillerine verilen bir unvan olduğunu ve oradan alındığını, kanunda “dava vekili” ile “muhami” arasında açık bir ayırım yapıldığını, bu ayırımın ve sonuçlarının neler olduğunu kanunda gösterildiğini¹¹³, bu suretle dava vekili tabirinin uygun olmadığını, muhami yerine başka bir tabirin kabul edilmesinde bir sorun bulunmadığını, ancak “avukat” tabirinin de halk tarafından tatsız bir telakkiye tabi tutulduğunu ve nihayetinde konunun yeni bir meslek, esas ve prensip meydana getirilirken yeni bir tabir kullanılmasından ibaret olduğunu ifade etmiştir¹¹⁴.

Bunun yanında yapılan tartışmalar sırasında “dava vekili” ile “muhami” arasındaki fark da şu şekilde açıklanmıştır:

“(…) dava vekili tabiri, bu kanunla tesis etmek istediğimiz ve muhami namı vermek istediğimiz meslek erbabına, (...) tevdi ettiğimiz vazai'fi tamamen ifade etmiş olamaz. Çünkü malumu âlinizdir ki dâvavekili demek huzuru hâkimde bir hakkın talep ve davasıdır. Huzuru hâkimde bir hakkın talep ve davası hususunda vekildir.

Buna vekil derler. Halbuki bu muhami değildir. (...) maksadımız bu olmadığını görürsünüz. Bundan yalnız bir adamın huzuru hâkimde bir hakkı talep ve davası için vekil kastetmiyoruz. Âdetâ bir müftü mahiyetinde halkın bilumum mesaili hukukiyesinde şifahî veya tahriri kendilerine itayı rey etmek meselesidir. Davavekilinde bu var mı? (...) Ve bilcümle davavekilleri, zaten zaman müruru ile hepsi mesleki muhamata dahil olacaklardır ve muhami

¹¹² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İctima Senesi: II 28. İctima 3.4.1340 286.

¹¹³ Muhamat Kanunu'ndan önce dava vekilliği mesleği ile iştigal edenlerin tabi olacağı rejim şu şekilde özetlenebilir: Ruhsatnameli oldukları halde en az on seneden beri aralıksız olarak dava vekaleti mesleğinde bulunup baro teşekkül eden yerlerde Kanun'un yayımlanmasından ve etmeyen yerlerde baronun teşekkül tarihinden itibaren üç ay içinde kayıt için baroya müracaat edenler Kanun'un 2. maddesinde yer alan şartları sağladıkları takdirde muhamat mesleğine dahil olabilir (MK m 11). Kanunun yayım tarihinden önce fiilen üç sene süre ile dava vekaletinden bulunmuş olanların staj zorunluluğu bulunmamaktadır (MK m 2/1/6). Kanun'un 2. ve 11. maddelerinde yer alan mezuniyet veya istihdam şartlarını sağlamayıp beş sene süreyle ruhsatnameli olarak dava vekaletinde bulunanlar baro teşkili mümkün olmayan yargı çevrelerinde baro teşekkül edinceye kadar dava vekaleti edebilirler. Ruhsatname sahibi olmayıp on seneden beri aralıksız olarak dava vekaleti mesleğinde bulunanlar Adalet Bakanlığı'na tayin edilecek usul ve şartlar uyarınca yapılacak sınavlarda başarılı oldukları takdirde o yargı çevresinde baro teşekkül edinceye kadar dava vekaleti edebilirler. Baro teşekkül etmemiş bir yerde dava vekillerinin sayısı üçten az olduğu takdirde, dava vekilliği yapmak isteyenlerin yalnız o mahalde vekillik faaliyeti yapmalarına imkan vermek üzere Adalet Bakanlığı'na tespit edilecek usul ve şartlar dahilinde o yer adliye encümeni tarafından sınav yapılabilir ve Adalet Bakanlığı tarafından geçici mezuniyet verilebilir (MK m 12/1).

¹¹⁴ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: II Cilt: 8 İctima Senesi: II 28. İctima 3.4.1340 286.

olacaklardır ve kimseye zaten dâvavekili namı da verilmeyecektir. İkisinin arasındaki fark budur efendi hazretleri!¹¹⁵

Halihazırda MK m 1'de “muhami” kavramının tanımlanmış ve bu hükmün kabul edilmiş olması sebebiyle, bu tabir yerine önerilen “dava vekili” ve “avukat” kavramları oylamaya sunulmamıştır. Ancak, kanunun yayımlanmasından iki yıl sonra çıkan 708 sayılı Muhâmât Kânûnunun Ba'zı Mevadd-ını Muaddil Kânûn m 1 hükmü ile Muhamat Kanunu'nda yer alan “muhamat” için “avukatlık”; “muhami” yerine “avukat” kelimeleri kabul edilerek tüm kanunda gerekli tadil yapılmış, bu suretle günümüzde hala kullanmakta olduğumuz bu tabirler yasal vasıflarını kazanmışlardır.

IV. Sonuç

İslam Hukuku'ndaki “husumete/murafaaya vekalet” kavramı altında şekillenen dava vekilliği mesleğinin modernize edilmesi konusunda Osmanlı Devleti kendi koşulları içerisinde elinden gelen gayreti göstermiştir. Bu amaçla yapılan çalışmalardan 1875 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname, avukatlık mesleğiyle ilgili ilk düzenleme niteliğinde olup, avukatlık hukukumuzun temelini oluşturmuştur.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde dava vekilliği müessesesinin yetersiz olduğu ve yeni bir meslek kolu yaratılması gerektiği görüşü hakim olmuştur. Bu kapsamda, yürütülen adli ıslahat çalışmalarında daha kapsamlı bir kanun yapıncaya kadar 460 sayılı Muhamat Kanunu ile bir geçiş döneminin yaratılması hedeflenmiştir.

Biri geçici toplam 18 maddeden oluşan Muhamat Kanunu, bu kanun gereği oluşturulan tasfiye komisyonları ile savaş sonrası dönemde siyasi yönü ağır basan kararların ortaya çıkmasına vesile olduğu gibi muhamilik adı altında yeni bir mesleğin yaratılması, bu mesleğe ait hak, yetki ve ödevlerin belirlenmesi ile kabul ve geçiş şartlarının tespit edilmesi, baro adı altında meslek örgütlenmesinin sağlanması ve günümüzde de geçerliliğini koruyan avukatlıkla bağdaşmayan işler veya hasılı davaya iştirak yasağı gibi ilkelerin ortaya konulmasını sağlamıştır.

Muhamat Kanunu ile belirlenen temel çözüm yolları üzerinde Osmanlı döneminden beri gelen bir mutabakatın bulunması, Meclis görüşmeleri sırasında yapılan tartışmaların daha çok tali konularda yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bu konular (i) muhamilik mesleğine dahil olabilmek için yapılacak stajın süresi ve şeklinin nasıl olması gerektiği, (ii) muhamilik mesleğini icra edebilmek için hukuk mektebinden mezun olmanın şart olup olmadığı ve (iii) ihdas edilen yeni meslek için muhami ve muhamat tabirlerinin uygun düşüp düşmediğidir.

¹¹⁵ ibid 287.

Günümüzde belirtilen bu üç tartışma konusundan ilk ikisi hala önemini korumaktadır. Şöyle ki, Muhamat Kanunu'nda adliyede memuriyet şeklinde öngörülen ve devlet tarafından finanse edilen 36 aylık staj usulü, günümüzde çalışma şekli tam belli olmayan ve adayın kendisinin finanse ettiği 12 aylık bir staj halini almıştır. Dünya ülkelerindeki uygulamaların ortalama özelliklerini karşılamaktan uzak olan bu mevcut staj usulü ile Muhamat Kanunu'ndaki staj sistemi kıyaslandığında, staj süresi ve stajın mali külfeti konularında daha da geriye gidildiği, staj yeri konusunda sınırlı bir gelişmenin kaydedildiği ve avukatlık sınavı uygulamasının ise hala bir beklenti olduğu anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, avukatlık mevzuatındaki staj hükümlerinin gözden geçirilmesinde büyük fayda bulunduğu belirtilmelidir.

