

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**



**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

Cilt XXVIII, EKİM 2024, Sayı 4

Vol. XXVIII, October 2024, No. 4

Ankara 2024

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief **:

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler* : Editors:**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Assoc. Prof. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

Arş. Gör. İrem Tuğçe DÖNGÜL Res. Assist. İrem Tuğçe DÖNGÜL

Arş. Gör. Elif BAYDEMİR Res. Assist. Elif BAYDEMİR

Yayın Editörü: Publication Editor:

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Assoc. Prof. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

Arş. Gör. İrem Tuğçe DÖNGÜL Res. Assist. İrem Tuğçe DÖNGÜL

Arş. Gör. Elif BAYDEMİR Res. Assist. Elif BAYDEMİR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 07 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta:
hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhittin ASTARLI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Hakkında

1997 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayın hayatına başlayan dergimiz, 2018 yılından bu yana Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayın hayatına devam etmektedir. Dergi isminin kısaltması AHBVÜ-HFD'dir. Dergi 27.05.2010 tarihinden itibaren TR Dizin'de taranmaktadır.

Amaç ve Kapsam

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), bilimsel araştırma ilkelerine uygun bir şekilde, akademisyenler, uygulayıcılar ve araştırmacılardan gelen hukuki tartışma ve analizler içeren çalışmaları yayımlayan bir dergidir. AHBVÜ-HFD, hukuk alanında özgün bilimsel çalışmalar yayımlayarak ulusal ve uluslararası hukuk literatürüne katkıda bulunmayı amaçlar. AHBVÜ-HFD, Türk hukukunun dışında uluslararası hukuk, karşılaştırmalı hukuk ve Avrupa Birliği hukuku alanında da makaleler yayımlayarak uluslararası etkileşimini arttırmayı amaçlar.

Dergide makale ve çeviri türündeki çalışmalar yayınlanmaktadır. Dergide yayımlanan makaleler Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca dillerinde olabilir. Derginin içeriği hukuk ve hukukla ilişkilendirilen alanlardaki çalışmalardır. Özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki bölümden oluşan dergi yılda dört kez (Ocak-Nisan-Temmuz-Ekim) yayımlanmaktadır.

Etik İlkeler

AHBVÜ-HFD, uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir. AHBVÜ-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (**Committee on Publication Ethics, COPE**) tarafından yayınlanan Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama İlkeleri (**Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors**) ile Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri (**Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing**) benimser. Ayrıca Açık Erişim Dergiler Rehberi (**Directory of Open Access Journals, DOAJ**) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (**Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA**) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder.

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaftır ve önceden belirlenen usullere tabidir. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yayın Politikası

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayımlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editöryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. Dergipark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about> Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayım süreci tamamlanmış çalışmalar sonraki ilk sayıda yayımlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir. Her yazarın dört sayıda bir makalesi yayımlanabilir. Bir yazarın birden fazla makale göndermesi durumunda, bir makalenin süreci tamamlanmadan diğer makalelerinin sürecine devam edilmez.

Yazarların Sorumlulukları

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayım, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayım sürecinden çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğuna, daha önce başka bir yerde yayımlanmadığına ve başka bir yerde, başka bir dilde yayımlanmak üzere değerlendirmede olmadığına dair imzalı matbu **Etik Beyan Formunu** sisteme yüklemelidir.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarlar ile katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını **Telif Hakkı Devir Formunda** imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayım hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayım izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar yayımlanmış makalesinde belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerinin açık, doğru ve eksiksiz olarak sistemde yer alan matbu **Kapak Sayfasına** yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi yer verilir.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayım ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; alan editörleri ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayımın kalitesinden sorumludur.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir alan editörü ve editör yardımcısı bulunur. Görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyuğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Alan editörleri dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından

değerlendirir ve makalenin yayım sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar. Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler. Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparlar.

Makaleler alan editörleri tarafından çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayımlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gerektiğinde hata sayfası yayımlayabilir ya da düzeltme yapabilir.

Hakem İncelemesi ve Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri ise bir hakem alan editörleri tarafından atanır. Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Makalelere atanacak hakemlerin yazarla aynı kurumdan olmaması esastır. Hakem değerlendirmeleri yazarla çıkar çatışması olmayan dış bağımsız hakemler tarafından gerçekleştirilmektedir. Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. Doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem incelemesi kural olarak 30 gün içerisinde tamamlanır. Gerektiğinde alan editörü bu süreyi uzatabilir. Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, **Hakem Değerlendirme Formunu** gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin dergide yayımlanabilmesi için en az iki hakem tarafından yayıma uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayıma uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayıma uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayıma uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye

ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir.

Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Yazar tarafından herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlarlar.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile ilişkiler

Makalenin ilk inceleme aşamasında reddedilmesi halinde gerekçesi yazara bildirilir. Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Baş editör, alan editörleri ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayım süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve iş birliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar. Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Danışma Kurulu

Farklı kurumlarda görev yapmakta olan akademisyenlerden oluşan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur.

Ücret Politikası

Hiçbir ad altında yazar veya kurumundan ücret alınmaz.

Genişletilmiş Özet

Akademik çalışmanın özet ve abstract kısmından sonra **600-800 kelimedden** oluşan İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır. Anılan kısımda makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir.

Yayın Sürecinin İşleyişi

Makale gönderim süreci **Dergipark Sistemi** üzerinden şeffaf bir şekilde işlemektedir. Yazarlar, yayım sürecinin her adımından otomatik olarak haberdar edilir.

Alan editörleri dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından genel olarak değerlendirir ve makalenin yayım sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerde makale dosyalarının tam ve eksiksiz olup olmadığını ve makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar.

Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler.

Makaleler editörler tarafından **çift taraflı kör hakem** değerlendirmesine yollanır.

Hakemler çalışmanın konusuna uygun olarak belirlenir.

Hakemlerin makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması esastır.

Hakemler yazarla aynı kurumdan olamaz.

Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özeti ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha **5 gün** olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Makalelerin yayına kabul edilebilmesi için **en az iki hakem** tarafından yayıma uygun bulunması gerekir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayıma uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayıma uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayıma uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Kural olarak, editörlük süreci tamamlanan ve kabul edilen makaleler bir sonraki sayıda yayımlanır. Ancak Yayın Kurulu, makale sayısını veya makale konularını göz önünde bulundurarak bazı makalelerin bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir. Bu durumda yazarlara bilgi verilir.

İntihal Politikası

Makaleler gönderim aşamasında Dergipark sistemi tarafından [İntihal.net](http://intihal.net) programı ile taranmaktadır. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir ve makale iade edilir.

Açık Erişim İlkesi

AHBVÜ-HFD açık erişimli bir dergidir. Derginin tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Telif Hakkı

Yazarlar AHBVÜ-HFD dergisinde yayımlanan çalışmalarının ilk telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası \(CC BY-NC 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir.

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

Genişletilmiş Özet

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, hakem incelemesi olumlu sonuçlanan araştırma makaleleri için 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (*extended abstract*) hazırlanmalıdır. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

- Akademik çalışma, “*Microsoft Word*” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

• Bölüm Başlıkları:

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);

- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'nca

uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• **Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:**

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümelemeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,

- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümelemeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelemeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelemelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.

• **Atıf Kuralları:**

- Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
 - **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
- Kitaplar:**
- Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
 Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

Kitap bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün(Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
 Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
 Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar:

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**
- **Kaynakça**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman karakteri kullanılarak,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
 - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir.
Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.
Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

• **Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**

• **Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**

• **Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**

• **Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**

ETHICAL PRINCIPLES AND PUBLICATION POLICY

About

In 1997, our journal, initially published under the name Gazi University Faculty of Law Journal, has continued to be published under the name Ankara Hacı Bayram Veli University Journal of Faculty of Law since 2018. The journal is abbreviated as AHBVÜ-FLJ. It has been indexed in TR Index since 27.05.2010.

Aim & Scope

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Journal (AHBVU-FLJ) is a peer-reviewed academic journal that publishes original research and analysis on legal issues from academics, practitioners and researchers in accordance with the principles of scientific research. The objective of AHBVÜ-FLJ is to make a contribution to the national and international legal literature by publishing original scientific studies in the field of law. The objective of AHBVÜ-FLJ is to enhance its international engagement by publishing articles pertaining to international law, comparative law, European Union law, and Turkish law.

The journal publishes articles and translations. These may be in either Turkish, English, German or French. The journal's content encompasses studies in the fields of law and law-related disciplines. It is divided into two sections: private law and public law. It is published four times a year (January-April-July-October).

Ethical Principles

The AHBVU-FLJ adheres to the highest standards of ethical practice in accordance with internationally-agreed publication ethics guidelines. AHBVU-FLJ adheres to the **Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors**, as set forth by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**, as well as the **Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing**. Furthermore, it adheres to the publication ethics standards set forth by the **Directory of Open Access Journals (DOAJ)** and the **Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA)**.

Transparency Principle

The operation of the journal is conducted in a transparent manner, in accordance with predetermined procedures. The article acceptance process is conducted via the Dergipark system, ensuring that relevant units and individuals are able to access information at any time and monitor the progression of each stage.

Publication Policy

Submissions are made by authors to the journal via the Dergipark system. Dergipark is an organisation affiliated with TUBITAK ULAKBIM, which offers technical assistance for peer-reviewed academic journals published in Turkey. This is achieved through the provision of electronic hosting and editorial process management services. For further details regarding Dergipark, please refer to the following link: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>. All processes pertaining to the journal, including communication, are conducted through Dergipark's highly secure and continuously updated system. The archiving of article processes, files and correspondence is facilitated through the Dergipark system. In general, manuscripts that have been through the publication process are published in the first subsequent issue. However, the Editorial Board may opt to publish some articles in the next issue, taking into account the number of articles or the topic of the articles in question. The authors are informed of such decisions. Each author can have one article published in four issues. If an author submits more than one article, the process of the remaining articles cannot begin until the process of the first article is completed.

Responsibilities of Authors

The submitted articles must align with the purpose and scope of the journal. It is the

responsibility of the authors to ensure that their articles comply with the relevant scientific and ethical rules. The following practices are considered unethical: plagiarism, duplication, false authorship or denied authorship, research or data fabrication, article slicing, the splitting of articles, copyright infringement and the concealment of conflicts of interest. Any articles that fail to meet the requisite ethical standards will be removed from the publication process. The author is required to upload a signed and printed **Ethical Declaration Form** to the system, attesting that the article is original, has not been previously published elsewhere, and is not currently under consideration for publication elsewhere or in another language. Should copyrighted material (e.g. tables, figures or extensive quotations) be used, permission and acknowledgement must be sought. The works of other authors and contributors, or the sources utilised, are referenced appropriately. Individuals who did not contribute directly to the academic and scientific content of the work in question are not to be indicated as authors. The order of the authors' names is determined by a joint decision of the authors. It is the responsibility of all authors to indicate the author order in the **Copyright Transfer Form**. In the case of translated works, written permission for publication must be obtained from the author or the person or organisation holding the right of publication. This permission document must be attached to the application document. Individuals who do not meet the criteria for authorship but have contributed to the study (for example, by providing technical support, assisting in writing or providing only general support, or providing financial and material support) are listed in the section entitled «acknowledgements/information.»

The authors declare any financial relationships, conflicts of interest, or competition of interest that have the potential to influence the results of the research or the scientific evaluation. In the event of an author identifying a significant error or inaccuracy in a published manuscript, it is their responsibility to immediately contact and cooperate with the editor for the purpose of correction or retraction. It is the responsibility of the author to demonstrate that they have the requisite rights to use the data in question, that they have obtained the necessary permissions for the research and analysis, or that the consent of the subjects of the experiment has been obtained. It is not permitted for an author to submit their work to more than one journal concurrently. Each application may be initiated only after the preceding one has been completed. The author is required to provide their name, ORCID number and institutional information in a clear, accurate and comprehensive manner on the printed **Cover Page** within the system. The city and country information is to be provided subsequent to the university and faculty/directorate addresses.

Responsibilities of Editors and Assistant Editors,

The editor is the individual responsible for overseeing the entire publication and refereeing process, from the initial submission of an article to its eventual publication. The editor's role is to ensure the quality and performance of the journal in question. The editor is appointed by the Dean of the Faculty of Law for a period of three years from among the academic staff of the University who hold at least a doctoral degree. One of the editors is the Editor-in-Chief. The role of the Editor-in-Chief is to ensure the quality of the publication and to facilitate the harmony and coordination between field editors and assistant editors. Each article is assigned a field editor and deputy editor, who are visible to the authors via the Dergipark system. The distribution of tasks is made in accordance with the respective areas of expertise of the editors and deputy editors. A distribution other than that specified above may be made for reasons pertaining to workload and periods of absence. The evaluation of manuscripts is conducted by editors in a manner that is independent of the ethnic origin, gender, nationality, religious beliefs, and political philosophy of the authors. The field editors assess the articles submitted to the journal in accordance with established criteria, including quality, content, and contribution to the field. Based on this evaluation, they determine whether the article should be included in the publication

process. At this juncture, the article may be rejected without further consideration. Deputy editors are responsible for ensuring that the articles under their purview adhere to the journal's style guidelines and that the authors implement the requisite corrections. Assistant editors then direct the articles that have undergone a preliminary review to the relevant field editor, who will appoint the referees. Assistant editors liaise with authors, furnishing them with pertinent information and issuing necessary reminders to editors. The field editors oversee the double-blind peer review process for the articles. It is the responsibility of the editors to ensure that there is no conflict of interest between the authors, editors and referees. Should the peer review not be completed within a reasonable timeframe, the editors may contact the referee and request that the process be accelerated or alternatively appoint a new referee. Following the completion of the peer review process, the editor will undertake a detailed evaluation of the referee reports. The Board of Editors convenes to determine whether to accept the article, refer it to a third referee, or reject it. The rationale behind the rejection decision is conveyed to the author, along with the referee reports. All information related to the articles is maintained in confidence until the article is published. The Editor-in-Chief may publish an error page or implement necessary corrections with the author's knowledge.

Review and Responsibilities of Referees

Two reviewers for scientific research articles and one reviewer for translation articles are appointed by the field editors. It is imperative that the referees are free from any potential conflicts of interest with regard to the research in question, the authors thereof, and/or the funders of the research. It is imperative that the referees appointed to assess the articles in question are not affiliated with the same institution as the author. The evaluation of manuscripts is conducted by external, independent referees who are free from any conflicts of interest with the authors. In the case of academic authors, referees should be selected from among those with a higher academic title if possible. (For example. The article of a doctoral researcher is sent to academics with the title of associate professor or professor.) In the context of blind peer review, the identity of the referees is kept confidential. It is imperative that the referees respond to the invitation, which is sent to them via e-mail via Dergipark, with the article abstract attached, within 10 days. Should the necessity arise, this period may be extended twice more for a further five days. Should the referee fail to accept or reject the invitation within the specified timeframe, the field editor is able to cancel the invitation through the system and issue a referee invitation to an alternative candidate. Once the invitation has been accepted, the referee is able to access both the article file and the Reviewer Evaluation Form via their Dergipark account. As a general rule, the referee review is completed within 30 days. However, should this be unfeasible, the field editor may extend this period. If the referee does not consider himself/herself competent on the subject of the article or if it is not possible to provide timely feedback, he/she should notify the editor and request the cancellation of the referee process. It is the responsibility of the referees to complete the **Reviewer Evaluation Form** in a truthful manner and to provide a well-founded assessment. In order for an article to be published in the journal, it must be approved for publication by at least two referees. Referees are permitted to request either minor or major revisions to the article. In this instance, the author is required to make the necessary amendments to the article in accordance with the recommendations set forth by the referees. In the event that a minor revision is required, the revised article is then subject to further review by the relevant assistant editor. In the event of a major revision, the article is resubmitted to the same referee for a determination of its suitability for publication in its edited form. Should both referees conclude that an article is not fit for publication, it will not proceed to publication. In the event that one of the referees considers the article unsuitable for publication, the editorial board may choose to reject it or to refer it to

a third referee, taking into account the comments of the other referee on the article. The confidentiality of all information pertaining to submitted manuscripts is maintained by referees. It is not permitted for referees or members of the editorial board to discuss articles with other individuals. Should they identify any instances of copyright infringement or plagiarism on the part of the author, they are obliged to report the matter to the editor. The performance of reviewers is evaluated according to criteria such as the timeliness of their feedback. It is the policy of the journal to prohibit unkind and unscientific evaluations.

Relations with Authors

In the event that an article is rejected at the initial review stage, the author will be informed of the reason for this decision. Should the article be rejected on the grounds of unfavourable referee reports, the relevant reports and accompanying justification will be made available to the author via the Dergipark system. It is always possible for authors to communicate with editors and assistant editors via the Dergipark system. The editors respond to queries from authors and consider their feedback and grievances. All correspondence on the Dergipark system is archived.

The Editorial Board

The Editorial Board, comprising the Editor-in-Chief, Field Editors and Assistant Editors, maintains continuous communication and collaboration to guarantee that the publication process adheres to the established principles and rules. The editorial board meets regularly to collectively determine the journal's editorial policy. It is essential that the board is constituted with equal representation of genders.

The Advisory Board

The Advisory board, comprising academics from a range of institutions, oversees the operations of the journal and offers insights and recommendations.

Price Policy

No fee is charged from the author or institution under any name.

Extended Abstract

The academic work's summary and abstract sections must be followed by an extended abstract **600–800 words** written in English. This part needs include a comprehensive overview of the article's purposes, assumption, and conclusions. Rules of grammar and English writing language required meticulous consideration.

Publication Process

The manuscript submission process is transparent through the **Dergipark system**. Authors are automatically informed about each step of the publication process. The field editors generally evaluate the articles submitted to the journal in terms of quality, content and contribution to the field and decide whether the article should enter the publication process or not. At this stage, the article may be rejected without entering the process. Associate Editors check that article files are complete and that articles conform to the journal's spelling rules, and ensure that authors make the necessary arrangements. Assistant Editors forward articles that have been through the preliminary review process to the appropriate Field Editor for refereeing. Manuscripts are sent for **double-blind peer review** by the editors. Reviewers are appointed according to the subject of the study. It is essential that the referees have studied or are competent in the field of the article. Referees cannot be from the same institution as the author. If the authors have an academic degree, the referees will be chosen, if possible, from academics with a higher title. It is essential that the referees respond to the invitation sent to them by e-mail via Dergipark with the article abstract attached within 10 days. If necessary, this deadline will be extended twice by **5 days**. If the referee does not accept or decline the invitation within the deadline, the field editor can cancel the invitation via the system and send a referee invitation to another person.

For manuscripts to be accepted for publication, **at least two referees** must consider them suitable for publication. The referees may request minor or major revisions to the article. In this case, the author will be asked to revise the article in accordance with the referees' opinions. In the case of minor revisions, the revised article will be reviewed by the appropriate Assistant Editor. In the case of major revision, the article will be resubmitted to the same referee and asked to decide on the suitability of the revised version for publication. Articles that are not deemed suitable for publication by both reviewers will not be published. If one of the referees does not consider the article suitable for publication, the article may be rejected by the Editorial Board or sent to a third referee, taking into account the other referee's comments on the article. As a result of the peer review process, the Editorial Board evaluates the peer review reports. The Editorial Board meets and decides whether to accept the article, send it to a third referee, or reject it. The reasons for the rejection decision and the referee reports are sent to the author. Normally, articles that have completed the editorial process and have been accepted are published in the next issue. However, the Editorial Board may decide to publish some articles in the next issue, taking into account the number of articles or the topics of the articles. In this case, the authors will be informed.

Plagiarism Policy

Manuscripts are scanned by the Dergipark system with the Intihal.net programme at the submission stage. If plagiarism/self-plagiarism is detected, the authors are informed, and the article is returned.

Open Access Policy

AHBVÜ-FLJ is an Open Access journal. The entire content of the journal is made available free of charge to the reader or the organisation to which the reader belongs. Readers may read, download, copy, search and link to the full text of the journal articles without permission from the publisher or author, except for commercial purposes.

Copyright

Authors hold the primary copyright to their work published in AHBVÜ-FLJ and their work is licensed under the [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International \(CC BY-NC 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) license. The Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) licence permits the sharing, copying, reproduction and adaptation of the work in any size and format, except for commercial use, including remixing, transforming and building upon the work, provided that proper attribution to the original work is given.

WRITING RULES

Extended Summary

In order to increase the visibility and citation rate of the articles an extended abstract of 600-800 words should be prepared for research articles in Turkish. This rule is effective as of 2022, issue 27(1). Here, the aim, hypothesis and results of the article should be summarized comprehensively. Attention should be paid to the rules of English grammar. The extended summary must be placed after the abstract.

• Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:

- o Articles should be written in "Microsoft Word" software.
- o The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
- o The main text of the article should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - 1.5 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
- o Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
- o The footnotes should be written in accordance with the following rules:
- In Times New Roman font,
 - 10 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.
- **Chapter Titles:**
- o All headings should be written in accordance with the following rules:
- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
 - Bold,
 - The first degree headings - all uppercase;
 - The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
 - The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
- o The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);
- o The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- o The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
- o The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- o The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
- o How other headings will be numbered is optional.
- o “CONCLUSION” and “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,

- Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
- Bold,
- All letters are uppercase,
- These headings should not be numbered.

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

a. Rights of spouses

b. Spouses' debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally 2. Spouses' Personal Property 3. Family-Specific Goods

a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

b. Investments to secure the economic future of the family c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

• Word Count:

- o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

• Language to be Used in Articles:

o Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.

• Main Title, Abstract and Keywords:

o The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,

- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase, o Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.

o In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,

- All uppercase,
- o The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

• **Citations:**

- o Sources should be cited in the footnotes.
- o When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the **OSCALA** (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed

Books:

Name and Surname, Book Title, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters:

Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), Book Title, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles:

Name Surname, “Article Title”, Journal Name, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- o If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.

- For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number.

Example: Ayhan, p. 90.

- In references to more than one work by the same author, the title of the works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author.

Example: Ayhan, Commercial Enterprise, p. 213.

Ayhan, Dividend, p. 100.

• Bibliography

o At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.

o “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.

o The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.

o The bibliography should be written in accordance with the following rules:

– Times New Roman font,

– 12 pt font size,

– Justify alignment,

– Single line spacing,

– 6 pt paragraph spacing after paragraphs,

– Hanging paragraph indent for the first line.

o In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.

o In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

• The article submissions are made via DERGİPARK system. <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd>

Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.

• For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.

• Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.

• In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review

Cilt/Vol XXVIII

Ekim/October 2024

Sayı/Number 4

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER* ARTICLES**

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Türk Hukukunda Terkedilen “Kira Suçları”

Terkedilmeyen Yargıtay Uygulaması

Abandoned “Rent Crime” In Turkish Law

Unabandoned Judicial Practice

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU..... 3-50

Araştırma makalesi/Research article

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. Maddesinde Yapılan

Değişiklik Bağlamında Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi

Processing Of Special Categories Of Personal Data In The

Context Of The Amendment To Article 6 Of The Law On

The Protection Of Personal Data

Gamze TURAN BAŞARA.....51-80

Araştırma makalesi/Research article

Bireysel İş Hukuku Açısından Konsinye İş

İlişkisinin Değerlendirilmesi

Evaluation Of Consignment Labour Relationship

In Terms Of Individual Labor Law

Canan ERDOĞAN / Sıdıka BULUŞ..... 81-118

Araştırma makalesi/Research article

Toplu Yapı Yönetim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Legal Nature Of The Collective Building Management Agreement

Mehmet DOĞAR..... 119-154

* Makaleler, yazarların unvanı ve makale gönderim zamanlarına göre sıralanmıştır.

** Articles are draw up according to the authors titles and submission times.

Araştırma makalesi/Research article

Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı

Electronic General Assembly Of The Joint Stock Companies

Gökhan AKTEPE..... 155-194

Araştırma makalesi/Research article

Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ve Bunlara İlişkin

Türkiye’deki Mevcut Hukuki Durum Üzerine Bir İnceleme

An Analysis Of Sustainable Bonds And Their

Current Legal Status In Türkiye

Abdullah ALTINTAŞ..... 195-238

Araştırma makalesi/Research article

Kanuni Babanın Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuk İçin

Yaptığı Masrafları Biyolojik Babadan İsteme Hakkı ve Kapsamı

The Right And The Scope Of Claiming Of The Legal

Father The Expenses, He Made For The Child, Who Was

Born Within The Marriage Union From The Biological Father

İsmahan GÜLEN ERDOĞAN239-270

Araştırma makalesi/Research article

Sürdürülebilirlik ve Avrupa Birliği Rekabet

Hukuku: Yeşil Düzenlemeler

Sustainability And Eu Competition Law: Green Regulations

Cemal Mert TÜZEMEN.....271-300

Araştırma makalesi/Research article

Yinelenen Konkordato Taleplerinin Hukuki

ve Finansal Yönleriyle Değerlendirilmesi

The Evaluation Of Legal And Financial

Aspects Of Repeated Concordat Requests

Yavuz TOPÇU 301-362

Araştırma makalesi/Research article

Erken Açılan Davanın Dava Şartı

Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

An Evaluation Of The Prematurely Filed

Lawsuit In Terms Of The Concept Of Procedural Requirement

Furkan ULUGÜN363-410

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Tam Otomatikleştirilmiş İdari İşlemler

Fully Automated Administrative Acts

Dursun ÇELİK..... 413-452

Araştırma makalesi/Research article

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında

Dostane Çözüm ve Tek Taraflı Deklarasyon

Usulü: Adalet Verimlilik Çatışması

Friendly Settlement And Unilateral Declaration

Procedure In The European Court Of Human

Rights: The Conflict Between Justice And Efficiency

Esra YILMAZ EREN..... 453-496

Araştırma makalesi/Research article

Kabahatler Kapsamında Yargı Erkinin

İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi

The Power Of The Jurisdictional Authorities To Impose

Administrative Sanctions Within The Scope Of Misdemeanors

Muharrem CİVAN 497-532

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068

Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

TERKEDİLEN “KİRA SUÇLARI” TERKEDİLMEYEN YARGITAY UYGULAMASI

ABANDONED “RENT CRIME” IN TURKISH LAW
UNABANDONED JUDICIAL PRACTICE

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU*  

ÖZET

Konut ve çatılı işyeri kiralaları kişilerin barınma ve mesleki/ticari faaliyetlerde bulunmaları bakımından yaşamsal önemi bulunan sözleşmelerdir; bu sebeple devletin müdahalesine konu olurlar. Müdahalenin en katı biçimi, cezai yaptırımlardır. Kira ilişkisi içinde kendisine cezai yaptırımlar bağlanmış olan davranışlar, kira suçu olarak isimlendirilebilir. Kira suçlarının Türk hukukundaki geçmişi 18 Ocak 1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'na kadar uzanmaktadır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde kira suçları, Anayasa Mahkemesi'nin kira bedeline ilişkin düzenlemeleri iptalinin ardından, yeniden kiralama yasağının ihlâlinden ibaret kalmıştır. Nihayetinde 6098 sayılı TBK'da yeniden kiralama yasağının da cezai yaptırıma bağlı olmaktan çıkartılmasıyla, Türk hukukunda kira suçları tamamen ortadan kalkmış bulunmaktadır. Ancak 6098 sayılı TBK'da yeniden kiralama yasağının ihlâlüne bağlanan tazminat düzenlemesi, Yargıtay tarafından önceki cezai düzenlemenin bağlandığı daraltıcı yorumla uygulanmaktadır. Bu çalışmada, yeniden kiralama yasağının ihlâlüne bağlanan yaptırımın niteliği değişmiş olmasına rağmen uygulamasının değişmemiş olması eleştirilmiştir. Bu durumun olumsuz sonuçlarına işaretlerle, mesele, etraflı bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, **E-posta:** reyhan.demircioglu@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-5934-5623, **DOI:** 0.34246/ahbvuhfd.1552620.

- **Atf Şekli / Cite As:** Demircioğlu H. R., “Türk Hukukunda Terkedilen “Kira Suçları” Terkedilmeyen Yargıtay Uygulaması”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s. 3-50.
- **İntihal/ Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu değerlendirmeler, söz konusu yasağın geniş izahı üzerinden değil, bu yasağın tarihsel geçmişini oluşturan kira suçunun bağımsız bir kavram olarak ele alınmasıyla gerçekleştirilmiştir. Böylece çalışma, salt uygulamaya yönelik bir eleştiri içermenin ötesinde, Türk hukukunda konut ve çatılı işyeri kiralalarının düzenlenişini, yaptırım anlayışındaki dönüşümle birlikte tarihsel bir perspektifle, doktrin ve uygulamanın dikkatine sunmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kira suçu, Yeniden kiralama yasağı, Medeni ceza, Tazminat, TBK m. 355/III

ABSTRACT

Residential and roofed workplace leases are vital contracts in terms of housing and professional/commercial activities; therefore subject to state intervention. The strictest form of intervention is criminal sanctions. Behaviors that have criminal sanctions attached to them within the lease relationship can be called rent crime. The history of rent crimes in Turkish law dates back to the National Protection Law dated January 18, 1940 and numbered 3780. Under Law No. 6570 on Real Estate Leases, rent crimes were limited to violations of the prohibition of re-rental following the Constitutional Court's annulment of the regulations on the rental price. Finally, with the removal of the prohibition of re-rental from being subject to criminal sanction in the TCO No. 6098, rent crime have been completely eliminated in Turkish law. However, the compensation provision in the TCO No. 6098 for the violation of the prohibition of re-rental is applied by the Court of Cassation with the same restrictive interpretation as the previous penal provision. This paper criticizes the fact that although the nature of the sanction for breach of the prohibition on re-rental has changed, its application has not. This criticism is based on the independent consideration of the crime of rent, which constitutes the historical background of the prohibition.

Keywords: Rent crime, Prohibition of re-rental, Civil punishment, Compensation, Turkish Code of Obligations Art. 355/III

EXTENDED ABSTRACT

The vital importance of residential and roofed workplace leases for tenants necessitates state intervention in such lease agreements, and the basis of this intervention is the mandatory provisions in favor of the tenant. The basis of this intervention in lease agreements is the mandatory legal rules for the protection of the tenant party, which is foreseen to be in a characteristic/typical weakness. However, until recently, this intervention has been realized to the extent of imposing criminal sanctions for the violation of some mandatory legal rules. It is possible to call such violations of the lease relationship that are subject to criminal sanctions as rent crimes, and the history of rent crimes in Turkish law dates back to the National Protection Law dated January 18, 1940 and numbered 3780.

Under the Law No. 6570 on Real Estate Leases, lease offenses were limited to the

violation of the prohibition of re-rental after the Constitutional Court annulled the regulations on the rental price. The sanction for the violation of this prohibition was imprisonment from six months to one year and a heavy fine in the amount of three years' rent, and this provision remained in force in Turkish law for nearly sixty years without any change. However, the Court of Cassation applied this penalty provision within an extremely narrow framework at that time. Finally, with the removal of the prohibition of re-rental from being subject to criminal sanction in the TCO No. 6098, lease offenses have been completely eliminated in Turkish law.

Article 355/III of the New TCO provides for a compensation sanction for breach of the prohibition of re-rental, but this compensation is independent of fault and damage. For this reason, the nature of such compensation is debated in the Turkish legal doctrine. However, it is clear that this prohibition is no longer a criminal sanction. However, in the TCO No. 6098, the compensation for the violation of the prohibition of re-rental is applied by the Court of Cassation with the narrow interpretation of the previous criminal regulation. this narrow interpretation is that the eviction must be obtained through litigation and enforcement. However, this practice is a regression in Turkish law in terms of protecting the rights of tenants. This is because prior to the TCO No. 6098, tenants' compensation claims were subject to general provisions and it did not matter how the eviction took place in terms of awarding such compensation. The interpretation of the new compensation regulation as the previous penal provision causes the tenants' compensation claims to be unmet. The sanction under Article 355/III of the Turkish Code of Obligations may have a historical connection with the previous criminal provision; however, not taking into account the changed nature of the sanction in the application of the sanction means the continuation of the conditions of application of Article 16 of the GKHK, which has been in force as the sole lease offense in Turkish law for many years, by the judiciary and contradicts the protection purpose and balance of interests envisaged by the new regulation.

This study criticizes the fact that the nature of the sanction for breach of the prohibition of re-rental has changed, but the expectation that its application should have changed has not yet been realized, and the issue is subjected to a thorough evaluation, pointing out the negative consequences of this situation. However, these evaluations are not based on an explanation of the prohibition of re-rental, but rather on an independent concept of the crime of renting, which constitutes the historical background of even this prohibition. Thus, beyond merely criticizing the practice, the study presents the regulation of residential and roofed workplace leases in Turkish law, together with the transformation in the understanding of sanctions, in a historical perspective, to the attention of the doctrine and practice.

GİRİŞ

Türk hukukunda konut ve çatılı işyeri kiralari, barınma veya mesleki/ticari faaliyetleri açısından ihtiyaç duyduğu taşınmazı kira yoluyla temin

etmiş tarafı *-kiracıyı-* koruyan birçok emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Söz konusu koruma özellikle kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından sona erdirilmesine yani tahliye rejimine ilişkindir; çünkü bu tür kiralarda kiracı taraf, en çok, kiraya verenin keyfi tahliye taleplerine karşı risk altındadır. Bu riski bilen Kanunkoyucu, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmekte olan kiracıların ancak on yıllık uzama süresi sonunda ve bildirim sürelerine riayet edilmek kaydıyla kiraya verenin kullanabileceği bildirimli fesih (TBK m. 347/I, son cümle) veya kiraya veren ya da kiracı nezdinde gerçekleşen sınırlı sayıdaki sebeplerden birine dayalı dava yoluyla tahliyesini (TBK m. 350, m. 351, m. 352) öngörmüştür. Kiraya verenin bildirimli fesih hakkı, sadece süre hesabı gerektirmekle başkaca bir sebebin haklılığını veya gerçekliğini ispata dayanmayan, bu itibarla dava gerektirmeksizin kullanılan ‘bozucu yenilik doğuran’ bir haktır. Fakat dava yoluyla tahliye, kiraya veren nezdinde gerçekleşen sebeplere yani malikin (TBK m. 350/b. 1) veya yeni malikin ihtiyacı (TBK m. 351) ya da yeniden inşa-imar (TBK m. 350/b. 2) dayandırılmışsa, bu sebeplerin gerçek ve samimi olması gerekir; aksi halde dava sebeplerinin sınırlandırılmış olması işlevsiz bir yasal sistem olarak kalır. Bu sebeple Kanunkoyucu, kiralananın kiraya verenden kaynaklı sebeplerle tahliyesi durumunda, bu tahliyenin haksızlığına karşı da kiracıları korumaktadır. Bu koruma, kiralananın, ihtiyaç sebebiyle tahliyede üç yıl boyunca haklı bir sebep olmaksızın eski kiracıdan başkasına kiraya verilmesinin (TBK m. 355/I), inşa-imar sebebiyle tahliyede yine üç yıl boyunca haklı sebep olmaksızın eski haliyle ve inşa-imarı gerçekleştikten sonra da eski kiracının öncelik hakkı tüketilmeksizin başkasına kiraya verilmesinin yasaklanması (TBK m. 355/II); bu yasakların ihlâli halinde ise hükümde öngörülen yaptırımın uygulanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Buna göre, *“Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür”* (TBK m. 355/III).

Kiraya verenden kaynaklı tahliye sebeplerinin ‘gerçek dışı, samimiyetsizce’ kullanımına karşı kiracıları korumak amacıyla öngörülen bu yaptırımı pratikte işlevsel kılacak olan husus, şüphesiz Yargıtay uygulamasıdır. Bu noktada Yargıtay’ın yeniden kiralama yasağının ihlâline bağlanan tazminat yaptırımına ancak tahliyenin dava, hatta icra marifetiyle gerçekleştirildiği durumlarda hükmettiği görülmektedir. Yeniden kiralama yasağının hükme bağlandığı TBK m. 355’de yer almayan böyle bir kısıtlayıcı şartın Yargıtay uygulamasında yer alması, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) döneminde mevcut olan cezai yaptırımlarla ilgilidir ve bir özel

hukuk ilişkisinde karşımıza çıkan bu cezai yaptırımlar da tarihi geçmişi II. Dünya Savaşı koşullarına dayanan bir *milli korunma anlayışının* mahsulüdür. Bugün için konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı lehine vazedilmiş emredici hükümler, karakteristik zayıflık içinde bulunan sözleşme tarafının korunması gibi daha yakın bir amaçla ilişkilendirilse de, bu amacın dahi arkasında sözleşme özgürlüğüne nispetle daha üst bir değer olarak korunan kamu düzeni anlayışı vardır ve bu anlayış en sert yüzünü geçmişte kalan bazı cezai yaptırımlarla göstermiştir. Kendisine cezai yaptırım bağlanmakla kira suçu olarak isimlendirilmesi mümkün bazı davranışların Türk hukukundaki son düzenlemesi, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun dönemi açısından yeniden kiralama yasağının ihlâli olmuştur; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde ise bu yasağın ihlâlîne bağlanan yaptırımın tazminata dönüştürülmesiyle kira suçlarının artık tarihe karıştığı söylenebilir. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde yeniden kiralama yasağının ihlâlî, kendisine bağlanmış olan yeni yaptırım ve bunun genel hükümlerden farklı niteliği itibarıyla doktrinin ilgisini çekmiştir. Fakat yeniden kiralama yasağı, aynı zamanda bu Kanun ile terkedilen kira suçlarının geçmişe uzanan izini sürmek, böylece modern borçlar hukukunda kamu düzeniyle ilişkilendirilen kiracının korunması anlayışına tarihsel bir perspektif kazandırmak bakımından da ele alınması gereken özel bir düzenlemedir. Ayrıca Yargıtay'ın bu yasağın ihlâlîne bağlanmış yeni tazminat yaptırımını önceki ceza hükmüne bağlı içtihatlarını tekraren dar bir kapsamda uygulamaya devam etmesi, bu yanlış uygulamanın düzeltilmesi açısından kira suçunu münhasır bir kavram olarak ele almayı ve bunun TBK m. 355/III hükmüyle olan ilişkisini ortaya koymayı, fikrimizce, gerekli kılmaktadır.

I. TÜRK HUKUKUNDA 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU ÖNCESİNDEN BİR KAVRAM: KİRA SUÇU

A. Genel Olarak

Kira, özellikle yaşamsal önemi bulunan barınma ile mesleki/ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesi söz konusu olduğunda, vatandaşların bu yöndeki menfaatlerinin korunmasını teminen devlet müdahalesinin yoğun şekilde ortaya çıktığı bir özel hukuk ilişkisidir. Kira sözleşmelerinde bu müdahalenin esasını, karakteristik/tipik zayıflık içerisinde bulunduğu öngörülen kiracı tarafın korunmasına yönelik *emredici hukuk kuralları*¹

¹ Emredici hukuk kuralları hakkında bkz. Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

oluşturur. Fakat bu müdahale, henüz yakın kabul edilebilecek bir tarihe kadar bazı emredici hukuk kuralarının ihlâline cezai yaptırımlar bağlanmasına varan bir ölçüde gerçekleşebilmiştir. Bu, ‘ taraflarının birbirlerine karşı kamusal bir erk kullanmıyor olmaları sebebiyle’ özel hukukun kapsamında bulunduğu hiç şüphe duyulmayan kira ilişkilerinin, devletin cezalandırma yetkisini dahi kullanmakla doğrudan müdahalesini gerektirir ölçüde² hukuka/borca aykırı bazı davranışlar içerebileceğinin kabulü demektir. Bu davranışlar, kira suçunun konusunu oluşturur.

B. Kira Suçlarına İlişkin Türk Hukukundaki İlk Düzenlemeler: Milli Korunma Kanunu

Türk kira hukukunda sözleşme özgürlüğünün emredici hükümlerle sınırlandırılmasının geçmişi, 18 Ocak 1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu’na³ kadar uzanmaktadır. “*II. Dünya Savaşı’nın getirdiği olağanüstü şartlar nedeniyle devlet eliyle, ekonomide istikrarı temin etmek ve üretimden tüketime kadar her aşamada belirleyici olmak amacıyla yürürlüğe konulan*”⁴ bu Kanun’un esası piyasalarda fiyat kontrolüdür; bu sebeple kira sözleşmelerine yapılan müdahale de öncelikle kira bedeline yönelik olmuştur. Kanun, içerdiği müdahale ve sınırlamaları, yine o dönemin koşulları çerçevesinde çok sayıda cezai yaptırıma bağlamıştır⁵. Böylece günümüzde özel hukuk ve serbest piyasa düzeninin konusunu teşkil eden birçok faaliyetin, riayetsizliği halinde suç oluşturmaları itibarıyla kamusal yönü ağır basan sınırlayıcı düzenlemelere konu edildiği söylenebilir. Bu genel yapı içerisinde kira bedelini düzenleyen 30’uncu madde⁶ şu cezai yaptırıma bağlanmıştır:

² “Ceza hukukunda ve diğer bütün hukuk disiplinlerinde hukuk düzeninin geçerliliğinin sağlanması için devlet gücüne ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak, ceza hukuku, devlet gücünün diğer hukuk disiplinlerine nazaran daha fazla müdahalesini zorunlu kılmaktadır. Ceza hukukunun öngördüğü bütün yaptırımlar bir hukuk devletinde ancak devlet tüzelkişiliği tarafından uygulanabilir”, İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukukunda Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022, s. 52.

³ Milli Korunma Kanunu için bkz. 26.01.1940 tarih ve 4417 sayılı RG.

⁴ <<https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/milli-korunma-kanunu-18-ocak-1940/>> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2024.

⁵ Kanun’un ceza hükümleri başlığını taşıyan beşinci faslı, yedisi cezaları düzenleyen hükümler olmak üzere ve cezaların çeşitli uygulanma esaslarıyla birlikte, toplam on altı hüküm içermektedir.

⁶ 3780 sayılı Kanun “*OTUZUNCU MADDE — Bu kanunun tatbikte bulunduğu müddet zarfında, şehir ve kasaba ve iskele ve liman ve istasyonlarda gayri menkullerin kira bedelleri, bu kanunun tatbik mevkiine konmasına tekaddüm eden senenin muayyen olan kira bedellerinden fazla olamaz.*”

“ELLİ SEKİZİNCİ MADDE — Bu kanunun 30 ncu maddesi hükmüne muhalefet edenlerden elli liradan iki yüz elli liraya kadar ağır para cezası alınır. Bu para cezası bir senelik kira tutarından aşağı olamaz”.

Milli Korunma Kanunu kapsamında fiyat/kira bedeli kontrolünün ötesine geçerek, kiracıyı tahliyeye karşı da korumaya yönelik ilk hükümler, 1944 yılında yapılan Kanun değişikliğiyle vazedilmiştir. ‘*Millî Korunma Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Ek Maddelerin Çıkarılmasına Dair*’ 4648 sayılı Kanun⁷ ile kira sözleşmesine ilişkin 30’uncu madde, ilerleyen zamanlarda konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin özel düzenlemelerin ilk görünümünü oluşturan bir içeriğe kavuşmuştur. Buna göre “*şehir ve kasaba ve iskele ve liman ve istasyonlardaki*” tüm gayrimenkulleri kapsayan hükmün ilk haline “... (Tarla, bağ, bahçe, bostan gibi müsakkaf olmıyanlar hariç) ...” ilavesi yapılarak, bedele ilişkin müdahalenin kapsamı üstü kapalı/çatılı mekânlarla sınırlandırılmıştır. Hükmün yeni düzenlemesinde kira artışına ve başlangıç kira bedellerine ilişkin sınırlamaların detaylandırılmış olması⁸ bir tarafa bırakılırsa, konut ve çatılı işyeri kiralalarında bugünkü tahliye hukukunun da temelini oluşturan şu hükümler, konuya ilişkin tarihsel bir okuma açısından özellikle ilgi çekicidir:

“Madde 30_

...