Diğer taraftan, her ne kadar Muhamat Kanunu görüşmeleri sırasında itibar edilmiş bir görüş olmasa da, kanunun kabulünden iki yıl sonra mülkiye mezunlarının fark derslerini vererek avukatlık yapabilmesine imkan tanıdığı ve bu durumun 40 yılı aşkın bir süre devam ettiği görülmektedir. Bu durumun rasyonel sebebinin araştırırken 1920'li yıllarda hukuk fakültesinden yılda 20-30 kişi mezun olduğu; Ankara Hukuk Fakültesi'nin ilk mezunlarını 1928 yılında verdiği dikkate alındığında 1930'lu yıllara kadar bu rakamda kayda değer bir değişimin meydana gelmesinin pek olası olmadığı; 1939 yılında Türkiye'de toplam 1.631 avukatın bulunduğu; 1960'lı yıllardan 1970'li yılların sonuna kadar Türkiye'deki iki adet hukuk fakültesinin yılda toplam 950 mezun verdiği; Devlet Planlama Teşkilatı tarafından 1961-1962 yıllarında Türkiye'deki hukukçu sayısı ve ihtiyacı konusunda yapılan araştırmada ülkedeki hukukçu sayısının yeterli olduğunun mütalaa edildiği şeklindeki bazı yaklaşık verilere dayanmak mümkündür. Bu duruma göre, Türkiye'de 10.000 (gerçek) kişiye 1 avukatın düştüğü günlerden 2.485 (gerçek) kişiye 1 avukatın düştüğü günlere gelinceye kadar, başka bir anlatımla hukukçu/avukat insan gücündeki açık kapatılana kadar mülkiye mezunlarına da avukatlık mesleğini icra etme olağanın sağlandığı anlaşılmaktadır. Günümüzde ise 459 (gerçek) kişiye 1 avukat düştüğü dikkate alındığında, başka alan mezunlarının avukatlık yapmasının uygun olup olmadığı sorusunun "Bu kadar hukukçuya/avukata gerek var mıdır?" sorusuna evrildiği görülmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dışbağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akil C, *Şematik Avukatlık Hukuku* (Seçkin 2023).
- Alam M, 'Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi' (1980) (1) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-9.
- Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı (Ajans-Türk Matbaası 1966) XXIII-XXVI.
- Arntürk R, 'Hukuk Eğitimi Yeniden Tasarlamak: Bir Eğitim Reformu Önerisi' (2020) 5(9) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-64.
- Artukoğlu M N, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi* (Adalet 2022).
- Artukoğlu M N, *Osmanlı Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Gelişimi* (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Aydın O G, '“Gelenekten Geleceğe” Türkiye’de Hukuk Eğitimi’ (2015) (21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 621-657.
- Ayhan F Y, *Dürerü'l Hükkam Şerh-i Mecelleti'l Ahkâm Vekâlet Kitabının Metin ve Kaynak Çalışması* (Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2007).
- Ayiter K, 'Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kuruluşu ve İlk Yılı' (1980) (1) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-38.
- Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu - Rasyonel Tefsiri - Gerekli Tadilleri - Bir Proje* (İstanbul Matbaacılık 1947).
- Bingöl S, 'Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-yi Mahâkim'deki Üst Mahkeme Kararları' (2005) 20(1) Tarih İncelemeleri Dergisi 19-38.
- Budak A C (ed), Karaaslan V, Apaydın E ve Aydemir F, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz 2021).
- Budak A C ve Demirbaş O, 'Mayıs Adli İnkılabı' iç Semiha Nurdan ve Muhammed Özler (hazırlayanlar), XVIII. Türk Tarih Kongresi - Kongreye Sunulan Bildiriler (VIII. Cilt), Hukuk ve Diploması Türk-Ermeni İlişkileri (Kuban Matbaacılık 2022) 57-78.
- Budak A C ve Özkan Y, 'Türk Medeni Usul Hukukunun Yüz Yıllık Tarihi' (2023) 2(71) Adalet Dergisi 89-117.
- Conway F, Cengiz S [ve diğerleri], *Meslek İçi Eğitim Projesi Sonuç Raporu* (Şen Matbaa 2009).
- Demir A, 'İlk Usul Kanunu: Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu' (e-akademi - Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi Sayı 72, Şubat 2008) <e-akademi.org> Erişim Tarihi 22.1.2024.
- Durhan İ, 'Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler' (2008) 7(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55-111.
- Durhan İ, 'Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi' (2004) 8(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 23-46.
- Gençoğlu M, '1864 ve 1871 Vilâyet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdaresinde Yeniden Yapılanma' (2011) 2(1) Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 29-50.
- Karabulut U, 'Muhâmât Kanunu: Avukatlık Kurumunun Düzenlenmesi ve İstanbul Barosunda Yaşanan Tasfiyeler' (2013) 8(27) Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 79-104.
- Kasarıcı R, 'Türkiye’de Nüfusun Gelişimi' (1993) (5) Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 247-266.

- Konan B, '1915 Tarihli "Memâlik-i Osmaniye'de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Zezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat"a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi' iç Fethi Gedikli (ed), I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (XII Levha 2014) 225-245.
- Konan B, '20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı' (2022) 5(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 122-139.
- Kuyucu A, 'Türkiye'de Savcılık (Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolü ve Örgütlenmesi)' (2006) Bir Adli Organ Olarak Savcılık – Sempozyum 131-150.
- Oğuz A, 'Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü' (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-40.
- Okandan R G, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları* (Fakülteler Matbaası 1958).
- Ortaylı İ, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı* (13. Baskı, Kronik 2020).
- Örsten Esirgen S, 'Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık' (2014) 4(63) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 737-778.
- Özkan Y, *1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukukiyye Kanûn-u Muvakkati'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri* (Filiz 2021).
- Özkent A H, *Avukatın Kitabı* (2. Baskı (Tıpkı Basım: Arkadaş Basımevi 1940), Ufuk Matbaası 2002).
- Sav A ve Toprak M, *Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi* (2. Baskı, Şen Matbaa 2015).
- Songür H, 'İslam Hukukunda Avukatlık Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme' (1994) (1) Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 225-256.
- Türkiye Barolar Birliği Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi, *Dünya Ülkelerinde Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Stajı*, <https://abs.cu.edu.tr/Dokumanlar/2015/HKU101/600103133_dunya_ulkelerinde_hukuk_egitimi_ve_avukatlik_staji.pdf> Erişim Tarihi 16.1.2024.
- Vatansever Öztürk M, 'Nizamiye Mahkemeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 13(171-172) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-171.
- Yılmaz E, 'Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık' (1995) 44(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 193-208.
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (9. Baskı, Yetkin 2005).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 19.11.2023
Revizyon Talebi: 21.06.2024
Son Revizyon Tarihi: 27.06.2024
Kabul: 27.06.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Naming, Order and Power: She Unnames Them All of Ursula & Lord of the Rings of Tolkien

O. Vahdet İşsevenler*

Abstract

One of the two points that establishes a relationship between law and literature is the legal themes in literary works, and the other is the literary character of law itself. More fundamentally, the ontological kinship between law and literature is that both construct a second world with words or names. In general, names are the mediums through which human beings construct a second world called culture. In this regard, language is a feature of the human condition. Arendt conceptualised this condition as *vita activa* and defined the categories of work, labour and action. This article analyzes the conceptions of power and order in two literary works by focusing on this condition of human beings called naming. Ursula's work deals with the theme of naming, based on the claim that naming is a masculine activity that is only useful to humans. By refusing to replace names, the character who returns names manifests a form of divine violence. Tolkien's work, on the other hand, distinguishes between correct and incorrect naming. In this conception, misnaming is to ignore the nature of the object and to name it to instrumentalize it. The correct naming, on the other hand, is not to rule the object but to take care of it as a gardener takes care of flowers. In this context, Ursula gives an anarchist, de-ordering message, and at the same time she rejects the potential of human beings to establish a legal-political order because she excludes the category of action that is only possible through names. Tolkien, on the other hand, while criticising domination and instrumental reason, also proposes a remedy that does not require a total rejection of human potential. His work, which finds its main idea in the motto "power corrupts", makes us think that law is not necessarily an instrument of domination but, can also be an antidote to arbitrariness.

Keywords

Naming, Power, Order, Lord of the Rings, Tolkien, Ursula L. Guin, Literature and Law, Instrumental Reason

Adlandırma, düzen ve iktidar: Tolkien Yüzüklerin Efendisi & Ursula She Unnames Them All

Öz

Hukuk hem edebi metinlerdeki hukuki temalar hem de kendisinin nihayetinde bir metin olması hasebiyle edebiyatla ilişkilendirilir. Hukuk ve edebiyatın ontolojik akrabalığı ise kelimelerle ikinci bir dünya inşa etmeleridir. Kelimeler genel olarak insanın kültür adı verilen ikinci bir dünya inşa etmesini sağlar. Bu yönüyle, lisan, insanlık koşulunun bir özelliğidir. Arendt bu durumu *vita activa* olarak kavramsallaştırmış, iş, emek ve eylem kategorilerini tanımlamıştır. Makale adlandırma olarak ifade edilen bu özelliği merkeze alarak iki edebi eserdeki iktidar ve düzen kavrayışlarını tahlil etmektedir. Ursula'nın eseri adlandırmanın eril bir faaliyet olduğu ve sadece insanın işine yaradığı iddiasına dayanarak adsızlaştırma temasını işler. Adları iade eden karakter yerlerine yenisini koymamak suretiyle ilahi şiddetin bir türünü sergilemiş olur. Tolkien'in eseri ise doğru ve yanlış adlandırma arasında bir ayırım yapar. Nesnenin doğasını gözlemlemek ve nesneyi araçsallaştırmak üzere adlandırmak yanlış adlandırmaktır. Doğru adlandırma ise nesneyi yönetmek değil onunla bir bahçıvanın çiçeklerle ilgileniği gibi ilgilenmektir. Bu bağlamda Ursula anarşist, düzen kaldıracı bir mesaj verirken yine ancak adlarla mümkün olan eylem kategorisini dışladığı için insanın hukuki-siyasi düzen kurma potansiyelini de reddetmiş olur. Tolkien ise