Bu madde hükmünün tatbik edileceği yerleri Hükümet tayin ve ilân eder”.

⁷ 03.08.1944 tarih ve 4648 sayılı Kanun için bkz. 11.08.1944 tarih ve 5780 sayılı RG.

⁸ 4648 sayılı Kanun “*Madde 30 I - Bu kanunun tatbikte bulunduğu müddet içinde şehir, kasaba, iskele, liman ve istasyonlarda gayrimenkullerin (Tarla, bağ, bahçe, bostan gibi müsakkaf olmıyanlar hariç) kira bedelleri, bu kanunun tatbik mevkiine konmasına tekaddüm eden sene içindeki son kira mukavelenesiyle muayyen olan kira bedellerinden hiç bir suretle fazla olamayacağı gibi mukavele şartlarında kiracılar aleyhine değişiklik yapılamaz. II - a) Kiraları mukavelename ile muayyen olmıyan veya bu kanunun meriyete girmesinden sonra kiraya verilmeğe başlanan yahut kullanma tarzı tamamen değiştirilerek kiralanan gayrimenkullerin kira bedelleri, o mahal veya semtteki mümassilleri nazara alınarak 1939 takvim senesinin rayicine göre belediye encümenlerince takdir olunur. b) Bu kanunun tatbik mevkiine konmasından sonra inşa edilen veya aslı heyeti tevsî veya tebdil edilmek suretiyle esaslı olarak tadil edilmiş olan gayrimenkullerde Bina Vergisi Kanununa göre tahakkuk eden gayrisâfi iratlar kira olarak kabul edilir ve mukavele şartları emsali nazara alınarak mahallî örf'e göre belediye encümenlerince tayin olunur. III - Mobilya ile kiraya verilen gayrimenkullerin yukarki fıkralara göre taayyün eden kira bedellerine, mobilyaların belediyelerce takdir edilecek kıymetinin yüzde yirmisi zammolunabilir. Şu kadar ki, bu suretle zammedilecek miktar kira bedelinin yüzde ellisini geçemez”.*

IV - a) Kira mukavelelerinin bütün hükümlerine kiracılar tarafından riayet edildiği müddetçe bu kanunun meriyetten kalkmasından üç ay sonraya kadar kiracılar aleyhine tahliye dâvası mesmu değildir. Kira müddetinin hitamından en az on beş gün evvel kiracı gayrimenkulu tahliye edeceğini kiralayana yazı ile bildirmedeği takdirde mukavele aynı şartlarla bir sene için uzatılmış sayılır.

b) Kiracı tarafından gayrimenkulun tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse veya gayrimenkulü kendisi için mesken olarak kullanmak mecburiyetinde kalırsa mal sahibi kira mukavelesinin hitamında tahliye talebinde bulunabilir.

c) Malsahibi kendisi için mesken olarak kullanmak üzere tahliye ettirdiği gayrimenkulu mücbir sebep olmaksızın bir sene müddetle başkasına kiralayamaz”.

3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'nun kira hukuku açısından içerdiği düzenlemeler, üst amacı kamusal menfaatlerin korunması olan bu Kanun'da herhangi bir ayırım gözetilmeksizin cezai yaptırımlara bağlanmıştır:

“Madde 56_

...

VII - 30 uncu madde hükmüne riayet etmeyenler hakkında bir senelik kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur ve tekrürü halinde bu ceza iki misline çıkarılır. 30 uncu madde hükmüne muhalefeti itiyat edenler ayrıca bir aydan altı aya kadar hapis cezasına da mahkûm edilir. Ancak 30 uncu madde hükmüne muhalefetin kasde makrûn olmayıp hata veya zühulden ileri geldiği ve alâkahılar tarafından takibattan evvel tashih edildiği anlaşılan hallerde İlgililer hakkında takibat yapılmaz.

30 uncu madde hükmüne muhalefetin derecesi ve suçun şahsi ihtiyaç şevki ve geçim sıkıntısıyla işlendiği mahkemece takdir olunan hallerde ceza üçte bire indirilebilir veya zaruretin derecesine göre tamamen ıskat edilebilir. Mükerrirlerle bu suçu itiyat edinmiş olanlar bu hükümden istifade ettirilmez⁹.

⁹ Bu düzenlemede 30 uncu madde hükmünün tamamı cezai yaptırıma bağlanmış olduğundan, aynı Kanun döneminde ‘kiraya verme mecburiyetine’ ilişkin şu hükmün de ceza kapsamına giriyor olması, yine tarihsel bir okuma açısından ilgi çekicidir: “Hükümet lüzum gördüğü yerlerde boşalan kiralık gayrimenkullerini belediyelere veya mahalle muhtarlarına bildirmeğe ve bunları murakabe tesisini temin ve icabında belediyelere ilân ettirmek için her mahallede muhtarlarca tutulacak defterlere kaydettirmeğe ve

VIII - Bir gayrimenkulu başkasına kiralamak veya devretmek için hava parası namıyla veya herhangi bir namla kendilerine gayrimeşru menfaat temin eden gayrimenkul sahipleri veya kiracılarla bunlar namına hareket eden sair kimseler veya bunlara tavassut edenler hakkında temin veya teminini kasdettikleri menfaatin iki misli ağır para cezasıyla birlikte üç aydan bir seneye kadar hapis cezası hükmolunur”.

Böylece II. Dünya Savaşı'nın koşullarının yaşandığı bu dönemde konut ve çatılı işyerleri bakımından kira hukukunun hem özel hem kamu hukuku karakterli bir düzenlemeye konu edildiği görülmektedir. Düzenlemenin yakın amacı şüphesiz kiracıların korunmasıdır; ancak öngörülen yaptırımların tamamının cezai nitelikte olması, üst amacı *milli korunma* olan bu Kanun'un vazettiği kurallara muhalefetin aslında topluma zarar verici addedildiğini göstermektedir. Bu sebeple kira hukuku çerçevesinde cezai yaptırımlara bağlanmış bu kurallara aykırılık, birer kira suçu oluşturmaktadır.

Milli Korunma Kanunu, 21.02.1947 tarih ve 5020 sayılı “*Milli Korunma Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*”¹⁰ ile bir kez daha tadil edildiğinde, bu ikinci tadilin konusunu sadece kira hukuku oluşturmuştur. Kiracı tarafından aksi yönde bildirim yapılmadığı takdirde sözleşmenin uzaması prensibinin tekrarlandığı bu düzenlemede malikin/yeni malikin ihtiyaç sebebiyle tahliyesi daha etraflı düzenlenmiş¹¹ ve bu tahliye

tâyin edilecek müddet içinde kiraya vermeğe gayrimenkul sahiplerini mecbur tutabilir ve tâyin edilen müddet içinde talibi bulunduğu ve muhik bir sebep mevcut olmadığı halde kiraya vermeyen kiralık gayrimenkullere el koyarak bunları kiraya verebilir. Bu bent hükmünün tatbik şekli bir kararname ile tâyin olunur” (Milli Korunma Kanunu -4648 sayılı Kanun ile değişik- m. 30/VII).

¹⁰ 21.02.1947 tarih ve 5020 sayılı Kanun için bkz. 27.02.1947 tarih 6543 sayılı RG.

¹¹ 5020 sayılı Kanun “*BİRİNCİ MADDE — Milli Korunma Kanununun 4648 sayılı Kanunla değiştirilen 30 uncu maddesi aşağıda yazılı şekilde değiştirilmiştir:*

“Madde 30. — ...

V- ...

b) Kira şartlarına ve Borçlar Kanununun Milli Korunma Kanununa mugayir olmıyan vecibelerine riayet edilse bile aşağıda yazılı hallerde kiralyan:

1. — Kiracı tarafından gayrimenkulun tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen gayrimenkul tahliye edilmezse icraya müracaatla tahliye ettirebilir.

2. — Gayrimenkulu kendisi veya çocukları için konut olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira sözleşmesinin hitamında,

3. — Gayrimenkulu kendisinin veya çocuklarının muayyen bir meslek veya sanatın bizzat icrası için kullanma ihtiyacında ise sözleşmenin hitamında,

4. — Bir gayrimenkulu Medenî kanun hükümlerine göre iktisap eden kimseler kendisi veya çocukları veya mirasçılar yahut bunların bir

sebebine bağlı yeniden kiralama yasağı korunmuştur (m. 30/V, c). Kira bedelinin belirlenmesine (m. 30/I, II, III) ve yakıt parasının kira bedeline yansıtılmasına (m. 30/VII) ilişkin hükümlere aykırılıkla birlikte yeniden kiralama yasağının ihlali de -önceki düzenlemede olduğu gibi- bir yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezasına bağlanmış; tekerrür halinde bu cezanın iki katına çıkacağı, tüm 30’uncu madde hükmüne muhalefeti itiyat edenlerin ise bir aydan altı aya kadar hapis cezasına mahkûm edilecekleri hükmü tekrarlanmıştır (Milli Korunma Kanunu -5020 sayılı Kanun ile değişik- m. 56/VII¹²). Düzenlemede 56’ncı maddenin hava parasını konu edinen VIII’inci fıkrasında herhangi bir değişikliğe gidilmediğinden, aynı dönemde söz konusu hüküm de bir kira suçu olarak varlığını sürdürmeye devam etmiştir.

3780 sayılı Milli Korunma Kanunu yeni bir tadil Kanunu¹³ ile -fakat Kanun’un içerdiği birçok geçici hüküm üzerinden bir süre daha etkisini sürdürecektir şekilde- “... meskenlerden gayri yerlerde 1.I.1955 ve meskenlerde 1.VI.1955 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır”. Nihayetinde bu Kanun’un yerini 18 Mayıs 1955’te kabul edilen 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun almıştır¹⁴.

kısmı için tamamen veya kısmen konut olarak kullanma ihtiyacında ise, 5. — Kira bedelini vaktinde ödememelerinden dolayı haklı olarak bir yıl içinde iki defa ihzar yapılan kiracılar aleyhine kira müddetinin hitamında ayrıca ihtara hacet kalmaksızın, Umumi hükümler dairesinde tahliye davası açabilir.

c) Mal sahibi yukarıki «b» fıkrasının 2,3 ve 4 numaralarında yazılı sebeplerden dolayı tahliye ettirdiği gayrimenkulu mücbir sebep olmaksızın bir yıl içinde başkasına kiralayamaz”.

¹² 5020 sayılı Kanun “BEŞİNCİ MADDE — Milli Korunma Kanununun 56 ncı maddesinin VII nci bendi aşağıda yazıldığı üzere değiştirilmiştir:

VII - 30 ncu maddenin I, II, III, V «c» ve VII nci bentleri hükümlerine riayet etmeyenler hakkında bir yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur ve tekerrürü halinde bu ceza iki misline çıkarılır. 30 ncu madde hükmüne muhalefeti itiyat edenler ayrıca bir aydan altı aya kadar hapis cezasına da mahkûm edilir. Ancak 30 ncu madde hükmüne muhalefetin kasta makrun olmayıp hata veya zühulden ileri geldiği ve ilgililer tarafından kovuşturmadan evvel tashih edildiği anlaşılan hallerde ilgililer hakkında kovuşturma yapılmaz.

30 ncu madde hükmüne muhalefetin derecesi ve suçun şahsi ihtiyac şevki ve geçim sıkıntısıyla işlendiği mahkemece takdir olunan hallerde ceza üçte bire indirilebilir veya zaruretin derecesine göre tamamen ıskat edilebilir. Mükerrirler ile bu suçu itiyat edinmiş olanlar bu hükümden istifade ettirilemez.

Bu bentte yazılı suçlar hakkında bir sene içinde dâva açılmadığı takdirde âmme davası düşer”.

¹³ 06.05.1953 tarih ve 6084 sayılı Milli Korunma Kanunu’nun Tadili Hakkında Kanun için bkz. 12.05.1953 tarih 8406 sayılı RG.

¹⁴ 18.05.1955 kabul tarihli 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) için bkz. 27.05.1955 tarih, 9013 sayılı RG.

C. Kira Suçları Bakımından 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Dönemi

1. 6570 Sayılı Kanun'da Düzenlenen Kira Suçları

Türk hukukunda 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK), “*Belediye teşkilâtı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki (Musakkaf olmıyanları hariç)*”¹⁵ taşınmazların kiralanmalarını müstakil olarak düzenleyen ilk Kanun’dur¹⁶. Bu Kanunla konut ve çatılı işyeri kiralarının kiracı tarafından feshedilmedikçe kendiliğinden yenilenmesi prensibi (m. 11) ile kiraya veren tarafından dava yoluyla ileri sürülmesi gereken tahliye sebeplerinin sınırlılığı (m. 7), kısaca, Kanun’un uygulanma kapsamındaki taşınmazlarda kiranın sona erdirilmesi ve tahliyesi, kalıcı bir yasal rejime dönüşmüştür¹⁷. Kira suçları bakımından ise 6570 sayılı Kanun’un öngördüğü cezai yaptırımların önceki düzenlemelerden daha ağır olduğu görülmektedir¹⁸.

Öncelikle, 6570 sayılı Kanun’un daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen¹⁹ 2’nci ve 3’üncü maddelerinde kira bedeline ilişkin

¹⁵ GKHK m. 1/I’e göre “*Belediye teşkilâtı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (Musakkaf olmıyanları hariç) kiralanmalarında kiratıyanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur*”.

¹⁶ 6570 sayılı Kanun’un şerhi, gerekçesi ve bu Kanun dönemindeki tahliye davaları hakkında bkz. M. Akif Eranil / Hayri Kuloğlu, *Kira Hukuku (Şerhli, İzahlı, Notlu Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun ve Tahliye Davaları)*, Yeni Desen Matbaası, 1955; Necati Aras/ Kemal Karaağaoğlu/ Nihat Okurer, *Tahliye Mevzuatı ve Tatbikatı*, Yeni Matbaa, 1960; Salih Türkmen/ Sadi Kazancı/ Saim Ünsev/ Bülent Erten/ Selami Yüksel, *Tahliye Davaları (6570 Sayılı Kanunun Şerhi ve İzahı)*, Yıldız Matbaası, 1955.

¹⁷ 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu’nda bu hususlara ilişkin ilk düzenlemelere rastlansa da söz konusu düzenlemelerin ancak koşulları devam ettiği müddetçe devam edecek bu Kanun’un varlığına bağlı olduğu hususu, 3’üncü maddesinde şu şekilde ifade edilmiş idi: “*ÜÇÜNCÜ MADDE — Fevkalâde hallerin hitam bulduğu ve bu kanun hükümlerinin tatbikına lüzum kalmadığı Hükümetçe kararlaştırılarak ilân ve Büyük Millet Meclisine arz edilir*”.

¹⁸ “*Bu kanunun mer’iyete girmesinden evvel mer’i olan Milli Korunma Kanununda ... yalnız bir yıllık kira bedeli tutarında ağır para cezası hükmolunur ve tekerürü halinde ise ceza iki misline çıkarılırdı. Ancak Kanuna muhalefeti itiyat edinenler için ayrıca bir aydan altı aya kadar hapis cezası vardı. Halbuki 6570 sayılı Kanunla ... altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur ve mükerrirler hakkında bu cezalar bir misli artırılır müeyyidesi vaaz edilmiştir. ... Diğer taraftan bundan evvelki kanunda, kanun hükmüne muhalefet kasda makrun olmayıp hata ve zühulden ileri geldiği ve ilgililer tarafından kovuşturma yapılmadan evvel tashih edildiği anlaşılan hallerde alakalılar hakkında kovuşturma yapılmazdı. Son kanunda maznunun lehine olan bu hüküm kaldırılmış bulunmaktadır*”, Türkmen/Kazancı ve diğerleri, s. 29.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 26.03.1963 tarih ve 1963/3 E, 1963/67 K. sayılı iptal kararı için

sınırlayıcı hükümler²⁰ getirilmiş olduğuna işaret edilmelidir²¹. Bu sınırlayıcı hükümlere riayet etmeyerek, hava parası veya başka bir adla Kanun’un belirlediği kira bedelinin üzerinde para alanlara, bunlar namına hareket edenler ile bunlara aracılık edenlere -önceki düzenlemeye göre²² daha ağır olarak- altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası öngörülmüş idi (GKHK m. 16²³). Fakat aynı ceza hükmü, ihtiyaç sebebiyle ve ilk kez bu Kanun ile düzenlenmiş olan inşa-imar sebebiyle tahliyeye²⁴ bağlı yeniden kiralama yasağına ilişkin 15’inci maddeyi de kapsamına aldığından, önceden sadece itiyat haline bağlanmış olan hapis cezası 6570 sayılı Kanunla birlikte tüm bu ihlâl hallerine de uygulanır hale gelmiştir. Kanun’un kira bedeline ilişkin sınırlamalar getiren 2’nci ve 3’üncü maddelerinin iptalinden sonra ise GKHK m. 16’daki cezai yaptırımların konusu, m. 15’teki yasaklardan ibaret kalmıştır:

“Madde 15 – Kiralayan 7 nci maddenin b, c, d bentlerinde yazılı sebeplerden dolayı tahliye ettirdiği gayrimenkulü mücbir sebep olmaksızın üç sene müddetle eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

ç fıkrasına göre tahliye edilen gayrimenkuller eski hali ile, mücbir sebepler olmadıkça üç sene müddetle başkasına kiraya verilemez.

ç fıkrasına istinaden tahliye edildikten sonra imar planına göre yeniden inşa veya esaslı şekilde tadil veya tevsi edilen gayrimenkullerin yeni hali ile ve yeni kira bedeli ile bir mesken veya bir ticarethane yerini eski kiracının

bkz. 31.05.1963 tarih ve 11416 sayılı RG.

²⁰ Başlangıçtaki kira bedelinin sınırlandırılması meselesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Nurten İnce Akman/ Özkan Özyakışır, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2021, s. 725-770.

²¹ Bu hükümlerin kabulüne ilişkin tartışmaları içeren meclis tutanakları için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c007/tbmm10007071ss0266.pdf>>, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c007/tbmm10007077.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2024.

²² Bu suçlar için Milli Korunma Kanunu’nda öngörülen cezalar için bkz. yukarıda dpn 12.

²³ Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun “*Madde 16 – Hava parası olarak veyahut her ne nam ve suretle olursa olsun bu kanuna göre taayyün eden kira bedelinden fazla para alanlar; bunlar namına hareket edenler veya bunlara tavassut edenlere 15 inci madde hükmüne aykırı hareket edenler hakkında altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur. Mükerrirler hakkında bu cezalar bir misli artırılır.*”

²⁴ “*Ancak hem şehirlerin imarına ve hem de gayrimenkullerin bakımına, ıslahına ve yeni gayrimenkuller inşasına imkân vermek için ‘ç’ bendi yeni bir hüküm olarak vaz’edilmiştir*”, 6570 sayılı Kanun m. 7’nin gerekçesinden, bkz. Eranil/ Kuloğlu, s. 188.

kiralamağa tercih hakkı vardır. Bu hakkın, kiralayanın, yapacağı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde kullanılması şarttır.

Bu maddeye göre tercih hakkı bertaraf edilmedikçe, gayrimenkul üç yıl müddetle başkasına kiralanamaz”.

On beşinci madde hükmünün işaret ettiği 7’nci maddenin (b) ve (c) bentleri malikin kendisi, eş ve çocuklarının mesken ve işyeri ihtiyaçları için, (d) bendi aynı kapsamda yeni malikin ihtiyacı için tahliyeyi; (ç) bendi ise yeniden inşa-imar sebebiyle tahliyeyi düzenlemektedir²⁵. Böylece 6570 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesi, m. 15 hükmü ve onun işaret ettiği 7’nci maddenin ilgili bentleriyle birlikte okunduğunda, Kanun’da düzenlenen kira suçlarının, ihtiyaç sebebiyle tahliyede yeniden kiralama ile inşa-imara dayalı tahliyede eski haliyle kiralama veya önceki kiracının tercih hakkı tüketilmeksizin başkasına kiralama yasaklarının ihlâli olduğu söylenebilir ve bu suçları işleyenler, Kanun’un 16’ncı maddesi uyarınca, altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezasına çarptırılır.

Cezaya konu yasakların amacının, hükümde işaret edilen tahliye sebeplerinin haksızlığa yol açacak şekilde ‘samimiyetsizce’²⁶ kullanılmasına

²⁵ 6570 sayılı Kanun “*Madde 7 – Kira şartlarına ve Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümlerine riayet edilse bile aşağıdaki yazılı hallerde kiralayan*

...

b) Gayrimenkulü kendisi veya eşi veya çocukları için mesken olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira akdinin hitamında,

c) Gayrimenkulü kendisinin veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi için kullanma ihtiyacında ise kira akdinin hitamında,

ç) Gayrimenkulü yeniden inşa veya imar maksadiyle esaslı bir surette tamir, tevsi veya tadil için ve ameliye esnasında içinde ikamet veya işğal mümkün olmadığı fennen anlaşıldığı takdirde kira akdinin hitamında,

d) Gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisabeden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadiyle iş yeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra,

...

Tahliye davası açabilirler”.

²⁶ Kiralananın kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle özellikle ihtiyaç sebebine dayalı tahliyesinde ‘samimiyet’, yargı kararları ile Türk hukukuna dâhil edilmiş bir unsur olup, ihtiyacın gerçekliği ile bu dava yoluna başvuran kiraya verenlerin haklarını dürüstçe kullanmalarına gönderme yapan adeta teknik bir kavramdır, bkz. Efrail Aydemir, *Kira Hukuku*, Seçkin Yayıncılık 2012, s. 168; bkz. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 1/2*, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 257.

karşı kiracının korunması olduğu açıktır. Ancak yasağın ihlâlüne bağlanan ağır cezai yaptırımlar, Kanun’un uygulanma kapsamındaki kiralalar bakımından salt kiracının korunması anlayışının ötesine geçen bir toplumsal menfaatin ve kamu düzeninden addedilen kira hukukuna özgü tahliye sistem ve esaslarının korunmasına dair Kanunkoyucunun sahip olduğu sert, kat’i bir iradeye de işaret etmektedir.

2. 6570 Sayılı Kanun Döneminde Kira Suçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, yürürlüğe girdiği 01.06.1955 tarihinden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun²⁷ yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar, altmış yıla yakın bir süre boyunca kira hukukuna yön vermiştir. Bu uzun süre boyunca 6570 sayılı Kanun’un kira suçlarına ilişkin 16’ncı maddesi de, 15’inci maddede yer alan yasakların ihlâlüne altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası olarak belirlediği yaptırım hükmüyle birlikte herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yürürlükte kalmıştır. Fakat 1950’lerin koşullarında bir özel hukuk ilişkisinin ihlâlüne hapis cezasına kadar varan yaptırım uygulanması kabul dışı bir durum gibi görünmese de aradan geçen zaman içerisinde bu düzenlemenin hukukun genel kabullerine aykırı düşer hale geldiğini²⁸ ve isabetliliğinin sorgulandığını değerlendirmek mümkündür; nitekim dönemin yargı uygulaması da GKHK m. 16 hükmünü son derece dar bir yoruma bağlamıştır. Buna göre Yargıtay, Kanun’un ceza hükmüne konu 15’inci maddesinde geçen “*kiralayan ... ‘tahliye ettirdiği’ gayrimenkulü*” ifadesinin ancak dava ve icra yoluna işaret ettiği, tahliye ettirilen gayrimenkulden maksadın dava ve icra yoluyla tahliyesi gerçekleştirilen gayrimenkuller olduğu yönünde istikrarlı bir uygulama geliştirmiştir²⁹. Böylece kiracının 15’inci madde kapsamında gayrimenkulü

²⁷ 11.01.2011 kabul tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu için bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

²⁸ Nitekim Anayasamızın 38’inci maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun m. 15 ile eklenen fıkraya göre “*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz*”, AY m. 38/VIII (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md).

²⁹ O dönemde cezai yaptırımın uygulanması bakımından tahliyenin ancak dava ve icra marifetiyle gerçekleşmiş olması hususunda tereddüt oluşmamış; icra yolundan ne anlaşılması gerektiği hususu ise, Ceza Genel Kurulu tarafından icra emrinin tebellüğünü yeterli gören bir kararla açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, somut olayda mahkeme, tahliyenin icra yoluyla gerçekleştirilmiş sayılması için icra emrinin dahi yeterli olmadığı, memur eliyle fiilen gerçekleştirilen bir icranın gerektiği yönünde karar vermiştir. Özel dairenin aksi yöndeki kararına direnme üzerine Ceza Genel Kurulu’na giden davada karar şu şekildedir: “*Burada*

dava açılmaksızın kendiliğinden veya kesinleşmiş bir yargı kararına istinaden icra aşamasına gelmezden önce tahliye ettiği haller, m. 16'daki ceza hükmünün dışında tutulmuştur³⁰. Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun dönemindeki bu uygulaması, doktrin tarafından ceza hükümlerinin dar yorumlanması gereğine işaretlerle değerlendirilmiştir³¹. Kanaatimizce de o dönem için sözkonusu uygulama, özel hukuk sahası içerisinde özellikle bir sözleşme ilişkisine bağlı şekilde ortaya çıkan bir ceza hükmünün dar yorumlanmasının isabetli olacağı fikriyle ilişkilendirilebilir. Fakat, bunun yanı sıra yine kanaatimizce, GKHK m. 15'e aykırılık halinde öngörülen hapis ve ağır para cezası yaptırımlarının kiralananın ancak dava ve icra marifetiyle tahliyesi durumuna hasredilmesi, menfaatler dengesi bakımından da değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Buna göre esası Milli Korunma Kanunu'na kadar dayanan ceza hükümleri, sebebi kira sözleşmesi olan bir özel hukuk ilişkisinin tarafına uygulanıyor olsa da üst amacı toplumsal menfaatin korunması olan bir anlayışla vazedilmiştir. Böyle bir yaptırımın Kanun'daki varlığı, şüphesiz, cezaya konu davranışların

yasanın 15. maddesinde mevcut (tahliye ettirdiği) ibaresinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Tahliye kararı İcra İflas Yasasının 26. maddesi uyarınca infaz edilecektir. ... Taşınmaz malın boşaltılmasına dair mahkeme ilamı ibraz edilince icra memuru İcra İflas Yasasının 26. maddesinin birinci fıkrası gereğince, kiracıya yedi gün içinde gayrimenkulu teslim etmesini İcra emri tebliğ etmek sureti ile emredecektir. İcra emrinin tebliği ile artık, cebri icra başlamıştır. İcra emrini tebellüğ ettikten sonra, kendisine tanınan süre içinde yasal yoldan yapabileceği bir davranış kalmayan kiracının mecuru tahliye etmesi, icra memuru eli ile kullanılabilen bir yasa emrini yerine getirmesidir. ... 6570 sayılı Yasanın 15. maddesinde mevcut (Tahliye ettirdiği) ibaresindeki zor unsurunun tebellüğ ile oluştuğunun kabulü gereklidir", YCGK, E. 1979/46, K. 1979/122, T. 12.03.1979 bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1979-46-k-1979-122-t-12-03-1979>

³⁰ "... çıkarma kararının kesinleşmesi üzerine kiracıların yüzde doksanının cebri icrayı beklemeden kiralananı terketmesi doğaldır ve yargıtayımızın bu yoldaki içtihadı yüzünden, GKK. 16'nın alanı çok daraltılmıştır", Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, C. II Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, 1977, s. 658. Yargıtay'ın bu uygulamasını eleştirir yönde, bkz. Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2011, s. 148; Nurşen Ayan, "Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2), 2007, 11-24, s. 32; Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, 2010, s. 271; Aydın Zevkliler/ Ayşe Havutçu, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 242.

³¹ Ali Fuat Yıldırım, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Gereksinim Sebebiyle Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi 2022, s. 156. Ceza hukukunda ceza normlarının yorumlanması, özellikle kıyas yasağı karşısında genişletici yorumun değerlendirilmesi ve fail lehine yapılan kıyasın dahi kanunilik ilkesine aykırı düşüp düşmediği hususlarında bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 63 vd; Özgenç, s. 131 vd.

sergilenmesinde kiraya verenleri caydırma amacı taşımaktadır³². Fakat yasak hükmünün yine de işlevsiz kaldığı ve tahliyenin haksızlığına kanuni bir işaret kabul edilen yeniden kiralamanın gerçekleştiği hallerde cezaların fiilen uygulanması, 6570 sayılı Kanun döneminde kiracı tarafa doğrudan bir menfaat sağlamaktan uzaktır. Bu sebeple kiraya veren tahliyeyi dava ve icra marifetiyle gerçekleştirmiş de değilse, mesele kiracı - kiraya veren arasındaki bir haksızlıktan ibaret kalmaktadır ve bu hallerde taşınmazın boşalttırılmasından zarar gören önceki kiracının, ispat külfeti kendi üzerinde olmak ve üst meblağı uğradığı zararlar sınırlı bulunmak kaydıyla yani genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da mevcuttur³³. Buna karşılık Kanun’un toplumsal menfaatleri de dikkate alarak vazettiği sıkı tahliye düzenini haksızca aşan kiraya veren, bunu dava ve icra marifetiyle elde ettiğinde, devlet makamları da bu haksızlıkla meşgul edilmiş, hatta bunun icracısı kılınmış demektir. Fikrimizce, 6570 sayılı Kanun döneminde öngörülen cezai yaptırımları taşınmazın dava ve icra yoluyla tahliyesi haline mahsus gören yerleşik yargı uygulamasına bu yön itibarıyla de işaret etmek, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile değişikliğe uğrayan yaptırımların uygulanma koşullarını yeniden değerlendirmek bakımından yol göstericidir.

II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDA KİRA SUÇLARININ YERİNİ ALAN DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 11 Ocak 2011’de kabul edilerek 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁴. Kanun’un önemli yenilikler getirdiği düzenleme sahalarından biri kira hukuku olmuştur. Bu noktada işaret edilmesi gereken temel husus, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerinin zamanla gelişen yargı uygulaması ve doktrinel

³² Cezanın amacını açıklayan görüşler için bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 572 vd.

³³ “Kiralayanın konut, işyeri veya yeniden inşaa ihtiyacını öne sürerek boşalttığı taşınmazın üç yıllık yasak süre geçmeden kiracıdan başkasına kiralaması halinde kiracının tazminat isteyebilir istemeyeceği GGK 16’da gösterilmiş değildir. Fakat yargıtay birçok kararlarında, üç yıllık süre geçmeden, boşalttığı taşınmazını başkasına kiraya veren kiralayana karşı, kiracının tazminat davası açabilmesini kabul etmiştir”, Tunçomağ, s. 658. Aynı tazminatın kabulü yönünde, bkz. Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*; Beta Basım-Yayın, 1996, s. 333; M. Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık 2012, s. 325; Doğan, sona erme, s. 147; Yıldırım A F, s. 166 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 271; Zevkliler/ Havutçu, s. 242; Tandoğan, s. 267.

³⁴ Bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

yaklaşımlar doğrultusunda yeniden gözden geçirilmek, fakat yerleşik esaslarına bağlı kalınmak suretiyle Borçlar Kanunu'nun genel sistematığıne dâhil edilmesi olmuştur³⁵. Böylece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bir yandan Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun dönemi sona ermiş olmaktadır; fakat diğer yandan, Türk hukukundaki geçmiş 1940'ların Dünya Savaşı koşullarına kadar dayanan kiracının korunması anlayışı, sözleşme özgürlüğünün en önemli istisnai meselelerinden biri olarak, kod Kanun'un çok daha eskiye -XIX. yüzyılın klasik liberalizmine- dayanan genel felsefesini bu yön itibariyle değiştirmiş, tamamlamış bulunmaktadır³⁶.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümleri, özellikle tahliye hukuku bakımından önceki 6570 sayılı Kanun'un yerleşik bir rejime dönüştürdüğü esasları takip eder niteliktedir. Buna göre kiracı tarafından feshedilmedikçe sözleşmenin devamı esası, kiraya verene ancak on yıllık uzama süresinin sonunda tanınan bildirimli fesih hakkıyla (TBK m. 347/I) yumuşatılarak korunmuştur³⁷; bunun yanında sözleşmenin kiraya veren tarafından ancak dava yoluyla sona erdirilebilmesi, dava sebeplerinin sınırlılığı ve dava esasları (TBK m. 350 vd) 6570 sayılı Kanun'dakine benzer şekilde düzenlenmiştir³⁸. Buna göre malikin ve yeni malikin ihtiyacı ile yeniden inşa-imar sebebiyle tahliye halleri sözleşmenin sona erdirilmesinde kiraya verenden kaynaklanan sebepler başlığı altında düzenlenerek Türk Borçlar Kanunu'nda da yerini almıştır. Bu tahliye

³⁵ Bkz. Haluk Burcuoğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayınevi, 2012, s. 515.

³⁶ Bu hususa ilişkin eleştiriler için bkz. Ebru Ceylan, "Yargıtay Kararları Işığında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesiyle İlgili Değerlendirmeler", *Prof. Dr. Yedigâr İzmirli Armağanı*, Savaş Yayınevi, 2024, 325- 357, s. 327.

³⁷ Bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, "6098 Sayılı TBK'ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenın Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu", *Banka Ticaret Hukuku Dergisi*, 31(2), 2015, s. 167-200. Kiraya verenin bildirimli fesih hakkına ilişkin yargı uygulaması hakkında ayrıca bkz. Mithat Ceran, *Kira Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 486 vd.

³⁸ 6098 sayılı Kanun'da kira hukukuna ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. Murat Doğan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayınevi, 2012, s. 493-511.

sebeplerine bağlı yeniden kiralama yasağı da 6570 sayılı Kanun’dakine benzer şekilde düzenlenmiştir (TBK m. 355/I ve II); buna karşılık yasağın ihlâlüne bağlanan yaptırım, tamamen yeni bir düzenlemeyle aynı maddenin son fıkrasına eklenmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 355/III’deki bu düzenlemede herhangi bir ceza hükmü yer almamaktadır. Böylece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle Türk hukukunda kira suçları, tamamen terkedilmiş olmaktadır.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’a Milli Korunma Kanunu’ndan intikal eden ve daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kira bedeline ilişkin kısıtlayıcı hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer almamaktadır. Fakat Anayasa Mahkemesi’nin iptali sonrası, kiracının sözleşmeyi feshetmemesi üzerine uzayan yıllar için kira bedel artışına ilişkin oluşan kanun boşluğu 6570 sayılı Kanun döneminde yargı uygulamasıyla giderilmekte olduğundan³⁹, Türk Borçlar Kanunu’nda bu hususa ilişkin gerekli düzenleme yapılmıştır (TBK m. 344). Bunun dışında, kiracıya Kanun’a aykırı olarak yükletilen ödeme yükümlülükleri meselesinin, ihlâlüne cezai yaptırımların bağlandığı hükümlerle değil, geçersizlik yaptırımına bağlanmış olarak hüküm altına alındığı görülmektedir (TBK m. 346). Böylece Türk Borçlar Kanunu’nda, önceden kira suçu oluşturan davranışların yerini alan hükümlerin, kira bedeli ve yan gider dışında ödeme yükümlülüğü yükleme yasağına ilişkin TBK m. 346 hükmü ile yeniden kiralama yasağına ilişkin TBK m. 355/III hükmü olduğu söylenebilir.

B. Kira Bedeli ve Yan Gider Dışında Ödeme Yükümlülüğü Yükleme Yasağı: TBK m. 346

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 346’ya göre “*Kiracıya, kira bedeli ve yan gider dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*”. Hüküm ‘kiracı aleyhine düzenleme yasağı’ şeklinde genel bir başlık taşısa da içeriğinin özellikle ödeme yükümlülüklerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır⁴⁰; bu itibarla, GKHK m. 16’da “*Hava parası olarak veyahut her ne nam ve suretle olursa olsun bu kanuna göre taayyün eden kira bedelinden fazla*

³⁹ Bu hususta bkz. Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 169 vd; Yavuz, s. 244 vd.

⁴⁰ Nitekim Eren, söz konusu yasak hükmünü doğrudan ‘*kiracı aleyhine başka bir ödeme yükümlülüğü düzenleme yasağı*’ şeklinde ifade etmiştir, bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, 2023, s. 421.

para alan...” kişilere yönelik düzenlemenin mevcut Borçlar Kanunu’ndaki karşılığını oluşturmaktadır⁴¹.

Böylece konut ve çatılı işyeri kiralalarında başlangıçtaki kira bedelinin tayinini belli tarihlerdeki rayiç bedele ve/veya belediye encümeninin tayinine bırakan hükümleri (m. 2, m.3) iptal edildikten sonra⁴² Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un bu kısmı itibariyle konusuz kalan ceza hükümleri, Türk Borçlar Kanunu’nun yeni düzenlemesinden şeklen de çıkartılmış olmaktadır. Hava parası adı altında tahsil edilen ödemeler ise, kiracıya kira bedeli ve yan gider dışında başka bir ödeme yükümlülüğü yükletilemeyeceğini hükme bağlayan TBK m. 346’daki yeni hükmün konusu haline gelmiştir.

Hava parası, uygulamada özellikle işyeri kiralalarında karşılaşılan bazı ödemeleri ifade etmekle birlikte, kanunda düzenlemesi olmadığı için, tanım ve unsurları da belirsiz bir kavramdır. Yeni TBK m. 346’da, önceki cezai düzenlemenin aksine, ‘hava parası’ ifadesi açıkça geçmemektedir; fakat hüküm ödeme yükümlülükleriyle ilişkili olduğundan, uygulamada bu isim altında kiracılardan alınan ödemelerin TBK m. 346 kapsamındaki geçerliliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre hava parası adıyla kiracılardan tahsil edilen ödemelerde esas mesele, bu ödemenin tam olarak neyin karşılığı olduğunun tespitidir⁴³. Örneğin sözleşme ilişkisinden tamamen ayrılan (TBK m. 323) veya alt kiraya veren sıfatıyla ilişkiye devam eden kiracıya (TBK m. 322) yeni kiracının veya alt kiracının ödediği bedel, müşteri çevresinin satımı olarak değerlendirilebildiği ölçüde, TBK m. 346’daki yasak kapsamına girmez; fakat herhangi bir karşılığı olmaksızın sırf kira sözleşmesinin kurulabilmesi uğruna veya işyeri kirasının devrine haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınamayacak (TBK m. 323/I, c. 2) kiraya verenleri buna razı etmek için ödenen paralar, hükümdeki yasak kapsamına girer⁴⁴. Önceki Kanun döneminde yasal bir düzenlemesi olmadığı için uygulamada adı hava parasıyla birlikte anılan depozito ise, 6098 sayılı

⁴¹ Aynı yönde bkz. Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, *Borçlar Hukuku Derstleri (Özel Hükümler)*, 19. Baskı, Beta Basım-Yayın, 2024, s. 322; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, C. 2, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 102; Gümüş, kira, s. 66.

⁴² AYM 26.03.1963 tarih ve 1963/3 E, 1963/67 K. için bkz. 31.05.1963 tarih ve 11416 sayılı RG.

⁴³ bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, *Kira Sözleşmesinde Yan Giderler*, Yetkin Yayınları, 2018, s. 72 vd. Benzer yönde bkz. İnceoğlu, s. 103-104.

⁴⁴ Bu husustaki farklı değerlendirmeler için bkz. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 535 vd.

Türk Borçlar Kanunu’nda ‘kiracının güvence vermesi’ başlığı altında özel bir düzenlemeye konu edildiğinden⁴⁵ (TBK m. 342) bu tür ödemeler, TBK m. 346’nın yasal bir istisnası niteliğindedir. Kiracıya ayrı bir ödeme yükümlülüğü olarak yükletilebilmesi ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile açıkça hükme bağlanan⁴⁶ yan giderlerde ise mesele, bu isim altında kiracıdan tahsil edilen ödemelerin, yan gider niteliğinin bulunup bulunmadığıdır⁴⁷; başka bir deyişle kiraya veren tarafından bizzat veya üçüncü kişiler vasıtasıyla kiracıya sunulan edimlerin karşılığı olup olmadığıdır (TBK m. 303)⁴⁸. Buna göre kira bedeli kiralananın kullanımının kiracıya terkinin karşılığı iken, yan giderler, konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından özellikle ısıtma, aydınlatma, su gibi kiraya veren tarafından sunulan kullanma giderlerinin (TBK m. 341/I) kiracıya yansıtılmasını ifade eder⁴⁹. Bunun dışında yan gider niteliği olmaksızın kira parasından ayrı olarak kiracıya yansıtılan tüm harcamalar, yine TBK m. 346’daki yasağın kapsamına girer. Hüküm, uygulamada kiracıya yükletilme ihtimali olan cezai şartlar ve muacceliyet kayıtlarına öneminden dolayı özellikle işaret etmiştir. Böylece tüm bu hallerde 6570 sayılı Kanun döneminin aksine kiracıdan “...fazla para alanlar”, cezai bir yaptırımla karşılaşmaksızın ancak geçersiz bir sözleşme hükmünün veya geçerli bir sebebe dayanmayan ödemelerin akıbetine katlanmak durumundadır.

C. Yeniden Kiralama Yasağı: TBK m. 355

1. Genel Olarak

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 355’e göre “*Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz.*

⁴⁵ Güvence parası hakkında bkz. Abdulkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (1), 2015, s. 237 vd.

⁴⁶ 6570 sayılı Kanun döneminde yasal düzenlemesi olan tek yan gider kalemi yakıt parasıdır. 6570 sayılı Kanun m. 5’e göre “*Kaloriferli gayrimenkullerde mahrukat fiyatlarındaki değişikliklerin kira bedellerine inikası nispeti hükümetçe tesbit ve ilân olunur*”. Söz konusu hükmün kira bedeli ve yan gider hukukuyla ilişkisi hakkında bkz. Demircioğlu, yan giderler, s. 63.

⁴⁷ Huriye Reyhan Demircioğlu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kiracının Ödeme Yükümlülüklerinin Özellikle Yan Gider Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Yedigâr İzmirli Armağanı*, Savaş Yayınevi, 2024, 375- 402, s. 396.

⁴⁸ Yan giderin tanım ve unsurları için bkz. Demircioğlu, yan giderler, s. 93 vd.

⁴⁹ Demircioğlu, İzmirli’ye armağan, s. 399.

Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlar, eski hâli ile, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz. Eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazları, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gerekir; bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz.

Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür”.

Hüküm yeniden kiralama yasağının esası ve ortaya çıktığı haller bakımından önceki GKHK m. 15’i tekrarlar niteliktedir. Bununla birlikte, önceki düzenlemede ilgili tahliye sebeplerine madde numarasıyla yapılan göndermenin yerini, tahliye sebeplerini açıkça gösteren⁵⁰ bir gönderme almıştır. Yine önceki düzenlemede ‘mücbir sebep’ ifadesi ‘haklı sebep’ olarak değiştirilmiş⁵¹, yeniden inşa-imar durumunda kiracının ‘tercih hakkı’ yerine ‘öncelik hakkından’ bahsedilmiştir ve öncelik hakkının kullanılmasında yapılacak tebliğin yazılı bildirim olduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Yeniden kiralama yasağının esası ise, kiraya verenin kendisinden kaynaklanan sebeplerle kiracıyı tahliye hakkını amacı dışında kullanmasına yönelik bir engelleme oluşturmak üzere, TBK m. 355’te de korunmuştur⁵². Buna göre yeniden kiralama yasağına sebep olan haller, malikin veya kiralanana sonradan edinen yeni malikin ihtiyaç sebebiyle tahliyesi ile yeniden inşa-imar sebebiyle

⁵⁰ Bununla birlikte TBK m. 355/I hükmünde geçen ‘kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında’ ifadesinin, yeni malikin ihtiyacı sebebiyle tahliyeyi açıkça kapsamadığı (bkz. İbrahim Gül, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Sebebi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18 (2) 2021, 931 – 951, s. 937), fakat hükmün amacı ve bir önceki hükümle aynı içeriği sebebiyle yeniden kiralama yasağının kapsamına dâhil olduğu yönünde, bkz. Eren, özel hükümler, s. 431; Gül, yeniden kiralama, s. 937.

⁵¹ “Madde, 6570 sayılı Kanunun 15 inci maddesinden alınmıştır. Ancak, 15 inci maddenin birinci fıkrasında kullanılan ‘mücbir sebep’ şeklindeki ibare yerine, Tasarının 354 üncü maddesinin birinci fıkrasında, ‘haklı sebep’ ibaresi kullanılmıştır” bkz. hükmün gerekçe metni: <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2024,

⁵² 6570 sayılı Kanun m. 15’in -tasarıda m. 16- gerekçe metnine göre “Bundan maksat tahliye imkânlarının suiistimaline mâni almaktır”, Eranıl/Kuloğlu, s. 189. 6570 sayılı Kanun dönemi için aynı yönde, Zevkliler/Gökyayla, s. 271. 6098 sayılı Kanun döneminde TBK m 355/III hakkında aynı yönde, Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 379.

tahliyedir (TBK m. 350, m. 351).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 350, b. 1 uyarınca kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu olan malik, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirim için öngörülen sürele uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sözleşmeyi sona erdirip tahliyeyi sağlayabilir⁵³. Kiralananı sonradan edinenler de aynı gereksinim için yeni malik sıfatıyla⁵⁴, kiralananı edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılı bildirimde bulunmak koşuluyla, altı ay sonra açacağı bir davayla kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK m. 351). Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, bu takdirde kiraya veren malikin ihtiyaç sebebiyle tahliyesindeki sürele uyularak, yine dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilir ve tahliyeyi sağlanabilir (TBK m. 350/ b. 2). Böylece TBK m. 350 ve m. 351’de öngörülen dava sebeplerine dayanılarak tahliye gerçekleştirildiğinde TBK m. 355’deki yasak uyarınca, kiralanan, üç yıl boyunca eski kiracıdan başkasına kiralanamaz. İnşa ve imar gerekçesiyle boşalttırılan kiralananlar bakımından ise söz konusu yasak, üç yıllık süre içinde taşınmazı *eski haliyle* başkasına kiralama yasağı olarak özelleşmektedir. Her iki durumda da hüküm, haklı sebebin varlığı⁵⁵ halinde yasağa istisna tanımaktadır. Yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazlar bakımından ise, önceki kiracının taşınmazı yeni hali ve buna uygun yeni kira bedeli ile kiralamak hususunda önceliği vardır. Bu önceliğin kiracıya yazılı bildirimle tanınması ve öncelik hakkının

⁵³ Söz konusu sebepler, esas olarak 6570 sayılı Kanun’u tekrarlar nitelikte olsalar da ihtiyaç sebebiyle tahliye bakımından Kanun’un çevresi iki açıdan genişletilmiştir. Öncelikle çocukların ihtiyacı sebebiyle tahliye kapsamına tüm altsoy dâhil edilmiş, ayrıca kiraya verenin bakmakla -yardım nafakasıyla- yükümlü olduğu diğer kişiler de hükmün kapsamına alınmıştır, bkz. Doğan, Yavuz’a armağan, s. 505.

⁵⁴ TBK m. 351’in ‘*yeni malikin gereksinimi*’ başlığı altındaki düzenlemesinin, m. 355/T’deki ‘*gereksinim* amacıyla kiralananın boşaltılması’ hallerinden birini teşkil ettiğine hiç şüphe yoktur, aynı yönde bkz. Eren, özel hükümler, s. 431. Buna karşılık, yeni malik açısından ‘kiraya veren’ sıfatının bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Hükmün lafzi değil, amaca uygun yorumuna üstünlük tanınması yönünde bizim de katıldığımız görüş için bkz. Gül, yeniden kiralama, s. 937.

⁵⁵ Yeniden kiralama yasağının aşılmasında haklı sebep kavramı içinde değerlendirilen durumlar için bkz. Nihat Yavuz, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi 2024, s. 1084. Önceki kanun döneminde mücbir sebep için bkz. Tandoğan, s. 265 vd.

kullanılması için bir ay süre tanınması gerekir; aksi halde üç yıl boyunca devam eden yeniden kiraya verme yasağı inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazlar bakımından da söz konusu olur. Öngörülen bu yasakların ihlâlüne bağlanan yaptırım, hükmün son fıkrasında düzenlenmiştir ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yeniden kiralama yasağına ilişkin getirdiği en önemli değişiklik, yasağın ihlâlüne uygulanan yaptırım bakımından olmuştur.

2. Yeniden Kiralama Yasağının Yaptırımı (TBK m. 355/III)

Türk Borçlar Kanunu m. 355/III'e göre “*Kiraya veren bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödemiş olduğu bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür*”. Böylece Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlemesinde yeniden kiralama yasağına bağlanan cezai yaptırımlar ortadan kaldırılmış olmaktadır⁵⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 355/III'deki düzenlemenin, GKHK m. 16'nın aksine, bir ceza hükmü olmadığı açıktır; fakat söz konusu düzenlemenin ne şekilde nitelendirileceği hususunda aynı açıklıkta bir görüş ortaya koymak zordur. Çünkü kiracı lehine ‘*son kira yılında ödemiş olduğu bir yıllık kira bedelinden az olmayan*’ bir meblağa hükmedilmesini öngören bu düzenleme, klasik borçlar hukuku teorisindeki tazminat kavramıyla tam örtüşmemektedir. Kıt'a Avrupası hukukunda tazminat, esas olarak zararı telafi edici bir fonksiyona sahiptir⁵⁷. Bu itibarla alacaklı tarafından ispatı gerekli, maddi veya manevi nitelikte, fakat her hâlükârda gerçek -normatif olmayan⁵⁸- bir zararın varlığını zorunlu kılar; ayrıca zararın tam meblağı, ödenecek tazminatın da

⁵⁶ “*Fıkra yapılan düzenleme ile, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlere, 6570 sayılı Kanununun 16'ncı maddesinde öngörülen cezai yaptırımların uygulanması sisteminden vazgeçilmiştir*”, bkz. hükmün gerekçe metni: <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2024,

⁵⁷ Bkz. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014, s. 111; Tazminat yaptırımının işlevleri hakkında bkz. Haluk N. Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Basım-Yayın, 1996, s. 33 vd; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 155 vd; İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları 2015, s. 309 vd; Özden Özer Taşkın, *Cezai Tazminat*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 87 vd.

⁵⁸ Normatif zarar hakkında bkz. Nomer, s. 16 vd. Ayrıca bkz. A. Dilşad Keskin, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 55; Hakkı Mert Doğu, “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28 (2), 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 40. Yılı Özel Sayısı, s. 1138-1154.

üst sınırını oluşturur⁵⁹. Tazminat taleplerinde borçlunun kusuru, kanunda açık düzenlemesi bulunmak kaydıyla varlığı şart koşulmayan bir unsur halini alabilir; nitekim bu gibi hallerde kusursuz sorumluluktan bahsedilir. Fakat tazminatın zararla olan ilişkisi, kusur unsurundan daha sıklıdır; bu sebeple zararın ispatının gerekmediği yahut ödenecek meblağın zararın üst sınırını aştığı hallerde, tazminat olarak isimlendirilen ödemelerin niteliği Türk hukukunda ayrıca ele alınan bir meseledir.

Buna göre, icra inkâr tazminatı⁶⁰ (İİK m. 67), iş hukukundaki ayrımcılık (İŞK m. 5/VI), ihbar (İŞK m. 17/IV) ve kötüniet tazminatları⁶¹ (İŞK m. 17/VI), çek tazminatı (TTK m. 783/III)⁶², rekabet hukuku (RK m. 58) ile fikri mülkiyet hukukunda (FSEHK m. 68) öngörülen üç kat tazminatlar⁶³, taşıma işlerinde üç misli bilet ücreti tutarında tazminat (TTK m. 907/b. d, m. 908, m. 914/III)⁶⁴ Türk hukukunda genel hükümlerden ayrı oldukları değerlendirilen tazminatların başlıca örnekleridir⁶⁵. Söz konusu yasal düzenlemelerin tazminat hukukuyla ilişkisini, tazminat kavramıyla benzerlik ve farklılıklarını ortaya

⁵⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, 2023, s. 831.

⁶⁰ “İcra tazminatı takibin taraflarının, takip hukukundan kaynaklanan haklarının karşı tarafça hukuka aykırı şekilde ihlâl edilmesi halinde, icra hukukuna özgü olarak öngörölmüş bir müeyyidedir. İcra tazminatının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, genel olarak özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir”, Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları 2022, s. 152.

⁶¹ İş hukukundaki ayrımcılık yasağının ihlâlüne bağlanan sonuçlar hakkında bkz. Hamdi Mollamahmutoglu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 7. Bası, Lykeion Yayıncılık, 2022, s. 746 vd. İhbar tazminatı için bkz. age, s. 957 vd; kötüniet tazminatı için bkz. age, 979 vd; Başbuğ A / Yücel Bodur M, *İş Hukuku*, Beta Basım-Yayın, 2021, s. 160.

⁶² Bkz. Mehmet Özdamar/ Kürşat Göktürk/ Mehmet Çelebi Can/ Esra Kaşak, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, s. 273. “Bu tazminat bir nevi ‘medeni cezadır’; bu sebeple de, ödenmesi için, hamilin zarar görmüş olması ve keşidecinin kusuru aranmayacaktır. Hamil varsa zararını ayrıca talep edebilir”, Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 26. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 302.

⁶³ Rekabet hukukundaki üç kat tazminat hakkında bkz. Metin Topçuoğlu, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 5-59; Murat Sarıkaya, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine Bir İnceleme”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2019, s. 59-90.

⁶⁴ Bkz. Kürşat Göktürk/ Mehmet Çelebi Can/ Esra Kaşak, *Karayolu Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 109-110.

⁶⁵ Tark Güleriyüz/ Ayça Zorluoğlu Yılmaz “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (14), 2019, (325-362), s. 345 vd; Özden Merhacı, s. 185 vd; Gül, medeni ceza, s. 200 vd.

koymak üzere, doktrinde, götürü tazminat⁶⁶, cezalandırıcı tazminat, özel hukuk cezası, medeni ceza, cezai şart gibi kavram ve müesseselerin tartışıldığı görülmektedir⁶⁷. Fakat yine doktrinde -yasal bir düzenlemesi bulunması sebebiyle cezai şart hariç- bu kavram ve müesseselerin hep aynı anlamda kullanılmadığına da işaret edilmelidir. Cezalandırıcı tazminat ile medeni ceza veya özel hukuk cezası kavramlarını aynı anlamda kullanan yazarlar olduğu gibi⁶⁸, cezalandırıcı tazminatın sadece haksız fiile ilişkin olduğu⁶⁹, medeni ceza/özel hukuk cezasının ise özel hukuk sahası içinde caydırıcılık fonksiyonu bulunan diğer düzenlemeleri de kapsayan bir üst kavram olduğunu ifade eden⁷⁰ yine aynı kapsayıcılıkta olmak üzere, medeni ceza yerine özel hukuk cezası kavramını tercih eden⁷¹ yazarlar mevcuttur. Özel hukuk sahası içinde dahi olsa, cezadan bahsedebilmek için kusurun gerekli olduğunu bu sebeple kusurun aranmadığı hallerde medeni cezadan söz edilemeyeceğini, medeni cezanın ibret olacak şekilde hükmedilmesi sebebiyle üst meblağının kanunla belirlenemeyeceği gibi yaklaşımlar da ortaya koyulmuştur⁷². Buna

⁶⁶ Akdi nitelikte -bir sözleşme şartı olan- götürü tazminat hakkında etraflı bilgi için bkz. Tuba Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınları 2015; Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 29 (129), 2017, s. 195-228.

⁶⁷ Bkz. İnceoğlu, C. 2, s. 422; Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 349; Bahar Öcal Apaydın, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yeniden Kiralama Yasağı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2019, s. 57-99; İbrahim Gül, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Sebebi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2021, s. 931 – 951; Tuğçe Oral /Eylem Baş, “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 14(53), 2023, s. 475-548; Utku Saruhan, “Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 10(37), 2019, s. 353-382; Murat Aydoğdu/ Nalan Tuncer, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 662; Gümtüş, kira, s. 323.

⁶⁸ Bkz. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1, 2, Seçkin 2019, s. 555; Talya Şans Uçaryılmaz/ Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2), 2020, (835-868) s. 861 vd; Öcal Apaydın, s. 83 vd; Nomer, s. 35; Oğuzman/ Öz, s. 112.

⁶⁹ Eren Özdemir, *Cezalandırıcı Tazminat*, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 283; Oral/Baş, s. 527.

⁷⁰ Özdemir, s. 286.

⁷¹ Oral/Baş, s. 527.

⁷² Öcal Apaydın, s. 90. Gül de TBK m. 355/III'deki tazminatı medeni ceza olarak nitelendirdikten sonra, bir yıllık kira bedelini aşan tazminat talebi için zararın ispatını yahut kiracının varsa elde ettiği menfaatlerin bu tazminattan indirilmemesi gerektiğini ifade etmekte; böylece hükümdede öngörülen tazminatın üst sınırının belli olmamasını, cezalandırma fonksiyonuyla ilişkilendirmiş olmaktadır, bkz. Gül, yeniden kiralama, s. 947.

karşılık medeni cezayı, tazminat hukukunun tamamen dışına çıkartarak, ödenen medeni ceza meblağının tazminattan mahsup edilemeyeceği, tazminat ile medeni cezanın kümülatif/yığılmalı bir talep teşkil ettiği görüşü de savunulmaktadır⁷³. Çalışmamızın amacı, ilgili kavramların birbirinden ayırt edilmesi veya bu kavramlara örnek gösterilen yasal düzenlemelerin tek tek ele alınması olmadığından, meseleye genel bir değerlendirmeye yaklaşmamız gerekmektedir. Buna göre öncelikle Anglo-Amerikan hukukunun tarihsel ve bu hukuk sistemine özgü ihtiyaçları dolayısıyla kabul ettiği⁷⁴ cezalandırıcı/ibret verici tazminat (punitive/exemplary damages) kurumunun⁷⁵ Türk hukukunda genel bir kabul görmemesi⁷⁶, fikrimizce de isabetlidir. Buna karşılık, Türk hukukundaki bazı düzenlemelerin -cezalandırıcı tazminattan farklarına işaretlerle⁷⁷ cezalandırıcı tazminat değil- fakat medeni ceza teşkil ettikleri yaklaşımı da fikrimizce tartışmaya açıktır. Ceza, hukuk sistemindeki anlam ve yeri itibarıyla ceza hukukuna ait bir kavramdır ve mümkün olduğunca bu sahaya sınırlı olarak, ceza hukukuna özgü anlamıyla kullanılmalıdır. Özel hukuk sahası içinde ise tazminat hukukunun genel esaslarından farklı unsur ve koşullar barındıran bazı ödemelerin yaptırım olarak vazedilmesi, muhtemel failleri hukuka veya borca aykırı bazı davranışlardan uzak tutmak, yani ‘caydırmak’ için Kanunkoyucu tarafından gerekli görülmüş olabilir; fakat bu hallerde dahi amaçlanan -ceza hukukundaki anlamıyla⁷⁸ - cezalandırmak değil,

⁷³ Aydoğdu/ Tuncer, 663; Gümüş, kira, s. 325.

⁷⁴ Cezalandırıcı tazminat kavramının özellikle İngiliz hukukundaki tarihsel gelişimi hakkında bkz. Işıl Yelkenci, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28(2), 2022, s. 1176 – 1212. Ayrıca bkz. Oral/Baş, s. 516 vd; Öcal Apaydın, s. 84 vd.

⁷⁵ Türkçeye cezalandırıcı/cezai tazminat olarak çevrilen ‘punitive damages’in esasını “zarar verenin, davranışının cezalandırılması için, zararı aşan bir miktarı tazminat olarak ödemek zorunda bırakılması ve böylece zarar görenin, gerçek zararını aşan bir tazminat elde etmesi oluşturur”, Keskin, s. 341. ‘Punitive damages’ hakkında bkz. Mehmet İstemi, “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, Beta Basım-Yayın 2011, s. 2685-2722. Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınları 2013; Gül İbrahim, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları 2015; Özden Özer Taşkın, *Cezai Tazminat*, Seçkin 2022; Eren Özdemir, *Cezalandırıcı Tazminat*, On İki Levha Yayıncılık 2023.

⁷⁶ Bkz. Keskin, s. 346 vd; Oral/Baş, s. 528.

⁷⁷ Oral/Baş, s. 527 vd; Özdemir, s. 282 vd.

⁷⁸ Ceza hukuku teorisinde cezanın işlevlerine ilişkin olarak bkz. Özgenç, 35; klasik ceza hukuku teorisi açısından ayrıca bkz. Koca/ Üzülmüş, s. 572 vd. Türk özel hukukunda ise, tazminatın cezalandırma amacının reddedildiği, önleme/caydırma amacının ise kabul gördüğü, doktrinde de ifade edilmektedir, bkz. Gül, medeni ceza, s. 97, s. 94 vd; Özden Merhacı, s. 159 vd. Cezalandırma ve önleme gayelerinin farkı açısından bkz. Nomer, s. 35-36.

'medenice caydırmaktır'. Nitekim özel hukuk cezalarına örnek gösterilen düzenlemelerde bu caydırıcılık, ortak bir ceza anlayışına işaretle her durumda aynı kalan koşul ve sonuçlarla değil, her defasında içinde vazedildiği müessesenin özelliklerine göre farklı hükümlerle gerçekleşmektedir. Örneğin ihbar tazminatında ihbar süresine riayet etmeksizin iş akdini fesheden işveren, bu süre içinde zaten ödemek zorunda olduğu ücreti ödemek zorunda kalmakta⁷⁹; yahut gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede kazancın iadesi söz konusu olmuş ise⁸⁰, işgören, zaten kendisine ait olmayan bir haktan elde ettiği menfaatleri sahibine devretmekte, böylece -tabirin gerçek anlamıyla- 'yaptığının yanına kâr kalmaması' suretiyle, işlediği fiil, kendisi açısından anlamsızlaştırılmaktadır. Caydırma fonksiyonunun cezayı daha fazla çağrıştırır surette ortaya çıktığı icra inkâr tazminatı, iş hukukundaki kötüniyet ve ayrımcılık tazminatları, rekabet ve fikri mülkiyet hukukundaki üç kat tazminat gibi düzenlemelerde de unsurlar, koşul ve sonuçlar, her durum için birbirinden farklıdır. Bu sebeple söz konusu hükümlerin medeni ceza olarak isimlendirilebilecek⁸¹ bir kavrama işaret ettiği kabul edilse dahi, bunlara bağlanacak sonuçlar, münferit yasal düzenlemelerin öngördüğünün dışında veya ötesinde değildir⁸². Hal böyle olunca, tüm bu düzenlemelerin *medeni ceza* veya *özel hukuk cezası* gibi üst bir başlık altında toplanması, tazminatın genel esasları dışına çıkan düzenlemelerin bu niteliğine, özel hukuka yabancı 'ceza' kavramından yararlanılarak yapılmış çarpıcı bir göndermeden ibarettir.

Gümüş, özel hukuk açısından cezalandırma ile önlemeyi aynı işlev olarak değerlendirmiştir: "*Doğaldır ki tazminatın doğrudan amaçlanmasa bile dolaylı olarak cezalandırıcı, önleyici işlevi mevcuttur*", M. Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 564.

⁷⁹ "*İhbar tazminatının hukuki niteliği üzerinde görüş birliği yoktur. ... İhbar tazminatının teknik anlamda bir tazminat olmadığı bellidir; usulsüz fesihte bulunan tarafın, bu tazminatı ödeme yükümü, kusur ve zararın mevcudiyetine bağlı değildir. ... miktarı, maktu, sabit bir ödemedir; tazminat ve cezai şartta olduğu gibi, yargıç indirimde bulunamaz. Bu ve yukarıdaki nitelikleri dikkate alındığında ihbar tazminatının, kanundan doğan götürü bir tazminat olarak nitelendirilmesi yanlış olmaz*" (Mollamahmutoglu/ Astarlı/ Baysal, s. 958).

⁸⁰ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kazancın iadesi yahut menfaat devri yaptırımı için bkz. Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

⁸¹ Türk hukukunda söz konusu düzenlemeler bakımından '*medeni ceza*' tabirini ilk kullananlardan biri olarak, bkz. Nomer, s. 35, dpn. 11.

⁸² Oğuzman/Öz de "*Medeni hukuk cezası olarak da adlandırılan bu istisnai durumlar asla kıyasen veya boşluk doldurma bahanesiyle genişletilemez*" (Oğuzman/Öz, s. 112) demek suretiyle, fikrimizce, söz konusu düzenlemelerin genelleştirilmemesi veya bu şekilde nitelendirilmiş bazı düzenlemelere soyutlama yoluyla kanunun açıkça öngördüğünün dışında başka sonuçlar bağlanmaması gerektiğini de ifade etmiş olmaktadır.

Medeni ceza nitelendirmesi, söz konusu hükümlerin tazminat hukukunun genel ilke ve esaslarından ayırt edilmesinde ‘genel hükümlerden farklılığa işaret etmekle’ işlevsel olabilir; fakat bu nitelikteki tüm istisnai düzenlemeleri, kategorik bir bütünlük oluşturacak şekilde bir tutmak, aynı unsur, koşul ve sonuçlara bağlamak bakımından işlevsizdir.

Türk Borçlar Kanunu m. 355/III hükmü bakımından da son kira yılında ödenmiş bir yıllık kira bedelinden az olmayan tazminatın, zararın ispatı koşuluna bağlı olmayan, asgari tutarı kanunla belirlenmiş, bu itibarla tazminat hukukunun genel esaslarından farklı bir ödeme olduğu açıktır. Ayrıca hüküm, önceki fıkralarında yeniden kiralama yasağının ihlâlini oluşturan davranışların ayrı ayrı gösterilmesinin hemen ardından, bu davranışlara bağlanmış bir yaptırım olduğunu açıkça gösteren bir ifadeyle de kaleme alınmıştır: “*Kiraya veren ‘bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde’, ... tazminat ödemekle yükümlüdür*”. Doktrine bakıldığında, hükmü götürü tazminat olarak nitelendiren, bu sebeple bir yıllık kira bedelini aşan tazminat talebini aşkın zararın ispatı koşuluna bağlayan görüşler⁸³ ile hükmü medeni ceza olarak nitelendiren, bu sebeple cezayı kiracının genel hükümlere göre talep edilebileceği tazminattan ayrı tutup, tazminat ve medeni cezanın birlikte talep edilebileceğini savunan görüşlerin bulunduğu⁸⁴ görülmektedir.⁸⁵ Oysa yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Türk hukukunda tazminatın genel esaslarından sapma gösteren düzenlemeler, bu niteliklerine ithafen bazı nitelendirmelere konu olsalar da bunlara bağlanacak sonuçlar, her bir yasal düzenlemenin açıkça hükme bağladığının dışında olmamalıdır. Türk Borçlar Kanunu m. 355/III hükmü son kira yılında

⁸³ Öcal Apaydın, s. 88 vd. Doğan, söz konusu düzenlemeyi tazminat olarak nitelendirmiş, fakat düzenlemenin niteliğini ayrıca tartışmamıştır, bkz. Murat Doğan, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (editör: Turgut Öz)*, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 360; ayrıca bkz. Doğan, sona erme, s. 149. Benzer şekilde, bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2024; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Bası, Yetkin Yayınları, 2024, s. 404. Ayrıca yazarlara göre “zararının daha fazla olduğunu ileri süren kiracı, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür” (Aral/ Ayrancı, s. 404). Yavuz/Acar/Özen de söz konusu hüküm için medeni ceza/özel hukuk cezası gibi bir nitelemede bulunmaksızın, sadece tazminat yaptırımından bahsetmektedir ve yazarlara göre “... kiracının bir yıllık kira bedelini aşan zararını kiraya verenden talep etmesi imkânı varlığını sürdürecektir”, Yavuz/Acar/Özen, s. 363. İnceoğlu, TBK m. 355/III’deki yasağı ‘kanun tarafından öngörülmüş bir cezai şart olarak’ niteledikten sonra (bkz. İnceoğlu, C. 2, s. 403), tarafların sözleşme ile daha fazla bir tazminat öngörmelerine bir engel bulunmadığını da ifade etmektedir (bkz. İnceoğlu, C. 2, s. 404). Bunun dışında daha yüksek bir tazminat talebi, ancak zararın ispatı şartına bağlıdır, İnceoğlu, C. 2, s. 402.

⁸⁴ Gümüş, kira, s. 325; Aydoğdu/Tuncer, s. 663; Gül, yeniden kiralama, s. 947.

⁸⁵ Yeniden kiralama yasağının ihlâline bağlanan yaptırımın cezalandırıcı tazminat olduğu yönünde bkz. Güleriyüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 350.

ödenmiş bir yıllık kira bedeli tutarınca ‘kusurdan ve zarardan bağımsız’ bir tazminatı açıkça öngörmüştür. Madde, daha önceki fıkralarında yeniden kiralama yasağının haklı bir sebep olmaksızın ihlâlinden bahsettiğine göre, son fıkrada hükme bağlanan tazminat bakımından kiraya verenin kusuru, haklı sebep kavramına göre belirlenir⁸⁶; haklı sebebin bulunmadığı hallerde söz konusu davranışlar kusurlu addedilir. Zarar unsuru açısından ise, kiraya verenden kaynaklanan sebeplerin samimiyetsiz kullanımıyla tahliyeye mecbur bırakılan kiracının, bu yüzden, yeni bulma, taşınma, yeni kiralamanın ancak daha yüksek bedelle mümkün olması, yeni depozito bedeli, komisyon masrafı, işyeri kiralalarında kâr mahrumiyeti ve müşteri çevresi kaybı gibi farklı birçok kalemlle zarara uğramış olması mümkündür; hatta kiracının bu zararlara uğradığını peşinen kabul etmek, tahliyeye rağmen hiç zarara uğramamış olduğunu kabule göre, hayatın olağan akışına daha uygundur. Fakat hükmün son bir yıllık kira tutarınca öngördüğü tazminat, kiracı bu türden zararlara hiç uğramamış olsa veya uğranılan zararın meblağı öngörülenden daha düşük olsa dahi ödenmekten kaçınılamayacak bir tazminattır. Kiraya verenin, bu yöndeki iddia ve ispatıyla tazminattan kurtulması, Kanun’un açık lafzı dolayısıyla mümkün değildir ve zarardan bu bağımsızlık, hükmün telafiden önce, caydırıcılık fonksiyonuna işaret etmektedir. Bununla birlikte hükmün belirlediği meblağ, ödenecek tazminatın alt sınırıdır. Bu noktada söz konusu meblağın yeniden kiralama yasağı için öngörülen üç yıllık sürenin tamamını kapsayacak yükseklikte olmadığı⁸⁷ yahut kiracının zararı veya kiraya verenin yeniden kiraya vermekle elde ettiği menfaatlerin belli bir oran veya katına göre hesaplanacak bir üst sınır da belirlenmediği görülmektedir. Böylece hükümde açık bir düzenlemeye konu edilmeyen husus, asgari meblağdan fazla tazminata hükmedilebilmesi için gereken unsurların neler olduğudur. Doktrin bu noktada kiracının daha fazla zararını ispatlamak koşuluyla son bir yıllık kira tutarından daha yüksek bir tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir⁸⁸. Oysa kiracının uğradığı zarar ne ise, bunu ispatlamak koşuluyla tazminat isteyebileceğine zaten şüphe yoktur; hatta önceki 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde de talep edilebilen bu tazminat için özel bir hüküm vaazına da gerek yoktur⁸⁹. Fikrimizce, kiracının zararının son bir

⁸⁶ Aynı yönde bkz. Öcal Apaydın, s. 89.

⁸⁷ Bu hususun eleştirisi için bkz. Aydoğdu/Tuncer, s. 663.

⁸⁸ Aral/Ayrancı, s. 404.

⁸⁹ Bununla birlikte Ankara 15. Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında, kazanç kaybı şeklindeki zararlar bakımından ispat değil, yasal dayanak koşulunu arayarak, tazminat talebinin bu kısmını -fikrimizce, hatalı bir gerekçeyle- reddetmiştir. Kararda “... tahliyeden önceki

yılda ödenen kira tutarından daha fazla olduğu hallerde bu hususu iddia ve ispatı, tazminatın öngörülen asgari meblağdan daha yüksek hükmedilmesi için bir sebeptir; fakat daha yüksek tazminat talebinin tek sebebi değildir. Yeniden kiralama yasağını ihlâl eden fiilin işleniş biçimi, kiraya verenin kusurunun ağırlığı hâkimin daha yüksek bir tazminata hükmetmesine yol açabileceği gibi kiralananın yeniden kiraya verilmesinden elde edilen menfaatin son bir yıllık kira tutarından daha yüksek olduğunun ispatlandığı hallerde, hâkim, bu hususu da gözeterek daha yüksek bir tazminata hükmetmekte takdir yetkisine sahiptir. Hükmün tazminat üst meblağını herhangi bir sınırlama sebebine bağlamayan açık lafzı, hâkime bu takdir yetkisini vermeyi gerektirir. Fakat asgari tutarın üzerinde bir tazminata hükmedilirken belirttiğimiz unsurların birlikte dikkate alınması, özellikle kiracının ispatladığı aşkın zararı ile kiraya verenin yeniden kiraya vermekle elde ettiği menfaatlerin ayrı birer tazminat kalemi olarak hesaplanması anlamına gelmez. Zira fikrimizce böyle bir kümülatif hesaplama için, örneğin kişilik hakkının saldırıya karşı korunmasında olduğu gibi (TMK m. 25/III) tazminatla birlikte kazancın/menfaatin iadesini de ayrıca zikreden açık bir düzenlemenin varlığı gerekir. Tazminatın üst sınırının gösterilmemiş olması, hâkimin somut olayın bütün unsurlarını birlikte gözeterek, neticede son bir yılda ödenen kira bedelinden aşağı olmamak üzere, hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedebilmesi içindir⁹⁰.

Böylece Türk Borçlar Kanunu m. 355/III'deki düzenlemeyle Kanunkoyucu, genel hükümlere göre ayrıca talep edilecek bir tazminata da fikrimizce mahal bırakmamıştır. Zira TBK m. 355/III'deki tazminata -özel hukuktaki kullanımına ve kategorik işlevselliğine şüpheyile yaklaştığımız-medeni ceza nitelendirmesi yapılsa dahi, bunun genel hükümlere tâbi tazminatın yanında ayrı bir talep oluşturması için yine hükmün lafzının böyle bir sonuç çıkartmaya elverişli olması gerekir. Oysa TBK m. 355/III hükmü; örneğin, çek tazminatına ilişkin “... çekin karşılıksız çıkan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder”

aylara ilişkin olarak sunulan kiralananın en son aylık kira bedelinin 880,00 TL olduğu da anlaşıldığından, hesaplanan bir yıllık kira bedeli olan 10,560,00 TL miktarın davalıdan alınarak davacıya verilmesine ve ‘davacının kazanç kaybına ilişkin talebi de yasal dayanağı bulunmadığından’ yerinde görülmediğinden bu istemin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun” görülmüştür (Ankara BAM, 15. HD, E.2018/3452 K. 2020/17 T. 14.1.2020), bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam15-hd-e-2018-3452-k-2020-17-t-14-1-2020>.

⁹⁰ TBK m. 355/III'de öngörülen tazminatın hâkimin takdirine bırakıldığı yönünde bkz. Haluk Burcuoğlu, “Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler (Seminer)”, *İzmir Barosu Dergisi, Borçlar Kanunu Özel Sayısı*, 77 (2 - Mayıs), 2012, 9-91, s. 70.

(TTK m. 783/III) şeklinde veya ayrımcılık tazminatına ilişkin “... işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir” (İşK m. 5/VI) şeklinde kaleme alınmadığı gibi yine İşK m. 17/VI’daki kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatının koşullarının birlikte olduğu hallerde bunların ayrı ayrı ödeneceğini gösterir⁹¹ bir ifadeyle de kaleme alınmamıştır. Kiracının kiraya verene yüklenen başkaca sözleşme ihlalleri sebebiyle tazminat istemesi elbette mümkündür; fakat kiraya verenin yeniden kiralama yasağını ihlâl eden davranışıyla illiyet bağı içinde ortaya çıkan zararlar bakımından talep edilecek tazminat, TBK m. 355/III’deki düzenlemeye konu özel tazminattır.

3. Yeniden Kiralama Yasağının İhlaline Bağlanan Tazminatta (TBK m. 355/III) Yargıtay Uygulaması

a. Genel Olarak

Konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kiraya verenden kaynaklanan sebeplere dayalı tahliyeye ilişkin getirdiği önemli değişiklik, bu sebeplerin haksızca kullanılmasına bağlanan yaptırım yönünden olmuştur. Söz konusu sebeplerle tahliyenin amacına uygun kullanımını temin için öngörülen yeniden kiralama yasağına 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu ile bağlanmış ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile devam etmiş olan cezai yaptırımlar, nihayet 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kaldırılmıştır. Bu değişiklik, aynı zamanda kira hukuku bakımından bir zihniyet dönüşümünü ortaya koymakla⁹² sevindiricidir; fakat bu değişikliğin uygulamadaki karşılığının ne olacağı da ayrıca ele alınması gereken bir meseledir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 355/III hükmü ile yeniden kiraya verme yasağının ihlâline bağlanan yaptırım, kiracının şahsına ödenecek bir meblağa dönüşmekle, kiracı ve kiraya veren arasındaki bir mesele halini almıştır. Bu durum, eski düzenlemedeki para ve hapis cezasının aksine, kiracıları yaptırımın takipçisi kılacak nitelikte olup, bu itibarla daha fazla

⁹¹ İş Kanunu m. 17/VI’ya göre “... iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir”.

⁹² Medeni hukukta cezai yaptırımların yerinin bulunmadığı, burada uygulanması gereken yaptırımın tazminat olması gerektiği yönünde bkz. Burcuoğlu, seminer, s. 70. Roma’da ise günümüzdeki anlamına henüz kavuşmamış ceza hukukunun fonksiyonun haksız fiil tazminatı ile gerçekleştirildiğine ilişkin tarihsel bir okuma için bkz. Uçaryılmaz/Emiroğlu, s. 850 vd.

uygulanma kabiliyetine sahiptir ve fikrimizce daha işlevseldir⁹³. Ancak bu işlevsellik, düzenlemedeki değişikliğin uygulamada da dikkate alınmasını, yeni düzenlemeyle uyumlu bir uygulama geliştirilmesini gerektirir. Oysa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra geçen süre zarfında m. 355/III’e ilişkin Yargıtay uygulamasının GKHK m. 16’ya ilişkin içtihatları tekrarlar nitelikte olduğu görülmektedir.

6. Hukuk Dairesi’nin 02.07.2015 tarihli kararına göre “*Dava 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 355. maddesi gereğince açılan tazminat davasıdır. Belirtilen yasa hükmüne göre kiraya veren ihtiyaç sebebiyle kiralananın boşaltulmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamayacağı düzenlenmiş olup benzer düzenleme mülga 6570 sayılı yasanın 15. Maddesinde de bulunmaktadır. Yasa ile kiralananın tahliyesi için dava açılması ve tahliye davasında verilecek olan kiralananın tahliyesine dair hükmün ilamlı icra yolu ile infazı sonucunda kiralananın tahliye edilmesi hali öngörülmüştür. ... Eldeki davada davacı, davalılar tarafından gönderilen ve kiralananın işyeri ihtiyacı nedeni ile tahliyesi isteğini içeren ihtarname üzerine herhangi bir mahkeme kararı ve icra işlemi olmadan, taşınmazı kendi rızasıyla tahliye etmiştir. ... Bu nedenle maddi tazminat isteminin reddi gerekirken, yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir*”⁹⁴. Kararın TBK m. 355’deki yeniden kiralama yasağının GKHK m. 15’deki yasak ile aynı olduğunu ifade etmesi isabetlidir; ancak kararda yasağın ihlâlüne bağlanan yaptırımın değişmiş olduğuna hiç işaret edilmediği görülmektedir. Aynı Dairenin o tarihlerde verilmiş başka kararlarında da, ilgili yasanın, kiralananın tahliyesine dair hükmün ‘*ilamlı icra yolu ile infazı sonucunda kiralananın tahliye edilmesi hali için öngörüldüğü*’ ifade edilmektedir⁹⁵. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin ise bazı kararlarında yer alan ‘*tahliyenin dava neticesinde veya icra marifetiyle gerçekleştirilmiş olması*’ şeklindeki alternatifli ifade hükmün uygulanma

⁹³ Aynı yönde bkz. İncooğlu, C. 2, s 402.

⁹⁴ Yargıtay 6. HD. E. 2014/9261, K. 2015/6839 T. 02.07.2015; “*Anılan maddenin gerekçesinde de bu husus, kiralayanın kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak aldığı mahkeme kararını uygulamak suretiyle kiracının kiralananın tahliyesinin sağlanması, şeklinde belirtilmektedir*” ifadesine de rastlanmaktadır, bkz. <<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=143348>> Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024.

⁹⁵ Yargıtay 6. HD. E. 2015/6530, K.2015/10458 T. 26.11.2015; bkz. <<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=143885>> Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024.

kapsamının genişletilmesine kapı aralandığı fikrini uyandırır da⁹⁶, yine aynı dairenin “... *davalının gereksinim nedeniyle açtığı bir ‘tahliye davası ve bu tahliye davası sonucu verilen mahkeme kararının uygulanması suretiyle tahliyenin sağlanması’ durumu söz konusu olmadığından 355. maddede düzenlenen tazminat koşulları oluşmamıştır*” şeklindeki daha yeni kararları⁹⁷, hükmün uygulanmasında kalıcı bir tercihe dayalı, istikrarlı bir genişletilmenin söz konusu olmadığını göstermektedir.

b. Yeniden Kiralama Yasağının İhlaline Bağlanan Tazminatta (TBK m. 355/III) Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yeniden kiralama yasağının yaptırımındaki değişiklik, doktrinde, TBK m. 355/III’ün uygulamasının GKHK m. 16’dan farklı olacağı/olması gerektiği yönünde, bizim de katıldığımız, isabetli bir yorum ve beklenti yaratmıştır⁹⁸. Yargıtay’ın bugüne kadar süren yaklaşımı ise, TBK m. 355 hükmünde düzenlenen yasak ile GKHK m. 15’deki yasağın aynı tahliye sebeplerine ve aynı amaca yönelik olmasından hareketle, hükmün yaptırımını da kapsayan uygulanma koşullarında herhangi bir değişikliğe gitmemek yönündedir. Buna göre, Yargıtay, TBK m. 355/III’de düzenlenen tazminat talebini, yukarıda işaret ettiğimiz kararlarda görüldüğü gibi, kiralananın dava yoluyla tahliyesi ve hükmün icra marifetiyle uygulanması koşuluyla kabul etmektedir. Bu noktada, Kanun değişikliğinden sonraki Yargıtay uygulaması 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun dönemindeki istikrarlı uygulamanın devamı gibi görünse de, böyle bir tespit, aslında hatalı ve yüzeyseldir. Çünkü tahliyenin dava ve icra marifetiyle gerçekleştirilmiş olması koşulu, bu Kanun döneminde genel hükümlere göre talep edilebilen tazminat için değil, 16’ncı maddedeki cezai yaptırım için

⁹⁶ Yargıtay 3. HD. E. 2017/4956, K. 2019/871, T. 07.02.2019; “*Davalı kiraya verenin, gereksinim amacıyla bir tahliye davası açmadığı anlaşılmakta olup davacı kiracı taşınmazı bir yargı kararı veya icra marifetiyle tahliye etmemiştir. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 355. maddesi uyarınca tazminat koşulları oluşmamıştır*”, bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2017-4956-k-2019-871-t-7-2-2019-1>>; benzer yönde, Yargıtay 3. HD. E. 2017/4632, K. 2019/1687, T. 21.02.2019; bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2017-4632-k-2019-1687-t-21-2-2019>>; Yeniden imar ve inşaa sebebine ilişkin olarak benzer yönde, Yargıtay 3. HD. E. 2017/4122, K. 2019/282, T. 17.01.2019 için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2017-4122-k-2019-282-t-17-1-2019>>

⁹⁷ Yargıtay 3. HD E. 2017/6483, K. 2019/2527, T. 25.03.2019, bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2017-6483-k-2019-2527-t-25-3-2019>> Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024.

⁹⁸ Doğan, Yavuz’a armağan, s. 509.

aranan bir koşuldur ve sözkonusu içtihadı geliştiren daireler, ceza daireleridir. O dönemde ceza daireleri -7. Ceza Dairesi- bir özel hukuk ilişkisinden ibaret olan kiradan kaynaklı ağır para ve hapis cezası gerektirir bu düzenlemeyi -bizim kira suçu olarak isimlendirdiğimiz- 6570 sayılı Kanun’a muhalefet suçu adı altında dar yorumlayarak uygulamıştır⁹⁹. Bu dar yorum GKHK m. 16’daki ‘*tahliye ettirdiği*’ ibaresinin muhakkak icra marifetiyle boşalttırmaya işaret ettiğinin kabulü şeklindedir¹⁰⁰.

Ne var ki, yine 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un yürürlüğü döneminde yeniden kiralama yasağının ihlâli üzerine genel hükümlere göre tazminat talebini kabul eden bazı yargı kararları da mevcuttur. Yargıtay’ın hukuk dairelerinde görülen bu tazminata ilişkin davalarda değerlendirilen temel hususun, tahliyedeki cebir unsuru değil, tazminatın dayanağı ile kapsamı olduğu görülmektedir. Örneğin yeniden kiralama yasağını ihlâl eden davranışı haksız fiildeki hukuka aykırılık unsuruyla ilişkilendiren¹⁰¹ 4. Hukuk Dairesi’nin 15.09.1983 tarihli kararı şu şekildedir: “*Olayımızda, davalının ihtiyaç sebebiyle boşalttığı taşınmazını yasanın açık buyruğuna aykırı olarak ve hiçbir mücbir sebep olmaksızın üçüncü kişiye kiraya verdiği tartışmasızdır. Başka bir anlatımla davalının ‘hukuka aykırı eylemi’ gerçekleşmiştir. O halde kanıtlanmak koşulu ile davacı gerçekleşen zararının tazminini isteyebilir. Ancak bu davalarda zarar ve tazminatın kapsamının belirlenmesi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır*”¹⁰². Yargıtay

⁹⁹ Aynı yönde bkz. Yıldırım A.F, s. 158.