* **Sorumlu Yazar:** O. Vahdet İşsevenler (Assoc. Prof.), Yalova University Faculty of Law Department of Philosophy of Law, Yalova, Türkiye. E-mail: vahdetissevenler@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0287-0686

Atf: İşsevenler OV, "Naming, Order and Power: She Unnames Them All of Ursula & Lord of the Rings of Tolkien" (2024) 82(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 671. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.2.0010>



tahakkümün ve araçsal aklın eleştirisini yaparken insan potansiyelini tümünden reddetmeyi gerektirmeyen bir çare de önerir. Güç yozlaştırır mottosunda ana fikrini bulan eser, hukukun zorunlu olarak tahakküm aracı olmadığını bilakis keyfiyete karşı bir panzehir de olabileceğini düşündürür

Anahtar Kelimeler

Adlandırma, Düzen, İktidar, Yüüklerin Efendisi, Ursula L. Guin, Hukuk ve Edebiyat, Araçsal Akıl

Extended Summary

One of the common features of law and literature is world-building with names. Ursula le Guin's *She Unnames Them All* can be read as a text that considers the order-making function of names and challenges masculine character of naming. *She*, the main character of story, detaches things from their names, in a way approaching the divine violence of Benjamin's conceptualization. She purifies nature from culture and returns it to its original state. This move to undo the established order can be considered as an anarchist attitude. Because, in line with Benjamin's description of divine violence, main character of story does not replace names with new ones, she just unnames them. In the story, the justification for this is that names are not useful to non-humans anyway, and that living things are a homogeneous unity when stripped of their names. It is implied that nature is good in itself. While the association of names with usefulness meets the categories of labor and work, which Arendt presents as human conditions, it excludes the category of action. By using names, humans make designs that will ensure their survival, but beyond that, names make it possible for humans to think universals such as justice and beauty and to act in accordance with these universals. In other words, language makes it possible not only to make means but also to assign ends. Thus, the abandonment of universals is not only the abandonment of the means of human survival, but also the abandonment of freedom as a political end and justice as a legal end. So, the detachment of names from action means the rejection of law, which can be characterized as political naming. On the other hand, another fictional character, Tom Bombadil from *The Lord of the Rings*, does not turn his back on names while maintaining the implication that nature is good in itself. Another Tolkien character, the elves, who, like Tom Bombadil, are good with names, not only build a world with names but also resist evil. They defend peace, plurality and heterogeneity in Middle-earth by taking into account the balance of power. In the *Lord of the Rings* universe, it is not naming that is evil, but rule through naming. There are three types of use of names in the *Lord of the Rings* universe. Natural names representing pure science like Bombadil's, names that are the product of conscious design like the elves', and misnomers of evil characters like Sauron and Saruman. Different uses of names correspond to different forms of the reason. Misnaming refers to the subject's manipulation and destruction of the nature of the object for its own purposes. In this sense, misnaming corresponds to instrumental reason. The villains are characters who not only instrumentalize nature but also dominate the people. On the other hand, elves, or wizards like Gandalf, that is, those who give things a name that corresponds to their nature, are characters who do not destroy nature while making use of it, and who take care of nature like a gardener. In this context, the gardener is the symbol of the right ruler. The struggle against evil characters, those who want power for domination, is also a struggle against the substitution of means for ends. The symmetry of Ursula's anarchist attitude in Tolkien

is the maxim “power corrupts”. In this statement, which is the essence of the concept of checks and balances embodied in American constitutionalism, law is seen not as a form of domination but as an antidote to arbitrariness. It is no coincidence that gardener hobbit, a representative of the natural law principle of protecting harmony in nature, and his employer are assigned the task of destroying the ring of power. This is because these two are from the Shire, which offers an example of an unstratified society.

I. Introduction

As is well known, the relationship between law and literature is essentially based on two points: Legal themes in literary texts and law as literature. Creating a world by words is a common feature of law and literature, and this feature also involves stated links to the relationship between law and literature. Literary fiction approximates the law of creating a second world in the reader's imagination. Of course, the text of a novel limits the possibilities of interpretation, but ultimately, each reader subjectively creates the story in their own imagination. Law, on the contrary, establishes objective names valid for the entire political community, which neutralise the subjective naming of individuals. Yet, at this point, law still shows a literary features.

Names, as universals, allow us to clothe the naked reality with a spectacle of values and make sense of the world. Robert Cover, after emphasising that legal interpretation is a reconstruction of social reality, an intervention in the meaning-making process of the person to whom legal coercion is applied, reminds us that the sounds made by the sufferer belong to a pre-linguistic phase and quote that torture, the ultimate stage of infliction, is aimed at destroying one's set of values and surrendering to the torture¹. Names make meaning possible and provide humans with a justification for taking action. Law, in turn, determines the objective limits, that is, the objective meaning of the actions of those who live within the legal-political borders in which it is valid.

However, the nature of naming itself has been the subject of theology and philosophy. Ursula's short story, *She Unnames Them All*², deals with the issue of naming with theological references and takes a refusing attitude. Her position calls into question the possibility of praxis, which can be defined as the human condition. Praxis appears as morality on a personal level and law and politics on a collective level. Therefore, the consequences of her rejection, of the anarchist attitude, are legal, political, and anthropological. Below, taking into account the fiction of the story, the nature of naming, naming and violence, and naming and law-politics relations will be emphasised in parallel with the analysis of the story. In the following section, the same theme is discussed compared with *The Lord of the Rings*³, exemplifying how different philosophical positions on naming lead to different legal consequences.

II. She Unnames Them All

Ursula K. Le Guin's short story, *She Unnames Them All*, deals with the ancient issue of naming in a clear and simple way. This short story, which deals with the process of unnamings, manages to make a point without extending the contest by targeting the opponent's joints.

¹ Robert M. Cover, 'Violence and Word', (1986), 95 Yale Law Journal, 1602 et seq.

² Ursula K. Le Guin, 'She Unnames Them All', *The New Yorker* (21 January 1985) 27.

³ J.R.R. Tolkien, *Yüzüklerin Efendisi*, (Bülent Somay çev, Metis 2012).

At the very beginning of the story, when it is explained that animals easily give up their names, priority is given to sea creatures. In this way, the purpose of the unnamng is expressed from the very beginning. Sea creatures are prioritised because their element is water: As is generally known, water is privileged in creation mythologies. For example, in the Altai creation myth, God is above the water and, in the sky before, giving form to things through his word⁴. In other words, there is water when there is nothing. In this myth, the fact that water is the primary substance, confirming Thales, and that God gives form to things through his word are remarkable points for the philosophical tradition, but the main issue in the context of our interest is the homogeneous structure of water. Whether you take a glass of water from the shore or from the depths of the ocean, it will be filled with h₂o. Moreover, for the human eye looking from the outside, the water surrounding sea creatures, like the air surrounding terrestrial creatures on land, provides a powerful metaphor for the expression of wholeness, completeness and anonymity.

Then, the first message of the story is about distancing function of naming. Name functions to separate things from each other, and definition is made possible by limits. It refers to a boundary. However, one may think that this boundary exists through human eyes. It is not easy to say that beings other than humans are aware of this boundary, because this requirement requires, other living beings to have consciousness as observed in human beings. In this context, even if it is controversial to discuss an experience of living beings other than humans, we can state that they lead an unmediated life. Other living beings do what their nature requires without the need for mediation. Human beings, on the other hand, fulfil the requirements of their nature, but they do so through culture, not directly. A flower spontaneously turns its face to sunlight. On the other hand, humans should make calculation to benefit from the sun; that is, they act rationally rather than instinctively⁵. It is the names that enable human to make these calculations. Indeed, in the story, when pets learn that they can keep their own names, they have no problem rejecting the Linnaean classification and species names, which have only a cognitive function and, more importantly for the message of the text, categorise them.

The main function of names is to set boundaries. Aquatic creatures are described “with particular alacrity” because homogeneity evokes anonymity. Anonymity means a return to nature. Dastur states that nature (*natura, physis*), unlike living things in nature, refers to a process of becoming and passing away that is not individualised,

⁴ “At the beginning when there is nothing but water...” Barbara C. Sproul, Yaratılış Mitleri, (Ali Bucak çev. Hil Yayınları 2018), 288.

⁵ When it comes to the difference of human beings from other creatures, the history of philosophy often refers to bees in the syllogism. As it is known, Aristotle (Politika, 1253a) explained the potential of human beings for political organization with their capacity to possess access to moral universals through language, as opposed to the self-organizing abilities of bees. Dastur quotes Marx after noting that human beings make use of nature through names, “but what distinguishes the worst architect from the most expert bee is that the architect builds the building in his mind before he actually builds it.” François Dastur, ‘İnsan Sesi’, *Ölümle Yüzleşmek*, (çev. Adem Beyaz, Pinhan 2019) 85 et seq.

unnamed, or unnameable, whereas those who have a name have a boundary, a form, a separate existence, and that the name separates. It also reminds us that in some cultures, newborns are not immediately given names so that they do not have difficulty in returning to nature⁶.