¹⁰⁰ YCGK, E. 1979/46, K. 1979/122, T. 12.03.1979, bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1979-46-k-1979-122-t-12-03-1979>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2024.

¹⁰¹ 6570 sayılı Kanun dönemi uygulamasında yeniden kiralama yasağının ihlâli halinde genel hükümlere göre tazminata hükmedilirken, bunun hukuka aykırılığa mı yoksa borca aykırılığa mı dayandırılması gerektiği hususu tartışılmıştır. Konuya ilişkin az sayıda rastlanılan ilk yargı kararlarında tazminatın borca aykırılığa dayandırıldığı (YHGK, 09.09.1959, 42 E/42K, bkz. Tandoğan, s. 267, dpn. 301); sonraki kararlarda ise meselenin, 4. Hukuk Dairesi’nin yukarıda metin içinde gösterdiğimiz kararında olduğu gibi, hukuka aykırılık unsuru üzerinden haksız fiille ilişkilendirildiği görülmektedir. Doktrinde “*sözleşmeye sona ermesinden itibaren de kanunen bazı yükümlülükler bağlanabileceği*” fikri üzerinden Yargıtay’ın önceki değerlendirmesinin daha isabetli olduğu (bkz. Tandoğan, s. 267, dpn. 301), buna göre yeniden kiralama yasağının ihlâlinin bir borç ihlâli olarak kabul edilebileceği savunulmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde de yeniden kiralama yasağının kiraya verene kanunla yükletilmiş bir yapmama edimi olduğu, bu sebeple ihlâlinin de sözleşmeye aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. Öcal Apaydın, s. 59.

¹⁰² Yargıtay 4. HD. E. 1983/6358, K. 1983/7408, T. 15.09.1983; Kararda maddi tazminat talebi kısmen kabul edilmişken ‘*kişilik hakkının korunduğu bir kişisel varlığın (değerin) zarar görmüş olması*’ koşulu gerçekleşmediğinden, manevi tazminat talebinin tamamen

4. Hukuk Dairesi'nin 2003 yılında verdiği başka bir kararda ise yeniden kiralama yasağının ihlâli sebebiyle hükmedilecek tazminat için dava ve icra marifetiyle tahliye şartının aranması, bozma sebebi olarak kabul edilmiş ve tazminat sorumluluğu bakımından ihtiyaç sebebiyle tahliye ihtarinin yeterli olduğuna açık bir şekilde hükmedilmiştir: “... Somut olayda davalı tarafından davacıya gönderilen ihtarnamede davacının kiracı olarak bulunduğu yerin kendisi tarafından kullanılacağı, bu nedenle boş olarak teslim edilmesini istediği görülmektedir. Davalının bu ihtarı, yukarıda açıklanan yasa hükmüne dayanmaktadır. Bu nedenle davacının bu ihtarnameye değer vermesi ve gereğini yerine getirmesinde hukuka uygunluk bulunmaktadır. Bunun için ayrıca bir dava açılması gerekmez. Aksi halde, yasa hükmüne uymayı gerekli gören kişinin, uymayıp dava yolunu seçenlere karşın korunması gerektiği düşünülebilir. ... Somut olayda davalının taşınmazı kendi ihtiyacı için kullanmayıp, üçüncü kişiye kiraya verdiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu yönü gözetmeden bu nitelikteki davalarda sorumluluk için icra yolunun varlığının öngörülmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir”¹⁰³.

Görüldüğü gibi, Yargıtay'ın TBK m. 355/III'ün uygulanması bakımından tahliyede dava ve cebri icra unsurunu arayan kararları, önceki Kanun dönemindeki tazminat sorumluluğunun değil, cezai sorumluluğun uygulanma koşullarını devam ettirir niteliktedir; oysa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlemesinde cezai sorumluluk tamamen sona ermiştir. Sorumluluk koşullarında bir nevi çaprazlamaya yol açan bu hatalı yaklaşım, fikrimizce, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde yeniden kiralama yasağının ihlâline dayalı tazminat talebinin özel bir düzenlemesi bulunmamakla uygulamasının da fazlaca tartışılmamış olması, fakat açık norma bağlı ceza hükmüne ilişkin tamamen istikrar kazanmış yerleşik bir uygulamanın varlığı sebebiyledir. Kanun değişikliğinin ardından Yargıtay, isabetli bir biçimde TBK m. 355'deki yasak ile GKHK m. 15'deki yasak arasında paralellik kurmuştur. Fakat yasağın yaptırımının TBK m. 355'in son fıkrasına aktarılmış olması sebebiyle, GKHK m. 16'nın uygulamasını da bu fıkranın uygulamasına adeta aktarmış, başka bir deyişle, TBK m 355/III'de geçen 'boşaltılmasını sağladığında' ifadesinin ancak dava ve icra yoluyla tahliyeye

reddedildiği, cebri icra unsurundan ise hiç bahsedilmediği görülmektedir; bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-1983-6358-k-1983-7408-t-15-09-1983>> Erişim Tarihi 6 Ağustos 2024.

¹⁰³ Yargıtay 4. HD, E. 2002/11390, K. 2003/3230, T. 20.03.2003, bkz. <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2002-11390-k-2003-3230-t-20-03-2003-ihciyac-nedeniyle-tahliye-ettirilen-gayrimenkulu-kiraya/821438>> Erişim Tarihi 6 Ağustos 2024.

işaret ettiğini kabule devam etmiştir. Bu noktada 6. Hukuk Dairesi'nin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde verdiği fakat davanın açılma tarihi itibarıyla Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a göre hükme bağladığı bir kararında tazminat istemi için icra koşulunu aramaması, mahkeme ilamı üzerine tutanakla gerçekleşmiş olan tahliyede sadece zararın ispatını tartışmış olması dikkat çekicidir: “... taşınmazın ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin ... ilamı sonucu 20.05.2008 tarihinde tutanakla tahliye edildiği hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davanın tarihi 13.05.2011 olup, dava tarihi itibarı ile 6570 Sayılı Yasa hükümleri uygulanmalıdır. İhtiyaca dayalı olarak tahliye edilen taşınmazın kanuni süre içinde mücbir sebep olmaksızın eski kiracısı dışında üçüncü bir kişiye kiraya verilmesi 6570 Sayılı Yasanın 15. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. '6570 Sayılı Yasanın cezalandırma maddeleri 6098 sayılı yasanın 16. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır'¹⁰⁴. Mahkemece bu durumda davacıya zararlarının nelerden ibaret olduğunun açıklattırılması, davacı tarafından kira sözleşmesine konu taşınmazla aynı şartlarda bir taşınmazın ne kadar süre içinde yeniden kiralanabileceği uzman bilirkişi aracılığıyla tespit edilerek, tespit edilecek bu makul süre kadar kazanç kaybından kiraya verenin sorumlu tutulması gerekir”¹⁰⁵. Bu kararda Yargıtay, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a göre hüküm kurmakla TBK m. 355/III'deki özel tazminatı uygulamamıştır; ayrıca GKHK m. 16'nın yürürlükten kalkmış olduğunu tespitle, bu maddenin uygulanma koşullarını somut olay bakımından aramamıştır. Hal böyle olunca, Yüksek Mahkeme, somut olaydaki tazminatı, yürürlükteki TBK m. 355/III'e göre hüküm verseydi uygulayacağı koşullardan adeta muaf tutmuş görünmektedir. Çok ilginç bulduğumuz bu karar, TBK m. 355/III'deki yaptırımın uygulanması bakımından hükmün eski 16'ncı maddenin devamı gibi anlaşıldığını göstermektedir. Oysa Türk Borçlar Kanunu ile yeniden kiralama yasağının yaptırımı, her ne kadar 355 inci maddenin son fıkrasına aktarılmış ise de, getirilen yeni düzenlemenin önceki GKHK m. 16 hükmü ile değil, bu Kanun döneminde de uygulaması kabul edilen fakat özel bir düzenlemesi bulunmayan tazminat yaptırımı ile ilişkilendirilmesi gerekir. Zira TBK m. 355/III'de öngörülen tazminat, son kira yılında ödenmiş bir yıllık kira bedeli tutarınca *'kusurdan ve zarardan bağımsız'* talebi mümkün olmakla genel hükümlerden farklılık içerirse ve bu

¹⁰⁴ Karardaki bu hatalı cümleden anlaşılması gereken, 6570 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yer alan ceza hükmünün 6098 sayılı Kanun ile kaldırılmış olduğudur.

¹⁰⁵ Yargıtay 6. HD, E. 2014/11181, K. 2014/13852, T. 11.12.2014 bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hukuk-dairesi-e-2014-11181-k-2014-13852-t-11-12-2014>> Erişim Tarihi 5 Ağustos 2024.

yönü itibariyle caydırıcılık fonksiyonu telafi fonksiyonunun önüne geçse de, zarar ve kusur gibi bazı hususların ayrıca ispatına bağlı olarak daha yüksek bir meblağa da ulaşması mümkün bir tazminattır; bu sebeple fikrimizce, genel hükümlere göre tazminat talebine mahal bırakmamaktadır. Yargıtay'ın bu yaptırım farkını gözetmeyerek, hükmü önceki cezai düzenlemede olduğu gibi dar bir yorumla uygulaması, yapılan kanun değişikliğinin işlevini azalttığı gibi, tazminat talepleri bakımından kiracıları 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminden daha geriye götürmektedir. Yargıtay'ın halihazırdaki uygulamasında, tahliyenin dava ve icra marifetiyle gerçekleşmiş olmaması sebebiyle TBK m. 355/III'deki tazminatı mümkün görmediği haller bakımından 'genel hükümlere göre' tazminatı kabul edip etmediği hususu ise belirsizdir¹⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 355/III hükmüyle getirilen yeni düzenlemenin, tazminat hukuku bakımından ne şekilde nitelendirileceği tartışmalıdır; fakat hükmün GKHK m. 16'nın aksine cezai bir yaptırım içermediği hususu tartışmasızdır ve bu durum, değişmiş bir menfaat dengesi anlamına gelmektedir¹⁰⁷. Yeni düzenlemeyle cezai yaptırım olarak hazineye değil, tazminat olarak kiracıya ödenen bir meblağ söz konusudur. Bunu genel hükümlere tâbi tazminattan ayıran unsur, ödemenin belli bir meblağa kadar zarar ve kusurdan bağımsız talep edilebilmesinden ibarettir ki böyle bir düzenlemenin, özel hukuka özgü bir caydırıcılık amacı taşıdığı söylenebilir. Bu caydırıcılığı önceki düzenlemeye göre daha işlevsel kılan husus ise, kiracının, kendi alacaklısı olduğu bir meblağın bizzat takipçisi kılınmış olmasıdır¹⁰⁸. Bunun uygulanması için ihtiyaç veya yeniden inşa imar

¹⁰⁶ Bu hususta 6098 sayılı Kanun sonrası verilmiş açık bir karara rastlamadığımız gibi, uygulamacılar tarafından kaleme alınan yeni tarihli eserlerde dahi yeniden kiralama yasağının ihlâli durumunda genel hükümlere göre tazminat talep edilebileceğinin prensip olarak kabul edildiği, fakat bu hususta bizim işaret ettiğimiz eski tarihli kararlardan farklı bir karara yer verilmediği görülmektedir, bkz. Yavuz N, s. 1082-1083. Benzer şekilde, Yıldırım da 6098 sayılı yeniden kiralama yasağının ihlâli halinde genel hükümlere göre tazminatın mümkün olduğunu kabul etmekte, hatta söz konusu tazminat kalemlerini tek tek ele alınmakta, fakat bu hususta yeni tarihli bir Yargıtay kararına işaret etmemektedir, bkz. Yıldırım A. F, s. 166 vd.

¹⁰⁷ "... bir suçun işlenmesinde, devletle suç işleyen kişi arasında bir cezalandırma ilişkisi kurulmaktadır. Suç işleyen kişiyi cezalandırma yetkisi, toplumun temsilcisi olarak devletin tekelinde bulunmaktadır. Suç teşkil eden fiilleri işleyenlere kanunda öngörülen yaptırımlar, devlet adına hareket eden mahkemelerce verilmektedir. ... Bu alanda özel hukuktan farklı olarak, maddi gerçeğin araştırılması için yargılama yapılmakta ve hükmedilen yaptırımların infazı da yine devlet organları eliyle gerçekleştirilmektedir", Koca/ Üzülmöz, s. 34.

¹⁰⁸ İncooğlu'nun da ifade ettiği gibi "... bugüne kadarki uygulamada kiracıların, tahliyeden

sebebiyle ‘*tahliye hakkının suistimali*’ yeterlidir. Kiraya veren bu sebeplere dayanarak kiralananın tahliyesini talep, aksi halde dava açacağını kiracıya ihtar ettiğinde, yasanın kendisine tanıdığı hakkı kullanmaya başlamış olur¹⁰⁹ ve yasal hakkını kullanmakta olan kiraya verenin her hak gibi bunu da dürüstçe kullanması esastır (TMK m. 2). Bu sebeple fikrimizce kiracının çekilen ihtarın samimiyetine güvenerek bunun gereğini kendiliğinden yerine getirmesi, kiralananın -hükümde ifade edildiği gibi- ‘*kiraya veren tarafından boşaltılmasının sağlanması*’ anlamına gelir. Gerçi bahse konu ihtar, bir fesih beyanı olmadığından, daha sonra bu hakkın samimiyetsiz kullanıldığının anlaşılması haksız bir fesih oluşturmaz. Fakat kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle tahliyenin ancak dava yoluyla kullanılabilen bir hak olmasının önemi, yeniden kiralama yasağı açısından değil, fesih hukuku açısındandır. Buna göre, sadece ihtar ile sözleşme sona ermiş olmayacağından, kiralanda oturmaya devam eden kiracı fuzuli işgalci kabul edilmez; bilakis onun, kesinleşmiş dava sonuna kadar kiralananı kullanmaya hakkı vardır. Bununla birlikte TBK m. 355/III’teki tazminatın ortaya çıkması bakımından mesele, kiracının kiralananı kullanmaya devam hakkının varlığı değil, kiraya verenin hakkını yasal amacının dışında kullanması, tahliyesini sağladığı kiralananın yasak süresi içerisinde haklı sebep olmaksızın yeniden kiraya verilmesiyle bu hakkın kullanımındaki samimiyetsizliğinin anlaşılmasıdır. Kiracıya ‘sadece ihtarda bulunmuş olması’ ile ‘ihtarın neticesiz kalması üzerine dava açılmış olması’ arasında *kiraya verenin ciddiyeti* açısından şüphesiz fark vardır; fakat kiracıyı tahliye yöneltmek bakımından hangi kiracının neyi ne kadar ciddiye alması gerektiği hususunda objektif bir belirleme yapılması mümkün olmadığı gibi, yargı kararlarıyla böyle bir sınırlamaya gidilmesinin de herhangi bir yasal dayanağı mevcut değildir. Söz konusu tahliye sebeplerinin uygulanması ve tazminat bakımından dikkate alınması gereken unsur, ciddiyet değil, samimiyettir. Tahliyenin gerçekleşmesi bakımından ise ihtardan son aşamada kiralananın icra memuru eliyle bilfiil boşaltılmasına kadar geçen tüm safhalar, neticede hukukun öngördüğü bir düzenin aşamalarıdır ve kiracıların tazminata bu aşamalardan hangilerinin katedilmiş olduğuna bakılarak hak

sonra kiralanan yerin yeniden kiralanıp kiralanamadığıyla genellikle ilgilenmedikleri görülmektedir. Oysa bir yıllık kira bedeli kadar tazminat alması gündeme gelecek olan eski kiracıların bu hususu takip edeceklerini tahmin etmek güç değildir”, bkz. İnceoğlu, C. 2, s. 402.

¹⁰⁹ TBK m. 355/III hükmündeki tazminat için ihtarın yeterli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu, C. 2, s. 403. Aydoğdu/Tuncer, s. 663; Doğan, özel hükümler, s. 358; Zevkliler/Gökyayla, 2021, s. 380. 6570 sayılı Kanun döneminde de bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Doğan, sona erme, s. 148; Zevkliler/Gökyayla, 2010, s. 271; Ayan, s. 32.

kazanacaklarının değerlendirilmesi, fikrimizce isabetli bir değerlendirme yolu değildir. Üstelik bu yaklaşım, kiraya verenin ihtarıyla kendiliğinden tahliyeye razı olabilecek kiracıları, sırf tahliye hakkının dürüstçe kullanılmama ihtimalinde tazminat haklarını kaybetmemek adına dava yolunda direktmeye teşvikle, husumetleri artırıcıdır. Böyle bir netice, kira uyuşmazlıklarının arabuluculukla çözümlenmesinin zorunlu dava şartı halini aldığı¹¹⁰ günümüz hukuk sistemi ve bu sistemin işaret ettiği hukuk politikasıyla da ters düştüğü gibi, daha sonra talep edilecek tazminata yargı masraflarının da bir kalemler olarak eklenmesi sonucunu doğurmakla yahut tahliye hakkını samimiyetle kullanan dürüst kiraya verenleri dahi dava açılmaksızın tahliyede direnen kiracılarla karşı karşıya getirmekle, aslında kiraya verenlerin de aleyhinedir.

SONUÇ

Konut ve çatılı işyeri kiralalarının kiracılar açısından sahip olduğu yaşamsal önem, bu tür kira sözleşmelerine devletin müdahalesini gerekli kılmakta ve müdahalenin esasını, kiracı lehine vazedilmiş emredici hükümler oluşturmaktadır. Bir özel hukuk ilişkisi olan kira sözleşmelerinde emredici hükümlerin ihlâli de yine özel hukukun yaptırımlarına tâbidir; fakat Türk hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüne kadar kiracıyı koruma amacıyla vazedilmiş bazı düzenlemelerin ihlâline cezai yaptırımların da bağlandığı görülmüştür. Kira ilişkisi içinde cezai yaptırımlara bağlanmış bu tür ihlâl davranışlarının kira suçu olarak isimlendirilmesi mümkündür ve Türk hukukunda kira suçlarının geçmişi 18 Ocak 1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'na kadar uzanmaktadır.

II. Dünya Savaşı koşulları içinde kabul edilmiş olan Milli Korunma Kanunu piyasalarda fiyat kontrolünü amaçladığından, bu Kanun eliyle kira sözleşmelerine yapılan ilk müdahale de kira bedeli bakımından olmuştur ve Kanun'da öngörülen tüm fiyat kısıtlamalarının ihlâline cezai yaptırımlar bağlanmıştır. Kiracıyı tahliyeye karşı korumaya yönelik ilk hükümler

¹¹⁰ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesine 28.03.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun'un 37'nci maddesiyle eklenen hükme göre, "(1) Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır: a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar"; bkz. Süleyman Burak Gündoğdu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), 2023, s. 851-880; Aytekin Çelik/ Hakkı Mert Doğu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32 (2), 2024, s. 811-860.

ise yine Milli Korunma Kanunu’na 1944 yılında yapılan değişiklik ile dâhil edildiğinden, bu dönemde tüm tahliye hukukunun yine bu Kanun kapsamındaki diğer ihlâl fiilleriyle birlikte cezai yaptırımlara konu olduğu görülmektedir. Yeniden kiralama yasağı da dâhil olmak üzere günümüzdeki tahliye hukukunun temelini oluşturan bu düzenlemeler, 1947 yılında bu defa tek konusu konut ve çatılı işyeri kiralaları olan yeni bir tadil kanunu ile daha etraflı bir hal almıştır. Milli Korunma Kanunu kira hükümleri 06.05.1955 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır; fakat bu Kanun’un konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin düzenlemeleri, 18 Mayıs 1955 tarih ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un temelini oluşturmuştur.

Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un öngördüğü kira suçlarının, kiracıdan hava parası adı altında alınanlar da dâhil olmak üzere Kanun’a göre belirlenecek kira bedelinden fazla para alınması ve yeniden kiralama yasağının ihlâli olduğu görülmektedir. Kanun’un kira bedeline ilişkin maddelerinin 26.03.1963 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin ardından, bu Kanun döneminde kira suçu oluşturan davranışlar yeniden kiralama yasağının ihlâlinden ibaret kalmıştır. Böylece 6570 sayılı Kanun döneminde kira suçlarının çevresi daralmış olsa da Kanun’un bu yasağın ihlâli için -Milli Korunma Kanunu’ndaki cezalardan bile daha ağır şekilde- öngördüğü *altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası* içeren 16’ncı maddesi, Türk hukukunda altmış yıla yakın bir süre boyunca hiç değişikliğe uğramadan yürürlükte kalmıştır. Böylece yeniden kiralama yasağı, aradan geçen uzun yıllar ve gerek piyasa koşulları gerek hukukun genel kabulleri bakımından ortaya çıkan birçok değişim karşısında, kendisini var eden milli korunma anlayışı ile tarihsel ve illi bağı kopmuş olmakla ihlâline hapis cezasına kadar varan bir yaptırım bağlanmasının sebep ve isabetliliğini sorgulatan bir yasak halini almıştır. Bununla birlikte söz konusu yasağın ihlâli, Türk yargısı tarafından kiracı–kiraya veren arasındaki bir meselenin ötesine geçerek kiralananın ancak dava ve icra marifetiyle boşalttırıldığı durumlarda, yani bir haksızlığın ancak devlet eliyle gerçekleştirilmesine sebep olunması halinde cezaya tâbi tutulmuştur. Buna göre GKHK m. 16’nın “*tahliye ettirdiği*” şeklindeki ifadesinin dava ve icra yoluyla tahliyeye işaret ettiği yönündeki yargısal yorum, hükmün uygulanma kapsamını epey daraltmış olsa da, uygulanan yaptırımın kiracının kendisine ödenen bir meblağ değil, hazineye ödenen para cezası ile kiraya verenin hapsedilmesi olduğu düşünüldüğünde, bu dar yorumun kiracı açısından doğrudan bir menfaat kaybına yol açtığı iddia edilemez; fakat yaptırıma uğrayacak kiraya verenlerin çevresini daraltmakla, devlet-vatandaş ilişkisi bakımından, şüphesiz vatandaş lehinedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise kira hukuku, konut ve çatılı işyeri kiralarnı da kapsamına alacak şekilde yeniden düzenlenmiş ve bu düzenlemede, isabetli bir biçimde, hiçbir cezai yaptırıma yer verilmemiştir. Buna göre, GKHK m. 16 hükmünde *“Hava parası olarak veyahut her ne nam ve suretle olursa olsun bu kanuna göre taayyün eden kira bedelinden fazla para alanlar...”* şeklindeki düzenleme, kiracıya kira bedeli ve yan gider dışında başka bir ödeme yükümlülüğü yükletilemeyeceğini düzenleyen yeni TBK m. 346'nın konusu haline gelmiştir; böylece hükme aykırı davrananlar, herhangi bir cezai bir yaptırımla karşılaşmaksızın, geçersiz bir sözleşme hükmünün veya geçerli bir sebebe dayanmayan ödemelerin akıbetine katlanmak durumundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlenmesinde yeniden kiralama yasağı ise amaç ve esası aynı kalmak suretiyle korunmuş; fakat yasağın ihlâlüne bağlanan yaptırım, tamamen değiştirilmiştir. Buna göre yeni TBK m. 355/III uyarınca *‘son kira yılında ödenmiş bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere hükmedilecek tazminat’*, medeni ceza, özel hukuk cezası, götürü tazminat, cezalandırıcı tazminat, cezai şart gibi kavram ve müesseseler çerçevesinde ele alınarak tartışılrsa da, kiracının kendisine ödenen bu meblağın artık cezai bir yaptırım niteliğinde olmadığı hususu tartışmasızdır. Son kira yılında ödenmiş bir yıllık kira bedeli tutarınca tazminata hükmedilmesi zarar ve kusurun ispatından bağımsız olduğundan, burada genel hükümlere göre talep edilen tazminattan farklı bir düzenlemeye yer verildiği hususu da tartışmasızdır. Bu yönü itibariyle TBK m. 355/III hükmünün, telafiden önce caydırıcılık amacı gütmekle, benzerlerine özel hukukun başka bazı düzenlemelerinde de yer yer rastlanılan, özel bir yaptırım içerdiği söylenebilir.

Türk hukukunda genel hükümlere göre talep edilecek tazminattan farklılıklar içeren özel düzenlemeler, münferit nitelikte olduklarından, bu düzenlemelerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, bunlara bağlanacak sonuçlar da münferit yasal düzenlemelerin öngördüğünün dışında veya ötesinde değildir. Bu sebeple TBK m. 355/III'de öngörülen tazminat bakımından bir özel hukuk cezası/medeni ceza nitelendirmesi yapılırsa dahi, bu sebeple söz konusu tazminatın genel hükümlere göre talep edilecek tazminattan ayrı tutulması veya bu tazminata götürü bir nitelik verilerek bu sebeple diğer tazminattan mahsup edilmesi gerektiğini ya da bir yıllık kira tutarını aşan bir talebin sadece zararın ispatı koşuluna bağlı olduğunu savunmanın, fikrimizce yasal bir dayanağı yoktur. TBK m. 355/III hükmünün açıkça öngördüğü hususlar, yeniden kiralama yasağı haklı bir sebep olmaksızın ihlâl edildiğinde ödenecek tazminatın son bir yıllık kira bedeli tutarından az olamayacağı ve bu talebin kusur ile zarardan bağımsızlığıdır. Buna göre kiraya verenin

kusursuzluk iddiası, ancak haklı sebep kavramı ölçüsünce değerlendirilebilir; fakat kiracının hiç zarara uğramamış olduğunu veya uğranılan zararın hükümde öngörülenden daha düşük olduğunu iddia ve ispat eden kiraya verenin bu tazminattan kurtulması, Kanun’un açık lafzı dolayısıyla mümkün değildir. Buna karşılık öngörülen meblağ, tazminatın alt sınırı olduğundan, bu meblağdan fazlasına hükmedilmesi için aranacak unsurların neler olduğu, Kanun’un açık düzenlemesine konu edilmemiştir. Bu noktada daha fazla bir meblağa hükmetmek bakımından akla gelen ilk unsur, kiracının aşkın zararidir. Buna göre kiracının zararının son bir yılda ödenen kira tutarından daha fazla olduğunun ispatı, hükümde öngörülen asgari tutardan daha yüksek bir tazminata hükmedilmesi için elbette bir sebeptir; fakat fikrimizce, daha yüksek tazminat talebinin tek sebebi değildir. Yeniden kiralama yasağını ihlâl eden fiilin işleniş biçimi, kiraya verenin kusurunun ağırlığı hâkimin daha yüksek bir tazminata hükmetmesine yol açabileceği gibi kiralananın yeniden kiraya verilmesinden elde edilen menfaatin son bir yıllık kira tutarından daha yüksek olduğunun ispatlandığı hallerde, hâkim, bu hususu da gözeterek daha yüksek bir tazminata hükmetmekte takdir yetkisine sahiptir.

Türk Borçlar Kanunu m. 355/III hükmünde tazminatın üst sınırının gösterilmemiş olması, hâkimin somut olayın bütün unsurlarını gözeterek, neticede son bir yıllık kira bedelinden aşağı olmamak üzere uygun bir tazminata hükmetmesini mümkün kılarken, genel hükümlere göre talep edilebilecek ayrı bir tazminata da fikrimizce, mahal bırakmamıştır. Ne var ki TBK m. 355/III hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay’ın bu tazminata hükmetmek için önceki ceza hükmünde olduğu gibi kiralananın dava ve icra marifetiyle tahliyesi koşulunu araması, yeniden kiralama yasağının ihlâline uygulanacak yaptırım bakımından müstakar bir uygulamanın devamı gibi görünse de, aslında kiracıların tazminat hakkı bakımından bir geriye gidiş niteliğindedir. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğü öncesinde yeniden kiralama yasağının ihlâli sebebiyle tazminat talebini genel hükümlere göre kabul eden bazı yargı kararları mevcuttur ve bu kararlarda tahliyedeki cebir unsurunun değil, tazminatın dayanak ve kapsamının değerlendirildiği görülmektedir. Buna göre yeniden kiralama yasağını ihlâl eden davranışın haksız fiil bağlamında bir hukuka aykırılık mı yoksa sözleşme hukuku çerçevesinde bir borca aykırılık mı teşkil ettiği hususu tartışılabilir; nitekim dönemin yargı uygulamasında zaman içerisinde her iki sebebe de dayanıldığı, fakat her durumda tazminat bakımından, tahliyede dava ve cebir unsurunun aranmadığı görülmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki yeni m. 355/III hükmü, önceki Kanun döneminde özel bir düzenlemesi bulunmadığı için ancak genel hükümlere

göre talep edilebilen tazminatı belli bir meblağa kadar kusurdan ve zarardan bağımsızlaştırmakla talep koşullarını kiracı aleyhine değil bilakis kiracı lehine değiştiren özel bir düzenleme içermektedir. Bu sebeple yeniden kiralama yasağının ihlâline bağlanan yaptırımda istikrarın, önceki ceza hükmünün dar yorumu üzerinden değil, Yargıtay Hukuk Dairelerinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesindeki tazminat uygulamaları üzerinden sürdürülmesi gerektiğine şüphe duyulmamalıdır. Türk Borçlar Kanunu m. 355/III hükmünde yer alan yaptırım, önceki ceza hükmüyle tarihsel bir bağ içinde olabilir; ancak yaptırımın uygulanmasında değişen niteliğinin dikkate alınmaması, Türk hukukunda uzun yıllar yegâne kira suçu olarak yürürlükte kalmış GKHK m. 16 hükmünün uygulanma koşullarının yargı eliyle devamı anlamına gelmekte ve yeni düzenlemenin öngördüğü koruma amacı ve menfaat dengesiyle ters düşmektedir. Öyle ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde, m. 355/III'deki *boşaltılma* ifadesinin mutlaka dava ve icra yoluna işaret ettiğinin kabulü, bir hakkın dürüstçe kullanıldığına güvenerek hareket eden kimsenin sırf bu güveni sebebiyle kendi sahip olduğu bir haktan mahrum bırakılması sonucunu doğurmaktadır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun dönemi için böyle bir dar yorum, bir özel hukuk ilişkisi sebebiyle kiraya verene uygulanacak cezanın mümkün olduğunca daraltılmasını sağlamaktadır; kiracı tarafı ise herhangi bir haktan mahrum bırakıyor değildir. Önceki uygulamada, tahliye hakkının suistimaliyle ortaya çıkan bir haksızlığa devletin yetkili mercilerini de kullanarak sebebiyet verenler yine tarafı devlet olan bir yaptırıma, yani cezaya çarptırılmakta; kiracı ise bu ceza ilişkisinin dışında kalmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 355/III'ün uygulamasında ise -hakkını dürüstçe kullanmamış olan- kiraya vereni aynı daraltıcı yorumla kiracı karşısında daha fazla korumaya, bu suretle kiracıyı kanunla tanınmış bir haktan mahrum bırakmaya fikrimizce sebep bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1, 2, Seçkin Yayınları, 2019.
- Aral F / Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17. Bası, Yetkin Yayınları, 2024.
- Aras N / Karaağaoğlu K / Okurer N, *Tahliye Mevzuatı ve Tatbikatı*, Yeni Matbaa, 1960.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ayan N, “Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2), 2007, s. 11–24.
- Aydemir E, *Kira Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2012.
- Aydoğdu M / Tuncer N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Başbuğ A / Yücel Bodur M, *İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Basım-Yayın, 2021.
- Birinci Uzun T, *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınları, 2015.
- Burcuoğlu H, “Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler (Seminer)”, *İzmir Barosu Dergisi*, *Borçlar Kanunu Özel Sayısı*, 77 (2 - Mayıs), 2012, s. 9-91, (seminer).
- Burcuoğlu H, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayınevi, 2012, s. 511-517 (Yavuz’a armağan).
- Ceran M, *Kira Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ceylan E, “Yargıtay Kararları Işığında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesiyle İlgili Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Yedigâr İzmirli Armağanı*, Savaş Yayınevi,

2024, s. 325- 357.

Çelik A/ Doğu H M, “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32 (2), 2024, s. 811-860.

Demircioğlu H. R, “6098 Sayılı TBK’ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenın Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu”, *Banka Ticaret Hukuku Dergisi*, 31 (2), 2015, s. 167-200.

Demircioğlu H. R, *Kira Sözleşmesinde Yan Giderler*, Yetkin Yayınları, 2018 (yan giderler).

Demircioğlu H. R, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kiracının Ödeme Yükümlülüklerinin Özellikle Yan Gider Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Yedigâr İzmirli Armağanı*, Savaş Yayınevi, 2024, s. 375- 402 (İzmirli’ye armağan).

Doğan M, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2011 (sona erme).

Doğan M, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayınevi, 2012, s. 493-511 (Yavuz’a armağan).

Doğan M, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (editör: Turgut Öz), Seçkin Yayınları, 2023, (özel hükümler).

Doğu H. M, “Normatif Zararın Bir Çeşidi Olarak Ev İşlerini Yürüten Eşin Zararı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28(2), 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 40. Yılı Özel Sayısı, s. 1138-1154.

Eranıl M. A / Kuloğlu H, *Kira Hukuku (Şerhli, İzahlı, Notlu Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun ve Tahliye Davaları)*, Yeni Desen Matbaası, 1955.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, 2023.

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, 2023, (özel hükümler).

- Göktürk K / Can M. Ç / Kaşak E, *Karayolu Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Gül İ, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, 2015, (medeni ceza).
- Gül İ, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Sebebi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18 (2) 2021, s. 931 – 951, (yeniden kiralama).
- Güleryüz T / Zorluoğlu Yılmaz A, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (14), 2019, s. 325-362.
- Gümüş M. A, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, (kira).
- Gümüş M. A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Gündoğdu S. B, “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), 2023, s. 851-880.
- İnce Akman N / Özyakışır Ö, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2021, s. 725-770.
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku*, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, 2014, (C. 1).
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku*, C. 2, On İki Levha Yayıncılık, 2014, (C. 2).
- İstemi M, “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, Beta Basım-Yayın Basım-Yayın, 2011, s. 2685-2722.
- Kaşak F. E, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanununun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Keskin A. Dilşad, *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2024.
- Koca M / Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin

Yayımları ,2022.

Mollamahmutoğlu H / Astarlı M / Baysal U, *İş Hukuku*, 7. Bası, Lykeion Yayıncılık, 2022.

Nomer H. N., *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Basım-Yayın, 1996.

Oğuzman K / Öz M. T *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.

Oral T / Baş E, “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 14 (53), 2023, s. 475-548.

Öcal Apaydın B, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Yeniden Kiralama Yasağı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2019, s. 57-99.

Özdamar M / Göktürk K / Can M. Ç / Kaşak E, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.

Özdemir E, *Cezalandırıcı Tazminat*, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Özden Merhacı S, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınları, 2013.

Özer Taşkın Ö, *Cezai Tazminat*, Seçkin Yayınları, 2022.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukukunda Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.

Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 26. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.

Özyakışır Ö, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, 2019.

Parlak Börü Ş, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 29 (129), 2017, s. 195-228.

Sarıkaya M, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine Bir İnceleme”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2019, s. 59-90.

Saruhan U, “Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m. 355)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 10 (37), 2019, s. 353-382.

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/2*, Vedat Kitapçılık,

2008.

- Topçuoğlu M, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 5-59.
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku, C. II Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, 1977.
- Türkmen S / Kazancı S / Ünsev S / Erten B / Yüksel S, Tahliye Davaları (6570 Sayılı Kanunun Şerhi ve İzahı), Yıldız Matbaası, 1955.
- Uçaryılmaz T. Ş / Emiroğlu H, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(2), 2020, s. 835-868.
- Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Basım-Yayın, 1996.
- Yavuz C / Acar F / Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 19. Baskı, Beta Basım-Yayın, 2024.
- Yavuz N, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024.
- Yelkenci I, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28 (2), 2022, s. 1176–1212.
- Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (1), 2015, s. 237 vd.
- Yıldırım A. F, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Gereksinim Sebebiyle Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Zevkliler A / Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, 2010, (2010).
- Zevkliler A / Gökyayla E, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, (2021).
- Zevkliler A/ Havutçu A, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, 2007.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU'NUN 6. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK BAĞLAMINDA ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

PROCESSING OF SPECIAL CATEGORIES OF PERSONAL DATA IN
THE CONTEXT OF THE AMENDMENT TO ARTICLE 6 OF THE LAW
ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Gamze TURAN BAŞARA*  

ÖZET

7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi koşullarını düzenleyen 6. maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Anılan maddede, öncelikle özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasak olduğu kuralına yer verilmiş, devamında hükümde sınırlı olarak sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olduğu öngörülmüştür. Buna göre, özel nitelikli kişisel veriler bakımından hukuki işleme sebepleri; açık rıza, kanunlarda açıkça öngörülmeye, fiili imkansızlık, alenileştirme, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunluluk, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ya da yetkili kurum kuruluşlar tarafından işleme, istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, iş ve sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için işleme, siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek veya diğer kar amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumlara ilişkin özel işleme olarak sayılmıştır.

* **Doç. Dr.**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, E-posta: gamzeturan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7729-6039, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1497257.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Turan Başara G, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. Maddesinde Yapılan Değişiklik Bağlamında Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s. 51-80.
- **İntihal/ Plagiarizm:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Anahtar Kelimeler: Özel nitelikli kişisel veri, Genel nitelikli kişisel veri, Veri işleme, Veri koruma, Açık rıza.

ABSTRACT

With the Law numbered 7499 on the Amendment of the Code of Criminal Procedure and Certain Laws, significant amendments have been made to Article 6 of the Law on the Protection of Personal Data, which regulates the conditions for processing of special categories of personal data. The aforementioned article firstly stipulates that the processing of special categories of personal data is prohibited, and then stipulates that the processing of special categories of personal data is possible in the presence of one of the limited reasons listed in the provision. Accordingly, the reasons for legal processing in terms of special categories of personal data are; explicit consent, explicitly stipulated in the law, actual impossibility, publicisation, obligation for the establishment, use, or protection of a right, processing by persons or authorized institutions and organizations under the obligation of secrecy, processing for the fulfilment of legal obligations in the fields of employment, occupational health and safety, occupational and social security or social services and social assistance, private processing related to foundations, associations or other non-profit organizations or formations established for political, philosophical, religious or union purposes.

Keywords: Special categories of personal data, General categories of personal data, Data processing, Data protection, Explicit consent.

EXTENDED ABSTRACT

The developments in the technology and the widespread use of the Internet have created a possibility to processing personal data through various devices. In this period in which information has become extremely valuable, personal data, as a type of information, has started to be processed by public and private sector actors in a way that breaches even the basic principles of law, especially in order to gain economic advantages. This situation has brought to the agenda the needs for new regulations on the protection of personal data and the prevention of data breaches. In parallel with these global developments, the Personal Data Protection Law No. 6698 entered into force in 2016 in order to meet the need for legislation regulating the procedures and principles regarding the protection of personal data in our country.

The Personal Data Protection Law is generally regulated on the basis of Directive 95/46 of the European Union. At the time the Law was formulated and entered into force, the European Union General Data Protection Regulation (GDPR) had not yet come into effect. The legislator made a conscious choice and decided to take Directive 95/46 as a basis on the one hand and to consider the implementation of the GDPR on the other hand.

As a result of the developments that occurred after the Personal Data Protection Law came into force, the Law has not been able to provide up-to-date solutions to the

debates arising in various areas. One of these is the processing of special categories of personal data, as the subject of this study. This situation has been one of the reasons for the need to revise the Personal Data Protection Law in order to harmonize it with the GDPR.

Based on the relevant provisions of the GDPR, the amendments to the Personal Data Protection Law were completed in 2024 and comprehensive changes were made to Article 6 of the Personal Data Protection Law regulating the processing of special categories of personal data with the Law numbered 7499 on the Amendment of the Code of Criminal Procedure and Certain Laws dated 12 March 2024.

In Article 6 of the Personal Data Protection Law, which regulates the conditions for processing special categories of personal data, the restriction of processing such data to explicit consent caused serious problems in practice. With the amendment to the aforementioned provision, the conditions for processing special categories of personal data have been rearranged by considering current needs and GDPR. In the said provision, although the processing of special categories of personal data is in principle prohibited, the conditions under which such data may be processed are listed in a restricted manner. Thus, it has become possible to process special categories of personal data in the presence of one of the conditions specified in the provision. Accordingly, the reasons for legal processing in terms of special categories of personal data are; explicit consent, explicitly stipulated in the law, actual impossibility, publicisation, obligation for the establishment, use, or protection of a right, processing by persons or authorized institutions and organizations under the obligation of secrecy, processing for the fulfilment of legal obligations in the fields of employment, occupational health and safety, occupational and social security or social services and social assistance, private processing related to foundations, associations or other non-profit organizations or formations established for political, philosophical, religious or union purposes.

By expanding the legal processing reasons, which constitute the most important element of data processing, the legislator has removed the processing of special categories of personal data, which was almost confined to explicit consent, from being an exceptional activity.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ve internet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte ortaya çıkan yeni düzende, çeşitli vasıtalarla kişisel verilerin işlenmesi olanaklı hale gelmiştir. Bilginin son derece değerli hale geldiği bu dönemde, bir bilgi türü olan kişisel veriler, kamu ve özel sektör aktörlerince, özellikle ekonomik avantajlar elde etmek amacıyla hukukun temel ilkelerine dahi aykırı olacak şekilde işlenmeye başlanmıştır. Bu durum, kişilere ait bilgilerin,

başka bir ifadeyle kişisel verilerin korunması ve veri ihlallerinin önlenmesine yönelik yeni düzenlemeler yapma ihtiyacını gündeme getirmiştir. Dünya çapında yaşanan bu gelişmelere paralel olarak ülkemizde de kişisel verilerin korunmasının usul ve esaslarını düzenleyen mevzuat ihtiyacını karşılamak üzere 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) yürürlüğe girmiştir.

KVKK, genel olarak Avrupa Birliği'nin 95/46 sayılı Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır. Zira söz konusu Kanunun hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği tarihte henüz Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) yürürlüğe girmemişti. Kanun koyucu, bilinçli bir tercih yaparak bir taraftan 95/46 sayılı Direktifi esas almış diğer taraftan GDPR uygulamasının gözlemlenmesine karar vermiştir.

KVKK yürürlüğe girdikten sonra yaşanan gelişmeler neticesinde Kanun, bazı konularda ortaya çıkan tartışmalara güncel çözüm sunmakta yetersiz hale gelmiştir. Bunlardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından ortaya çıkmıştır. Bu durum, KVKK'nın GDPR ile uyumunu sağlayacak revizyon ihtiyacını gündeme getiren sebeplerden biri olmuştur.

GDPR'nin ilgili hükümleri esas alınarak KVKK'da değişiklik yapılmasına yönelik çalışmalar 2024 yılında tamamlanmış ve 12 Mart 2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla KVKK'nın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen 6. maddesinde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

Özel nitelikli kişisel verilerin işleme koşullarının düzenlendiği KVKK'nın 6. maddesinde, bu verilerin işlenmesinin açık rızaya hapsedilmiş olması, uygulamada ciddi sorunlara neden olmaktadır. Anılan hükümde yapılan değişikliklerle, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi koşulları, güncel ihtiyaçlar ve GDPR dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasak olduğu kuralı muhafaza edilirken, bu verilerin işlenebileceği haller sınırlı olarak sayılmıştır. Böylece hükümde belirtilen koşullardan birinin varlığı halinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi mümkün hale gelmiştir.