Limitation to, set boundaries implies separation and, distancing. This aspect, which finds its story in human beings' leaving from the immortal paradise life, expresses the limited, incomplete nature of human beings and their need for knowledge, which is possible through names, to fulfil this limitation. The apple offered by evil as the key to immortality is understood as the fruit of knowledge: Limitation requires transcending the limits; human beings need knowledge; in other words, humans need to set limits by naming reality to overcome their limitations. The act of knowing by setting limits makes it possible to transcend these limits. Therefore, we can say the following: Naming is a strategy of separation and integration. Naming something means separating it from others. Giving the right name to something indicates its place in the whole. As is known, in terms of the theory of correspondence, giving the right name to a thing requires taking into account the difference between that thing and others and, its relationship with others and, taking care of the correspondence between the name and the object⁷. For this reason, it is also possible to misname. Misnaming corresponds to evil on the ground of axiology. As a matter of fact, the Garden of Eden narrative, in which naming is also a subject, continues in this vein. It would be a mistake to think that this archetypal narrative, which is common in Judaism, Christianity, and Islam, despite differences in interpretation depending on religion, is unique to the particular tradition. Again, we can give an example from the Altai creation myth:

"...God asked man to bring earth again. But this time he had made up his mind to keep some for himself, so he brought a piece with each hand. He gave one palm to God and kept the other in his mouth to create a world of his own."⁸

In the continuation of the myth, God's act of creation makes the earth grow, and man becomes suffocated because of the earth he hides in his mouth. He is forced to ask for God's help, and he spits out what is in his mouth after confession. Thus the bad places in the world are created⁹. As can be seen, the word is again endowed with a formative capacity, and this potential is also the potential for man to become sinful. The limit also, then, causes the possibility of moral action. Adam and Eve saw their private parts after eating the apple. In short, the state of being separate, of being limited, and of knowing and transcending the limits define the human being. In

⁶ ibid s.85.

⁷ That is, the name of the thing is true to the extent that it is corresponding to the thing itself and establishes the harmony of that thing with other things.

⁸ Sproul, *Yaratılış Mitleri*, (n 4), 288.

⁹ ibid 288.

other words, what is surplus in human beings, that is, the virtue of human beings, is the possession of reason, as expressed in the Socratic tradition. While other creatures survive in a direct manner, human beings must use their own reason. However, names are not only a way of dealing with the problem of survival but also, as Aristotle says, they provide the possibility of living well and, engaging in political activities¹⁰. This means a meaningful life. As we will see below, in the aforementioned story Ursula equates two activities, survival and self-realisation, both of which are possible for human beings by virtue of names.

Overall, the second function of the limitation feature of names, which we mentioned above with reference to Dastur, is that of separating, which also makes being individual possible. Every subjective naming of a subject is part of the subject's interpretive activity¹¹. In other words, the subject's experience makes a unique story possible through these names, and it is this story that the subject ultimately lives. Having a unique voice and the possibility of a unique interpretation of the subject make the subject an individual. In this way, human beings differ from herd animals that produce monotonous sounds. Therefore, the absence of names means the erasure of borders. Therefore, in the story, while sea creatures abandon names with particular alacrity and become anonymous, parrots and parakeets, which display a human-like skill in the use of sound, do not show the same enthusiasm.

Another group that hesitates to abandon names is the Tibetan yaks. This hesitation of the yaks allows the author to manoeuvre at two points. The first is to emphasise the role of females in eliminating hesitation. The second is useful function of names.

Due to the structure of English, the very title implies from that unnamings is a feminine activity. The main character of the story is a human being. But apart from that, we have no other information about her. She is the narrator of the story. The title refers to her only as *she*. The identity of this mysterious woman is revealed as the story unfolds. But at this point in the story, it is not her identity but her feminine character that is important. Of course, the main character's name is never mentioned in the story. In this way, the character evokes the personification of the nameless nature. In addition with this emphasis, the masculine nature of naming and the femininity of nature are implied. The issue of femininity has also been the subject of feminist analysis¹². My preference is, on the other hand, perhaps more like the perspective of Jung, for psycho-mythological analysis. In this context, naming or culture, for example agriculture, is a masculine, derivative act¹³. That means to

¹⁰ Aristoteles, *Politika*, (Özgüç Orhan çev, Pinhan Yayıncılık 2018) 1253a, 1254b.

¹¹ M. Bilgin Saydam, *Deli Dumrul'un Bilinci*, (Metis 2017) 42.

¹² Sultan Komut Bakıncı, 'The reinvention of humanity: Language, power and rebellion in Le Guin's "She Unnames Them"', (2021) 9 *RumeliDE Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi*, passim.

¹³ Campbell states that it is a common imaginary of both hunter-gatherer and gatherer societies that nature, which gives birth and nourishes, is seen as motherly and the plowing of the field as paternal. (qtd: Saydam, *Deli Dumrul'un Bilinci*, 103, 104.)

intervene in the nature, to fertilising it. The female element describes nature, that is, the principle. The woman is the principle, that gives birth; consciousness, on the other hand, is the masculine, the derivative, such as the daughter of the mother, at the culture that derives from nature¹⁴. Regarding consciousness, the masculine principle is characterised by a separating and, defining function, and the feminine principle by a unifying function¹⁵. In the story, it is the councils of elderly *females* that remove the hesitation of the yaks, just as it is the *She* who *unnamed them all*.

Hesitation was ruled out by the argument that name is useful for people, not yaks. In fact, the name is useless to yaks. It is people, not yaks, who need the meaning of this name. The emphasis on usefulness is repeated in the rest of the story: When the *She* returns her name at the end of the story, she says that it is very useful but no longer fits. There are two judgments about naming in this statement. One of them is a misnomer in the context of the correspondence theory mentioned above. As we return below, the correct naming option is not emphasised in the story. The second judgement is about the function of naming. At this point, it is appropriate to recall Hannah Arendt's term *vita activa*. The term is used to refer to three human activities: labor, by which man sustains the biological existence of himself and his species; work, by which he creates artifact, and action, by which he takes place between people without the mediation of things and establishes political structures¹⁶.

Work is the name of the activity in which human beings design tools and build a second world using such tools. What makes designing possible are, of course, names. Again, when acting, human beings act in relation to names; they tend to realise universals/values. In this context, action implies praxis. When read together with this schema, we find that Ursula's hero, like Bergson, tends to define human beings not as *homo sapiens* but as *homo fabers*¹⁷. It seems that according, to *She*, the only function of names is to be useful. Hence, what human beings do through naming is ultimately no more than just to sustain their lives. There is only surviving capacity here, neither virtue nor action. As a matter of fact, when *She* returns her name, her address is busy with something, even at this dramatic moment. He does not care about abandonment; he does not look up from his work. Again, this scene is significant in two ways. As expected, the person to whom the name is returned is Adam. According to *She*, it was Adam and God who gave her the name. Adam does not look up from his work in response to Eve's great gesture. The fact that all Adam did was working reveals the nature of his work. What is work that is so important? What had Adam devoted his life to? What is hidden behind the name Adam? We learn the answer from her last words: "Well, goodbye, dear. I hope the garden key turns up." It is seen that

¹⁴ ibid 104 et seq.

¹⁵ ibid (n 11), 84.

¹⁶ Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu*, (Bahadır Sina Şener çev, İletişim 2013) 35-37.

¹⁷ Dastur, 'İnsan Sesi', (n 5), 81.

Adam is trying to open the door to the Garden of Eden with names. In the context of the story, this means the construction of paradise on earth through culture/names¹⁸. However, Eve, while returning her name, mentions that it has not been fitting lately. At this point, we recall the Platonic theory of correspondence mentioned above. As is known, according to Plato, every object has a true name corresponds to its nature. For example, the philosopher should be a ruler because he knows these names. In other words, philosophers should be kings, or kings should be philosophers since the knowledge of these names can be gained through philosophy. The world that humans build can only be just if it correspondence with true nature of things, for example. Eve, on the other hand, mentions that her name has not fitted her lately. And she unnames herself. The order implies that each object has its own place. Again, as is well known, the Platonic definition of justice is that everyone should be engaged in the work that fits them. By returning the names, Eve removes the boundaries that express order and anonymizes existence like water. It is implied that the only cost of this anonymization is the abolition of the category of work. However, in addition to work, action is also abolished.

As a result, Adam's not lifting his head from his work does not give her the opportunity to negotiate. She already thinks that they cannot get anywhere by communicating. Therefore, we can also assume that the woman has no faith in communicative rationality. In other words, neither the realist nor the conventional existence of names, universals, i.e., ends, is recognised by *She*. This point makes it obvious that the critique of means is related to the rejection of ends. Naming itself is an order-establishing activity. To the extent that naming something means limiting it, it is considered as a violence. The other side of the coin is that of ends. If there are true names, limitations can be justified to the extent that it is correspond with these true names. In other words, even if violence is characterised as a means, achieving the right ends, i.e. the right names, is understood as the criterion for justifying the use of violence. It was once said by Benjamin:

*"If natural law can judge all existing law only in criticizing its ends, then positive law can judge all evolving law only in criticizing its means. If justice is the criterion of ends, legality is that of means. Natural law attempts, by justness of ends, to "justify" the means, positive law "guarantee" the justness of the ends through the justification of means."*¹⁹

One meaning of the state is the monopoly on violence. In other words, the categorical rejection of naming means the denial of the *raison d'être* of the state, which justifies itself by being composed of objective names (law). Although legal

¹⁸ In the context of the story, this means the building of heaven on earth. A possible meaning would be to lead a righteous life, that is, to deserve paradise, thanks to the correct use of names. However, this possibility is out of the question in the context of the story since the story only states that the names are useful, in other words, it excludes the possibility of moral action.