Çalışmada öncelikle özel nitelikli kişisel veri kavramı ve KVKK'da öngörülen özel nitelikli kişisel veriler açıklanacaktır. Devamında özel nitelikli kişisel verilerin işleme koşullarının incelendiği bölümde, kişisel verilerin hukuki işleme sebeplerine ilişkin olarak Kanunda yapılan değişiklikler, hükmün önceki haliyle karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

I. ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde farklı şekilde ifade edilen özel nitelikli kişisel veriler¹, işlenmesi halinde bir bireyin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili yüksek riskler doğurabilecek nitelikte olup, bu nedenle özel bir yaklaşımı gerektiren verilerdir. 2016/679 sayılı Tüzük'ün 9. maddesinde özel nitelikli kişisel verilere özel önem atfedilmiş ve işlenmeleri kural olarak yasaklanmak suretiyle bir koruma sağlanmıştır.

6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi ya da diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veriler olarak kabul edilmiştir. Bahsi geçen Kanun'un gerekçesinde başkaları tarafından öğrenilmesi halinde kişinin mağdur olmasına ya da ayrımcılığa maruz kalmasına sebebiyet verebilecek bir takım veriler, özel nitelikli kişisel veriler olarak ifade edilmiştir.

Şu hâlde özel nitelikli kişisel verileri, başkaları tarafından öğrenildiği takdirde kişinin ayrımcılığa maruz kalmasına sebebiyet verebilecek nitelikte olan, kişinin üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemeyeceği, işlenmesi kural olarak yasak olup özel bir işleme rejimine tabi olması gereken, bireyin fiziksel, sosyal, kültürel, etnik, ruhsal ya da cinsel hayatına ilişkin veriler olarak tanımlayabiliriz.

Alman ve Fransız Veri Koruma Kanunu'nda, ırka, etnik kökene, dini, ideolojik, politik görüşlere, sendika üyeliğine, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmiştir. İsviçre ve Belçika Veri Koruma Kanun'unda ise, kişinin irksal ve etnik kökenine, politik görüşlerine, dini inançlarına, sendika üyeliğine, cinsel yaşamına ve idari ya da cezai kovuşturma ve yaptırımlara ilişkin veriler özel nitelikli kişisel veriler olarak nitelendirilmiştir.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDA ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLER

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarının düzenlendiği KVKK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi ve diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf

¹ Hassas veri, özel kişisel veriler ya da özel kategorili kişisel veriler gibi ifadeler kullanılmaktadır.

ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmiştir. Sınırlı sayım ilkesi benimsenerek özel nitelikli kişisel verilerin kapsamının belirlendiği hükümde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın özel nitelikli kişisel veri tanımı muhafaza edilmiştir. Diğer ülke hukuklarındaki düzenlemeler incelendiğinde engellilik, destek ve sosyal yardımlar, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, milli köken, siyasi parti üyeliği, web tarama geçmiş ve elektronik ticaret kullanım bilgisi gibi verilerin de özel nitelikli kişisel veri kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır².

Özel nitelikli veriler, bünyelerinde taşıdıkları risk nedeniyle genel nitelikli verilerden ayrılırlar. Bu risk unsuru, özel nitelikli verilerin açılanması ve başkaları tarafından erişilmesi durumunda, ilgili kişinin toplumda ayrımcılığa maruz kalmasını veya mağduriyete uğramasını ifade etmektedir. Özel nitelikli kişisel veriler, bu riskin engellenmesi amacıyla özel bir koruma rejimine tabi tutulmuş ve Kanun'da belirtilen istisnalar dışında işlenmesinin yasak olduğu ifade edilmiştir³.

İnsanların zaman zaman sırf ait oldukları ırktan dolayı yargılandıkları, öldürüldükleri, işkence, sürgün, sakat ve aç bırakılma gibi kötü muameleye maruz kaldıkları, ayrımcılığa uğradıkları dikkate alındığında kişinin ırkına ait verilerin özel nitelikli kişisel veri olarak öngörülmesi ve bu suretle özel olarak korunmaları ve işlenmeleri yönündeki yasal düzenleme isabetli görülmektedir⁴.

İnsanların ırkları bakımından olduğu gibi, etnik kökenleri bakımından da

² Metin Bulut, "Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler", *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 2020, s. 111; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 253; Türkay Henkoğlu, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 28.

³ Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 44; Esra Yiğit, *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2023, s. 3-4; Halil Emre Gürlü, "Türk Hukukunda Kişisel Verilerin İşlenmesinin Sınırları", *İstanbul Barosu Dergisi*, 39(5), 2019, s. 53; Erbil Beytar, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 54; Miray Özer Deniz, "İşçinin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 12(45), 2021, s. 359; Sevgi Eraslan, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 49; Bulut, s. 109; Paul Voigt/Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer International Publishing, 2017, s. 40-41.

⁴ Eraslan, s. 53-54.

ayrımcılığa maruz kaldıkları bir gerçektir. Bu durum dikkate alındığında etnik kökenin de özel nitelikli kişisel veriler kapsamına alınarak özel bir koruma ve işlenme rejimine tabi tutulması yerindedir.

Özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılan siyasi düşüncelere dair veriler, kişinin bir siyasi parti üyeliği, siyasi bir gösteriye katılımı, bir siyasi görüşü desteklemesi ile ilgili verileri içermektedir. Bu itibarla siyasi düşüncelere ilişkin verileri oluşturan bilgiler son derece hassas bilgiler niteliğinde olduklarından bu verilerin özel nitelikli veriler kapsamına alınması isabetli olmuştur⁵.

Açıklanması halinde kişinin ayrımcı muameleye maruz kalabileceği düşünüş biçimi olan felsefi inançlara ilişkin verilerin özel nitelikli veriler kapsamında özel olarak korunması ve işlenmesinin öngörülmesi de yerinde bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 24. maddesiyle güvence altına alınan din, vicdan ve kanaat hürriyetinin korunmasını destekler nitelikte olacak şekilde, din, mezhep ve diğer inançlarına dair verilerin özel nitelikli veri kabul edilerek özel olarak korunmasını öngören KVKK hükmünün isabetli olduğu şüphesizdir.

KVKK'nın 6. maddesinde özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılan kılık kıyafete dair verilerin, diğer verilere kıyasla özel bir koruma rejimine tabi olmayı gerektirecek ölçüde hassas veriler olup olmadığı tartışılabilir nitelikte olmakla birlikte, kanun koyucu, kişilerin kılık kıyafetlerinin zaman zaman diğer hassas veriler olan etnik köken, ırk, dini inanç, cinsel yönelime dair verileri ortaya koyabileceğini⁶ göz önüne alarak, kılık kıyafete ilişkin verilerin özel olarak korunmasını ve işlenmesini öngören düzenlemeye yer vermiştir.

Dernek, vakıf ya da sendika üyeliklerine ilişkin verilerin açıklanması ve hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde yine kişilerin farklı muameleye maruz kalabilecekleri dikkate alınarak bu verilerin özel olarak korunması ve özel kurallara tabi olarak işlenmesine yönelik düzenlemeye yer verilmesi isabetli olmuştur.

Kişiler hakkında verilen cezai hükümler, zaman zaman kişilerin toplum tarafından dışlanmaları, işlerini kaybetmeleri gibi birtakım sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle anılan türden verilerin özel nitelikli veriler

⁵ Eraslan, s. 57; Voigt/von dem Bussche, s. 111.

⁶ Eraslan, s. 64; Taştan, s. 45.

kapsamında özel olarak korunmasının yerinde olduğu söylenebilir.

Kişisel verilerin korunması bakımından özel önem arz etmesi nedeniyle kanunda özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılan bir diğer veri kategorisi, biyometrik ve genetik verilerdir. İnsana ait genetik veriler, kişilerin genetik yatkınlıklarına, kalıtsal özelliklerine, kimliğine kadar bir çok bilgiyi içermekte ve yapılan gen analizleri kişinin ırk, etnik köken, cinsiyet gibi hassas verilerini ortaya çıkarabilmektedir⁷.

Yüz, iris, parmak izi, el geometrisi, avuç içi izi, ses gibi biyometrik tanıma yöntemlerinin gelişmesiyle birlikte, biyometrik veriler, bankacılık, sağlık, haberleşme, güvenlik gibi bir çok sektörde yaygın bir şekilde kullanılmaktadır⁸. Bu nedenle biyometrik verilerin özel nitelikli veri kategorisinde özel korumaya alınması isabetli olmuştur.

İnsan onuru, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarıyla yakından ilişkili olan sağlığa ve cinsel hayata ilişkin veriler, özeli nitelikli kişisel verilerin bir başka grubunu oluşturmaktadır. İlgili kişinin, geçmiş, şimdiki ve gelecekteki fiziksel ya da zihinsel sağlık durumuyla ilgili bilgilerini tespit edebilecek nitelikte olan sağlık verilerinin⁹, kişinin hastalıklarının seyri, uygulanan tedaviler, ilaç kullanımı, gebelik durumu, çocuk sayısı, DNA dizilimi gibi bir çok hassas veriyi¹⁰ içerdiği dikkate

⁷ Elif Küzeci, "Genetik Ayrımcılık Yasağı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 2018, s. 91.

⁸ Yiğit, s. 132; Eraslan, s. 75; Göksu Hazar Erdinç, "Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s. 3; Sıla Öztürker, "Yargı Kararları Işığında Biyometrik Verilerin İşlenme Şartları", *Terazi Hukuk Dergisi*, 18(200), 2023, s. 93. Kurul bir kararında, işe giriş çıkışlarda personelin parmak izinin taranması suretiyle kişilerin kimlik doğrulamasının yapılması hususunda veri sorumlusunun özel nitelikli kişisel veri niteliğindeki biyometrik veri işleme faaliyetinde bulunduğunu ifade etmiştir (01.12.2020 tarih ve 2020/915 sayılı Karar, < www.kvkk.gov.tr > Erişim Tarihi 08 Nisan 2024.

⁹ Adem Yelmen, "Sağlık Kişisel Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2023, s. 751; Eraslan, s. 79; Martin S. Haase, "Der Begriff der "Gesundheitsdaten" nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)", *Zeitschrift zum Innovations-und Technikrecht, InTeR*, 2022, s. 95. 2016/679 sayılı Tüzük' ün gerekçesinde sağlığa ilişkin veriler hakkında yapılan açıklama için bkz. GDPR, Health Data, Recital 35, <https://gdpr-info.eu/recitals/no-35/>, Erişim Tarihi 24 Mart 2024.

¹⁰ Alman hukukunda sağlık verileri kavramı geniş yorumlanmakta ve sadece hastalıkla ilgili kişisel bilgiler değil, kişinin sağlık durumuna ilişkin olumlu bilgiler de kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmektedir. Buna göre kişinin sadece hasta ya da sağlıklı olduğu bilgisi de kişisel sağlık verisidir (Jürgen Kühling/Benedikt Buchner, *Datenschutz-Grundverordnung*,

alındığında bu türden verilerin korunmasının özel koşullara bağlanması, veri mahremiyetinin korunması bakımından oldukça önem arz etmektedir.

İlgili kişinin korunması gereken en hassas bilgilerini içeren cinsel hayatı, bir diğer özel nitelikli kişisel veri türünü oluşturmaktadır. Kişinin cinsel hayatına dair verileri, özel hayatın gizliliğinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Kişiler cinsel kimliklerinden dolayı ayrımcılığa uğrayabilmekte, dışlanabilmekte, yalnızlaştırılabilmektedir. Bu durum dikkate alındığında, cinsel hayata ilişkin verilerin, özel nitelikli kişisel veriler olarak kabul edilip korunmasının özel koşullara bağlanması isabetli olmuştur¹¹.

III. ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

A. Genel Olarak Kişisel Verilerin İşlenmesi Kavramı

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini incelemeye geçmeden önce genel olarak kişisel verilerin işlenmesi kavramının açıklanmasına ihtiyaç vardır. KVKK kapsamında kişisel verilerin işlenmesi, “*kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” olarak açıklanmaktadır (m. 3/e)¹². Hükümün lafzından ve gerekçesinden anlaşıldığı üzere, sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğinde olmak üzere kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen işlemler belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemede sayılanlara benzer nitelikte kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilebilir. Anılan hüküm çerçevesinde, kişisel verilerin işlenmesinden, bu verilerin elde edilmesi, depolanması ve imha

Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG, 3. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2020, Art. 4, N. 2).

¹¹ Bulut, s. 112; Eraslan, s. 83.

¹² Benzer bir açıklamaya Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’te (m. 4/ğ) yer verilmiştir. Buna göre işleme faaliyeti, “*kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan veya herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade eder.*”

edilmesi gibi süreçler içerisinde veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem anlaşılmaktadır¹³.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, kişisel verilerin işlenmesini, “*tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla ilk defa elde edilmesiyle başlayan bir süreç ve devamındaki her türlü işleme*” şeklinde ifade etmektedir¹⁴.

2016/679 sayılı Tüzük'te kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti, “*otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri ya da kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılama veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletim yoluyla açıklama, yayma veya kullanıma sunma, uyumlaştırma ya da birleştirme, kısıtlama, silme veya imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisi*” şeklinde ifade edilmiştir.

KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi bakımından otomatik işleme ile elle işleme arasında, kanunun uygulanması bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Otomatik olan veri işleme faaliyetlerinin tamamı Kanun kapsamına alınmıştır. Burada belirtilen otomatik kavramı, elle tutulan veri dışında teknik destek ile bilgi edinilmesini ifade etmektedir. Bilgisayar, mobil cihaz gibi otomasyon sistemlerinin kullanıldığı her türlü veri işleme kısmen ya da tamamen otomatik yollarla veri işleme sayılmaktadır. Otomatik olmayan yollarla elde edilen veriler ancak bir veri kayıt sisteminin parçası olmak şartıyla Kanun kapsamına alınmıştır¹⁵. KVKK'da veri kayıt sistemi, kişisel verilerin belirli

¹³ Christopher Kuner, *European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation*, 2. Edition, Oxford University Press, 2007, s. 75; Stewart Room, *Data Protection & Compliance in Context*, BCS Learning & Development, 2007, s. 41; Alaattin Bük, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 42; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, 2004, s. 16, 32 Şeyma Sert, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 37; Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 371; Çiğdem Ayözger Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil)*, 2. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 131; Gamze Turan Başara, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(16), 2020, s. s. 63; Eraslan, s. 93.

¹⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması”, <<https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/KIŞISEL%20VERİLERİN%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mart 2024.

¹⁵ Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 371; Sinem Göçmen Uyarer, *Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 115; Bük, s. 42; Başalp, s. 30-31; Eraslan s. 95; Selen Uncular, *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 48; Ayözger Öngün, s. 132; Taştan, s. 46; Turan Başara, s. 63.

kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi olarak tanımlanmıştır (m. 3/h). İlgili maddenin gerekçesinde veri kayıt sistemlerinin elektronik ya da fiziki ortamda tutulabileceğine, bu kapsamda ad-soyad, kimlik numarası gibi sınıflandırmalar yapılabileceğine işaret edilmiştir. Örneğin bir hastanede yeni doğan bebeğin elle tutulan doğum bilgileri; doğum tarihi ve saati, boy, kilo ve sağlık durumları gibi belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlenen verilerden oluşmaktadır. Bu durumda otomatik olmayan yolla işleme söz konusu ise de, veri kayıt sistemi olduğundan, işleme, KVKK kapsamında değerlendirilir. Ancak bir kimseye ait telefon numarasının boş bir kağıda yazılması, ortada bir veri kayıt sistemi bulunmadığından Kanun kapsamında veri işleme olarak nitelendirilemez¹⁶.

Kişisel verilerin KVKK'da örnek niteliğinde sayılan işleme türleri arasında kişisel verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması yer almaktadır.

Kişisel veri, yasal ya da yasal olmayan yollarla veri işleyen hakimiyet alanına geçtiği anda elde edilmiş olur. Kişisel verilerin kaydedilmesi ise, veri işleyen tarafından elektronik ya da yazılı araçlarla, ilgili kişiye ait kişisel verinin koruma altına alınmasıyla gerçekleşir.

Kişisel verilerin depolanması, toplanan kişisel verilerin, CD, taşıyıcı bellek gibi veri taşıma aygıtları ile koruma altına alınması anlamına gelir. Örneğin bir kişiye ait sağlık verilerinin bilgisayar ortamında tutulması, veri depolama faaliyeti niteliğindedir. Kişisel verilerin muhafaza edilmesi ise, elde edilen ve kaydedilen verilerin, bir telefon uygulaması ya da bir defter gibi belirli ortamlarda saklanması anlamına gelir¹⁷.

Kişisel verilerin değiştirilmesi, bir kişisel verinin içeriği, niteliği ya da niceliğinde değişiklik yapılması anlamına gelirken, kişisel verilerin yeniden düzenlenmesi, ilgili kişinin kişisel verisinin, kişisel veri niteliğini kaybetmeksizin içeriği, niteliği ya da niceliğinde değişiklik yapılmasını ifade eder¹⁸.

Kişisel verilerin açıklanması, ilgili kişiye ait kişisel verilerin basın, yayın organlarıyla ya da sosyal medya gibi araçlarla yazılı veya sözlü olarak başka

¹⁶ Bük, s. 42; Başalp, s. 33; Göçmen Uyarer, s. 115; Eraslan, s. 95; Taştan, s. 47.

¹⁷ Voigt/von dem Bussche, s. 10; Eraslan, s. 96.

¹⁸ Eraslan, s. 96.

kişilere duyurulması anlamına gelir.

Kişisel verilerin aktarılması, kişisel verilerin buldukları ortam, kişi ya da yerden başka bir ortama, kişiye ya da yere gönderilmesi anlamına gelir. Kişisel verilerin devralınması ise, bir kişi ya da kurum hakimiyetinde bulunan kişisel verinin yazılı ya da sözlü olarak yapılacak bir anlaşmayla başka bir kişi veya kurum tarafından ele geçirilmesini ifade eder¹⁹.

B. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Koşulları

Özel nitelikli kişisel verilerin korunması ve işlenmesinin özel düzenlemelere konu edilmesinin temel amacı, insan onurunun korunması ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının güvence altına alınmasıdır. Özel nitelikli kişisel verilerin hassas içerikleri dikkate alındığında, bu verilerin işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek maddi ve manevi zararlar karşısında etkin bir yasal koruma mekanizmasının oluşturulması, bu türden verilerin işlenmesinde bir takım önlemlerin alınmasını gerektirmektedir.

KVKK'nın 6. maddesi uyarınca özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır. Söz konusu hükmün değişiklikten önceki halinde, bu genel kuralın ardından, özel nitelikli kişisel verilerin ancak ilgilinin açık rızası varsa ve KVKK tarafından belirtilen önlemler alınmışsa işlenebileceği ifade edilmişti. Anılan maddede yapılan değişiklikte, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin yasak olduğu kuralı muhafaza edilmiştir. Hükmün devamında ise, hukuki işleme sebepleri, güncel içtihatlar ve GDPR ışığında yeniden düzenlenmiştir. Hükümde sınırlı olarak sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olduğu öngörülmüştür. Kanun koyucu değişiklikten önceki durumdan farklı olarak, açık rıza ve diğer işleme sebepleri arasında hiyerarşik açıdan herhangi bir fark gözetmeksizin özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi sebeplerini düzenlemiştir. Buna göre, özel nitelikli kişisel veriler bakımından hukuki işleme sebepleri; açık rıza, kanunlarda açıkça öngörülmeye, fiili imkansızlık, alenileştirme, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunluluk, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler ya da yetkili kurum kuruluşlar tarafından işleme, istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, iş ve sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için işleme, siyasi, felsefi, dini veya sendikalarla kurulan vakıf, dernek veya diğer kar amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumlara ilişkin

¹⁹ Eraslan, s. 98.

özel işleme olarak sayılmıştır.

1. Açık Rıza

KVKK’da ilgili kişinin açık rızası, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine imkan tanıyan bir hukuki işleme sebebi olarak öngörülmüştür. Örneğin bir iş yerinde çalışanların biyometrik ve genetik verilerinin kayıt altına alınması şeklinde gerçekleşen işleme faaliyeti kural olarak yasakken, ilgili kişinin açık rızasının alınması işleme yasağını ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni olacaktır.

KVKK’nın tanımlar başlıklı 3. maddesine göre açık rıza, “*belirli bir konuya ilişkin bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*” anlamına gelir. Kanun’un gerekçesinde açık rızanın 95/46 sayılı Direktif esas alınarak tanımlandığı ifade edilmiştir. Buna göre, açık rızanın, ilgili kişinin, kendisiyle ilgili veri işlenmesine özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu tanımdan hareketle açık rızanın unsurları, özgür iradeyle açıklanmış olma, bilgilendirmeye dayanma, tereddüde mahal vermeyecek nitelikte olma, belirli konuya ilişkin olma şeklinde sıralanabilir.

Kanun’un gerekçesinde ifade edilen tereddüde mahal vermeyecek açıklıkta bir rızadan söz edilebilmesi için, ilgili kişinin söz konusu verinin işlenmesi konusundaki arzusunu, herhangi bir belirsizlik olmaksızın ortaya koyan bir rıza açıklamasına ihtiyaç vardır. Başka bir ifadeyle, rızanın açık olması, ilgili kişinin, verilerinin işlenmesine rızasını olduğu hususunda hiçbir şüphe bulunmaması anlamına gelir. Belirtmek gerekir ki, burada susma rıza anlamına gelmeyecektir²⁰. Açık rıza, yazılı olarak açıklanabileceği gibi, sözlü olarak ya da makul şekilde anlaşılabilir bir eylemle de açıklanabilir²¹. Ancak rızanın yazılı olarak verilmesinin, ispat külfeti bakımından daha güvenilir bir yol olduğu söylenebilir.

²⁰ Nafiye Yücedağ, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75(2), 2017, s. 775; Yıldırım Keser, “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2020, s. 1208; Cihan Avcı Braun, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 2018, s. 19.

²¹ Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 251; Taştan, s. 161-162; Başalp, s. 44; Yiğit, s. 57-58; Gürler, s. 47; Eraslan, s. 144; Braun, s. 20; Room, s. 123.

Açık rızanın özgürce verildiğinden söz edilebilmesi için, ilgili kişinin bir başkasının zorlama ya da baskısı olmaksızın rızasını açıklanmış olması gerekir. Özellikle taraflardan birinin sosyal ya da ekonomik açıdan güçsüz olduğu durumlarda, rızanın özgürce verilip verilmediği somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir²². Rızanın özgür iradeyle verilmesi koşulunu destekleyen bir diğer kural, bağlantı yasağıdır. Bu yasağınca veri sorumlusu bir hizmeti sunmayı ilgili kişinin veri işlemeye rıza açıklaması şartına tabi tutuyorsa, bu şekilde verilmek zorunda kalınan rıza, özgür iradeyle verilmiş sayılmayacağından geçersiz olur²³.

KVKK kapsamında geçerli bir rızadan söz edilebilmesi için gerekli olan bir diğer unsur, ilgili kişinin verisinin işlenmesine rızasını açıklamadan önce, veri işlemenin amaçları hakkında bilgilendirilmiş olmasıdır²⁴. Bu unsur, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğüne karşılık gelmektedir. Buna göre, veri sorumlusu, verisi işlenecek kişiyi, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere hangi amaçla aktarılabilceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi hakkında net ve ayrıntılı olarak bilgilendirmekle yükümlüdür²⁵.

Geçerli bir açık rıza açıklamasının bir diğer koşulu, rızanın belirli bir konuya ilişkin olarak alınmış olmasıdır. Başka bir ifadeyle, bir dizi işleme faaliyeti için verilen rıza geçerli değildir. Rızanın belirli bir konuya ilişkin alınmış olması, veri sorumlusunun ilgilinin rıza gösterdiği işleme amacından

²² Yiğit, s. 51; Gürler, s. 48; Eraslan, s. 145; Özer Deniz, s. 362; Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 91; Öztürkler, s. 94; Keser, s. 1198; Braun, s. 21; Room, s. 123; Voigt/von dem Bussche, s. 95-96; Wolfgang Däubler, *Gläserne Belegschaften das Handbuch zum Beschäftigtendatenschutz*, 8. Auflage, Bund Verlag, 2019, N. 153.

²³ Yiğit, s. 56; Çekin, s. 92 vd.; Däubler, N. 156. Kişisel Verileri Koruma Kurulu bir kararında, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin onayın iş sözleşmesinde yer alması, ret halinde işe başlama şansını da ortadan kaldırdığından bu şekilde açık rıza alınmasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir (16.12.2021 tarih ve 2021/1258 sayılı karar, <www.kvkk.gov.tr> Erişim Tarihi 2 Nisan 2024.

²⁴ Room, s. 123; Däubler, N. 139; Voigt/von dem Bussche, s. 96; Braun, s. 234; Yiğit, s. 50; Gürler, s. 47; Keser, 1193; Eraslan, s. 145; Özer Deniz, s. 362; Öztürkler, s. 94.

²⁵ Eraslan, s. 146; Keser, s. 1194. Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, "Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Tebliği"nde (m.5) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-5.html> Erişim Tarihi 10 Mart 2019.

başka amaçlar için verilen rızaya dayanamayacağı sonucunu doğurmaktadır²⁶. Aynı şekilde rızanın belirli kişisel verilerin işlenmesine yönelik olması gerekir. Yani açıklanan rızanın hangi kişisel verilerin işlenmesine yönelik olduğu belirli olmalıdır²⁷.

İlgili kişinin açık rızasını, veri işleme anından önce açıklamış olması gerekir. İlgilinin açıkladığı rızayı geri alıp alamayacağı konusunda KVKK'da açık bir düzenleme bulunmamaktaysa da, özel nitelikli verilerin hassas niteliği gereği, ilgili kişinin rıza beyanını, her zaman geri alabileceği ifade edilmektedir²⁸.

2. Kanunlarda Açıkça Öngörülme

KVKK'nın 6. maddesinin değişiklikten önceki halinde sağlık ve cinsel hayata dair veriler dışındaki özel nitelikli verilerin kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde açık rıza aranmaksızın işlenebileceği ifade edilmekteydi. Hükümde yapılan değişiklikte birlikte kanunlarda öngörülme hukuki işleme sebebine, "açıkça" ibaresi eklenerek genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi koşullarını düzenleyen 5. maddeyle uyumlu hale getirilmiştir. Kanun'da genel nitelikli kişisel veriler bakımından kanunda açıkça öngörülme aranmışken, özel nitelikli kişisel veriler bakımından açıkça ifadesine yer verilmemiş olması, hassas verilerin daha güçlü koruması ilkesiyle çelişmekteydi. Dolayısıyla özel nitelikli kişisel verilerin diğer verilerden daha sıkı bir koruma rejimine tabi olması ihtiyacı dikkate alınarak, bu verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebilmesinin kanunda açıkça öngörülmesi koşuluyla mümkün olacağı düzenlenmesi isabetli bir değişiklik olmuştur.

Anılan hükümde yapılan bir diğer önemli değişiklik, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilere ilişkin sınırlamanın kaldırılmış olmasıdır. Böylece kanunda açıkça öngörülmesi, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler

²⁶ Room, s. 123; Voigt/von dem Bussche, s. 96; Braun, s. 23; Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, s. 234; Eraslan, s. 149; Gürler, s. 48; Keser, s. 1191 vd.; Öztürkler, s. 94.

²⁷ Yiğit, s. 50; Heinrich Amadeus Wolff/Stephan Brink, Beckscher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, 39. Edition, 2021, Art. 26, N. 46a.

²⁸ Taştan, s. 165; Yiğit, s. 61; Çekin, s. 98; Eraslan, s. 151; Braun, s. 17; Voigt/von dem Bussche, s. 97; Däubler, N. 170. Kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin yönetmelikte (Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, m. 7/ III) ve elektronik haberleşme sektöründeki kişisel verilerin işlenmesine dair yönetmelikte (Elektronik Haberleşme Sektöründeki Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik, m. 8/V, 11/II), rıza beyanının her zaman geri alınabileceği düzenlenmiştir.

bakımından da veri işlemenin hukuki sebebini oluşturmaktadır²⁹.

Kanunda açıkça öngörülme koşulunun gerçekleşmiş olmasından söz edebilmek için, kanunda yalnızca özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceğinin yazılmış olması yeterli olmayıp, “*açık rıza aranmaksızın veri işlenebileceği*” hususunun açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde kanunlarda yalnızca verilerin işlenebileceğinin açıkça düzenlenmiş olması, özel nitelikli kişisel verilerin özel bir koruma rejimine tabi olması ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Genel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarının düzenlendiği KVKK'nın 5. maddesinin gerekçesinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak kanunlarda açıkça öngörülen hallere, kolluk tarafından bir suç soruşturması nedeniyle, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca şüphelilerin parmak izlerinin alınması, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu uyarınca Adalet bakanlığının kişilerin ceza mahkumiyetine ilişkin verilerin işlenmesi örnek gösterilmiştir. Bu örneklerin dışında da çeşitli kanunlarda özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine açıkça izin veren yasal düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 40. maddesinde yolculara ait özel nitelikli kişisel veri niteliğinde olabilecek verilerin açık rıza aranmaksızın havayolu işletmeleri ya da kurum tarafından üçüncü ülkelerle paylaşılabilceği, bir veri işleme şekli olan aktarma yoluyla kişisel verilerin işlenebileceği belirtilmiştir.

Yine 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 41. maddesinde, biyometrik verilerin ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu ile söz konusu Kanun kapsamında bahsedilen yerlerde konaklayanların kimlik bilgilerinden kalış sürelerine varana kadar birçok özel nitelikli kişisel verilerinin açık rıza aranmaksızın işlenebileceği açıkça öngörülmüştür.

3. Fiili İmkansızlık

KVKK'da yapılan değişiklikle birlikte, fiili imkansızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan ya da rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatının veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması halinde, kişinin özel nitelikli

²⁹ Kanun değişikliğinden önce de sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenebileceğini öngören yasal düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 126/II. maddesinde çalışanların, hastalıkları konusunda işverene bilgi vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Çalışanların hastalıklarına dair bilgiler sağlığa dair özel nitelikli veri niteliğindedir.

kişisel verilerinin açık rıza aranmaksızın işlenebileceği kuralına yer verilmiştir. Benzer hüküm, Kanun'un genel nitelikli kişisel verilerin işleme koşullarını düzenleyen 5. maddesinde de mevcuttur.

Anılan hükümden anlaşıldığı üzere, bu koşulun gerçekleşmiş kabul edilmesi için, fiili imkansızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak bir durumda bulunan ya da rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan bir kişi olması ve kişinin kendisi ya da bir başkasının hayatının veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel veri işlemenin zorunlu olması gerekir. Örneğin, geçirdiği epilepsi krizi nedeniyle bilinç kaybına uğradığı için rızasını açıklayamayacak durumda olan veya akıl hastası olduğu için rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin hayatının veya beden bütünlüğünün korunması için kullandığı ilaç bilgisi, hastalık bilgisi gibi özel nitelikli kişisel verisi fiili imkansızlık hukuki işleme sebebine dayanılarak işlenebilecektir. Kanun koyucu anılan düzenlemeyle hayat ve beden bütünlüğünün korunması hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı karşı karşıya geldiğinde daha üstün olan hayat ve beden bütünlüğünün korunması hakkına ağırlık vermiş ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine olanak tanımıştır.

Kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen kişisel veriler hakkındaki bu hüküm, kişilik hakkına müdahalenin, kişinin üstün nitelikte özel yararının varlığı halinde hukuka uygun olacağını düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesiyle de uyumludur.

4. Alenileştirme

KVKK'da bir genel nitelikli kişisel veri, ilgili kişinin kendisi tarafında alenileştirilmişse, artık bu verinin, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği öngörülmüştür. Kanunda yapılan değişiklikte, genel nitelikli kişisel veriler bakımından öngörülen bu hukuki işleme sebebine, özel nitelikli kişisel veriler bakımından da yer verilmiştir. Kişisel verilerin korunmasının, özel hayatın gizliliğinin korunması esasına dayandığı göz önüne alındığında, hukuka uygun olarak alenileşen kişisel verilerin gizli kalması konusunda veri sahibinin artık makul bir beklentisinin varlığından söz edilemeyecektir³⁰.

Kanunda alenileştirme kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Kurum tarafından hazırlanan “Madde Gerekeşi ile Kişisel

³⁰ Muammer Ketizmen/Aslıhan Kart, “Kişisel Verinin İlgili Kişinin Kendisi Tarafından Alenileştirilmesi ve Amaca Uygunluk”, *Lexpera Blog*, 14.12.2020, <<https://blog.lexpera.com.tr/kisisel-verinin-ilgili-kisinin-kendisi-tarafindan-alenilestirilmesi-ve-amaca-uygunluk/>> Erişim Tarihi 8 Temmuz 2024.

Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü” adlı dokümanda alenileştirme kavramı, kişisel verilerin ilgili kişi tarafından bilerek ve isteyerek herhangi bir şekilde açıklanması olarak tanımlanmıştır³¹.

Kanun koyucu, KVKK'nın 6. maddesinde hassas verilerin daha güçlü koruması ilkesiyle uyumlu olacak şekilde, “*alenileştirme iradesine uygun olarak*” ifadesine yer vermiştir. Esasında bu koşul, kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmasını öngören ilkeyi de desteklemektedir³². Kurul, ilgili kişi tarafından alenileştirilmiş genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde alenileştirme amacıyla uygunluk konusunu özellikle değerlendirdiği 27.01.2020 tarihli ve 2020/67 no.lu kararında³³ ilgili kişinin kendisi tarafından internet ortamında alenileştirilen iletişim bilgilerinin yalnızca veri sahibinin kişisel verisini alenileştirme amacıyla uyumlu şekilde işlenebileceğini, dolayısıyla bu amaca uygun olmayan reklam faaliyetleri için kişinin iletişim bilgilerini içeren kişisel verilerinin işlenmesinin hukuka aykırı olacağını ifade etmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere, Kurul bir kişisel verinin ancak veri sahibinin alenileştirme amacına uygun olarak rıza aranmaksızın işlenebileceğini kabul etmektedir. Şu halde her somut olayın özelliklerine göre alenileştirme iradesinin tespiti ve buna uygun bir işlem yapılması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, burada ifade edilen alenileştirme, ancak hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde, özel nitelikli kişisel verilerin bu hukuki işleme sebebine dayalı olarak işlenmesi mümkün olacaktır³⁴.

5. Sır Saklama Yükümlülüğü Altında Bulunan Kişiler ya da Yetkili Kurum ve Kuruluşlar Tarafından İşleme

Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişi ya da yetkili kurum ve kuruluşça, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesine olanak tanıyan kurala, KVKK'nın 6. maddesinin yeni halinde

³¹ <<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>> Erişim Tarihi 8 Nisan 2024, s. 104.

³² Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, s. 346; Eraslan, s. 288.

³³ <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6718/2020-67>> Erişim Tarihi 8 Nisan 2024.

³⁴ Mehmet Bedii Kaya, KVKK Reformu: 2024 Değişiklikleri (Dijital Baskı), <<https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf>> Erişim Tarihi 8 Nisan 2024, s.16.

de yer verilmiştir. Söz konusu hükmün lafzından ve amacından hareketle bu istisnaya dayalı olarak, tüm özel nitelikli kişisel verilerin değil, yalnızca sağlık verilerinin işlenmesine olanak tanındığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Hükmün gerekçesinde, Sağlık Bakanlığı ile her türlü sağlık kuruluşunun ve Sosyal Güvenlik Kurumunun hükmünde belirtilen amaçlarla tuttukları verilerin bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Kanunda çeşitli meslek gruplarına ve kuruluşlara, vâkıf oldukları sırları koruma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bunlardan biri KVKK'da veri sorumlusu ve veri işleyen için öngörülmüştür. KVKK'nın 12. maddesinde veri sorumluları ile veri işleyen kişilere, öğrendikleri kişisel verileri kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamayacakları ve işleme amacı dışında kullanamayacakları yönünde bir sır saklama yükümlülüğü yüklenmiştir. Yine mevzuatımızda hekim, avukat, noter gibi meslek gruplarının sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir.

KVKK kapsamında sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebilmesine işleme amaçları bakımından sınırlama getirilmiştir. Buna göre, bu tür verilerin sadece sır saklama yükümlülüğü bulunan kişi ya da kuruluşlarca işlenebilmesi yeterli görülmemiş, ayrıca bu verilerin belirli amaçlarla işlenmesine izin verilmiştir. Bu amaçlar, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetleri ile finansmanının yönetimi ve planlanması olarak düzenlenmiştir.

Kamu sağlığının korunması amacıyla yapılabilecek ve veri işlemeyi gerektirecek faaliyetler, salgın hastalıkları önlemek, besinlerin ve suyun insan sağlığına zararlı hale gelmesini önlemek, kamunun genel sağlık durumunu takip etmek, doğal afetlere karşı harekete geçmek, tıbbi teşhis ve tedavilerin kalitesini, erişilebilirliğini artırmak, çeşitli araştırmalar yapmak suretiyle sağlık sorunlarının oluşmasını önlemek, sağlık politikaları geliştirmek şeklinde gerçekleştirilebilir³⁵. Örneğin bir bölgede yaşayan çocukların kızamık aşısı olup olmadığını tespit etmek amacıyla, bölgede yaşayan çocukların tıbbi geçmişlerine dair sorular sorulması ve bunların kayıt altına alınması halinde sağlığa dair özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesi söz konusu olacaktır.

Koruyucu hekimlik amacıyla yapılan ve kişisel veri işlemeyi gerektirecek

³⁵ Eraslan, s. 207.

faaliyetlere örnek olarak, herhangi bir hastalığın ortaya çıkmasını engellemek için alınan önlemler, bir bulaşıcı hastalığın yayılmasını engellemek için alınan önlemler, hastalığın erken aşamada teşhisi için alınan önlemler sayılabilir³⁶.

Sağlık hizmetleri ile finansmanın yönetimi ve planlanması kapsamında, herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca kurulan kayıt ve bildirim sistemlerin kullanılması vasıtasıyla kişisel veriler, sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşlarca kayıt altında tutulmaktadır.

6. Bir Hakkın Tesisi, Kullanılması ve Korunması İçin Veri İşlemenin Zorunlu Olması

Bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için veri işlemenin zorunlu olması, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde yeni bir hukuki işleme sebebi olarak düzenlenmiştir. Böylece özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi koşullarını düzenleyen 5. maddeyle uyumlu hale gelmiştir.

Kanun'da yapılan değişiklikle özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından getirilen en önemli hukuki işleme sebebi, bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için zorunlu olması durumudur. Kanun'un lafzı ve KVKK'nın genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından benzer kurala yer verilen 5. maddesinin gerekçesinde tesis edilecek, kullanılacak ya da korunacak hakkın niteliği ya da kaynağına ilişkin bir ayırım yapılmadığı anlaşılmaktadır³⁷. Kurum tarafından hazırlana rehberde, bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan davada ispat için kişisel verileri kullanması, kısıtlı kişinin haklarının korunması amacıyla yasal temsilcinin kısıtlıya ait mali bilgileri muhafaza etmesi, bu veri işleme şartı kapsamında değerlendirilmiştir³⁸.

Söz konusu değişiklik, uygulamada tartışmalı olan ve çözüm bekleyen meselelere de çözüm sunmaktadır. Örneğin bir doktora karşı açılan malpraktis davasında kendisini savunabilmesi için mahkemeye delil sunması ya da zamanaşımı süresi içinde ilgili belge ve kayıtları saklaması, bu değişiklikten

³⁶ Eraslan, s. 209.

³⁷ Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2020, s. 411-412.

³⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, s. 11, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4190/Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari>, E.T.: 07.07.2024.

önce hukuka aykırı olarak kabul edilirken³⁹, yapılan değişiklikle birlikte hakkaniyetli bir çözüm benimsenmiş ve hukuka uygun hale gelmiştir⁴⁰. Yine örneğin sağlık sektöründe iş yapan işverenin, işçisi tarafından kendisine karşı açılan işe iade davasında işçinin bulaşıcı hastalığına dair bilgiyi fesih nedeni olarak paylaşması, değişiklikten önce hukuka aykırı iken, değişiklikten sonra hukuka uygun kabul edilebilecektir.

7. İstihdam, İş Sağlığı ve Güvenliği, İş ve Sosyal Güvenlik veya Sosyal Hizmetler ile Sosyal Yardım Alanlarındaki Hukuki Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi İçin İşleme

İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, iş ve sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler ile sosyal yardım alanındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olma, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için yeni bir hukuki işleme sebebi olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu özel nitelikli olmayan kişisel verilerin işlenmesinde geçerli olan “*veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması*” hukuki sebebini, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından daha dar ve sınırları belirli olacak şekilde düzenlemiştir. Özel nitelikli kişisel veriler için bu hukuki yükümlülüğün, istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, iş ve sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler ile sosyal yardım alanından kaynaklanmasıyla sınırlı tutulmuştur.

KVKK'nın 6. maddesinde yapılan değişiklikle öngörülen bu hukuki işleme sebebine dayanılarak gerçekleştirilecek veri işlemeye örnek olarak, istihdam ilişkisinin kurulması ve devamında işçinin istihdam edildiği alanda çalışma yeterliliğinin denetlenmesi yükümlülüğü kapsamında sağlık verilerinin işlenmesi⁴¹, işçinin özlük dosyasını hazırlama yükümlülüğü kapsamında adli sicil kaydı, kan grubu gibi verilerinin işveren tarafından işlenmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüğü kapsamında çalışanların hastalık bilgilerinin işlenmesi gösterilebilir.

³⁹ Ömer Ekmekçi/Nafiye Yücedağ/Elif Beyza Akkanat-Öztürk/ Şehriban İpek Aşıkoğlu, “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile 6698 Sayılı Kanun'da Yapılan Değişiklikler”, *Lexpera Blog*, 02.03.2024, <https://blog.lexpera.com.tr/cmkk-659-6698-degisiklikler/> Erişim Tarihi 23 Mart 2024.

⁴⁰ Kaya, s. 17.

⁴¹ Özer Deniz, s. 367; Kaya, s. 18; Ekmekçi/Yücedağ/Akkanat-Öztürk/Aşıkoğlu, *Lexpera Blog*, 02.03.2024, <<https://blog.lexpera.com.tr/cmkk-659-6698-degisiklikler/>> Erişim Tarihi 23.03.2024.

8. Siyasi, Felsefi, Dini veya Sendikal Amaçlarla Kurulan Vakıf, Dernek veya Diğer Kâr Amacı Gütmeyen Kuruluş ya da Oluşumlara İlişkin Özel İşleme Sebebi

KVKK'nın 6/g maddesi uyarınca siyasi, felsefi, dini ya da sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek veya diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tabi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına ya da bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temas halinde olan kişilere yönelik kişisel verilerin işlenmesi, yeni bir hukuki işleme sebebi olarak öngörülmüştür. Söz konusu hükümle birlikte, siyasi, felsefi, dini ya da sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek veya diğer kâr amacı gütmeyen oluşumlar tarafından, özel nitelikli bazı kişisel verilerin işlenebilmesine olanak tanınmıştır.