¹⁹ Walter Benjamin, 'Critique of Violence', *Selected Writings*, ed. Marcus Bullock and Michael W. Jennings, (Harvard University Press 2004), 237.

positivism regards the legitimacy of means as sufficient, legality assumes that there can be right ends in the first place. In other words, if there are no right ends, it is not possible to achieve the right ends using any means. Therefore, if right ends are categorically excluded, then there is no possibility of right means legitimising the ends. In an ordinary trial, when the punishment is considered to be just, the coercion applied to the accused is considered legitimate, and through this coercion, the judge and the accused meet in the same world of values²⁰. As such, coercion through the law must assume that what is being done is just, both in the application of each individual laws and for the law as a whole. It can also be argued that violence itself is evil, regardless of the value it seeks to realise. In this case, again, the potential for politics is denied²¹. In this context, the fact that *She* returns the names and does not replace them with more appropriate names gives us the right to label this act as divine violence:

*“If mythic violence is law making, divine violence is law-destroying; if former sets boundaries, the latter boundlessly destroy them; if mythic violence brings at once guilt and retribution, divine power only expiates; if the former threatens, the latter strikes; if the former is bloody, the latter is lethal without spilling blood.”*²²

What *She* ignores is the relationship of names to death and, by extension, life. Being alive makes death possible. In other words, life starts after leaving the life of paradise. The homogeneity after the absence of the names as follows:

“They seemed far closer than when their names had stood between myself and them like a clear barrier: so close that my fear of them and their fear of me became one same fear... and the hunter could not be told from the hunted, nor the eater from the food.”

Everyone has become one. The multitude had disappeared. It seems that *She* shares Blanchot's comment that *“The meaning of the word requires, before any word is spoken, a kind of colossal massacre, a preliminary deluge that would submerge the whole creation in a total immersion.”*²³. *She* unnamed the animals and moved them to their position on Noah's ark. In that ark, a pair of each animal species keeps until the day they touch the earth again. As the story implies, they are not eaten and cannot be eaten. However, they remain as saved, hidden, and preserved. In other words, they only have a potential, potential existence there. In this respect, Noah's Ark, which is hidden in water, is similar to Ursula's feminine principle; both are wombs such

²⁰ Cover, 'Violence and Word', (n 1), 1608 et seq.

²¹ At this point we could remember Benjamin: *“Nor of course -unless one is prepared to proclaim a quite childish anarchism- is it achieved by refusing to acknowledge any constraint toward persons and by declaring, 'What pleases is permitted'. Such a maxim merely excludes reflection on the moral and historical spheres, and thereby on any meaning in action, and beyond this on any meaning in reality itself, which cannot be constituted if 'action' is removed from its sphere.”* (Benjamin, 'Critique of Violence', (n19) 241.). It deserves to be considered whether Benjamin would accept aforementioned argument also against divine violence. In any case, it can be argued that the meaning attributed to politics (Aristotle-Arendt) would be disabled by the rejection of names, which to some extent coincides with Benjamin's point of view.

²² *ibid* 249.

²³ Dastur, 'İnsan Sesi', (n 5), 86.

paradise. She undoes the dissociation; she returns the subject to the state of the baby in the womb, a state that does not need to take steps to overcome its deficiencies because its every need is already met by its medium²⁴. The guests on Noah's ark also do not become hunt, they do not get hungry, but as a kind of a cost they could not come into being even if they wanted to. They do not live like themselves, they do not mate, etc²⁵. Once the names are out of the way, there is a return to the water phase of the Altai creation myth, that is, to paradise. Therefore, one may say this is not a real existence because, they do not actualise themselves. They are like an image in Demiurge's mind.

It is through names that human beings actualise themselves; it is also through names that they establish institutions in the world. This is exactly why Arendt concludes *On Revolution* by quoting Sophocles: "Not to be born prevails over all meaning uttered in words; by far the second-best for life, once it has appeared, is to go as swiftly as possible whence it came." Arendt concludes by stating that man can bear the burden of life through the *polis*, which is composed of free deeds and living words²⁶. The meaning of being human in this thought is to be oneself among equals, that is, to be able to perform praxis, to constitute a legal-political unity, to resist by building institutions. What makes this possible, in other words, the medium in which this happens, is law. If it were possible to live together without violent conflicts, we would not resort to law, just as law would be useless if it were not possible to overcome violence through institutions based on social meanings²⁷.

III. Lord of The Rings

The Lord of the Rings successfully provides a contrast for Ursula's story. Both authors give names and naming an important place in the fantasy world they create; both are them care about nature and both authors do not shy away from the political motif. The meaning attached to names and naming, the positive relationship with nature and, taking a political position- these three points are where *The Lord of the Rings* can provide a contrast to Ursula's story.

As I mentioned above, according to the She, names are only useful. In the story, it is not the names but the act of naming that is political. The fact that human beings can think universals and act according to them thanks to their ability to have language is not taken into account. Ultimately thanks to human language humans can engage in political activity. Therefore, it is questionable whether it is actually a political attitude

²⁴ Saydam, Deli Dumrul'un Bilinci, (n 11), 76-78.

²⁵ Same theme could be found in Sumerian mythology. Mark Daniels, *Bir Nefeste Dünya Mitolojisi*, (Pınar Üstel çev Maya Kitap 2014), 47.

²⁶ Hannah Arendt, *On Revolution*, (Penguin 1990), 281.

²⁷ Cover, 'Violence and Word', (n 1), 1613.

in the true sense, because even though the struggling parties in the story seem to be Adam and Eve, the ontological position of human beings is actually discussed. In the person of Adam, man makes nature useful by giving names to nature. By returning the names, She abolishes this order that is useful to man. She leaves nature to itself. The reader is presented with the sense that nature is already good in its own state, indifferent to human affairs. On the other hand, in *The Lord of the Rings*, it is the folks of Middle Earth who are in struggle. In this sense, the struggle is political rather than ontological.

The character we can point to as neutral is Tom Bombadil. So much so that even in the struggle against the power that corrupts the world, the sages do not expect Bombadil to take sides and stand with them against evil. In this respect, Bombadil is a suitable character to portray the indifference of nature. It can even be said that this is Bombadil's function in the story. While this character, who does not contribute to the fiction of the main story, represents those who stand outside the power struggle in Middle-earth, commentators have also considered that Bombadil is the personification of nature²⁸. As stated above, nature is that which cannot be named. When asked who Tom Bombadil is, the answer "he is" is meaningful at this point²⁹. Indeed, Tolkien himself has pointed out that this answer points to a problem of naming, since Bombadil does not belong to a species³⁰. Hargrove, however, objects to Bombadil being referred to as a nature spirit. But we do not need to identify him with nature to see him in the sense of the feminine principle, as a kind of personification of nature, as nature standing on its two feet. As will be remembered, at the end of the book, after everything is over, Gandalf visited Bombadil. Gandalf had mentioned that while he has constantly on the move, whereas Bombadil has remained still and mossy. Bombadil is fixed like an anchor in the pure, potential form of the principle of legitimacy, and Gandalf is the user of the principle, the actualization of the principle, the opponent of Sauron. Bombadil deliberately does not go beyond the boundaries of his territory, representing the natural neutrality of nature, while at the same time showing the inadequacy of the potential. To continue our inference from Ursula's story, one may say Bombadil's staying within his self-appointed boundaries is akin to hiding in Noah's ark until the flood has passed³¹. On the other hand, Bombadil's pacifist attitude may be a continuation of another story: Bombadil's life in this

²⁸ Gene Hargrove, 'Who is Tom Bombadil?', (1986), 13 *Mythlore*, 20, 21.; Gordon E. Slethaug, 'Tolkien, Tom Bombadil, and Creative Imagination', (1978) 4 (3) *English Studies in Canada*, 341.

²⁹ Bombadil is mentioned three times in *LOTR*: "'oldest and fatherless', 'his own master', 'he is, he is have you seen him, he is the master wood, water, and hill'." (Dani Inkpen, 'Tom Bombadil and Spirit of Objectivity', (2020), 39, *Mythlore*, 117.) Especially the expression 'he is' reminds one of the Old Testament expression of 'I am'. Tolkien, in the presence of this similarity, only states that Bombadil is the master of his own world. (Inkpen, *Tom Bombadil and Spirit of Objectivity*, 118) Therefore, this similarity expresses Bombadil's being unnamable. For example, because there is more than one god in a pantheon it is possible to name even though gods.

³⁰ Hargrove, 'Who is Tom Bombadil?', (n 28), 21-22.

³¹ Hargrove quoted remarkable interpretation: "Bombadil is not alive, just as Nazgul are not dead." (qtd. Hargrove, "Who is Tom Bombadil?", (n 28) 22.

garden with defined borders, indifferent to domination and human knowledge and his innocence allows him to be seen as an allegory of Adam, who abstained from apple³². This interpretation further emphasizes in-betweenness of Ursula's character. To exist as an extension of nature, as in the Garden of Eden, is to be outside the political *topos*. Theologians will recall at this stage that in the Qur'anic scene of the descent from paradise, Adam is not only told that henceforth he will live on earth only in his labor, but also that he is told to 'descend as enemies to each other'³³. In other words, action is also a feature of human condition as well as labor in the new life of humans which start after the end of the paradise life. So, one may say that the political attitude of Ursula's character leads to the categorical rejection of politics. This consolidates the idea that Benjamin and Ursula share the same anarchist attitude.

However, even if Tom Bombadil is unconcerned about the historical order in the middle-earth but is not completely uninterested in the creatures in his own garden. What makes it possible for him to do this successfully is his knowledge of names. To put it more accurately, he knows how to sing. As is well known, in the beginning of Tolkien's cosmogony there was music³⁴. This music is like a Pythagorean interpretation of the "Word" of the Testament. Bombadil knows singing and that is why, alone or with others, he does not speak but sings, does not walk but dances. In other words, the primary function of Bombadil's language is not to inform but to create. Singing is a way of naming³⁵. Taken together, this contrast suggests that naming and the related order-building activity does not necessarily result in corruption. But there is a warning to be made: This only saves the naming itself. Even though Bombadil knows names, he is still neutral, like nature. So, there is nothing moral or political about him. Commentators have even stated that the ring of power does not affect him because he has no will³⁶. To put it more appropriately, we can say that Bombadil knows names rather than naming. Therefore, in the context of our topic, namely the human dimension of naming, which is the moral and political context, it says nothing directly. But indirectly it points to a line on the cosmic positions of good and evil. Nature is good in itself. Bombadil also illustrates Tolkien's moral ideals³⁷. But as such, nature is only good in itself, not for itself. It is therefore not political. Bombadil could not wield a sword but guides the swordsman. Bombadil's life in his personal garden of Eden does not offer a model for Middle-earth, yes, Bombadil's preoccupation

³² Slethaug, 'Tolkien, Tom Bombadil, and Creative Imagination', (n 28), *passim*.

³³ Kur'an Yolu (22 10 2023) Bakara/36.

³⁴ In the beginning Eru created the Ainur out of thought and they played a great music. Eru turned the song of the Ainur into a visible vision. The world was given life by this music. Tolkien, *Silmarion*, (Berna Akkıyal çev, İthaki 2011), 65.

³⁵ Let us remember that Treebeard's voice also sounded to Merry and Pippin's ears as a kind of melodic singing rather than a human speech. And remember that Treebeard did not tell the halflings his name, because in his ancient language a name tells the story of a thing, and that would take time.

³⁶ Hargrove, Who is Tom Bombadil?, (n 28), 24. Hargrove argues justifiably that this indifference to impartiality, to dominion and to property, should be read as great virtues in themselves.

³⁷ Hargrove, Who is Tom Bombadil?, (n 28), 24.

with maintaining the balance in nature offers a supra-historical principle of natural law, but when we return to history we are forced to build institutions, to take sides in conflict³⁸. Even the life of the elves, the wise race of Middle-earth, is not well for humans, in the same way they only point to the principle of righteous living, it is not possible for humans to live a celestial life like them and be detached from the earth, in the end, it is stated as the reason for the fall of Gondor that its rulers withdrew from the world like the elves and gave themselves to knowledge³⁹. Indeed, in *The Lord of the Rings*, not even the trees are willing to be neutral.

The good state of nature in itself and the political nature of naming require us to consider two more characters. The elves and Saruman. There is no doubt that Saruman, a wizard, knows names and that the elves take sides in the political struggle. Elves are also another type of character who know and use names. On the other hand, elves not only know names but also take sides in the political struggle. Their poetry, unlike Tom Bombadil's, is the product of conscious design⁴⁰. In the eyes of the other peoples of Middle-earth, this skill of the elves is inconceivable, in other words, magical. Tolkien implies the creative function of names when he mentions that both Tom and the elves, with their songs, create a second world into which both the singer and the listener enter⁴¹. We have already mentioned that there is music at the beginning of Tolkien's cosmogony; the instruments of this music correspond to a different element in nature, and it is the magic of this music that embodies the archaic function of the middle world, giving form to fire⁴². In fact, Ursula does not take a differing position when considering her writings in general: For her, naming is ultimately magic, and effective magic must use true names⁴³. In this context, naming refers to a power relationship, and in mythological consciousness the name of a thing corresponds to its essence⁴⁴. Thus, Bombadil influences whatever he sings about because he speaks to the true nature of things; that is, he uses true names⁴⁵. To name something that is called magic, then, is to distinguish it from others⁴⁶. Traditionally, magic is not meant in a completely different context: For example, it is stated that the knowledge

³⁸ Slethaug, 'Tolkien, Tom Bombadil, and Creative Imagination', (n 28), 349.

³⁹ Kevin Kambo, 'Platonic Tripartition and the Peoples of Middle-Earth', (2022) *Journal for Transcultural Presences & Diachronic Identities from Antiquity to Date*, 110.

⁴⁰ Slethaug, 'Tolkien, Tom Bombadil, and Creative Imagination', (n 28), 346.

⁴¹ ibid 347. Perhaps we can mention a different mythology, the Aborigines, to make this clearer. Aborigines believe that before creation there was a different universe. When they need help, they try to create what will help them in that universe with songs and prayers. Daniels, *Bir Nefeste Dünya Mitolojisi*, (n 25), 16.

⁴² Muhammed Alpaslan Tandırcı, "Tolkien Legendarium'unun Çevre Tarihi Perspektifinden Eko-Eleştirel Analizi", Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Kentleşme ve Çevre Sorunları Bilim Dalı, 2022, 71 vd.

⁴³ Ursula Le Guin, "Hepimizin Aklında Takımadalar Var", (2004) 71, Virgül, (<https://www.metiskitap.com/catalog/interview/2893>)

⁴⁴ Janet Brennan Croft, 'Naming the Evil One: Onomastic Strategies in Tolkien and Rowling', (2009) 28 (1) *Mythlore*, 150.

⁴⁵ Inkpen, 'Tom Bombadil and Spirit of Objectivity', (n 29), 124.

⁴⁶ Janet Brennan Croft 'Noms de Guerre: The Power of Naming in War and Conflict in Middle-earth', (2015) 34 *Mythlore*, 105.

of letters extends from the knowledge of eternal essences to the knowledge of the names of things, and that this knowledge allows one to manipulate things in a way that is called magic because of the correspondence between name and essence⁴⁷. The belief that there is an identity between the object and its name was the basic law of magical practices in the time of Plato, who can be considered as the thinker who first put forward the theory of correspondence mentioned above, and the theory of correspondence argues that the name given to the object should take into account the nature of the object, and that the name given to the object will be correct only if it corresponds to this nature; therefore, whoever knows the name of a thing knows that thing, and it is possible to have an effect on that thing by using the name of a thing⁴⁸.

Now that we know that what the people of Middle-earth call magic is the use of proper names, we need to address an additional issue in order to discuss the political message of the novel. This intermediate issue is important for understanding the theological/cosmic value system of *The Lord of the Rings*. Indeed, the political struggle in which the elves take sides makes sense according to this value system.

In this value system, the state of nature in itself points to goodness, not neutrality. It is possible to capture this in the twist of the wizard, a character who also knows names. Saruman's twists exemplify two different uses of names. While Saruman is a sage, he uses names like elves. He respects growing things. But when he sides with Sauron, he uses names to transform nature. Saruman the wizard is the third level in the chain of command of evil. Above him is Sauron, Melkor's deputy. Melkor is the bearer of evil in Tolkien cosmogony. In narratives that centre on naming, evil already corresponds to arbitrary naming: This is the case in the Altai cosmogony as well as in Tolkien's cosmogony, the *Silmarion*. Melkor, like man in the Altaic cosmogony, tried to add his own melodies to the music of the beginning. We have already mentioned that Bombadil is anti-domination. It is noteworthy in this context that Melkor, despite Iluvatar's warning that "no tune can be played that does not find its ultimate source in me, and my music cannot be changed against my will", desired sovereignty and said "This will be my kingdom and I will name it myself!" and tried to make it real with naming himself such as "King of the World" and "Lord of Middle-earth"⁴⁹. In short, the definition of evil is the use of names for sovereignty that are not in correspondence with the source, that is, names that do not take into account the nature of the object.

Hence, names and nature are tools for Saruman as well. Saruman's turn away from the sage and siding with Sauron represents instrumental reason attempting to substitute traditional wisdom⁵⁰. After this change of allegiance, Saruman turns

⁴⁷ Rene Guenon, *Mukaddes İlmin Sembolleri*, (Filiz Karaküçük, çev, Ketebe 2022), 86.