Anılan hüküm kapsamında gerçekleşecek bir veri işleme faaliyeti, belirli koşulların varlığı halinde hukuka uygun olacaktır. Bu koşullar, hükümde belirtilen kuruluş ya da oluşumların, kuruluş amaçlarına ve tabi oldukları mevzuata uygun hareket etmeleri, faaliyet alanlarıyla sınırlı olarak kişisel verileri işlemeleri ve bu verilerin üçüncü kişilere açıklanamamaları⁴² şeklinde ifade edilebilir. Örneğin bir sendika, kuruluş amacına uygun ve kendi faaliyet alanıyla sınırlı olarak sendika üyeliğiyle ilgili kişisel verileri işleyebilir. Buna karşın, üyelerin, sağlık ve cinsel hayatına ya da din ve mezhebine yönelik kişisel verileri, sendikanın faaliyet alanıyla ve amacıyla ilgili olmaması nedeniyle işleyemeyecektir.

Söz konusu yeni hukuki işleme sebebiyle birlikte bazı sivil toplum kuruluşlarına mevcut üyeleri, eski üyeleri ve düzenli temasta buldukları kişileri (bağışçı, insani yardım destekçisi gibi) de kapsayacak şekilde geniş bir alanda veri işleme faaliyeti gerçekleştirme olanağı tanınarak bu kişilere ait kişisel verileri işlemeye bir hukuki dayanak oluşturulmuştur⁴³.

9. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Aranılan Genel Koşul: Kişisel Verileri Koruma Kurulu Tarafından Belirlenen Yeterli Önlemlerin Alınması

KVKK'nın 6/IV. maddesinde yer alan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şartına, hükmün yeni halinde de yer verilmiştir. Kişisel

⁴² KVKK'da yapılan değişiklikte dahili veri işleme esası kabul edilmiş ve özel nitelikli kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmasında koşulu getirilmiştir (Kaya, s. 22).

⁴³ Kaya, s. 22.

Verileri Koruma Kurulu, 31.01.2018 tarih ve 2018/10 sayılı Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler kararıyla bu önlemleri tespit etmiştir. Söz konusu önlemler; özel nitelikli kişisel veriler için güvenlik politikalarının geliştirilmesi, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde çalışanların yetki, denetim ve görevlerine ilişkin önlemlerin belirlenmesi, elektronik ve fiziksel ortamda işlenen özel nitelikli kişisel verilere ilişkin ortam güvenliğinin sağlanması, özel nitelikli kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin özel önlemlerin belirlenmesi ve teknik, idari tedbirler olarak belirlenmiştir⁴⁴.

Özel nitelikli kişisel veriler için güvenlik politikalarının belirlenmesi kapsamında, özel nitelikli kişisel verileri işleyen kurum ve kuruluşlar, özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları belli, sürdürülebilir ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine dair ilkelere uygun politika ve prosedürler geliştirecektir⁴⁵. Bu politika ve prosedürlerin işlerliği düzenli olarak denetlenmeli ve gerektiğinde ihtiyaca uygun olarak güncellenmelidir⁴⁶.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından yayımlanan karar doğrultusunda özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde çalışanların yetki, denetim ve görevlerine ilişkin önlemlerin belirlenmesi kapsamında, özel nitelikli kişisel veri güvenliği konusunda çalışanlara düzenli eğitimler verilmesi⁴⁷, çalışanlarla veri sorumluları arasında yasal sorumlulukların açıkça belirlendiği gizlilik sözleşmesi yapılması⁴⁸, verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların yetki kapsamalarının ve sürelerinin, anlaşılabilir ve açıklayıcı bir şekilde tanımlanması⁴⁹, çalışanların sınırlı olan bu yetkilerinin devam edip

⁴⁴ Yiğit, s. 47-48; Eraslan, s. 161.

⁴⁵ Eraslan, s. 163.

⁴⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, 2018, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf>, Erişim Tarihi 25 Mart 2024; Room, s. 73; Paul B. Lambert, *Understanding The New European Data Protection Rules*, CRC Press, 2018, s. 295.

⁴⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 25 Mart 2024; Room, 74; Lambert, s. 295; Eraslan, s. 164.

⁴⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 25 Mart 2024; Eraslan, s. 165.

⁴⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu yayımladığı rehberde bu konuda şu ifadeye yer vermiştir: “... Ayrıca kişisel veri içeren ortamlara erişim hakkı verilirken veya

etmediğinin periyodik olarak kontrol edilmesi, çalışanlardan, görevleri sona eren ya da veri işleme yetkisine sahip olmayacağı bir göreve atananların bu alandaki yetkilerinin kaldırılması ve veri sorumlusu tarafından kendisine tahsis edilen envanterin iadesinin sağlanması⁵⁰ şeklinde tedbirler yer almaktadır.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, elektronik ortamda işlenen özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, veri sorumluları tarafından alınacak önlemleri, verilerin kriptografik yöntemler kullanılarak muhafaza edilmesi, kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda tutulması, veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm hareketlerin işlem kayıtlarının güvenli olarak periyodik bir şekilde tutulması (log kayıtları gibi), verilerin bulunduğu ortamlara ait güvenlik denetimlerinin sağlanması, yazılım aracılığıyla erişilen verilerde yazılıma ilişkin güvenlik kontrollerinin yapılması ve uzaktan erişim yapılan verilerde en az iki kademeli kimlik doğrulama sisteminin kullanılması şeklinde belirlemiştir⁵¹.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ya da erişildiği ortamın fiziksel olması halinde, verilerin bulunduğu ortamın niteliğine göre yeterli güvenlik önlemlerinin alınması gerektiğini öngörmüştür. Bu kapsamda alınabilecek koruma tedbirleri olarak, ilgili ortamın, doğal afetler ile kaza, hırsızlık gibi durumlara karşı sigortalanması, erişimin izlenmesi ve alarm sistemlerinin kurulması, bina içindeki hassas alanlara erişim kısıtlamaları getirilmesi, bilgisayarların görünmeyecek şekilde yerleştirilmesi, giriş-çıkışların kayıt altına alınması, yetkisiz giriş-çıkış işlemlerinin önlenmesi için girişlerde kimlik doğrulaması yapılması örnekleri verilmektedir⁵².

Özel nitelikli kişisel veriler, Kanun'un özel nitelikli kişisel verilerin

bu konuda kurum kültürü oluşturulurken "Yasaklanmadıkça Her Şey Serbesttir" prensibi değil, "İzin Verilmedikçe Her Şey Yasaktır" prensibine uygun hareket edilmesine dikkat edilmelidir." Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 25 Mart 2024.

⁵⁰ Eraslan, s. 169.

⁵¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 25 Mart 2024.

⁵² Lambert, s. 293; Voigt/von dem Bussche, s. 39; Eraslan s. 180; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> Erişim Tarihi 25 Mart 2024.

aktarılmasına ilişkin kuralları düzenleyen 8/II-b hükmü uyarınca, özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesine ilişkin esasların düzenlendiği 6. maddede belirtilen şartlardan birinin varlığı halinde ve yeterli önlemler alınmak şartıyla aktarılabilecektir. Özel nitelikli kişisel verilerin aktarılması bakımından veri sorumlusu tarafından alınması gereken yeterli önlemler, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31.01.2018 tarih ve 2018/10 sayılı Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler kararında ayrıca belirlenmiştir. Buna göre; *“Verilerin e-posta yoluyla aktarılması gerekiyorsa, şifreli olarak kurumsal e-posta adresiyle veya Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabı kullanılarak aktarılması, taşınabilir bellek, CD, DVD gibi ortamlar yoluyla aktarılması gerekiyorsa kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarın farklı ortamda tutulması, farklı fiziksel ortamlardaki sunucular arasında aktarma gerçekleştiriliyorsa, sunucular arasında VPN kurularak veya sFTP yöntemiyle veri aktarımının gerçekleştirilmesi, verilerin kağıt ortamı yoluyla aktarımı gerekiyorsa evrakın çalınması, kaybolması ya da yetkisiz kişiler tarafından görülmesi gibi risklere karşı gerekli önlemlerin alınması ve evrakın gizlilik dereceli belgeler formatında gönderilmesi gerekir.”*

Kişisel verilerin işlenmesi yollarından biri olan verilerin aktarılması işleminin, yeterli önlemler alınmazsa yol açabileceği olumsuz sonuçlar dikkate alınarak, bu verilerin aktarımına dair önlemlerin ayrıca belirlenmiş olması isabetlidir.

SONUÇ

7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla KVKK'nın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen 6. maddesinde ciddi değişiklikler yapılmış ve hüküm GDPR ile büyük ölçüde uyumlu hale getirilmiştir. Özel nitelikli kişisel verilere ilişkin hukuki işleme sebeplerinde değişiklik yapılırken Kanun'un 5. maddesindeki hukuki işleme sebepleriyle uyum sağlanmış, böylece bütüncül bir yaklaşımla özel nitelikli olan kişisel veriler ile özel nitelikli olmayan kişisel veriler bakımından benzer hukuki işleme sebepleri öngörülmüştür.

İlgili hükmün değişiklikten önceki halinde, sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi, sadece ilgili kişinin açık rızasının varlığı ya da kanunlarda öngörülmesi halinde mümkün olmaktadır. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin özel nitelikli kişisel veriler ise açık rıza dışında sadece kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve

bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın yönetimi ve planlanması amacıyla işlenebilmekteydi.

Kanunda yapılan değişiklikle birlikte, fiili imkansızlık durumunda kişiler verilerin işlenmesi, alenileştirilmiş özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, iş ve sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler ile sosyal yardım alanındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi, siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek veya diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların üyelerine yönelik kişisel verilerin işlenmesi, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından yeni hukuki işleme sebebi olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucu, verilerin işlenmesinin en önemli unsurunu oluşturan hukuki işleme sebeplerini genişleterek, adeta açık rızaya hapsedilmiş olan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini faaliyetini, istisnai bir faaliyet olmaktan kurtarmıştır.

Kanunda yapılan değişiklikten sonra açık rızaya dayalı olarak oluşturulan aydınlatma metinlerinin, yeni hukuki işleme sebepleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Ayözger Ö Ç, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil)*, 2. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, 2004.
- Beytar E, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*, On İki Levha Yayınları, 2018.
- Braun C A, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 2018, s. 161-190.
- Bulut M, “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 2020, s. 101-150.
- Bük A, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Christopher K, *European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation*, 2. Edition, Oxford University Press, 2007
- Çekin M S, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Däubler, W, *Gläserne Belegschaften das Handbuch zum Beschäftigtendatenschutz*, 8. Auflage, Bund Verlag, 2019.
- Dülger, M V, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2020.
- Ekmekçi Ö / Yücedağ N / Akkanat-Öztürk E B / Aşıkoğlu Ş İ, “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile 6698 Sayılı Kanun’da Yapılan Değişiklikler”, *Lexpera Blog*, 02.03.2024, <https://blog.lexpera.com.tr/cmk-659-6698-değişiklikler/>.
- Eraslan S, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Erdinç G H, “Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s. 1-19.
- Gürler H E, “Türk Hukukunda Kişisel Verilerin İşlenmesinin Sınırları”,

İstanbul Barosu Dergisi, 39(5), 2019, s. 38-59.

Haase M S, “Der Begriff der “Gesundheitsdaten” nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)”, *Zeitschrift zum Innovations-und Technikrecht, InTeR*, 2022, s. 94-98.

Henkoğlu T, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, 2015.

Kaya M B, *KVKK Reformu: 2024 Değişiklikleri* (Dijital Baskı), <<https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf>>.

Keser Y, “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(3), 2020, s. 1181-1215.

Ketizmen, M/Kart A, “Kişisel Verinin İlgili Kişinin Kendisi Tarafından Alenileştirilmesi ve Amaca Uygunluk”, *Lexpera Blog*, 14.12.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/kisisel-verinin-iligili-kisinin-kendisi-terafindan-alenilestirilmesi-ve-amaca-uygunluk/>.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)*, 2018, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4190/Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari>.

Kühling J / Buchner B, *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG*, 3. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2020.

Küzeci E, “Genetik Ayrımcılık Yasağı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(1), 2018, s. 89-132.

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, 2020.

Lambert P B, *Understanding The New European Data Protection Rules*, CRC Press, 2018.

Özer D M, “İşçinin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 12(45), 2021, s. 355-378.

Öztürkler S, “Yargı Kararları Işığında Biyometrik Verilerin İşlenme Şartları”,

Terazi Hukuk Dergisi, 18(200), 2023, s. 91-100.

Room S, *Data Protection & Compliance in Context*, BCS Learning & Development, 2007.

Sert Ş, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Taştan F G, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017.

Turan Başara G, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(16), 2020, s. 57-90.

Uncular S, *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Uyarer Göçmen S, *Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Voigt P / von dem Bussche A, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer International Publishing, 2017.

Wolff H A / Brink S, *Beckscher Online-Kommentar, Datenschutzrecht*, 39. Edition, 2021.

Yelmen A, “Sağlık Kişisel Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), 2023, s. 743-805.

Yiğit E, *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2023.

Yücedağ N, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75(2), 2017, s. 765-789.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN KONSİNYE İŞ İLİŞKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF CONSIGNMENT LABOUR RELATIONSHIP IN
TERMS OF INDIVIDUAL LABOR LAW

Canan ERDOĞAN*  

Sıdıka BULUŞ**  

ÖZET

Konsinye iş ilişkisi, uygulamada görülen konsinye satış sözleşmelerine konu malların satışına ilişkin, tedarikçi firma tarafından işçi sağlanmasına yönelik anlaşma yapılmasıyla ortaya çıkan bir iş ilişkisidir. Bu ilişkide konsinyatör işveren mal tedarik etmeyi ve kendi mallarının satışı için konsinye işçi göndermeyi, konsinye işveren ise bu malları kendi işyerinde satışa sunmayı taahhüt eder. Konsinyatör işveren ile konsinye işçi arasında iş sözleşmesi bulunur. Konsinye işçi ile konsinye işveren arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Bununla beraber konsinye işçi, iş görme edimini kendi işverenine ait işyeri dışında, konsinye işverene ait işyerinde yerine getirir. Bu nedenle konsinyatör işveren, konsinye işçi ve konsinye işveren arasında üçlü bir iş ilişkisi ortaya çıkar. İşin konsinye işverene ait işyerinde görülmesinin doğal bir sonucu olarak konsinye işveren, işyerinde çalışma düzeninin ve faaliyetlerde

* **Doç. Dr.**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** cananerdogan@aybu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-5656-5655.

** **Arş. Gör.**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** sbulus@aybu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-4343-2052 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1536491.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Erdoğan C / Buluş S, “Bireysel İş Hukuku Açısından Konsinye İş İlişkisinin Değerlendirilmesi”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(4), 2024, s. 81-118.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



bütünlüğün sağlanmasıyla sınırlı olarak konsinye işçi üzerinde yönetim hakkına sahip olur. Konsinye işçi, konsinyatör işverene ait malların satışına ilişkin işlerle sınırlı şekilde çalışır. Bunun dışında kalan, konsinye işverene veya aynı işyerindeki diğer konsinyatör işverenlere ait işleri yapması durumunda muvazaalı bir işçi temini söz konusu olabilir.

Anahtar Kelimeler: *Konsinye, Konsinye satış, Konsinye işçi, Konsinyatör, Alt işverenlik ilişkisi.*

ABSTRACT

A consignment labour relationship is a relationship that arises when an agreement is made by the supplier company to provide workers for the sale of goods subject to consignment sales contracts. In this relationship, the consignor employer undertakes to supply goods and send consignment employees for the sale of its own goods, and the consignment employer undertakes to offer these goods for sale at its own workplace. There is an employment contract between the consignor employer and the consignment employee. No contractual relationship is established between the consignment employee and the consignment employer. However, the consignment employee carries out his/her work at the workplace belonging to the consignment employer, except for the workplace belonging to his/her employer. Therefore, a tripartite labour relationship arises between the consignor employer, the consignment employee and the consignment employer. As a natural result of the work being performed at the workplace belonging to the consignment employer, the consignment employer has the right to manage the consignment employee limited to ensuring working order and integrity at the workplace. Consignment employee works limited to jobs related to the sale of goods belonging to the consignor employer. If the consignment employee performs the work belonging to the consignment employer or other consignor employers in the same workplace, there may be an improper supply of employees.

Keywords: *Consignment, Consignment sales, Consignment employee, Consignor, Subcontracting relationship.*

EXTENDED ABSTRACT

In a globalized economy marked by technological advancements and increased market competition, businesses have adopted more flexible employment models to reduce costs and improve efficiency. One such model, prevalent in the Turkish labor market, is the consignment labor relationship. This type of employment relationship arises from consignment sales contracts where a supplier (referred to as the “consignor employer”) assigns workers to sell goods at a third-party retail location, which is operated by the “consignee employer.” The unique structure of this relationship creates a three-part interaction between the consignor employer, consignment employee, and consignee employer. Although this relationship is widely practiced, it is not explicitly

regulated by Turkish labor law. Consequently, there is a need to understand its legal standing, particularly in comparison to the commonly recognized principal employer-subcontractor relationship. This paper investigates the legal nature of consignment labor relationships and explores their implications within the broader framework of labor law. The consignment labor relationship is based on a sales arrangement where goods are provided by a consignor employer for sale at the consignee employer's location. In this structure: The consignor employer supplies goods and assigns workers (consignment employees) to sell these goods. The consignee employer offers the consignor's goods for sale within its premises but has no direct employment contract with the consignment employees. The consignment employee works under the consignor employer but performs duties at the consignee employer's site, thereby creating a three-way employment interaction.

While consignment labor relationships are not directly addressed in Turkish labor law, they reflect a form of atypical employment. The employee, although primarily connected to the consignor employer through an employment contract, works at the consignee employer's premises and under its operational conditions. This setup grants the consignee employer limited managerial rights over the consignment employee concerning work order, adherence to workplace policies, and job safety protocols, albeit without establishing a formal employment relationship. Consequently, the consignment employee is legally bound to the consignor employer for all employment rights and obligations, including wages, social security benefits, and job security. The study highlights notable similarities and differences between the consignment labor relationship and the principal employer-subcontractor relationship. Both models involve a scenario where employees of one entity perform work at another entity's location. However, a fundamental distinction is that in a principal-subcontractor relationship, the subcontractor directly contributes to the primary employer's core business or ancillary tasks under contractually defined conditions. The Turkish Labor Law provides for the shared liability of the primary employer and the subcontractor for employees' rights within a lawful subcontracting framework. In contrast, the consignment labor relationship lacks such provisions. Here, the consignor employer retains full responsibility for the consignment employees' rights, with no binding obligations on the consignee employer. This aspect raises potential legal challenges, especially in cases of disputes over employee entitlements or workplace responsibilities.

Judicial decisions by the Turkish Court of Cassation illustrate both acceptance and caution towards consignment labor arrangements. The Court's rulings have alternated between acknowledging the legitimacy of consignment relationships and, in some cases, deeming them as sham subcontracting arrangements if used to evade labor law obligations. A consistent criterion across these rulings is whether the consignment employee performs solely the duties related to the consignor's business. Any involvement in the consignee employer's broader tasks could imply a misclassification of the employment relationship, potentially necessitating reclassification under

principal employer-subcontractor terms or even joint employment status. The consignment labor relationship provides businesses with an adaptable structure to extend market reach without incurring direct employment costs associated with additional staff at retail locations. However, to ensure employee protection and avoid legal ambiguities, it is crucial to establish clearer legal guidelines that differentiate valid consignment arrangements from disguised subcontracting. Legislative amendments could provide criteria for verifying legitimate consignment labor relationships, thereby offering enhanced clarity and security for consignment employees. Until such frameworks are in place, the judiciary's role in discerning genuine consignment relationships from those misused as cost-cutting devices remains pivotal. Ensuring the protection of workers' rights should be the primary consideration, warranting scrutiny of such atypical employment arrangements under labor law principles.

GİRİŞ

Zaman içerisinde oluşan ve hızla yenilerinin ortaya çıkmayı sürdürdüğü ekonomik ve teknolojik gelişmeler, emek ve sermayenin hareketliliği ve uluslararası ticaret hacminin genişlemesi, ekonomik koşulların küreselleşmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Küreselleşen ekonomi ticari rekabet ortamının koşullarını ağırlaştırmış, bu rekabet ortamında yer edinmek isteyen ticari aktörlerin de hızla değişen yeni koşullara uyum sağlaması gereği kaçınılmaz olmuştur. Bu amaçla işletmeler, daha düşük maliyetlerle daha verimli sonuçlar elde etmek üzere faaliyetlerini yürütürken kullandıkları yöntemlerde değişiklikler yapmaya başlamışlardır. Bu değişiklikler istihdam biçimlerinde de görülmeye başlamış, klasik istihdam biçimlerinin yanında işletmeler açısından daha verimli sonuçlar elde etmeye yönelik farklı esnek çalışma modelleri ortaya çıkmıştır¹.

¹ Esnek çalışma kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Gökçe Cerev, “İş Kanunu Kapsamında Esnek Çalışmaya Yeni Yasal Yaklaşımların Çalışma Hayatına Etkisi”, *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, 5, 2016, s. 65-80; Fevzi Demir / Gülşen Gerşil, “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16(2), 2008, s. 68-89; Ömer Ekmekçi, “İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları”, *Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 79-88; Münir Ekonomi, “Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği”, *Çalışma Hayatında Esneklik Çeşme Altın Yunus, İzmir*, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, 1994, s. 57-79; Canan Erdoğan, “İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(179), 2020, s. 2020-2031; Cevdet İlhan Günay, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, *Kamu- İş*, 7(3), 2004, s. 1-17; Ali Güzel, “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik (Yeniden Yapılanma)”, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan*, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1999, s. 203-221; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 23. Bası, Beta Yayıncılık, 2023, s. 21 vd.; Aziz Can Tuncay, “İşin Düzenlenmesi Bakımından

İş hukuku mevzuatımızda düzenlenmemiş olup esnek çalışma yönelimi içerisinde ortaya çıkmış olan çalışma biçimlerinden biri, konsinye iş ilişkisidir (*consignment labor relationship*). Türk borçlar hukukuna hâkim ilkelerden biri olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıkan, uygulamada “konsinye satış” olarak ifade edilen bir satış usulü mevcuttur. Sözleşme literatürde “satış için bırakma” şeklinde de ifade edilmektedir². Konsinye iş ilişkisi de konsinye satış usulünün uygulanmasıyla ortaya çıkmıştır. Konsinye iş ilişkisi, bir tarafta mallarını satışa sunmak isteyen bir işletme, diğer tarafta bu işletmenin mallarını satmak üzere görevlendirilen işçi ve diğer bir tarafta da bu malların satışa sunulacağı işyerinin sahibi bir diğer işletmenin bulunduğu üçlü bir iş ilişkisi meydana getirir. Yargıtay da verdiği bir kararında, “*Konsinye satışta, taraflardan biri (bırakan), kararlaştırılan bir bedel karşılığında bir malı diğer tarafa kendi adına ve hesabına satması için ona teslim etmeyi ve diğer taraf da (satış için alan) muayyen bir bedeli ödemeyi veya malı geri vermeyi taahhüt eder. Doktrinde konsinye satışlar için Borçlar Kanunundaki “komisyon” hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Komisyon sözleşmeleri ile herhangi bir şekle bağlı değildir*” ifadelerine yer vermiştir³.

İş hukukunun ortaya çıkma nedenlerinden biri olan işçinin korunması ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından, konsinye iş ilişkisinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi önemlidir. Bu doğrultuda, konsinye iş ilişkisinin tarafları, tarafların hak ve borçları, bu ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi

Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları”, *Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 151-167; Arif Yavuz, *Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 1995; “Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Süleyman Başterzi (Ed.) *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.1*, Beta Yayınları, 2011, s. 203-231; Gaye Burcu Yıldız, “Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.1*, Beta Yayınları, 2011, s.203-231.

² Bkz. Gül Okutan Nilsson / Yeşim M. Atamer, “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m.1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 29(3), 2013, s. 70. “...*Satış için bırakma sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, bununla, taraflardan biri (bırakan, tevdi eden) kararlaştırılan bir bedel karşılığında, bir malı diğer tarafın kendi adına ve hesabına satması için ona teslim eder ve diğer taraf (satış için alan) da muayyen bedeli ödemeyi veya malı geri vermeyi taahhüt eder. (Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, CI-1, 2008, s19) Satım için bırakma sözleşmesinde tarafların malın üçüncü bir kişiye satılması yönündeki ortak amaçları bu sözleşmeyi karakterize eden önemli bir noktadır. (Nebiyi Teoman, Satım İçin Bırakma Sözleşmesi, 1989, s.18)...*” YHGK, E. 2012/19-720, K. 2013/266, T. 20.02.2013, <www.corpus.com.tr>.

³ Yargıtay 17. HD. E. 2012/13029, K. 2014/3096, T. 06.03.2014, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi 4 Ağustos 2024.

ile bağlantısı değerlendirilmesi gereken hususlardır.

I. KONSİNYE İŞ İLİŞKİSİNİ DOĞURAN SÖZLEŞME: KONSİNYE SATIŞ SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun⁴ 26'ncı maddesinde düzenlenmiş olan sözleşme özgürlüğü gereğince taraflar, yapacakları sözleşmenin türünü ve içeriğini Kanun'da öngörülen sınırlara uygun olmak kaydıyla özgürce belirleyebilirler. Tarafların yaptığı sözleşme, Kanun'daki emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olması ve konusunun imkânsız olmaması durumunda geçerlidir (TBK m.27/1). Bu doğrultuda taraflar, Kanun'daki sınırlandırmalara uygun olmak kaydıyla Kanunda düzenlenmiş olan sözleşme türlerinden birini akdedebilecekleri gibi, Kanun'da düzenlenmemiş yeni bir sözleşme türü de belirleyebilirler⁵. Her ne kadar taraflar sözleşmenin türünü ve içeriğini belirlemede özgür olsalar da akdedilen sözleşmenin hukuki nitelendirilmesinde ve yorumlanmasında tarafların kullandıkları ifadelere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK m.19/1).

Konsinye satış (konsinyasyon suretiyle satış), mevzuatımızda açıkça düzenlenmemiş olan, sözleşme özgürlüğü doğrultusunda uygulamada ortaya çıkan atipik (isimsiz) bir sözleşme türüdür⁶. Konsinye satış sözleşmesi esasen malın bir üçüncü kişiye satışının sağlanmasını amaçlayan satış için bırakma sözleşmesini ifade eder⁷. Malını satmak isteyen kişinin satış için gerekli

⁴ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, 2*, Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 441; Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2017, s. 24; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, Legem Yayınevi, 2023, s. 17; Turhan Esener / Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 211; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 204; Hüseyin Hatemi / Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 65; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Bası, Turhan Kitabevi, 2024, s.117; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, 2023, s. 80; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2023, s. 24; Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2023, s. 3.

⁶ Satım için bırakma sözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşler için bkz. Okutan Nils-son/Atamer, s. 71. Ayrıca bkz. Fatma İtir Bingöl, "Satış İçin Bırakma Sözleşmesinde Kendi-ne Faturalandırma" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 39(3), 2023, s. 566.

⁷ Konuya ilişkin Romanya hukukunda var olan kanun düzenlemesi örneği için bkz. Romania Civil Code, "The consignment contract is a variety of the which concerns the sale of movable

araçlara sahip olmaması, yeterli uzmanlıkta bulunmaması veya satılacak şeyin bedelinin çok yüksek olup alıcı çevresinin sınırlı olması nedenleriyle başvurulan bir yöntemdir⁸. Genellikle gazete, kitap, kozmetik, tekstil satışlarında karşılaşılan bir satış türüdür.

Konsinye satış usulünde taraflardan biri, bir malı diğer tarafa satması için teslim etmeyi, diğer taraf da belirli bir komisyon karşılığında malı üçüncü bir kişiye satmayı taahhüt eder⁹. Konsinye satışta malın mülkiyeti devredilmemekte, satış sorumluluğunu üstlenen tarafa yalnızca zilyetlik devredilmektedir¹⁰. Uygulamada, satılmak üzere malı gönderen tüccar veya işletme konsinyatör (*consignor*), malı satmak üzere teslim alan tüccar veya işletme ise konsinye (*consignee*) olarak adlandırılmaktadır. Bu ilişkide konsinye, teslim aldığı malı üçüncü bir kişiye satmak için azamî çaba ve özen gösterme borcu altına girer¹¹. Taraflar arasındaki anlaşmada, konsinyenin işyeri kapsamında yer alan mal satışının yapılacağı mağazada, bazen mağazanın bir katı tümüyle, bazen de küçük bir stant veya bir reyon sözleşme konusu malların satışa sunulması için ayrılmaktadır. Malların satışını üstlenen taraf, çoğunlukla müşterilerine hem kendi markalarına ait malları hem de anlaşma yaptığı farklı tedarikçi firmalara ait çeşitli markalardan malları kendi mağazalarında satışa sunmaktadır. Ticari işlem hacmi daha geniş olan bu işletmelerin, yargı kararlarında ve uygulamada “büyük mağaza” olarak

goods which the consignor has handed over to the consignee for that purpose. A consignment contract is governed by the rules of this Section, by special law, and by the provisions relating to the contract of commission and in so far as they do not conflict with this Section.” (Art.2054), <<https://faolex.fao.org/docs/pdf/rom211534.pdf>>, Erişim Tarihi 2 Temmuz 2024. Bingöl, s. 566; Okutan Nilsson/Atamer, s. 70; Haluk Tandoğan, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 7(1), 1973, s. 1; Nebiye Teoman, *Satım İçin Bırakma Sözleşmesi Konsinye Satım*, 1. Bası, Sevinç Matbaası, 1989, s. 5; Izabela Bratiloveanu / Dan-Mihail Dogaru, “The Consignment Agreement”, *RSP*, 53, 2017, s. 46.

⁸ Teoman, s. 6.

⁹ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 20; Okutan Nilsson/Atamer, s. 70.

¹⁰ “...konsiye ile mülkiyet devri yapılmaksızın, malların satış sorumluluğunu yüklenen bir kişiye (komisyoncuya) gönderildiği, gönderilme ile malın mülkiyetinin değil, yalnızca zilyetliğinin devrinin söz konusu olduğu”nun belirtildiği Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 20. HD. E. 2019/2474, K. 2020/1959, T. 21.10.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2024.

¹¹ Okutan Nilsson/Atamer, s. 70. Ayrıca yazarlara göre, konsinyenin seçimli bir borcu vardır: Dilerse malı iade edip hiçbir şey ödememek, dilerse satışı gerçekleştirip ve karşılaştırılan semeni satım için konsinyatöre öder. Ayrıca bkz. Teoman, s. 13 vd.

ifade edildiği görülmektedir¹². Büyük mağaza, anlaşmada belirlenen alana yerleştirilen malların üçüncü kişilere satışını kendi adına ve konsinyatör hesabına gerçekleştirir¹³. Konsinyeye bırakılan mal üçüncü kişiye satıldığında mülkiyet konsinyatörden çıkıp doğrudan üçüncü kişiye geçer¹⁴. Bu durumda konsinye, satış bedelini konsinyatöre ödemekle yükümlü olup sözleşme ile belirlenen ücreti, yani komisyonu isteme hakkına sahip olmaktadır. Konsinye malların fiyatları konsinyatör yani tedarikçi firma tarafından belirlenmekte, satılmayan mallar tedarikçi firmaya iade edilmektedir¹⁵.

Konsinye sözleşmenin hukuki karakterine bakılacak olursa¹⁶, konsinye sözleşmesi bir ana sözleşmedir (*main agreement*), çünkü bağımsız bir varlığı vardır ve kendi yasal rejimine sahiptir. Konsinye sözleşmesi *sinallagmatik* bir sözleşmedir (iki taraflı), zira karşılıklı ve birbirine bağlı yükümlülükler her iki tarafça öngörülür. Konsinye sözleşmesi bir *intuitu personae* (*karşı tarafın kişiliğine bağlı*) sözleşmesidir. Çünkü konsinyatörün konsinyeye duyduğu güvene dayanmaktadır. Ayrıca sözleşme kapsamında malın mülkiyet hakkının devri söz konusu olmaz, sadece zilyetlik devredilmektedir. Konsinye sözleşmenin şekil şartına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷. Ancak

¹² Örnek kararlar için bkz. “...*asıl büyük mağazanın K... bölümü olup iş yoğunluğunun daha fazla olduğu, H... bölümünün küçük ve iş yoğunluğunun az olan mağaza olduğu, bu itibarla K... mağazasının asıl mağaza ve büyük iş yapan mağaza niteliğinde olup, H... mağazasının diğer K... mağazasına göre daha küçük ikinci derece özellikte mağaza olduğu anlaşıldığından...*” Yargıtay 9. HD. E. 2015/13987, K. 2015/18317, T. 20.05.2015; Yargıtay 9. HD. E. 2012/12391, K. 2012/11200, T. 03.04.2012; E.2012/33090, K. 2014/22255, T. 30.06.2014, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 6 Ağustos 2024.

¹³ Görüldüğü gibi bu ilişki, TBK m.40/1 uyarınca bir *doğrudan temsil* ilişkisidir. Zira hukuki işlem temsilci ile üçüncü kişi arasında gerçekleşmesine rağmen hukuki işlemin sonuçları temsil olunanın adı ve hesabında sonuç doğurmaktadır.

¹⁴ Bingöl, s. 568.

¹⁵ Konsinye sözleşmesi, komisyon sözleşmesinden kendine has özellikleriyle ayrılır: Alıcıya verilen yetkinin amacı, göndericinin taşınır mallarının satılmasıdır; malların satışı, konsinye sözleşmesinin taraflarınca önceden belirlenen bir fiyattan veya bu fiyattan belirlenememesi durumunda, satış sırasında ilgili piyasadaki malların cari fiyatından yapılır; alıcı, malın satış bedeli olarak elde ettiği tutarı gönderene vermekle veya mal satılmamışsa malı gönderene aynen iade etmekle yükümlüdür. Ayrıca konsinye sözleşme ile komisyon sözleşmesinin birbirinden farklı olduğu yönünde bkz. Şükriye Esra Baskan, “Konsinye Satış (Satım İçin Bırakma) Sözleşmesinin Alt İşverenlik İlişkisi Yönünden Değerlendirilmesi Karar İncelemesi”, *Legal ISGHD*, 20(79), 2023, s. 967.

¹⁶ Bkz. Bratloveanu/Dogaru, s. 47.

¹⁷ “...*Konsinye satışta, taraflardan biri (bırakan), kararlaştırılan bir bedel karşılığında bir malı diğer tarafa kendi adına ve hesabına satması için ona teslim etmeyi ve diğer taraf da (satış için alan) muayyen bir bedeli ödemeyi veya malı geri vermeyi taahhüt eder. Doktrinde konsinye satışlar için Borçlar Kanunundaki “komisyon” hükümlerinin uygulanması*”

İspat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında fayda vardır¹⁸.

B. Konsinye Satış Sözleşmesinin Avantajları ve Dezavantajları

Konsinye satış usulü, her iki taraf için de avantajlı bir ilişki meydana getirmesi nedeniyle tercih edilen bir yöntemdir¹⁹. Konsinye satış sözleşmesi ile mal gönderen tedarikçi firma, yani konsinyatör, ücretsiz şekilde mallarını çeşitli mağazalara yerleştirme imkânı bulur. Bu sayede hem yüksek maliyetler doğurabilecek olan işletmesel giderlerinden kurtulur hem de birçok farklı mağazada mallarını satışa sunarak, yani daha geniş müşteri çevresine ulaşarak, yapılacak satışlardan daha fazla kazanç elde edebilir²⁰. Bunun yanı sıra, satılmak üzere gönderdiği mallar henüz satılmadığı için fatura kesmesi gerekmez, dolayısıyla satışa kadar vergi ödemek zorunda kalmaz²¹. Konsinye satışın tedarikçi firma bakımından önemli avantajlarından biri de reklam giderlerinden tasarruf etmesidir²².

Küreselleşen dünyada rekabet koşullarının ağırlaşması, tüketimin artması, ürün çeşitliliğinin çoğalması; pazarlama tekniklerinin gelişmesini ve büyük mağazacılık alanında dönüşümler yaşanmasını zorunlu kılmıştır. Bu koşullarda varlığını sürdürmek isteyen işletmeler bakımından, konsinye malların satışı suretiyle faaliyet alanını genişletmek avantajlı bir durum ortaya çıkarır. Konsinye satış sözleşmesi ile malları üçüncü kişiye satmayı üstlenen büyük mağaza, para ile stoklarına katmayı düşünmediği bir malı satma imkânı bulur. Mal satıldığında satış bedelini tedarikçi firmaya öderken, aralarındaki anlaşmaya göre belirlenen komisyonu almaya hak kazanır²³. Konsinye satış usulüyle, müşterilerine sunduğu ürün çeşitliliğini artırır, farklı ürün ve

gerektiği kabul edilmektedir. Komisyon sözleşmeleri ile herhangi bir şekilde bağlı değildir. Bu nedenle konsinye satış sözleşmeleri için de herhangi bir şekil şartı aranmaz." Bkz. Yargıtay 17. HD. E. 2012/13029, K. 2014/3096, T. 06.03.2014, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2024.

¹⁸ Romanya Medeni Kanun uyarınca, konsinye sözleşmenin yazılı yapılması gerekmektedir. Ancak maddede bu koşulun geçerlilik koşulu olmadığı, sadece ispat koşulu olarak düzenlendiği belirtilmektedir. Maddenin orijinal hali şu şekildedir; "*The consignment agreement is concluded in writing. Unless the law provides otherwise, the written form is required only for evidence of the contract*" (Art.2055). Ayrıntılı açıklama için bkz. Bratiloveanu / Dogaru, s. 47.

¹⁹ Bratiloveanu/Dogaru, s. 46.

²⁰ Bratiloveanu/Dogaru, s. 46.

²¹ Bingöl, s. 574.

²² Bratiloveanu/Dogaru, s. 46.

²³ Bingöl, s. 566.

markaları tüketiciye ulaştırma imkânı bulur. Konsinye işverenin kurumsal kimliği, bilinirliği, marka değeri ve müşteri çevresinden yararlanır. Kendi malları hakkında bilgi sahibi olan, gerekli eğitimleri sağladığı kendi işçileri aracılığıyla ürünlerini satışa sunma imkânı bulur.

Konsinye iş ilişkisi, konsinye işçi bakımından esasen klasik bir iş ilişkisi meydana getirir. Konsinye işçi ve konsinye işveren için iş sözleşmesinden kaynaklanan karşılıklı hak ve borçlar ortaya çıkar²⁴. Yalnızca işçi, işverenin işyerinde değil, işveren tarafından görevlendirildiği bir başka işyerinde iş görme edimini yerine getirir. Bu işyerinin kurallarına ve çalışma düzenine tabi olur. İşçinin iş görmesi karşılığında elde ettiği haklardan konsinyatör işveren tek başına sorumlu olur. Konsinye iş ilişkisi daha çok konsinye satış sözleşmesinin tarafları olan konsinyatör işveren ve konsinye işveren bakımından avantajlı bir ilişki meydana getirir²⁵.

Konsinye işveren, çeşitli mal ve markaları tüketiciye sunma imkânı bulurken konsinye işçilerin çalışmasıyla bu ürünlerin tanıtımı bakımından da kolaylık elde eder²⁶. Konsinyatör işverenin çalışanları bu ürünler konusunda uzmanlaşmış olduklarından tüketicilere ürünler doğru şekilde tanıtılır ve doğru bilgilendirme yapılır. Bu durum işyerinde satışların artması yönünde olumlu etki gösterir. Konsinye iş ilişkisi, konsinye işveren bakımından istihdam kolaylığı da sağlar. Konsinye işveren, konsinye satış konusu malların satışı için işçi istihdam etmek zorunda kalmaz²⁷. Konsinye işçiler ile konsinyatör işveren arasında iş sözleşmesi kurulduğu için bu işçilerin ücret, prim ve diğer sosyal hakları konsinyatör işveren tarafından ödenir. Konsinye işveren, bu işçiler bakımından iş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatından kaynaklanan diğer yükümlülüklerden de kurtulur.

Uygulamada, tedarikçi firma ile malların satışını üstlenen büyük mağaza arasında yapılan anlaşmada, konsinye malların satılması için çalışacak işçiler bakımından da düzenleme yapıldığı görülmektedir²⁸. Konsinye satış sözleşmesinde, tedarikçi firma tarafından teslim edilen malların, satışı üstlenen firmaya bağlı çalışanlar tarafından satılacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda satışı üstlenen işverene bağlı işçiler ile satış gerçekleştirilecek olup bu işçiler

²⁴ Baskan, s. 971.

²⁵ Bratiloveanu/Dogaru, s. 46.

²⁶ Baskan, s. 968.

²⁷ Baskan, s. 968.

²⁸ Bratiloveanu/Dogaru, s. 46.

ile tedarikçi firma yani konsinyatör arasında bir çalışma ilişkisi kurulmaz. Bu işçiler hem tedarikçi firmanın satış işini hem de bağlı oldukları işverenin diğer işlerini yapmakla görevli olurlar. Malların satışı, büyük mağaza tarafından doğrudan yapılacağı için tedarikçi firmanın çalışan istihdam etmesine gerek kalmaz²⁹. Bunun yanında, konsinye satış sözleşmesinin konusunu oluşturan malların satışına ilişkin işlerde çalışmak üzere tedarikçi firma tarafından işçi sağlanacağı da kararlaştırılabilmektedir. Bu durumda mağazada malların satışa sunulacağı bölümde konsinye mallar konsinyatör firmanın kendi işçileri tarafından satışa sunulur. Böyle bir anlaşma yapılması durumunda tedarikçi firma ile malların satışında çalışacak işçi arasındaki iş sözleşmesine dayanarak malların satışa sunulacağı ayrı bir işyerinde iş görme edimi yerine getirilir. Ortaya çıkan üçlü iş ilişkisi konsinye iş ilişkisi olarak ifade edilmektedir.

II. KONSİNYE İŞ İLİŞKİSİ İLE ORTAYA ÇIKAN ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİSİ

Konsinye satış sözleşmesinde, satışın yapılacağı mağazalarda tedarikçi firmaya ayrılan bölümde, bu firmaya ait ürünlerin yine bu firmanın işçileri aracılığıyla tanıtımının ve satışının yapılacağı kararlaştırılması durumunda konsinye iş ilişkisi ortaya çıkar. Konsinye iş ilişkisi esasen kaynağını, bir tarafta işverenin diğer tarafta ise işçinin bulunduğu klasik bir bireysel iş ilişkisinde bulur. Mallarını farklı işverenlere ait mağazalarda satışa sunmak isteyen işveren, istihdam ettiği işçileri, bu satışa ilişkin işleri görmek üzere görevlendirir. Bu işçiler malların satışa sunulacağı farklı bir işyerinde iş görme edimini yerine getirirler. Her ne kadar söz konusu işçiler tedarikçi firmaya iş sözleşmesi ile bağlı olsalar da farklı bir işverene ait işyerinde ve iş organizasyonu içerisinde iş görme edimini yerine getirdikleri için üçlü bir iş ilişkisi söz konusu olur. Mağazada konsinye malların satışa sunulduğu kısım dışında kalan bölümlerde, satışı üstlenen firma, iş sözleşmesi ile kendisine bağlı işçiler ile diğer malların tanıtım ve satışını yapmaya devam eder.

A. Konsinye İş İlişkisinin Tarafları

Çalışma hayatında asıl işveren- alt işverenlik ilişkisi, geçici iş ilişkisi, işyeri devri, iş sözleşmesinin devri gibi üçlü ilişkiler sıklıkla uygulanmaktadır. Konsinye iş ilişkisinde *konsinyatör işveren* (konsinye mal tedarik eden firma), *konsinye işçi* ve *konsinye işverenden* (malların satışını üstlenen firma) oluşan

²⁹ Bratiloveanu/Dogaru, s. 46.

üçlü bir iş ilişkisi söz konusudur³⁰. Burada tüm taraflar arasında farklı hukuki ilişkiler vardır. Başka bir anlatımla, konsinyatör işveren ile konsinye işçi arasında (iş sözleşmesi), konsinyatör işveren ile konsinye işveren arasında (konsinye satış sözleşmesi) ve konsinye işveren ile konsinye işçi arasında farklı hukuki ilişkiler mevcuttur.

Çalışma konumuzu oluşturan konsinye iş ilişkisinde tedarikçi firma, yani konsinyatör işveren, anlaşma konusu malların satışa sunulacağı mağaza bölümünde, bu malların satışı ile ilgili işleri yapmak üzere kendi işçilerini çalıştırır. Bu işçiler, konsinye satış sözleşmesinden önce akdedilmiş olan iş sözleşmeleriyle çalışmakta olan işçiler olabileceği gibi, konsinye satış sözleşmesi sonrasında ilgili satış işlerini yapmak üzere konsinyatör işveren tarafından işe alınmış işçiler de olabilir. Bu işçilerin iş sözleşmesinden kaynaklanan başta ücret olmak üzere diğer ücret ekleri, fazla çalışma ücreti, yıllık izin, kıdem tazminatı gibi tüm haklarından konsinyatör işveren sorumludur. Toplu iş hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülükler de konsinyatör işveren ve işçi arasında ortaya çıkar. İşçiler her ne kadar farklı bir işverene ait işyerinde iş görme edimini yerine getiriyor olsalar da konsinyatör işverenin işyeri veya işyerlerinde uygulanmak üzere imzalanan toplu iş sözleşmesinden faydalanırlar. Yine, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerden, özellikle konsinye işçinin sigortalı olarak bildirim ve sigorta primlerinin ödenmesinden konsinyatör işveren sorumludur.

Konsinyatör işveren tarafından, konsinye satış konusu malların tanıtım ve satışı ile ilgili işleri yapmak üzere görevlendirilen, konsinyatör işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler “*konsinye işçi*” olarak adlandırılır. Konsinye işçiler iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunu konsinyatör işverene ait işyerinde değil, malların satışa sunulduğu bir başka işverenin işyerinde yerine getirirler. Konsinye işçi, yalnızca iş sözleşmesi ile bağlı olduğu konsinyatör işverenin mallarının satışıyla sınırlı olarak iş görme borcu altındadır. Konsinye iş ilişkisinden bahsedebilmek için konsinye işçilerin yalnızca konsinyatör işverenin işlerini görmesi, bunun dışında kalan işlerde görev almaması gerekir. Bu kapsamda yalnızca malların satışa sunulduğu mağaza katı, stant veya reyonda bu malların satışı ile ilgili konsinyatör işverenin emir ve talimatlarına uygun işleri yapmakla yükümlülerdir. Bunun dışında kalan, malların satışa sunulduğu mağazanın diğer işlerini veya konsinye satış konusu malların dışındaki diğer ürünlerin satışıyla ilgili işleri

³⁰ Baskan, s. 970.

yapmakla yükümlü değillerdir. Aksi halde alt işverenlik ilişkisine ilişkin sorunlar gündeme gelecektir.

Konsinye satış sözleşmesinde, malların kendi mağazalarında satışa sunulmasını üstlenen taraf, konsinye işveren olarak adlandırılır. Satış ile ilgili işlerin konsinyatör işverenin işçileri tarafından görülmesinin kararlaştırılması durumunda, iş her ne kadar konsinye işverenin işyerinde görülüyor olsa ve bu kişi de “konsinye işveren” olarak adlandırılrsa da esasen konsinye işçi ile konsinye işveren arasında herhangi bir iş ilişkisi kurulmamaktadır. Konsinye işçi yalnızca konsinyatör işverenin işleriyle sınırlı şekilde konsinye işverenin işyerinde iş görme edimini yerine getirir. Bunun dışında kalan konsinye işverenin ya da mağazada malları satışa sunulan diğer konsinyatör işverenlerin işlerini yapmaz. Dolayısıyla konsinye işveren, konsinye işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan başta ücret olmak üzere haklarından sorumlu değildir. Konsinye işçi iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını konsinyatör işverenden talep edebileceği için bu bakımdan herhangi bir hak kaybı veya dezavantajlı bir durum ortaya çıkmaz. Ancak konsinye işçinin konsinyatör işverenin işleri dışında kalan herhangi bir işi görmesi durumunda konsinye işveren bakımından bu işçi için işveren sıfatı söz konusu olabilir. Hatta öyle ki somut olay kapsamında birlikte işverenlik dahi mümkün olabilir. Bilindiği gibi, birlikte istihdam işçinin, birden fazla işveren için “tek bir iş sözleşmesi” ile ve “tek bir iş görme borcu” kapsamında çalıştırılması halinde, çalışma ilişkisinin tek bir iş ilişkisine dayandığı ve işverenlerin müteselsil sorumluluğunu doğuran bir istihdam biçimi olarak ortaya çıkar³¹. Dolayısıyla konsinye iş ilişkisinin ortaya çıkması bakımından işçinin yaptığı işin kapsamı önem arz eder.

B. Konsinye İş İlişkisinde İşverenin Yönetim Hakkı

İş Kanunu'nun³² m. 8/1 hükmüne göre işçi, iş sözleşmesi ile işverene bağımlı şekilde iş görmeyi üstlenir. İş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşme türlerinden ayıran bağımlılık unsuru, taraflar arasında kişisel ve hukuki bir bağımlılık ilişkisi oluşturmasının yanı sıra işverenin

³¹ Birlikte işverenlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehtap Yücel Bodur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*, 1. Bası, Beta Yayıncılık 2018.; Gaye Baycık, “İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 13(2), 2022, s.76-85.

³² RG, T. 10.06.2003, S. 25134.

iş organizasyonu içerisinde işin görülmesinin de doğal bir sonucudur³³. Bu kapsamda işveren, iş görme borcunun yerine getirileceği yer, zaman, işin görülme şekli bakımından işçi üzerinde yönetim hakkına sahiptir³⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 399'uncu maddesine göre işveren, işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin genel düzenleme yapabileceği gibi işçilere özel talimatlar verebilir. İşçi, işverenin bu kapsamda vermiş olduğu emir ve talimatlara dürüstlük kullarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür. İşçinin işin görülmesine ilişkin talimatlara uyma borcu, iş görme borcunun kapsamında yer alır ve buna aykırılık durumunda iş görme borcuna aykırılık ortaya çıkar. İşverenin işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik verdiği talimatlara uyma borcu ise işçinin iş görme borcundan bağımsız bir sadakat borcu niteliğindedir³⁵.

Konsinye iş ilişkisinde iş sözleşmesi, konsinyatör işveren ile konsinye işçi arasında kurulduğu için bu ilişkide yönetim hakkı, asıl işveren olan konsinyatör işverendedir. Zira konsinye işveren ile işçi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır. Özellikle işin görülmesine ilişkin emir ve talimat verme yetkisi, iş görme borcunun alacaklısı konumundaki konsinyatör işverendedir. Konsinye işçinin iş görme borcu, aralarındaki iş sözleşmesi esaslarına göre yalnızca konsinyatör işverenin işleriyle sınırlı olduğu için işin görülmesine ilişkin yönetim hakkı konsinyatör işverene aittir. Yine aralarındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan işçinin çalışma düzeni, izin haklarının kullanılması bakımından yönetim hakkı da konsinyatör işverende olmalıdır. Bununla beraber, konsinye işveren ile konsinye işçi arasında iş sözleşmesi bulunmasa da işçi, iş görme edimini belirli bir süre için konsinye işverenin işyerinde yerine getirir. Dolayısıyla konsinye işçi, konsinye işverenin kurduğu çalışma düzeni, işyeri düzeni içerisinde çalışmasını sürdürür. Bu nedenle işyeri düzeninin ve disiplinin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla konsinye işverenin konsinye işçi bakımından emir ve talimat verme

³³ Süzek, *İş Hukuku*, s. 235.

³⁴ Aydın Başbuğ / Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, 2018, s. 142; Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat / Ercüment Özkaraça, *İş Hukuku Dersleri*, 36. Bası, Beta Yayıncılık, 2023, s. 274; Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1 Bireysel İş Hukuku*, 6. Bası, Lykeion, 2022, s. 154; Narmanlıoğlu, s. 15; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Bası, Gazi Kitabevi, 2019, s. 163; Süzek, *İş Hukuku*, s. 237; Muhammed Fatih Uşan / Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 119.

³⁵ Süzek, *İş Hukuku*, s. 359.

yetkisi olduğu kabul edilebilir³⁶. Zira konsinye işçi, konsinye işverenin tasarruf alanına sosyal temas sonucu girmiş bulunmaktadır. Hem güven ilişkisi gereği hem de TMK³⁷ m.2 kapsamında dürüstlük kuralı gereğince işçinin korunması borcu ortaya çıktığı söylenebilir³⁸. Her ne kadar her iki işveren birbirinden bağımsızsa da konsinye işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine aykırı bir durum gerçekleştiğinde, konsinyatör işverenin işçileri de bundan etkilenecektir³⁹. Her ne kadar yasal düzenlemelerde böyle bir yetki düzenlenmemişse de işe giriş ve çıkış saatleri, ara dinlenme sürelerinin kullanılması, işyerindeki davranış kuralları bakımından konsinye işverenin işyerinde asgari çalışma düzeninin sağlanmasıyla sınırlı olmak üzere emir ve

³⁶ Baskan, s. 971; Narmanlıoğlu, s. 18. Benzer şekilde geçici iş ilişkisinde geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği açısından sorumluluğu ile ilgili bir Yargıtay kararında, “Anılan düzenleme, geçici iş ilişkilerinde, her iki işverenin iş sağlığı ve güvenliği koşullarının sağlanmasından beraberce sorumlu olması gerektiğini kabul etmiştir. Böylelikle işçiyi geçici olarak çalıştıran işveren kadar, onu geçici gönderen işveren de sorumluluğa ortak edilmiştir. Yasa koyucu bu şekilde, işçisini geçici olarak başka bir işverene gönderen işverene, işçisini gönderdiği işyerindeki iş sağlığı ve iş güvenliği koşullarını kontrol etme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla geçici işverenin yanında iş gören işçinin uğradığı iş kazasından, aksi ispatlanmadığı, uygun nedensellik bağının kurulmadığı ya da kesildiği ispatlanmadıkça, işçisini gönderen işverenin de sorumlu olacağı kabul edilmelidir.” ifadelerine yer verilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 10. HD. E. 2014/18576, K. 2014/20239, T. 21.10.2014, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024. Konsinye işverenin emir ve talimat verme yetkisine benzer şekilde, hastanede temizlik işini üstlenen alt işveren işçisinin hastane yetkililerinden de emir ve talimat olarak çalışmasına ilişkin uyumsuzlukta Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından, işçiyi işin yürütümü ile ilgili gün içinde hastane yetkililerince verilen emir ve talimatların tek başına asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu göstermeyeceğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 22. HD. E. 2017/14348, K. 2018/19830, T. 24.09.2018, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024.

³⁷ RG, T. 08.12.2001, S. 24607.

³⁸ Canan Erdoğan, “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2, 2017, s. 135; Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki İdari ve Cezai Sonuçları*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2015, s. 124- 125.

³⁹ Benzer durumun alt işverenlik kurumu açısından ele alındığı çalışma için bkz. İbrahim Aydın, “6331 Sayılı Kanun’da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, *Sicil İHD*, 30, 2013, s. 38; Recep Güner, “Asıl İşverenin (Taşeron) İşçilerinin İş Sağlığını ve Güvenliğini Sağlama Sorumluluğunun Kapsamı ve Sınırı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10(105), 2015, s. 79; Muzaffer Koç, “İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Asıl İşverenin Yükümlülükleri”, 8. *İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı Bildiriler Tam Metinleri Kitabı*, 8-11 Mayıs 2016, İstanbul, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayını, 2016, s. 78 vd.; Ayrıca “başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar” kavramı hem 6331 sayılı İSGK (m.6, m.16 ve m.17) hem de bazı yönetmeliklerde kullanılmaktadır. Örneğin, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği. Bkz. RG, T. 29.12.2012, S. 28512.

talimat verme ve denetleme yetkisi söz konusudur⁴⁰. Konsinye işçiler de iş görme edimini yerine getirirken konsinye işverenin işyeri kurallarına uymakla yükümlüdür. Zira her ne kadar konsinye işçi, konsinyatör işverenin işçisi olsa da, konsinye işverenin işyerinde çalışma düzeninin bozulmadan devam etmesi de gerekmektedir. Örneğin konsinye işveren işe giriş-çıkış saatlerini, ara dinlenme zamanlarını ya da işçilerin giyeceği (üniforma) kıyafetin belirlenmesinde yönetim hakkına sahip olabilir.

Konsinye işverenin işyeri düzeninin sağlanması bakımından sınırlı şekilde emir ve talimat verme yetkisinin varlığı kabul edildikten sonra, konsinye işçinin yıllık izin hakkını kullanması bakımından konsinye işverenin yönetim hakkının bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir. İşçinin yıllık izin hakkını kullanma zamanı bakımından işveren yönetim hakkına sahiptir⁴¹. Konsinyatör işveren, konsinye işçi bakımından işveren sıfatına sahip olduğu için esasen yıllık izin hakkının kullanılması bakımından yönetim hakkına sahip olduğu söylenebilir. Ancak konsinye işçinin yıllık izin hakkını kullandığı zaman dilimi içerisinde, bu işçinin görevli olduğu mağaza bölümünde izinli işçinin yerine hangi işçilerin çalıştığı yönetim hakkının kullanılması bakımından önem arz eder. Konsinye satış sözleşmesinde, satışın

⁴⁰ Ancak burada ince bir sınırın olduğundan bahsedilmelidir. Aksi halde muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde bahsedilmesi ihtimali doğacaktır. Örnek karar için bkz. Yargıtay 9. HD. E. 2018/4790, K. 2018/7829, T. 05.04.2018, <www.lexpera.com>, Erişim Tarihi 3 Ağustos 2024. “*Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde; biri asıl diğeri hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup, bulunmadığının, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıklarının, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığının, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığının, alt işverende daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığının, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığının, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığının, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığının, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığının, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir”.* Yargıtay 7. HD. E. 2014/10352, K. 2014/18531, T. 01.10.2014, <http://www.calismatoplum.org/arama.htm>, Erişim Tarihi 3 Ağustos 2024.

⁴¹ Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 429; Hasan Kayırgan, “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2021, s. 589. Bu yönde karar örnekleri için bkz. Yargıtay 9. HD. E. 2014/27000, K. 2016/2328, T. 28.01.2016; Yargıtay 9. HD. E. 2014/30472, K. 2016/3413, T. 22.02.2016, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, Erişim Tarihi 17 Mayıs 2024.

yapılacağı mağaza bölümünde tedarikçi firmanın kendi işçilerini çalıştıracığı kararlaştırılmış ve bu işçilerin yıllık izin hakkını kullandığı süre için tedarikçi firmanın yeni işçi sağlayacağı belirlenmiş olabilir. Bu durumda konsinye işçinin yıllık izin hakkını kullanmasıyla konsinyatör işveren tarafından yapılan yeni görevlendirme ile ilgili bölümün satış işleri aksamayacağından yıllık izin hakkının kullanılmasında konsinyatör işveren yönetim hakkına sahip olur. Böyle bir durumda konsinye işveren yalnızca kendi işçileri bakımından yönetim hakkına sahip olup konsinye işçilerin yıllık izin haklarını ne zaman ve ne şekilde kullanacakları hakkında yönetim hakkına sahip değildir. Konsinye işçi sadece konsinyatör işverenin ürünlerinin satıldığı birimde çalıştığı için konsinye işveren açısından ne zaman yıllık izne çıktığının hiçbir önemi yoktur. Zaten konsinye işveren konsinye işçiyi başka bir birim/bölümde çalıştırmamaktadır. Eğer aksi olsaydı bu durumda işçilerin ne zaman yıllık izne çıkarılacağı konsinye işveren için de önem arz ederdi. Ancak o zaman da asıl işveren-alt işveren tartışması gündeme gelirdi.

Diğer bir ihtimalde; konsinyatör işveren ve konsinye işveren arasındaki anlaşmada, konsinye işçilerin yıllık izin haklarını kullandıkları zaman dilimi içerisinde ilgili bölümde çalışmak üzere konsinye işveren tarafından işçi görevlendirileceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda konsinye işçi yıllık izne ayrıldığında onun yerine konsinyatör işveren tarafından yeni bir konsinye işçi görevlendirilmez. Konsinye işveren, sözleşme konusu malların satıldığı mağaza bölümünde izne ayrılan işçinin yerine çalışmak üzere kendi işçileri arasından görevlendirme yapar. Bu durumda konsinye işverenin gerekli görevlendirmeyi yapabilmesi için konsinye işçinin işyeri düzenini bozmayacak ve işlerin aksamasına neden olmayacak uygun bir zamanda yıllık izin hakkını kullanması gerekir. Dolayısıyla konsinye işveren, konsinye işçinin yıllık izin hakkını kullanması bakımından da yönetim hakkına sahip olur.

C. Konsinye İş İlişkisinde İşverenin Fesih Hakkı

Konsinye iş ilişkisinde iş sözleşmesi, konsinyatör işveren ve konsinye işçi arasında kurulur. Dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi de sözleşmenin tarafları olan konsinyatör işveren ve konsinye işçinin kullanabileceği bir yetkidir. Koşulların oluşması durumunda taraflar bildirimli fesih veya haklı nedenle fesih hakkını kullanabilirler. Konsinye işveren ise sözleşmenin tarafı olmadığı için konsinye işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip değildir⁴².

⁴² Baskan, s. 971.

İş sözleşmesini feshetme hakkı konsinyatör işverene ait olmakla beraber, konsinye işveren bazı durumlarda işyerinde çalışan konsinye işçinin çalıştırılmamasını isteme hakkına sahip olabilir⁴³. Ancak buradaki fesih yetkisi, konsinye işçinin işvereni olan konsinyatör işverenedir. Aksi şekilde konsinye işveren tarafından yapılan feshin hukuken bir sonuç doğurması beklenemez. Yukarıda da ifade edildiği üzere, konsinye işçiler konsinye satış sözleşmesinin konusunu oluşturan malların satışına ilişkin işlerde, konsinye işverenin işyerinde çalışırken işyeri kullarına uymak durumundadırlar. Konsinye satış sözleşmesinde taraflar, işyeri kurallarına ve düzenine aykırı davranışlarda bulunan konsinye işçilerin çalıştırılmamasının istenebilmesi bakımından konsinye işvereni yetkili kılabilirler. Sözleşme konusu satış işleminin konsinye işverenin işyerinde gerçekleştirildiği gözetildiğinde, işin niteliğinden ve işyerinin düzeninin sağlanması bakımından bu yetkinin konsinye işveren tarafından kullanılması konsinye iş ilişkisinin oluşmasında sorun oluşturmamalıdır. Böyle bir durumda konsinye işveren, işçinin çalıştırılmamasına yönelik talebini konsinyatör işverene yöneltebilir ancak konsinye işçinin iş sözleşmesini doğrudan feshedemez. Konsinyatör işveren gerekli görmesi halinde ilgili işçi yerine yeni bir işçi görevlendirebilir, çalıştırılmaması istenen işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği gibi sözleşmeyi feshetmeyip bunun yerine işçiyi başka bir işte görevlendirebilir. Başka bir anlatımla konsinye işverenin konsiyatör işverenin işçisi ile çalışmak istememesi tek başına bir fesih sebebi olarak kabul edilemez. Hiç şüphesiz

⁴³ Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde de konsinye iş ilişkisine benzer şekilde, fesih yetkisi alt işverene ait olmakla beraber bazı durumlarda asıl işveren, alt işverenin belirli işçilerinin çalıştırılmamasını isteyebilir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, uyuşmazlık konusu olayda işçilerin işe alınmasında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin asıl işveren olduğuna ve alt işveren firmaların işçi alma ve çıkarmada kesinlikli tasarruf sahibi olmadığına vurgu yapılarak gerçek anlamda bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Buna göre, alt işveren işçilerinin işlerine son verilmesinde tek yetkilinin asıl işveren olmaması ve alt işverenin bu konuda tasarruf yetkisinin bulunması koşuluyla, bazı durumlarda asıl işverenin alt işverenin belirli işçilerinin kendi işyerinde çalıştırılmamasını talep etme hakkı bulunduğu kabul edilebilir. İlgili karara göre: "...*davalı sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane yönetimi ile temizlik hizmetin alan taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmeleri, teknik şartnameler incelendiğinde, işçileri işe alınmalarında ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu, hastane idaresi tarafından kurulacak komisyonun bu görevi yapacağı, firmaların işçi alım ve çıkarılmasında kesinlikle tasarruf sahibi olmayacağı anlaşılmaktadır. Keza çalışacakların çalışma koşullarının da Hastane yönetimince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkı tamamen asıl işveren tarafından kullanılmaktadır. Burada gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkinden söz edilemez.*" Yargıtay 9. HD. E. 2007/309, K. 2007/1006, T. 29.01.2007, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024.

konsiyatör işveren açısından feshi haklı ya da geçerli kılacak başka bir neden var ise bunu fesih sebebi olarak ileri sürebilir.

III. KONSİNYE İŞ İLİŞKİSİ-ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

İş sözleşmesi, taraflar arasında ortaya çıkan kişisel bağımlılık ilişkisiyle konusunu iş görme oluşturan diğer sözleşme türlerinden ayrılır. İşçinin iş görme edimini başka bir işverene ait işyerinde yerine getirmesi bu bağımlılık ilişkisini zayıflatsa da konsinye mal tedarik eden işveren ile konsinye işçi arasında iş ilişkisi kurulmasına engel teşkil etmez. Ancak iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla görünüşte bir konsinye iş ilişkisi kurulmuş olabilir. Konsinye iş ilişkisi, meydana gelen üçlü iş ilişkisi dolayısıyla bazı durumlarda asıl işveren alt işveren ilişkisine benzerlik gösterebilir. Her ne kadar konsinye iş ilişkisi, bir işverenin işçi/işçilerini başka bir işverenin işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere göndermesinden dolayı geçici iş ilişkisine benzetilebilirse de⁴⁴, aşağıda ele alacağımız Yargıtay kararlarında da görüleceği üzere, uygulamada asıl işveren- alt işveren ilişkisine daha çok benzetilmektedir. Bu nedenle geçerli bir konsinye iş ilişkisinin mevcut olup olmadığı değerlendirilirken asıl işveren alt işveren ilişkisinin ortaya çıkıp çıkmadığı ya da muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

A. Genel Olarak Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi

1. Alt İşverenlik Kavramı

Bir işverenin, işyerinde yürütülen faaliyete ilişkin tüm işleri kendi işçileriyle yerine getirmesi zor olabilir. Bunun yanında, faaliyet alanında yer alan bazı işler ayrı bir uzmanlık gerektirebilir. Bu gibi nedenlerle işverenler, işyerindeki işlerin bir kısmının başka bir işverene bırakılması ve bu işverenin işçileri tarafından görülmesi yoluna başvurumaktadırlar⁴⁵. İş Kanunu m.2/6'ya

⁴⁴ Konsinye iş ilişkisi ile geçici iş ilişkisi arasındaki karşılaştırma için bkz. Baskan, s. 969-970.

⁴⁵ Asıl işveren- alt işveren ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Akyiğit, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013; İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021; Hande Bahar Aykaç, *İş Hukukunda Alt İşveren*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2011; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 84 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 99 vd; Ömer Ekmekçi / Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 115 vd; Seracettin Gökteş, "Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları", *Sicil İHD*, 12, 2008, s. 97-105; Ali Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, 1, 2004, s. 31-65; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 44 vd;

göre, bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ve asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu işi kendi işçileri ile yürüten diğer bir işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir⁴⁶. Maddeden anlaşıldığı üzere geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için aranan bazı koşullar bulunmaktadır. Bu başlık altında ilgili koşulların sadece genel hatları ile ele alınmasında fayda vardır.

2. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulmasının Koşulları

Asıl işveren alt işveren ilişkisi, iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerden kaçınmak, düşük ücretle işçi istihdam etmek, sendikal faaliyetleri engellemek gibi nedenlerle kötüye kullanılabilen bir müessesedir. Kötüye kullanımın önüne geçmek amacıyla İş Kanunu'nda asıl işveren alt işveren ilişkisi sıkı koşullar altında düzenlenmiştir.

Öncelikle, işyerinde işçi çalıştıran asıl işveren bulunmalıdır. Asıl işveren işin tamamının yapılmasını başka bir işverene devretmemiş olmalıdır⁴⁷. Alt işverene bırakılan iş de yine bir işveren tarafından kendi işçileri aracılığıyla yapılmalıdır⁴⁸. Alt işverenin üstlendiği iş, asıl işverenin işyerinde yürütülen

Senyen Kaplan, s. 56 vd; Sarper Süzek, "Alt İşveren İlişkisinin Kurulması", *Legal İSGHD*, 25, 2010, s. 12-29; Süzek, *İş Hukuku*, s. 163 vd; Uşan/Erdoğan, s. 60.

⁴⁶ Alt işverenlik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. Ercan Akyiğit, "Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 22(4-5), Şubat 2009-Kasım 2010, s. 1-38; Aydınlı, *Muvazaa*, s. 171; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 84; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 99; Ekmekçi/Yiğit, s. 116; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 44; Senyen Kaplan, s. 56; Süzek, *İş Hukuku*, s. 163; Savaş Taşkent, "Alt İşveren", *Legal İSGHD*, 2, 2004, s. 363-366.

⁴⁷ Başbuğ/Yücel Bodur, s. 85; Ekmekçi/Yiğit, s. 117; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 45; Senyen Kaplan, s. 57; Süzek, *İş Hukuku*, s. 165; Uşan/Erdoğan, s. 62. "İşin bir bölümünde işçi çalıştırmayan, işin tamamını anahtar teslim ve ihale yolu ile başkasına devreden ve işten el çeken kişi asıl işveren olarak nitelendirilemez". Bkz. Yargıtay 22. HD. E. 2018/8536, K. 2018/22083, T. 15.10.2018. Yine, Yargıtaya göre, anahtar teslim iş sözleşmesi olduğunda ya da bir işin anahtar teslimi verilmesi mümkün olduğunda asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz. İşin yapılması tümüyle bir başkasına bırakılmışsa asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmaz. Bkz. Yargıtay 22. HD. E. 2018/11524, K. 2018/18135, T. 11.09.2018; Yargıtay 22. HD. E. 2017/11081, K. 2018/4868, T. 26.02.2018.

⁴⁸ Aydınlı, *Muvazaa*, s. 187; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 104; Ekmekçi/Yiğit, s. 121; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 85; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 47; Senyen Kaplan, s. 59; Süzek, *İş Hukuku*, s. 164; Uşan/Erdoğan, s. 63; "İşin sevk ve idaresinin asıl işveren olan davalı bakanlık tarafından yapıldığı, işin yapımındaki tüm araç gereç ve malzemenin asıl işverene ait olduğu, çalışma plan, süre ve koşullarının, fazla mesailerin ve izinlerin asıl işveren olan bakanlığa belirlendiği, alt işveren değiştiği anda asıl işverene ait işyerinde çalışanla-

mal ve hizmet üretimine ilişkin olmalıdır⁴⁹. Bunun yanında, alınan iş asıl işverenin işyerinin bir bölümünde yürütülmelidir⁵⁰. Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini yalnızca asıl işverenin işinde çalıştırmalıdır⁵¹.

rın aynı şart ve koşullarda çalışmaya devam ettiği, hizmeti satın alınan alt işveren firmaların kendileri açısından işyeri oluşturabilecek ayrı bir iş organizasyonunun bulunmadığı, işe alım ve çıkarımlarda asıl işverenin söz sahibi olduğu, alt işveren ve asıl işveren işçilerinin birlikte çalıştıkları, yapılan işverenlik sözleşmelerinin muvazaalı olduğu anlaşılmıştır.” Yargıtay 9. HD. E. 2017/12251, K. 2019/18361, T. 17.10.2019, <<https://legalbank.net/arama/mahkemekararlari>>, Erişim Tarihi 8 Ağustos 2024.

⁴⁹ Aydın, *Muvazaa*, s. 192; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 104; Ekmekçi/Yiğit, s. 131; Süzek, *İş Hukuku*, s. 166; Uşan/Erdoğan, s. 63. Yargıtay’ın isabetli bir şekilde belirttiği gibi; alınan iş ne asıl iş ne de yardımcı iş ile ilgili olduğunda, taraflar arasındaki ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilemez. Karara göre; “*Asıl-alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için, asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işi ya da işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi gerekir. Verilen iş, mal veya hizmet üretimine ilişkin olmayan bir iş ise, bu tür bir ilişki doğmaz. Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve özellikle davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi’nin kuruluşuna ilişkin Ticaret Sicil Gazetesinde işgali sahasının madeni döküm ve madeni eşya üretimi ile ilgili olduğu inşaat işi ile uğraşmadığı, kendi işyeri ile ilgili inşaat işini 10.06.2012 tanzim tarihli sözleşme ile diğer davalı şirkete verdiği anlaşılmaktadır. Davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi ile diğer davalı şirket arasındaki hukuki ilişkinin ihaleye bağlı olarak yapılan istisna akdi olup davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi’nin asıl işveren konumunda olmayıp, davalı ... Yapı Mühendislik Ticaret Limited Şirketi’nin çalışmanı olan davacının hak ve alacaklarından sorumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı ... Döküm ve Madeni Aksam Sanayi Turizm Anonim Şirketi’nin diğer davalı ile birlikte davacıya ait işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*” Yargıtay 9. HD. E. 2016/5678, K. 2019/14612, T. 01.07.2019, UYAP.

⁵⁰ Aydın, *Muvazaa*, s. 215; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 107; Ekmekçi/Yiğit, s. 121; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 46; Süzek, *İş Hukuku*, s. 166. Yargıtay bir kararında; asıl-alt işverenlik ilişkisinin mi yoksa fason üretimin mi söz konusu olduğunun belirlenmesi amacıyla taraflar arasındaki sözleşmenin incelenmesi, işin asıl işverenin işyerinde mi yoksa işi üstlenen işyerinde mi yapıldığının belirlenmesi ve tanıkların tekrar dinlenmesi suretiyle ilişkinin ortaya koyulması gerektiğine karar vermiştir; Yargıtay 7. HD. E. 2013/8090, K. 2013/14813, T. 16.09.2013, UYAP.

⁵¹ Aydın, *Muvazaa*, s. 218; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 86; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 107; Ekmekçi/Yiğit, s. 136; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 47; Süzek, *İş Hukuku*, s. 171. Görülen uyumsuzlukta taraf işçinin münhasıran asıl işverene hizmet verip vermediği ve tüm mesaisini asıl işverene hasredip hasretmediği incelenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken iş sözleşmesinde ne yazdığı değil, fiili durumun tespiti önem arz etmektedir. “*Davalı asıl işyerinde davacıların işvereni dava dışı ... A.Ş. arasında çamaşır yıkama, kurutma ve dağıtım hizmet sözleşmesi imzalanmıştır. Çamaşır yıkama ve kurutma işinin davalı işverene ait işyerinde yapılmadığı, alt işverenin bağımsız işyerinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak davacıların kirlı çamaşırın toplanması ve yıkanan çamaşırın dağıtılması işinde çalıştıkları tespit edilmiştir. Davacı açıkça çamaşır toplama ve dağıtım işinde ve asıl işverene ait işyerinde çalıştığını ve sadece asıl işverene hizmet ettiğini iddia etmiş, tanıklar da çamaşır dağıtım işinde 4 işçinin Üniversitede görev aldığı belirtilmiştir. Gerekiirse işyerinde keşif yapılarak; asıl işverenin yardımcı işi niteliğindeki çamaşır yıkama-kurutma ve dağıtım işinin*

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işverene bırakılabilecek işler Kanun'da sınırlı şekilde belirlenmiştir. Bu kapsamda, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya belirli koşullarda asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulabilir⁵². Asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş söz konusu olmalıdır⁵³. Bunun dışında kalan işlere ilişkin olarak alt işverenlik ilişkisi kurulması mümkün değildir⁵⁴.

3. Muvazaalı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi

İşverenler, faaliyet alanlarındaki bazı işlerin yapılması için işçi istihdam etmek yerine iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan bazı yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla görünürde bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurabilmektedirler⁵⁵. Türk iş hukuku uygulamasında bu tür muvazaalı alt işverenlik uygulamaları yaygınlık kazanmıştır. Bu uygulamaların önüne geçmek amacıyla Kanun'da muvazaalı alt işverenlik halleri düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.

toplama ve dağıtım kısmında çalışan davacının münhasıran asıl işverene hizmet verip vermediği, tüm mesaisini Üniversiteye hasredip hasretmediği, tüm hizmet süresinin Üniversitede geçip geçmediği araştırılarak sonuca göre davacının münhasıran Üniversiteye iş görme edini haline yerine getirdiği anlaşıldığı takdirde asıl-alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilerek, aksi hinde şimdiki gibi karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir” Yargıtay 9. HD. E. 2015/2687, K. 2016/11758, T. 11.05.2016, UYAP.

⁵² Hande Bahar Aykaç “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı”, *Çalışma ve Toplum*, 3, 2015, s. 96; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 108; Ekmekçi/Yiğit, s. 116; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 45; Senyen Kaplan, s. 56; Süzek, *İş Hukuku*, s. 167; Uşan/Erdoğan, s. 60.

⁵³ Yargıtay tarafından verilen bir kararda, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için, işin ve işletmenin gereği olması ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşullarının bir arada bulunması gerektiği ifade edilmiştir. “4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işverene alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir.” Yargıtay 9. HD. E. 2008/31954, K. 2009/35494, T. 15.12.2009, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 9 Ağustos 2024. Aynı yöndeki görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 109; Göktaş, s. 98-99; Güzel, *Alt İşveren*, s. 48 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, s. 168.

⁵⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 108; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 46.

⁵⁵ Muvazaalı asıl işveren-alt işveren ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kadir Arıcı, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 55(1), 2006, s. 485-509; Aydın, *Muvazaa*, s. 281 vd.; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 88; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 131 vd.; Ekmekçi/Yiğit, s. 152 vd.; Güzel, *Alt İşveren*, s. 35 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 49 vd.; Senyen Kaplan, s. 60 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, s. 175 vd.; Uşan/Erdoğan, s. 64.

İş Kanunu m.2/7 hükmünde, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi yoluyla haklarının kısıtlanması yasaklanmıştır. Bunun yanında, daha önce işverenin o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işverenlik ilişkisi kurulamayacağı da hüküm altına alınmıştır⁵⁶. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler hariç olmak üzere asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi de yasaklanmıştır. Kanun'da düzenlenen durumların dışında kalmakla beraber, genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması da mümkündür⁵⁷. Her ne kadar alt işveren işçilerin işvereni gibi görünüyorsa da yönetim hakkı asıl işveren tarafından kullanılıyor, işçilerin ücret ve çalışma koşulları asıl işveren tarafından belirleniyor, işe alma, işten çıkarma ve disiplin cezası verme yetkileri asıl işveren tarafından kullanılıyor, iş akdinden doğan borçlar asıl işveren tarafından yerine getiriliyorsa muvazaalı bir ilişki olduğu ve ortada tek bir işverenin olduğu kabul edilmelidir⁵⁸.

Koşullarına uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasının sonucu, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı kendi işyeri ile sınırlı olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumlu olmasıdır (İŞK m.2/6). Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme

⁵⁶ Söz konusu yasaklama, çalışma özgürlüğüne müdahale boyutuna ulaşabilecek niteliktedir. Bu nedenle Yargıtay ilgili kıstası dar yorumlamaktadır. Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararında, asıl işverenin işyerinden ayrıldıktan yaklaşık olarak 9 ay sonra bir ihale sonucunda iş alan alt işveren işçisi olarak çalışmasını muvazaa olarak değerlendirmemiştir. “*Somut uyumsuzlukta mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporu dosya üzerinden alınmıştır. Hükme esas bilirkişi raporu ve gerekçede verilen işin yardımcı iş olduğu belirtilmesine rağmen asıl iş için aranan teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme unsurunun yardımcı iş için arandığı ve bunun alt işveren yönünden olmadığı kabul edilmiştir. Verilen iş yardımcı iş ise alt işverenin faaliyet alanının bu olması yeterlidir. Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme unsuru asıl işin bir bölümünde aranmalıdır. Kaldı ki verilen iş bakım ve onarım işidir. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında muvazaa karinesi olarak belirtilen “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması” karine bakımından ise davacı davalı ... şirketinden ayrıldıktan yaklaşık 9 ay sonra bu kez ihale ile diğer davalı şirket işçisi olarak işe girmiştir. Burada ara verme nedeni ile çalıştırılmaya devam ettirilmesinden söz edilemez. Zira davacı ara vermiş ve yeni bir iş sözleşmesi ile diğer davalı işçisi olarak çalıştırılmıştır. Keza yardımcı işin bir bölümünün asıl işveren işçileri ile devam ettirilmesi de tek başına muvazaa kriteri olmayacaktır. Zira yasal düzenlemeye göre asıl işveren yardımcı işin bir bölümünü de alt işverene verebilir. Ayrıca bu uygulamada alt işveren işçileri ile aynı işi yapan asıl işveren işçilerinin aynı bölümde çalışmadıkları ve ayrı bölümlerde görev yaptıkları da tespit edilmiştir” Yargıtay 9. HD. T. 03.07.2017, E. 2016/17709, K. 2017/11272, UYAP.*

⁵⁷ Süzek, *İş Hukuku*, s. 176.

⁵⁸ Süzek, *İş Hukuku*, s. 182.

dayanmasının yaptırımı ise alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmasıdır (İŞK m.2/7). Bu durumda işçi, asıl işverenin işçisi olsaydı elde edebileceği hakları geriye doğru talep edebilir⁵⁹.

B. Konsinye İş İlişkisi ile Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Birlikte Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, konsinye iş ilişkisi, konsinyatör işveren ile konsinye işçi arasındaki iş sözleşmesine dayanan, iş görme ediminin konsinye işverene ait işyerinde yerine getirilmesi nedeniyle konsinye işverenin de dahil olduğu üçlü bir ilişkidir. Bu ilişkide konsinye işçi ile konsinye işveren arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Konsinye işçinin iş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatından, iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm haklarından, konsinyatör işveren sorumludur.

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinde de alt işveren ile kendi işçileri arasında iş sözleşmesi bulunur. Kanun'daki koşullara uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulması halinde asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki yoktur⁶⁰. Alt işveren işçileri, asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşme gereğince, asıl işverene ait işi onun işyerinde görürler. Bu durumdan kaynaklı olarak, asıl işverenin de dahil olduğu üçlü bir ilişki ortaya çıkar. Bu bakımdan asıl işveren alt işveren ilişkisi ile konsinye iş ilişkisi benzerlik gösterirler. Hatta uygulamada genellikle konsinye iş ilişkisi asıl işveren- alt işverenlik ilişkisi şeklinde kurulduğu görülmektedir. Yargıtay da verdiği kararlarda konsinye iş ilişkisini genellikle asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul etmektedir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından mülga 1475 sayılı İş Kanun'u⁶¹ döneminde verilen bir karara konu olayda, mağazanın bir reyonunda tezgahlar olarak çalışan işçi işyerinde yaşanan kaza sonucunda yaralanmış, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Kararda işçinin mağazanın ilgili reyonunda konsinye olarak çalıştığı belirtilmekle beraber, 1475 sayılı Kanun'un 1/son maddesine göre tezgahların alt işveren işçisi olduğu ifade edilmiş, asıl işverenin de birlikte sorumlu olduğuna hükmedilmiştir⁶². İlgili kanun hükmüne göre; *“Bir işverenden belirli*

⁵⁹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 139; Ekmekçi/Yiğit, s. 169; Sarper Süzek, “Muvaazalı Alt İşveren İlişkisi”, *Legal ISGHD*, 27, 2010, s. 945.

⁶⁰ Ekmekçi/Yiğit, s. 162.

⁶¹ RG, 01.09.1971, S. 13943.

⁶² Yargıtay 9. HD. E. 1992/15421, K. 1993/9936, T. 10.06.1993, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur". Görüldüğü üzere, mülga 1475 sayılı Kanun'da asıl işveren alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki hükmün aksine sıkı koşullara tabi şekilde düzenlenmemiştir. Dolayısıyla konsinye olarak ifade edilen çalışma ilişkisi, asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu bir karara konu olayda ise konsinye usulüyle mal satan şirket ile komisyon karşılığı malların satıldığı mağaza arasındaki ilişki değerlendirilmiş, işçi ile konsinye malların satıldığı mağaza arasında iş sözleşmesi bulunmadığı tespit edilmiştir. Kararda, konsinye usulüyle mal satan şirket ile komisyon karşılığı malların satışa sunulduğu mağaza arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi veya geçici iş ilişkisi bulunmadığına, bu nedenle işçinin alacaklarından konsinye usulüyle mal satan şirketin sorumlu olduğuna hükmedilmiştir⁶³.

Daha sonra yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, konsinye iş ilişkisi hakkında 2008 yılında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığı yönündeki değerlendirmesinin aksine verdiği iki kararda asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu yönünde karar vermiştir. Bu kararlardan ilkinde konu uyuşmazlıkta, süpermarketin manav kısmı konsinye satış sözleşmeleriyle farklı kişilere verilmiştir. Kararda süpermarketin manav kısmının asıl işin bir bölümünü oluşturduğu, süpermarketin asıl işveren, manav bölümünü işletenlerin ise alt işveren konumunda olduğuna, bu nedenle sosyal sigortalara ilişkin yükümlülükler bakımından süpermarketin manav bölümünü işletenlerle müteselsilen sorumlu olduğuna hükmedilmiştir⁶⁴. Dairenin diğer kararına konu olayda ise "*Çerçeve Alan Tahsis Sözleşmesi*" ile mağaza içerisinde belirli bir alanda unlu mamuller imal ve satışı yapılacağı ve bu alanın kirasının yapılan satışın belirli bir yüzdesi olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Kararda, unlu mamuller işinin işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu, unlu mamul faaliyetinin mağazanın belirlediği esaslar dahilinde yürütüldüğü, unlu mamul işini yapan işçilerin mağaza tarafından belirlenen kıyafetleri giydiği, imal edilecek ürünlerin miktarı ve kalitesinin mağaza tarafından belirlendiği, unlu mamuller biriminin

⁶³ Yargıtay 9. HD. E. 2008/28993, K. 2008/33774, T. 16.12.2008, UYAP.