⁴⁸ Guthrie W.K.C., *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, (Ahmet Cevizci çev, Gündoğan 1999), 19-20.

⁴⁹ Croft, "Naming the Evil One: Onomastic Strategies in Tolkien and Rowling", (n 46), 152.

⁵⁰ Max Horkheimer, *Akıl Tutulması*, (Orhan Koçak çev, Metis 2013), 55 et seq.

his knowledge towards industry, loses interest in growing things, and becomes preoccupied with machines. In other words, he abandoned the principle of harmony with nature and instead turned to dominate nature and use it⁵¹. He abandoned the boundaries of the sage and followed the Baconian line of knowledge is power. Like Bacon, it is Saruman's share to dismantle nature, to manipulate natural processes and structures, to intervene in nature, to force nature to reveal its secrets for the sake of building an artificial world⁵². Treebeard's words of complain about Saruman are worth remembering: He has a mind made of metal and wheels; he only pays attention to growing things for a moment, when they are of use to him. Making tools and instrumentalizing nature. This is precisely what Ursula's *She* was fundamentally opposed to. Indeed, even after the destruction of the ring of power, Saruman cuts down the trees of the Shire in revenge and builds a mill that leaves the land in filth. Bombadil, on the other hand, is interested in what growing things and shepherds them. Tolkien refers to his knowledge, his music, as pure science; this knowledge is pure because it is not interested in controlling nature, in exploiting nature: Tolkien refers to Bombadil as one of a kind, free from fear, possession and desire to dominate, and after stating that the correct answer to the question of "who Bombadil is?" is that "he is", he reveals the answer to the question of what he is: an allegory of pure science⁵³. He is interested only in knowing, not in possessing and ruling it through this knowledge.

As a result, being in harmony with nature is good for humans and other peoples of Middle-earth. Unlike Saruman's headquarters, which resembles a massive factory, the habitats of the elves are so in harmony with nature as to inspire ecologist architects, almost indistinguishable in the forest. In this context, the elves' leaving of Middle-earth can be seen as an allegory for the disenchantment of our world and the erasure of natural law with modernity⁵⁴. Mordor, the home of new master of Sauron, is an industrial area with iron forges and dark skies full of smoke⁵⁵. And after Saruman's twist, his place Isengard also became the industrial headquarters of capital⁵⁶.

After all, even Tom Bombadil does not stand in totally different place from the others: Although he is not directly involved in the struggle, by instilling this wisdom

⁵¹ Dwarves too often make this mistake: Once they are driven out of their homeland by the Balrog, who comes out from under the mountains they have dug up to their roots to access precious metals. And another time they are driven out of by the dragon, who share the same desire for the metals. Tolkien's reaction to the instrumentalization of nature through industrial means instead of respecting and being in harmony with it can also be seen in this example. (Tandırcı, "Tolkien Legendarium'unun Çevre Tarihi Perspektifinden Eko-Eleştirel Analizi", (n 42), 106.)

⁵² İnkpın, "Tom Bombadil and Spirit of Objectivity", (n 29), 120, 121.

⁵³ Letter 153 to Peter Hastings (draft): Tolkien, *The Letters of J. R. R. Tolkien*, ed. Humphrey Carpenter, William Morrow, (2000).

⁵⁴ William MacNeil, 'One Recht to Rule Them All! Law's Empire In The Age Of Empire', *An Aesthetics Of Law And Culture: Texts, Images, Screens*, Ed. Andrew T. Kenyon & Peter D. Rush, (Elsevier 2004), 281.

⁵⁵ Tandırcı, "Tolkien Legendarium'unun Çevre Tarihi Perspektifinden Eko-Eleştirel Analizi", (n 42), 112 et seq.

⁵⁶ MacNeil, 'One Recht to Rule Them All! Law's Empire In The Age Of Empire', (n 54) 287.

in Frodo, he prevents him from slipping and grants him the compass to find the right path⁵⁷. The wisdom that Bombadil teaches Frodo is the message *She* wants to convey. Bombadil is not seduced by the ring of power because he is indifferent to politics, but he fights against not political but ontological evil, that is, disharmony against nature, so even though he cannot directly become the bearer of the ring, he can pass on the wisdom that will prevent the bearer of the ring from being crushed under the weight of the ring, the wisdom of cosmic harmony in which every living thing is friendly with each other⁵⁸. As we can see, unity is established here not through namelessness but through correct naming.

Not wanting power for the sake of having power is in sync with Tolkien's own political position. Tolkien describes his position in terms of anarchy or unconstitutional monarchy, two terms that political philosophers would struggle to put together, although it is more likely that what Tolkien means by unconstitutional is uninstitutionalized power rather than limitless, unconditional power⁵⁹. This would be more in the spirit of both England's constitutional experience and *The Lord of the Rings*. While institutionalization may seem to be a necessary condition of modernity, it is a fact that Middle-earth is not modern. In fact, as we stated above, it is the villain who attempts to bring it closer to the modern industrialized world. In such a plan, the concrete balance of power and the moral capacities of the agents become politically decisive. The influence of the ruler is much lower in an institutionalized polity. This is a virtue of the rule of law. Conversely, a good ruler will not be able to make a big difference in an institutionalized administration. Especially if the institutions are corrupt. Tolkien must have found the possibility of corruption of institutions to be high because he prefers anarchy. We can also update the picture as follows. As we know, in *The Republic*, the rule of the philosopher king is preferred, while in *The Laws*, the function of ensuring justice is given to laws, which are taken from man. This is precisely a substitution between the subject, who knows the justice and laws enacted according to justice. This case, it can be thought that Tolkien believes that virtuous people do not need laws. Therefore, one may say that in the *Lord of the Rings* universe, where the value system of the traditional world is adopted, the focus is on the moral capacities of the subjects not institutions. And the more a system of governance leaves subjects to their own will, the better. As a matter of fact, it can be observed that there is a parallel between the scale of good and evil of the countries in *The Lord of the Rings* and the people's interaction with the government; while the Shire is an example of an unclassified society, Mordor, the land of evil, has a strict hierarchical structure⁶⁰. The contrasts of a leaderless political-legal structure in

⁵⁷ Slethaug, 'Tolkien, Tom Bombadil, and Creative Imagination', (n 28), 348.

⁵⁸ *ibid* (n 28), 349.

⁵⁹ Dominic J. Nardi, Jr., 'Political Institutions in J.R.R. Tolkien's Middle-earth: Or, How I Learned to Stop Worrying About the Lack of Democracy', (2014), 33, *Mythlore*, 107.

⁶⁰ Nardi, Jr., 'Political Institutions in J.R.R. Tolkien's Middle-earth: Or, How I Learned to Stop Worrying About the Lack of

harmony with nature, bordering on anarchism, on the one hand, and an industrialized, hierarchical structure on the other, are also seen in between the anarchic societies of the wood elves versus Melkor's smoky, factory-like lands⁶¹.

The purpose of Mordor, with its strict hierarchical structure, is to establish dominance. As we have explained above, in Tolkien's universe, ignoring the nature of things and dominating them by giving them arbitrary names is the definition of evil. In this context, there is no doubt that the main theme of *The Lord of the Rings* trilogy is power and novel shares the idea behind the famous motto "power corrupts, absolute power corrupts absolutely". It is no coincidence that Tolkien refers to the character of Sam as the chief hero's⁶² and gives this gardener, whose job it is to take care of growing things, the name Wise. Faramir also praises the Shire, saying 'your home should be a place of peace, a place where gardeners are respected', and Frodo agrees with him about the respect due to gardeners. Many characters are tested by the ring. Powerful people like Galadriel and Gandalf, who are on the side of good, could very well have been ring bearers, but as Galadriel says, they would have fallen into the trap of using the ring for good. This is the trap that good can be achieved through the possession of power. At some stage the possibility to bear the ring had appeared for Sam also, and even did so for a short time, but when the time came, he returned the ring to the one chosen for the task. And finally, when Frodo, the ring-bearer, has exhausted, Sam did not carry ring but Frodo. Like other wise men, he knows his place. He had this potential from the beginning, after all Sam was a gardener, so he knew the principle of how to treat growing things. Remember, Bombadil was the master of his land, but all the creatures in that land were their own masters. So Bombadil was the gardener of his personal garden of Eden, not the master. Clues can be found also in the way of Gandalf opposes the steward of Gondor when he chooses the relative interest of Gondor over the future of Middle-earth. Gandalf had pointed out that he himself is a kind of steward, and that if even a single fruit-bearing tree could survive these dark days, then he cannot be considered unsuccessful in his stewardship. Here we learn the principle of stewardship/ruling from *The White Rider*. Ruler should act like a gardener and should care and protect not dominate whose live in polity. Sam the gardener could therefore be trusted not to make the mistake of wanting the ring for himself. And so it happened. He did not want the power ring for himself, even for a seemingly good reason. In this way Sam Wise proved that he had the strength to resist the power ring. Because it is limited power it is not force but authority. He

Democracy', (n 59), 109.

⁶¹ Tandırcı, 'Tolkien Legendarium'unun Çevre Tarihi Perspektifinden Eko-Eleştirel Analizi', (n 42), 80, 85.

⁶² Letter 131. Letter 184 was written to someone whose name was indeed Sam Gamgee: "You can imagine my astonishment, when I saw your signature! I can only say, for your comfort I hope, that the 'Sam Gamgee' of my story is a most heroic character, now widely beloved by many readers, even though his origins are rustic." According to letter 246, Sam's wisdom is rustic. For Tolkien, Sam is the bearer of rustic vulgarity. Without his fascination with elven work and the education he received from Bilbo, he would have been an ordinary hobbit villager, but his love for Frodo made him march the path and made him a hero. Finally, above all, it should not be forgotten that the book, the whole story, ends with Sam.

did what he had to do, not what he wanted or might to do. This authority derives not from a rule of positive law but from a principle: Ruler should act like a gardener. This principle describes Tolkien's power conception: Everything has their own purpose, so everything has their own *potentia*. Ruler is only a servant of their potential.

The belief in the moral acts of subjects can be pointed out as is one of feature of Tolkien's understanding of law and politics. We can say that Tolkien relies on the actual acts of subjects rather than the normative existence of institutions. After all, institutions are names, and the connection between names and what they signify can be weakened. The ability of subjects to have a say over their own lives without intermediation of institutions can be likened to the federal principal Arendt uses to describe the American Revolution⁶³. The closest approximation to the ideal can be seen in the Shire, where power is truly in the hands of the people in this sense, who can be content with minimal institutionalization. But when it comes to law and constitution, we need to turn our attention elsewhere. It could be argued that law derives from principles that can be seen as the knowledge of a cosmogonic value system. These principles include respect for growing things, harmony with nature, and not wanting dominion, that is, not wanting power for the sake of having power. This last one is particularly important as it reveals Tolkien's understanding of power. And the parallelism of this principle with the mechanism that ensures the separation of powers, which Arendt presents as the American contribution to political science⁶⁴, is obvious. In this context, the line of Galadriel during the forging of the three elven rings is remarkable: "One will always corrupt, two will divide, but with three, there's balance." The correspondence of this line in the series, to the motto "power corrupts" and the main idea of the trilogy is obvious; ultimately the whole struggle is against Sauron, who wants Middle-earth for himself, not to take care of it like a gardener, but to rule it. Eventually whole test against the ring is about not losing yourself to the lust for power like Sauron.

The tripartite has always been on the stage of political history and philosophy. The British constitutional experience offers an unwritten but actual manifestation of the tripartite mixed constitution. The mixed constitution which based on the institutional representation of three class is the ancestor of what is today described as the separation of (three) powers or the system of checks and balances. Rome became a republic with the same structure. Philosophers from Aristotle to Cicero described this tripartite structure as the ideal government. And before Aristotle, Plato had described ideal state with three parts. Some even interpret Plato's three classes as the three folks of Middle-earth: The wise elves, who loves the truth; the brave warriors, men, who seek glory; and the craftsman dwarves, who are interested in metals such as gold and

⁶³ Vahdet İşsevenler, Kurucu İktidarın Eleştirisi, (Pinhan 2019), 162 et seq.

⁶⁴ Arendt, On Revolution, (n 26) 238.

the Hobbits and their Shire, who have no place in this plan, correspond to Tolkien's anarchist side⁶⁵. When the mission to destroy the ring is completed and the hobbits return to the Shire, they find the village stratified, the trees cut down, the wheels set in motion, and the people complaining that 'everything has been reduced, except the rules'. Of course, hobbits dismantle the hierarchical order and the occupation instead of taking control of new regime. And Tolkien, of course, has given the role of ring bearer to these people who are not interested in ruling.

IV. Conclusion

Nature, which is given, feminine, spontaneously vital and alive not only in its constituents but also in itself as a whole, is portrayed in both texts I have discussed as something precious, something to be protected and respected. Ursula's story implies that human, masculine intervention only benefits humans and puts the elements of nature in competition, rendering the harmony in nature invisible. LOTR, on the other hand, recognizes the naming nature of human as part of nature and suggests that naming can be either good or evil, depending on human choices. Accordingly, nature, including its bipedal inhabitants, should not be seen as an object to be used and destroyed in order to fulfil certain purposes, but as a whole whose harmony is to be preserved and whose inhabitants are to be allowed to be themselves. In other words, while the first text rejects the masculine act of naming, that is, the act of establishing order, the second text opposes the performance of this act for the purpose of domination. In this context, the first text is based on the claim that harmony can be established through the act of unnamings, and the second through correct names. Both naming and unnamings are ultimately an act. In other words, as a conscious act it is a choice. It means to say that this option is right and the other is wrong. In this case, naming and acting on a ground of right and wrong is not optional for humans, it is a condition. Recognizing this condition, Tolkien's narrative offers a coherent suggestion about what we can do in this situation. He makes an impressive critique of instrumental reason, which can be called as misnaming.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgements: I am grateful to Françoise Dastur and the authors of Mythlore for reminding me the original story.

Bibliyografya/Bibliography

Arendt H, On Revolution (Penguin 1990).

Arendt H, İnsanlık Durumu (Bahadır Sina Şener tr, İletişim 2013).

Aristoteles, Politika (Özgüç Orhan tr, Pinhan Yayıncılık 2018).

⁶⁵ Kambo, "Platonic Tripartition and the Peoples of Middle-Earth", (n 39), 90 et seq.

- Benjamin W, 'Critique of Violence' in Marcus Bullock and Michael W. Jennings (eds), *Selected Writings* (Harvard University Press 2004).
- Komut Bakınç S, 'The reinvention of humanity: Language, power and rebellion in Le Guin's "She Unnames Them"' (2021) *RumeliDE Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi* 229-237.
- Croft JB, 'Naming the Evil One: Onomastic Strategies in Tolkien and Rowling' (2009) 28(1) *Mythlore* 149-163.
- Cover RM, 'Violence and Word' (1986) 95 *Yale Law Journal* 1601-1629.
- Daniels M, *Bir Nefeste Dünya Mitolojisi* (Pınar Üstel tr, Maya Kitap 2014).
- Dastur F, 'İnsan Sesi' in Adem Beyaz tr, *Ölümlü Yüzleşmek* (Pinhan 2019).
- Guthrie WKC, *İlkçağ Felsefesi Tarihi* (Ahmet Cevizci tr, Gündoğan 1999).
- Guenon R, *Mukaddes İlimin Sembolleri* (Filiz Karaküçük tr, Ketebe 2022).
- Hargrove G, 'Who is Tom Bombadil?' (1986) 13 *Mythlore* 20-24.
- Horkheimer M., *Akıl Tutulması*, trans. Orhan Koçak, (Metis 2013).
- Inkpen D, "Tom Bombadil and Spirit of Objectivity", (2020) 39 *Mythlore* 117-132.
- İşsevenler V, *Kurucu İktidarın Eleştirisi* (Pinhan 2019).
- Kambo K, 'Platonic Tripartition and the Peoples of Middle-Earth' (2022) *Journal for Transcultural Presences & Diachronic Identities from Antiquity to Date* 90-122.
- Kur'an Yolu <https://kuran.diyaret.gov.tr> accessed: 12/9/2023.
- MacNeil W, 'One Recht to Rule Them All! Law's Empire In The Age Of Empire' in Andrew T. Kenyon & Peter D. Rush (eds), *An Aesthetics of Law And Culture: Texts, Images, Screens* (Elsevier 2004) 279-303.
- Nardi DJ Jr, 'Political Institutions in J.R.R. Tolkien's Middle-earth: Or, How I Learned to Stop Worrying About the Lack of Democracy' (2014) 33 *Mythlore* 101-123.
- Saydam MB, *Deli Dumrul'un Bilinci* (Metis 2017).
- Sproul Barbara C, *Yaratılış Mitleri* (Ali Bucak tr, Hil Yayın 2018).
- Slethaug GE, 'Tolkien, Tom Bombadil, and Creative Imagination' (1978) 4 (3) *English Studies in Canada* 341-350.
- Tandırıcı MA, 'Tolkien Legendarium'unun Çevre Tarihi Perspektifinden Eko-Eleştirel Analizi', (Thss. Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Kentleşme ve Çevre Sorunları Bilim Dalı, 2022)
- Tolkien J, *The Letters Of J. R. R. Tolkien* (Humphrey Carpenter ed, William Morrow 2000).
- Tolkien J, *Silmarion* (Berna Akkıyal tr, İthaki 2011).
- Tolkien J, *Yüzüklerin Efendisi* (Bülent Somay tr, Metis 2012).
- Ursula Le G, *She Unnames Them All* (The New Yorker 21 January 1985). <https://www.newyorker.com/magazine/1985/01/21/she-unnames-them>
- Ursula Le G, 'Hepimizin Aklında Takımadalar Var' (2004) 71 *Virgül*.
<https://www.metiskitap.com/catalog/interview/2893> accessed: 9/9/2023.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua’da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevinin) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası’nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvuruçunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua’ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.