⁶⁴ Yargıtay 10. HD. E. 2010/15422, K. 2012/3174, T. 27.02.2012, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 2 Haziran 2024.

günlük çalışma saatlerinin mağaza tarafından belirlendiği, satışın mağazanın kasalarından yapıldığı ve bu nedenlerle asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hükmedilmiştir. Unlu mamul üreten şirketin imal ve satış işini kendi nam ve hesabına yapmasının bu ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilmesine engel oluşturmayacağı da ifade edilmiştir⁶⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konsinye iş ilişkisine ilişkin 2023 yılında vermiş olduğu yakın tarihli bir kararı ise henüz ilişkinin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olmakla beraber, değerlendirmede dikkate alınacak hususların belirtilmiş olması bakımından önemlidir⁶⁶. Karara konu olayda, bir şirkete ait çeşitli mağazalarda bir giyim firmasının mallarının satışa sunulmasına ilişkin yapılmış olan sözleşme doğrultusunda, sözleşme konusu malların satışı için giyim firması kendi işçilerini görevlendirmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, taraflar arasındaki istihdam ilişkisinin muvazaalı olduğu yönünde tespitler içeren bir rapor düzenlemiş, bunun üzerine raporun iptali ve mağaza ile arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığının tespiti talebiyle giyim firması tarafından dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi, taraflar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığı yönünde karar vermiş ancak yeterli inceleme yapılmadan hüküm kurulduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararları hakkında Yargıtay tarafından arka arkaya bozma yönünde kararlar verilmiştir. Her ne kadar taraflar arasındaki ilişkinin niteliği hakkında nihai bir değerlendirme yapılmamışsa da 9. Hukuk Dairesi'nin dava hakkında verdiği son kararda konsinye iş ilişkisi hakkında önemli değerlendirmeler yapılmıştır. Kararda, işçinin başka işyerinde çalışıyor olmasının iş ilişkisinin kurulmasına engel oluşturmayacağı, ancak bu durumda işçinin iş sözleşmesi yaptığı işverenin belirlediği çerçevede ve onun hesabına hareket etmesi, işverenin verdiği görevi yerine getirmesi, sadece işverenin işini yapması, işyerinde çalıştığı firmanın işini yapmaması gerektiği, konsinye sözleşmesi kapsamında çalışan işçinin sadece görev aldığı konsinyatör firmanın mallarının satışını yapması, diğer konsinyatör firmaların ve konsinye firmanın mallarını satışını ve işlerini yapmaması gerektiği ifade edilmiştir. Aksi takdirde, konsinyatör firma işçiyi işe alıp iş sözleşmesi yapsa ve ücreti ile sosyal sigorta primlerini ödemiş olsa da iş ilişkisinde olması gereken bağımlılık unsuru gerçekleşmeyeceği için

⁶⁵ Yargıtay 9. HD. E. 2011/26973, K. 2012/10277, T. 27.03.2012, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 2 Haziran 2024.

⁶⁶ Yargıtay 9. HD. E. 2023/1806, K. 2023/4941, T. 05.04.2023, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 27 Haziran 2024.

konsinye firmanın işveren olduğunun kabul edileceği belirtilmiştir. Kararda, konsinye iş ilişkisinin muvazaalı sayılmasını gerektirmeyecek durumlar da belirtilmiştir. Buna göre, mağaza tarafından işyerinde çalıştırılacak konsinye işçi sayısının belirlenmesi, çalışma düzenlerinin belirlenmesi ve bu düzene uymayan işçilerin çalıştırılmamasının istenmesi, çalışma saatlerinin ve işçilerin hangi tarihlerde izin kullanacaklarının belirlenmesi muvazaanın göstergesi değildir. Bu tür yetkilerin kullanılmasının mağaza tarafından yapılan işin niteliğinden ve malların satışının mağazada, yani konsinye işverene ait işyerinde yapılmasından kaynaklandığı kararda ifade edilmiştir. Bu hususlar dikkate alınarak, mağazada gerekli incelemeler yapıldıktan sonra geçerli bir konsinye iş ilişkisi bulunup bulunmadığı hakkında karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Karara karşı oyda ise, işçi beyanlarına göre, konsinye işçilerin çalışma düzeninin, izinlerinin tamamının mağaza tarafından düzenlendiği, yıllık ücretli izin kullanma tarihlerinin konsinye mal tedarik eden firma tarafından teklif edilse de izin planlarının mağaza tarafından revize edildiği, mağaza işçileri ile konsinye işçilerin aynı işi aynı çalışma süreleri ve aynı izinlerle yaptığı anlaşıldığından; mağazanın asıl işi olan perakende satış işini bölerek davacı giyim firmasına verdiği, giyim firmasından işçi temin ettiği, dolayısıyla aralarındaki ilişkinin iş hukuku bakımından işçi çalıştırma bağlamında muvazaalı olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vermiş olduğu sınırlı sayıdaki kararlar incelendiğinde, konsinye iş ilişkisine geçerlilik tanınıp tanınmayacağına ilişkin kesin bir yargıya varılamadığı görülmektedir. Bu durumda yapılması gereken, sözleşme serbestisi esasından hareketle, konsinye işçi ile konsinyatör işveren arasındaki iş sözleşmesine dayalı olarak yürütülen, asıl işveren alt işveren ilişkisi doğurmayan ve konsinye işverenin konsinye işçi karşısında işveren sıfatının doğmasına sebep olacak yetkiler kullanmadığı konsinye iş ilişkilerine geçerlilik tanımaktır.

Kanun'daki koşullara uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması durumunda, alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında sözleşmesel bir ilişki ortaya çıkmaz. Muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olması durumunda ise asıl işveren, alt işveren işçilerinin de işvereni konumunda olur. Yani, aslında tek bir işveren mevcut olup görünürde alt işverenin işçileri, asıl işverenin işçisi olarak işlem görürler. Ne var ki, hukuka uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulmuş olması, asıl işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Her ne kadar asıl işveren

ile alt işveren işçileri arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmasa da alt işveren işçilerinin haklarını teminat altına almak amacıyla asıl işveren, bu işçilerin haklarından alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur⁶⁷.

Konsinye iş ilişkisi, iş hukuku mevzuatında düzenlenmiş bir sözleşme türü olmayıp taraflar arasında uygulamada ortaya çıkan atipik bir sözleşme türüdür⁶⁸. Bu ilişkide, konsinye işveren bakımından, alt işverenlik ilişkisindeki birlikte sorumluluğa benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu ilişkide konsinye işçinin haklarından konsinyatör işveren tek başına sorumludur. Konsinye işveren ile konsinye işçi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve buna ilişkin bir düzenleme de olmadığından, işçilerin hakları bakımından konsinye işverenin bir sorumluluğu yoktur. Ancak konsinye iş ilişkisi, asıl işveren-alt işveren ilişkisi şeklinde kurulduysa, burada artık asıl işverenin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Taraflar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı, İş Kanunu'nda düzenlenen alt işverenlik ilişkisi unsurlarına göre belirlenir. Taraflar arasında sözleşmenin niteliği ve adlandırılması bakımından yapılan tespit, asıl işverenlik ilişkisinin belirlenmesi bakımından önemli değildir⁶⁹. Üç farklı ihtimal söz konusu olabilir. Bu bakımdan taraflar arasında konsinye iş ilişkisi olarak adlandırılan bir ilişkinin aslında hukuka uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliğinde olması mümkündür⁷⁰. Bu durumda işçinin hakları bakımından her iki işveren birlikte sorumlu olur. Diğer bir ihtimalde, taraflar arasında konsinye iş ilişkisi olarak adlandırılan ilişki, muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisine vücut verebilir. Bu durumda konsinye işçinin işvereni konsinye işveren olur, işçi baştan itibaren bu işverenin işçisi olarak işlem görür. Diğer bir ihtimalde ise konsinye iş ilişkisi adı altında kurulan ilişki ne hukuka uygun ne de muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisi niteliğinde

⁶⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 117; Ekmekçi/Yiğit, s. 162. Asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olması halinde her iki işveren müştereken ve müteselsilen sorumludur; Yargıtay 9. HD. E. 2017/16009, K. 2020/5669, T. 16.06.2020; Yargıtay 9. HD, E. 2015/23939, K. 2018/20118, T. 08.11.2018, Buna göre, son alt işveren ile asıl işveren birlikte sorumludur.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. Baskan, s. 966.

⁶⁹ Ekmekçi/Yiğit, s. 139.

⁷⁰ Konsinyatör firmanın konsinye işverenin işyerinde bir yardımcı işi veya asıl işin bir bölümünü üstlenmesi söz konusu olduğu durumda ve devralınan işin asıl işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olması halinde tarafların yapmış olduğu hukuki nitelendirmeden bağımsız olarak alt işverenlik ilişkisinin varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Baskan, s. 973.

olmaz, bununla beraber iş sözleşmesinin tarafı olmayan konsinye işveren fiili durumda konsinye işçinin işvereni konumundadır. İş sözleşmesinin tarafı olan konsinyatör işverenin kullanması gereken yetkiler konsinye işveren tarafından kullanılır. Bu durumda konsinye iş ilişkisi değil, konsinye işveren ve konsinye işçi olarak adlandırılan taraflar arasında klasik anlamda bir işçi-ışveren ilişkisi mevcuttur.

Taraflar arasında gerçek anlamda bir konsinye iş ilişkisi bulunup bulunmadığı, bu ilişki içerisinde çalışan işçilerin işverenin kim olduğu, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olup olmadığıın tespit edilmesi bakımından yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken bazı hususlar vardır⁷¹. İlk olarak, işçilerin kim tarafından işe alındığı işveren sıfatının kimde olduğunun belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır. Konsinye iş ilişkisinde iş sözleşmesi konsinyatör işveren ile konsinye işçi arasında kurulduğu için işe alma hususunda değerlendirme yapma ve iş almaya karar verme yetkisi konsinyatör işverene ait olmalıdır. Konsinye işveren, konsinyatör işverenin kuracağı iş ilişkisinin tarafının belirlenmesi bakımından söz hakkına sahip değildir. Daha sonra, konsinye işverene ait olan işyerinde çalışmak üzere konsinyatör işveren tarafından gönderilen işçilerin başta ücret olmak üzere yol-yemek yardımı gibi parasal haklarının kim tarafından ödendiği önem arz eder. Sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin kim tarafından yerine getirildiği, sosyal sigorta primlerinin kim tarafından ödendiği de dikkate alınmalıdır. Bu ilişkide konsinyatör işveren ve konsinye işçi arasında iş sözleşmesi bulunduğu için işçinin iş hukuku mevzuatından, iş sözleşmesinden ve varsa konsinyatör işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarının ödenmesinden konsinyatör işveren sorumludur. Ücret kural olarak işveren tarafından ödenir ancak üçüncü kişiler tarafından ödenmesinde sakınca yoktur (İŞK. m.32)⁷². Bu nedenle ücrete ve diğer parasal haklara ilişkin ödemelerin kim tarafından yapıldığı, hukuki ilişkinin nitelendirilmesi bakımından tek başına yeterli bir ölçüt değildir.

Konsinye işçilerin görev tanımları ve çalışma şekilleri, konsinye iş ilişkisinin söz konusu olup olmadığıın tespit edilmesi bakımından önemli

⁷¹ Asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı somut olay kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, Yargıtay'a göre asıl işverenin alt işveren işçilerine emir ve talimat vermesi, eğitim vermesi tek başına muvazaanın olduğunu göstermez: Yargıtay 9. HD. E. 2016/21250, K. 2017/14318, T. 27.09.2017.

⁷² Ekmekçi/Yiğit, s. 275; Uşan/Erdoğan, s. 125.

bir ölçüttür. Konsinyatör işveren, konsinye satış sözleşmesi doğrultusunda konsinye işverene ait işyerinde satışa sunduğu malların satışı için konsinye işçiler görevlendirir. Bu çerçevede görevlendirilen konsinye işçiler konsinye işverene ait işyerinde yalnızca konsinyatör işverene ait işleri, yani konsinye satış sözleşmesinin konusunu oluşturan malların satışına ilişkin işleri yapmakla görevli olmalıdır. Eğer konsinye işçi, konsinye işverene ait işlerin dışında kalan işlerde de çalışıyorsa muvazaalı bir ilişki söz konusu olabilir. Bu durum çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Konsinye işçi, konsinyatör işverene ait malların satışına ilişkin ilgili reyondaki işlerin yanı sıra konsinye işverenin işyerindeki diğer işleri de yapıyor olabilir. Bunun gibi, konsinye işverenin taraf olduğu farklı sözleşmeler dolayısıyla aynı mağazada konsinye satışa sunulan malların satışına ilişkin işlerde farklı reyonlarda da görev alıyor olabilir. Bunların yanı sıra, konsinye işçi olarak adlandırılan işçi, esasen konsinyatör işverenin işlerini hiç yapmıyor, yalnızca konsinye işverenin işlerini yapıyor olabilir. Konsinye işçinin konsinyatör işverene ait işlerin dışında kalan işleri de yaptığı bu gibi durumlarda konsinye iş ilişkisi söz konusu değildir. Bu durumda koşulların bulunması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olabileceği gibi konsinye işveren doğrudan konsinye işçi karşısında işveren sıfatına da sahip olabilir. Hatta koşulların varlığı halinde, birlikte istihdam dahi söz konusu olabilir.

Konsinye iş ilişkisi bulunup bulunmadığı tespit edilirken işverenin emir ve talimat verme yetkisinin kim tarafından kullanıldığı da değerlendirmede dikkate alınmalıdır⁷³. Bu ilişkide konsinyatör işveren konsinye işçi karşısında işveren sıfatına sahip olduğu için emir ve talimat verme yetkisi de ondadır. Bununla beraber konsinye işçi, iş görme edimini konsinye işverene ait işyerinde yerine getirdiği için bu işyerindeki davranış kurallarına ilişkin konsinye işveren tarafından emir ve talimat verme yetkisi kullanılabilir. Bu işyerinde yürütülen faaliyetlerde bütünlük sağlanması ve çalışma düzeninin

⁷³ Yargıtay tarafından verilmiş bir kararda, “Somut olayda mağazacılık alanında faaliyet gösteren M... T... A.Ş., mağaza içinde bir bölümde unlu mamuller işini başka bir işverene vermiş durumdadır. Faaliyetin mağaza içinde ve M... T... şirketinin belirlediği esaslar dahilinde yürütülmesi, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığını gösterir. Asıl işverence işin yürütümü esasları belirlenmiş, işçilere asıl işverenin belirlediği kıyafetler giydirilmiş ve böylece hizmet sunumu açısından birliktelik sağlanmıştır. İmal edilecek ürünlerin miktarı, kalitesi, satışa sunumu, fiyatı, davalı M... tarafından belirlenmiştir. Unlu mamuller biriminin günlük çalışma saatlerinin M... tarafından belirlenmesi, satışının M... mağazası kasalarından yapılması, belli periyotlarla satış bedelinden tahsis bedeli dışında kalan tutarın işletici hesabına hak ediliş olarak aktarılması da asıl işveren alt işveren ilişkisinin kabulünü gerektirir.” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 9. HD. E. 2011/26973, K. 2012/10277, T. 27.3.2012, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2024.

korunması bakımından mağaza açılış-kapanış saatleri, dinlenme süreleri, genel işyeri kuralları konsinye işveren tarafından belirlenip konsinye işçi hakkında da uygulanabilir. Bu durum tek başına konsinye iş ilişkisini hukuken muvazaalı hale getirmez.

Konsinye işçinin yıllık izin hakkı bakımından yönetim hakkının kim tarafından kullanıldığı da konsinye iş ilişkisi bulunup bulunmadığı açısından bir gösterge olabilir. Esasen işçinin yıllık iznini kullanma şekli ve zamanının belirlenmesi yönetim hakkı çerçevesinde işverenin yetkisi dahilindedir. Konsinye iş ilişkisinde ise bu yetki konsinyatör işveren tarafından kullanılmalıdır. Ne var ki, daha önce açıklandığı üzere, konsinye işçinin yıllık izin hakkını kullandığı sürede çalışması için konsinye işveren tarafından kendi işçileri görevlendiriliyorsa bu durumda konsinye işçinin ne zaman yıllık izin hakkını kullanacağı konsinye işveren tarafından belirlenebilir. Bu durum konsinye işverenin işyerindeki çalışma düzeninin korunmasına yönelik olduğu için konsinye iş ilişkisini muvazaalı hale getirmeyeceği kabul edilmelidir.

Konsinye iş ilişkisi bulunup bulunmadığı tespit edilirken iş sözleşmesini sona erdirmeye yetkisinin kullanılması da dikkate alınmalıdır. Bu ilişkide konsinye işçinin iş sözleşmesini sona erdirmeye yetkisi, işveren sıfatına sahip olan konsinyatör işverene ait olmalıdır. İş sözleşmesinin tarafı olmayan konsinye işveren iş sözleşmesini sona erdiremez. Bununla beraber, konsinye işçinin işyerinde çalışma düzeninin sağlanması için öngörülen çalışma koşulları ve işyeri kurallarına uymaması halinde, konsinye işverenin kurallara aykırı davranan işçinin kendi işyerinde görevlendirilmemesini talep etme hakkı söz konusu olabilir. Bu doğrultuda konsinye satış sözleşmesinde, bu işçilerin işyerinde görevlendirilmemesini talep etme hakkı konsinye işverene tanınabilir. Konsinye işverenin bu hakkını kullanması, konsinye iş ilişkisine aykırı bir durum oluşturmaz.

Yukarıda belirtilen hususlar bir arada değerlendirildiğinde, konsinye işveren, konsinye işçiler karşısında işveren sıfatını doğuracak yetkiler kullanmıyor ve konsinye işçiler yalnızca konsinye satış sözleşmesinden kaynaklanan işleri yapıyorlar ise hukuken geçerli bir konsinye iş ilişkisi söz konusu olur. Konsinye işçiler ile konsinye işveren arasında herhangi bir çalışma ilişkisi söz konusu olmaz. Konsinyatör işveren, asıl işveren alt işveren ilişkisinde olanın aksine, konsinye işverenin yardımcı bir işinin ya da asıl işin bir bölümünün görülmesini üstlenmez. İki işveren arasında konsinye mal tedarik ve konsinye satış üzerinden gerçekleşen ticari bir ilişki söz konusu olup asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu değildir. Bu ticari ilişki çerçevesinde

konsinyatör işveren, kendisine iş akdi ile bağlı işçileri konsinye işverene ait işyerinde çalıştırır. Konsinye işçiler, konsinyatör işverenin yönetimine tabi olarak iş görme borçlarını yerine getirirler. Bu işçiler başta ücret olmak üzere tüm haklarını konsinyatör işverenden talep edebilirler. Dolayısıyla bu ilişkide işçiler, konsinye iş ilişkisinden kaynaklanan bir güvence eksikliği veya hak kaybı yaşama riskiyle karşı karşıya olmayıp dezavantajlı konumda değildir.

SONUÇ

Konsinye iş ilişkisi, konsinye satış sözleşmeleriyle ortaya çıkan uygulamanın gelişmesiyle görülen, Kanun'da düzenlenmemiş bir iş ilişkisidir. Bu ilişkide mal tedarik eden işveren, mallarını kendisine ait işyerlerinde değil de farklı işletmelere ait işyerlerinde satışa sunmak üzere bir anlaşma yapabilir. Bu anlaşmada, malların satışa sunulacağı işyerinde, konsinye satış sözleşmesi konusu olan malların satışına ilişkin işlerde çalışmak üzere konsinyatör işveren tarafından işçi sağlanması durumunda konsinye iş ilişkisi ortaya çıkar. Bu durumda konsinyatör işveren ile malların satışında görevlendirilen konsinye işçi arasında iş sözleşmesi bulunur. Malların satışa sunulduğu işyerinin işvereni olan konsinye işveren ile konsinye işçi arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki kurulmaz. Bununla beraber, konsinye işçi iş görme edimini konsinye işverene ait işyerinde yerine getirdiği için konsinye işverenin de dahil olduğu üçlü bir iş ilişkisi meydana gelir.

Konsinye iş ilişkisinin temelinde, konsinyatör işveren ile konsinye işçi arasındaki klasik anlamda bir iş sözleşmesi yer alır. Bu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, işçi ve işveren sıfatına sahip olan bu taraflar arasında hüküm doğurur. Konsinye işçi, iş görme edimini konsinyatör işverene karşı yerine getirir, onun emir ve talimatlarıyla bağlı olur. Bu kapsamda yalnızca konsinye satış konusu malların satışına ilişkin işlerle sınırlı olarak çalışır. Konsinyatör işveren ise iş görme edimine karşılık konsinye işçinin başta ücret olmak üzere iş sözleşmesinden doğan tüm haklarından sorumlu olur. Bununla beraber konsinye işveren, iş görme edimi kendisine ait işyerinde yerine getirildiği için, işyerinde faaliyetlerde bütünlük ve çalışma düzeninin sağlanmasıyla sınırlı olmak üzere konsinye işçi üzerinde sınırlı bir yönetim hakkına sahip olabilir. Bu durum konsinye işverenin konsinye işçi karşısında işveren sıfatı bulunduğunu göstermez.

Konsinye iş ilişkisi, ortaya çıkan üçlü iş ilişki dolayısıyla bazı durumlarda asıl işveren alt işveren ilişkisine benzerlik gösterebilir. Her iki ilişkide de işçi, başka bir işverene ait işyerinde iş görme edimini yerine getirir ve çalıştığı

işyerinin işvereni ile arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmaz. Bununla beraber asıl işveren alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalışan alt işveren işçilerinin hakları İş Kanunu'nda güvence altına alınmış olup asıl işverenin işyerinde çalıştıkları süre ile sınırlı olarak asıl işveren ve alt işveren müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Konsinye iş ilişkisi bakımından ise Kanun'da bu yönde bir düzenleme mevcut olmadığından konsinye işçinin konsinye işverene ait işyerinde çalıştığı sürede elde ettiği haklarından konsinyatör işveren tek başına sorumludur.

Ülkemizde iş hukuku uygulamasında, başta asıl işveren alt işveren ilişkisi olmak üzere bu tür ilişkiler, işçilerin haklarını kısıtlamak, daha düşük ücretle işçi çalıştırmak ve iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan diğer yükümlülüklerden kaçınmak gibi amaçlarla kötüye kullanılmıştır. Bu nedenle tarafların konsinye iş ilişkisi olarak adlandırdığı bir çalışma ilişkisi söz konusu olduğunda bu ilişkinin hukuki niteliğinin saptanması, işçinin korunması bakımından önem arz eder. Taraflar müteselsil sorumluluktan kaçınmak amacıyla esasen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarının bulunduğu bir çalışma ilişkisini konsinye iş ilişkisi olarak adlandırmış olabilir. Bu durumda İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan geçerli asıl işveren alt işveren ilişkisine üstünlük tanınmalı ve bu doğrultuda işçinin haklarından asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu gözetilmelidir. Geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmamakla beraber aslında alt işverene verilemeyecek bir işin konsinyatör işverene verilmiş olması veya diğer muvazaahallerinden birinin bulunması da mümkündür. Böyle bir durumda muvazaalı alt işverenlik söz konusu olup konsinye işveren görünümünde olan işveren, baştan itibaren işçinin işvereni sayılır. Bu hallerden başka, taraflar arasında ne geçerli ne de muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmamakla beraber geçerli bir konsinye iş ilişkisi de söz konusu olmayabilir. Bu şekilde ortaya çıkan muvazaalı işçi temini hallerine de konsinye iş ilişkisi adı altında geçerlilik tanınmaması gerekir.

Geçerli bir konsinye iş ilişkisi bulunup bulunmadığı tespit edilirken, konsinyatör işveren ve konsinye işçi arasında gerçek anlamda bir iş ilişkisi olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu ilişkide her ne kadar "konsinye işveren" olarak adlandırılrsa da konsinye işçi karşısında bu kişinin işveren sıfatının ortaya çıkmasına sebep olacak yetkiler kullanmaması gerektiğine dikkat edilmelidir. Konsinye işçi, konsinyatör işverene ait olan işi, onun emir ve talimatları doğrultusunda, onun ad ve hesabına görür. Bu ilişkiyi diğer iş ilişkilerinden ayıran husus, işin konsinye işçinin işverenine ait işyerinde

değil, konsinyatör işverene ait malların satışa sunulduğu bir başka işverene ait işyerinde görülmesidir. Bu durum işin görüldüğü işyerine sahip konsinye işvereni, konsinye işçi karşısında işveren konumuna getirmez. Bununla beraber konsinye işveren, kendi işyerinde kendi işçileriyle faaliyetini devam ettirdiği için, işyerinde bütünlüğün ve çalışma düzeninin sağlanmasıyla sınırlı şekilde konsinye işçi üzerinde yönetim hakkına sahip olur. Konsinye işverenin bu yönetim hakkını kullanması da onu konsinye işçinin işvereni haline getirmez. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, konsinye işçinin yalnızca konsinyatör işverene ait işleri, yani konsinye satış sözleşmesinin konusunu oluşturan malların satışına ilişkin işleri yapması gerektiğidir. Eğer konsinye işçi, bu işlerin yanında veya yalnızca konsinye işverene ait diğer işleri yapıyorsa bu durumda muvazaalı bir işçi temini söz konusu olabilir.

Nihayetinde konsinye iş ilişkisi, tarafların ticari faaliyet serbestisi ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ortaya çıkan, istihdam ve pazarlama kolaylığı sağlaması amaçlanan üçlü bir iş ilişkisidir. İlk bakışta bu ilişki, işçiye sağlanan birlikte sorumluluk teminatı dolayısıyla asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak yorumlanmaya uygun gibi görünse de esasen bu ilişkiden oldukça farklıdır. Konsinye iş ilişkisi çerçevesinde çalışan bir işçi, klasik anlamda bir iş ilişkisinde işçinin sahip olduğu haklardan ve güvencelerden mahrum kalmış değildir. Konsinye işçi mevzuattan, iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesinden doğan tüm haklarını konsinyatör işverenden talep edebilecek durumdadır. Bu nedenle işçiyi koruma ilkesinden hareketle bu tür ilişkilere muvazaalı işçi temini olduğu bakış açısıyla yaklaşmak yerinde değildir. Bu nedenle konsinye işçinin konsinye işverene ait işyerinde çalışma şekli, iş sözleşmesindeki iş tanımı ve fiili olarak gördüğü işin kapsamı dikkate alınarak konsinye iş ilişkisine geçerlilik tanınması gerekir. Konsinye satış sözleşmesi tarafları arasındaki ticari ilişki dolayısıyla ortaya çıkan bu ilişkinin hukuka uygun olması durumunda taraf iradelerine üstünlük tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E, “Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı”, *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 22(4-5), 2009-2010, s. 1-38.
- Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Akyiğit E, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arıcı K, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 55(1), 2006, s. 485-509.
- Aydınlı İ, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aydınlı İ, “6331 Sayılı Kanun’da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, *Sicil İHD*, 30, 2013, s. 37-42.
- Aydoğdu M / Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2017.
- Aykaç H B, “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı”, *Çalışma ve Toplum*, 3, 2015, s. 95-122.
- Aykaç H B, *İş Hukukunda Alt İşveren*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2011.
- Baskan Ş E, “Konsinye Satış (Satım İçin Bırakma) Sözleşmesinin Alt İşverenlik İlişkisi Yönünden Değerlendirilmesi Karar İncelemesi”, *Legal İSGHD*, 20(79), 2023, s. 949-982.
- Başbuğ A / Yücel Bodur M, *İş Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, 2018.
- Baycık G, “İşverenin Tespitinde Birlikte İstihdam, Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 13(2), 2022, s.76-85.
- Bingöl F I, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesinde Kendine Faturalandırma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 39(3), 2023, s. 551-593.
- Bratiloveanu I / Dogaru D M, “The Consignment Agreement”, *RSP*, 53, 2017, s. 45-54.

- Cerev G, “İş Kanunu Kapsamında Esnek Çalışmaya Yeni Yasal Yaklaşımların Çalışma Hayatına Etkisi”, *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, 5, 2016, s. 65-80.
- Çelik N / Caniklioğlu N / Canbolat T / Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri*, 36. Bası, Beta Yayıncılık, 2023.
- Demir F / Gerşil G, “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16(2), 2008, s. 68-89.
- Ekmekçi Ö, “İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları”, *Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.79-88.
- Ekmekçi Ö / Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Ekonomi M, “Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği”, *Çalışma Hayatında Esneklik Çeşme Altın Yunus İzmir*, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, 1994, s. 57-79.
- Erdoğan C, “İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(179), 2020, s. 2020-2031.
- Erdoğan C, “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2, 2017, s. 127-58.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, Legem Yayınevi, 2023.
- Esener T / Gündoğdu F, *Borçlar Hukuku I*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Göktaş S, “Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları”, *Sicil İHD*, 12, 2008, s. 97-105.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Günay C İ, “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, *Kamu- İş*, 7(3), 2004, s. 1-17.
- Güner R, “Asıl İşverenin (Taşeron) İşçilerinin İş Sağlığını ve Güvenliğini Sağlama Sorumluluğunun Kapsamı ve Sınırı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10(105), 2015, s. 75-82.

- Güzel A, “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik (Yeniden Yapılanma)”, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi*, 1999, s. 203- 221.
- Güzel A, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, *Çalışma ve Toplum*, 1, 2004, s. 31-65.
- Hatemi H / Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Kayırgan H, “Yargı Kararları Işığında Yıllık Ücretli İzin Hakkı”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2021, s. 577-596.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Bası, Turhan Kitabevi, 2024.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.
- Koç M, “İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Asıl İşverenin Yükümlülükleri”, *8. İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı Bildiriler Tam Metinleri Kitabı*, 8-11 Mayıs 2016, İstanbul, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayını, 2016.
- Mollamahmutoğlu H / Astarlı M / Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I Bireysel İş Hukuku*, 6. Bası, Lykeion, 2022.
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, 2023.
- Okutan Nilsson G / Atamer Y M, “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m.1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 29(3), 2013, s. 31-82.
- Oğuzman M K / Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2023.
- Sarıbay Öztürk G, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2015.
- Ozanemre Yayla H T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2023.
- Senyen Kaplan E T, *Bireysel İş Hukuku*, 10. Bası, Gazi Kitabevi, 2019.

Süzek S, *İş Hukuku*, 23. Bası, Beta Yayıncılık, 2023.

Süzek S, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması” *Legal İSGHD*, 25, 2010, s. 12-29.

Süzek S, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi” *Legal İSGHD*, 27, 2010, s. 934-947.

Tandoğan H, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 7(1), 1973, s. 1-9.

Taşkent S, “Alt İşveren”, *Legal İSGHD*, 2, 2004, s. 363-366.

Teoman N, *Satım İçin Bırakma Sözleşmesi Konsinye Satım*, 1. Bası, Sevinç Matbaası, 1989.

Tuncay A C, “İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları”, *Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 151-167.

Uşan M F / Erdoğan C, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yavuz A, *Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, 1995.

Yıldız G B, “Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Süleyman Başterzi (Ed.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C.1*, Beta Yayınları, 2011, s. 203-231.

Yücel Bodur M, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2018.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

TOPLU YAPI YÖNETİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

LEGAL NATURE OF THE COLLECTIVE BUILDING MANAGEMENT AGREEMENT

Mehmet DOĞAR*  

ÖZET

Toplu yapılar, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda belirtildiği şekilde kat maliklerinin seçeceği bir yönetici veya yönetim kurulu tarafından yönetilir. Bu yönetici kat maliklerinden olabileceği gibi dışarıdan biri de olabilir. Yöneticinin gerçek kişi olması zorunlu olmayıp tüzel kişilerin de yönetici olabileceği kabul edilmektedir. Kalabalıklaşan şehirlere paralel olarak toplu yapılarda yaşayanların sayısı da artmıştır. Binlerce bağımsız bölümü olan toplu yapıların yönetilmesi idari, mali, hukuki, teknik bilgi, birikim ve tecrübe gerektirmektedir. Günümüzde toplu yapıların yönetimi ayrı bir işkolu niteliği kazanmış ve sadece bu işle uğraşan profesyonel bina yönetim şirketleri kurulmuştur. Bu şirketler doğrudan yönetici olarak seçilebilecekleri gibi kat maliklerinin seçtiği yönetici bu tür şirketlerle sözleşme yaparak toplu yapı yönetimini onlara bırakabilir. Profesyonel yönetim şirketlerinin doğrudan yönetici olarak seçilmeleri halinde kat malikleri ile aralarında vekâlet sözleşmesi kurulacağı kanunda düzenlenmiştir. Buna karşılık profesyonel yönetici ile bir sözleşme kurulduğunda bu sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Yargı kararları incelendiğinde bu tür uyuşmazlıklar bakımından sıklıkla görevsizlik kararları verilmekte ve bu durumun hatalı hukuki nitelirmede bulunulmasından kaynaklandığı görülmektedir.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Harran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ŞANLIURFA, **E-posta:** mdogar@harran.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-0730-7366, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1433670.

• **Atf Şekli/ Cite As:** Doğar M, "Toplu Yapı Yönetim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(4), 2024, s.119-154.

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



Anahtar Kelimeler: Kat mülkiyeti hukuku, Toplu yapılar, Toplu yapı yönetim sözleşmesi, Profesyonel yönetim şirketi, Kat malikleri kurulu.

ABSTRACT

Collective buildings are managed by an administrator or a board of administration to be elected by the apartment owners, as specified in the Condominium Law. This administrator can be either one of the apartment owners or can be anyone from outside. The administrator does not have to be a natural person. Legal entities can also be an administrator. Today, the number of people living in buildings has also increased. Administrative, financial, legal, technical knowledge and experience are required for the management of residences. The administration of collective buildings has become a separate business and professional management companies have been established only dealing with this business. These companies can be selected as administrator directly or the administrator chosen by the apartment owners can make a contract with these companies and assign the residences management to them. It is regulated that a mandate contract will be established between the flat owners and the professional administrator if they are selected. On the other hand, when a contract is concluded with a professional administrator, the legal nature of this contract should be determined. When judicial decisions are examined, decisions of non-jurisdiction are made in terms of such disputes. The reason for this is due to the inaccuracy of the legal nature.

Keywords: Condominium law, Collective buildings, Collective building management agreement, Professional management company, Board of flat owners.

EXTENDED ABSTRACT

In the 1960s, when the Condominium Law was adopted, apartments consisted of independent places that were houses and workplaces. These workplaces are actually shops located on the lower floor of the apartments. In many sites built today, there are hotels, shopping malls and schools etc. In this sites there are also large social areas. In this perspective, managing large collective buildings should be considered a separate business that requires expertise. Nowadays, professional management companies have begun to operate for these works of collective buildings that require administrative, financial, legal and technical knowledge and experience.

A professional building management company can be directly elected as an administrator by being nominated by the flat owners. This company may also sign a contract with the administrator or board of administrators selected by the flat owners board. According to both possibilities, the legal nature of the contract signed between the flat owners and the professional management company should be evaluated differently.

It is clear that if a professional management company is directly elected as an administrator, the articles of the Condominium Law will apply to the relationship

between the administrator and the flat owners. However, if the professional management company is not directly elected as an administrator and only undertakes the management of the collective building through a contract made with the flat owners or the administrator on their behalf, determining the legal nature of this contract constitutes the basis of the study.

The legal nature of the building management agreement signed between the flat owners or the administrator and the professional management company to manage the collective building for a fee is considered as a power of attorney agreement by some authors in the doctrine. According to some authors, this contract is described as a service contract. A different view states that this contract is a mixed contract. However, there are also authors who state that professional management companies are a board of representatives.

It is important to note that in the professional collective building management contract, the flat owners have only one obligation and that is to pay the fee stated in the contract. The task of the professional management company consists of cleaning common areas, ensuring the security of the collective building, maintenance and arrangement of gardens, concierge service, purchasing equipment, maintenance and repair of broken tools or machines and keeping income, expense accounts etc. As can be seen, in the professional management contract, the company incurs a task that includes the essential acts of various contracts while the debt of the flat owners is only the payment of the fee agreed in the contract.

GİRİŞ

Toplu yapı, aynı veya farklı parsellerde üzerinde mesken ve/veya işyeri niteliğindeki bağımsız bölümlerden ve ortak alanlardan oluşan yapılar topluluğuna verilen isimdir ve Kat Mülkiyeti Kanunu¹ (KMK) m. 66 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Anılan kanun, sanayileşme sonucu kalabalıklaşan büyük şehirlerin konut sıkıntısına çözüm getirmek amacıyla 1965 yılında kabul edilmiştir. Toplu yapılara ilişkin hükümler ise 2007 yılında 5711 sayılı kanunla² KMK'na eklenmiştir. İlave edilen hükümlerin yetersizliği karşısında 2009 yılında 5912 sayılı kanunla³ yeniden kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Fakat en fazla on beş yirmi bağımsız bölümlü apartmanlar düşünülerek ve 1965 yılı koşullarına göre hazırlanan KMK, toplu yapılar bakımından ihtiyacı karşılamamış ve birçok sorun çözüme kavuşmamıştır. Bu sorunların en önemlilerinden biri de toplu yapıların yönetimidir. Kanunun

¹ RG 02.07.1965/12038.

² RG 28.11.2007/26714.

³ RG 07.07.2009/27281.

kabul edildiği yıllarda, aynı apartmanda oturan kat maliklerinden her yıl sırasıyla birinin yönetici seçildiği dönemler çok geride kalmıştır. Günümüzde bazı toplu yapılar yüzlerce bağımsız bölümü kapsamakta hatta bazıları mahalle oluşturacak büyüklüktedir. Bu nicelik karşısında, bir yönetici veya üç kişiden oluşan yönetim kurulunun toplu yapıyı yönetmesini beklemek gerçeklikten uzak bir yaklaşım olur.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun kabul edildiği yıllarda apartman (anayapı), mesken ve işyeri niteliğindeki bağımsız bölümlerden oluşmaktaydı. Bu işyerlerinden kasıt apartmanların alt katlarındaki dükkân vasfındaki yerlerdir. Günümüzde ise bazı toplu yapılarda otel, alışveriş merkezi (AVM) gibi çok büyük işyerleri ile eğitim kurumları vb. bulunabilmektedir. Kat malikleri ile birlikte bağımsız bölüm sayısında ortaya çıkan artış, toplu yapı yönetiminin artık uzmanlığı gerektiren ayrı bir işkolu olarak kabulünü gerektirmektedir. Toplu yapıların idari, mali, hukuki, teknik bilgi ve tecrübe gerektiren bu işleri için günümüzde profesyonel yönetim şirketleri faaliyet göstermeye başlamıştır. Uygulamada yaygın olarak görülmesine rağmen bu tür şirketlerle yapılan yönetim sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkında öğretilerde yeterli inceleme bulunmamaktadır. Bu çalışma ile literatürdeki eksikliğe dikkat çekmek ve konunun tartışılması amaçlanmaktadır.

I. TERMİNOLOJİ

Profesyonel yönetim şirketleriyle akdedilen sözleşmeler için uygulamada tesis yönetim sözleşmesi⁴, profesyonel yöneticilik sözleşmesi⁵, profesyonel site yönetim sözleşmesi⁶, apartman yönetim sözleşmesi⁷, yönetim hizmetleri sözleşmesi⁸, profesyonel yönetim hizmetleri sözleşmesi⁹ gibi kavramların

⁴ Şebnem Akipek Öcal, “Türkiye’de Tesis Yönetiminin Hukuki Sorunları”, Uluslararası Tesis Yönetimi Konferansı, İCFM2019, 10.10.2019, <<https://www.youtube.com/watch?v=90AC7gVrFqI>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

⁵ Ahmet Türkmen/Burak Keçecioglu, “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/23-Ahmet-Turkmen-Burak-Kececioğlu.Pdf>>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024, s. 862.

⁶ Ahmet Cemal Ruhi / Canan Ruhi, *İnşaat Hukuku Alanında 555 Adet Örnek Sözleşme ve Teknik Şartname*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 461.

⁷ Yargıtay 20. HD. 05.11.2015, E. 2015/9665, K. 2015/10739 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11 Ocak 2024.

⁸ Ankara BAM, 4. HD., 24.06.2022, E. 2022/853, K.2022/1767 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11 Ocak 2024.

⁹ Batuhan Özkan, “Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Ola-

kullanıldığı görülmektedir. Terim birliğinin bulunmaması karışıklığa sebep olmaktadır. Örneğin *yönetim sözleşmesi* terimi hukukumuzda daha çok ticari işletmeler açısından kullanılmaktadır¹⁰. Site veya apartman yönetim sözleşmesi ise hukuk terminolojisi açısından yanlıştır. Zira KMK’da site ve apartman gibi terimler yoktur. Bunlar uygulamadan dilimize yerleşmiş olsa da doğrusu site ve apartman değil; toplu yapı ve anayapıdır. Tesis yönetim sözleşmesi ise toplu yapıları da kapsayan alışveriş merkezi¹¹, otel, üniversite, hastane, ofis vb. tüm tesislerin yönetimini içeren bir üst kavramdır. Bu gibi tesislerde kat mülkiyeti kurulmuş ise kendi mevzuatlarında hüküm bulunmayan hâllerde KMK uygulanır¹². İnceleme konusu toplu yapılar ile sınırlı olduğundan, çalışmada toplu yapı yönetim sözleşmesi kavramı tercih edilmiştir¹³.

rak Üstlenilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2022, s. 221.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Yaşar Çelikel, “Yönetim Sözleşmesi ve Görünümleri”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 485-511. Yöneticilik sözleşmesi adlandırması için bkz. Azize Müge Sonuvar, *Yöneticilik Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2001, s. 2; Oğuz Sadık Aydos, *Kat Malikinin Hakları ve Yükümlülükleri*, Gazi Kitabevi, 2019, s. 89. Bir görüşe göre bu tür yönetim sözleşmesi kat mülkiyetine konu yönetim sözleşmelerini de kapsar. Bkz. M. Turgut Öz, *Yönetim Sözleşmesi*, Kazancı Yayınları, 1997, s. 28; Yeliz Karan, “Yönetim Sözleşmesi”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt 2, 2010, s. 1392. Aksi görüş için bkz. Çelikel, s. 491- 492.

¹¹ Yargıtay HGK., E. 2022/13294, K. 2022/669 sayı, 18.05.2022 tarihli kararına konu olayda davalı yönetim şirketinin Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uyarınca alışveriş merkezi yönetimini üstlendiği ifade edilmiştir <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 09 Ocak 2024.

¹² Örneğin 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (RG 29.02.2015/2951) ve bu Kanuna dayanarak hazırlanan Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG 26.02.2016/29636). 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu (RG 16.03.1982/17635) ve bu Kanuna dayanarak hazırlanan Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik (RG 01.06.2019/30791). Kamu kurumlarının mülkiyetindeki lojmanlar hakkında 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu (RG 11.1983/18218) ve bu Kanun’a dayanarak hazırlanan Kamu Konutları Yönetmeliği (RG 23.09.1984/18524) uygulanır.

¹³ Toplu yapı yönetim sözleşmesi ile toplu yapı yönetim planı farklı iki kavramdır. Yönetim planı toplu yapının nasıl yönetileceğine ilişkin kuralları içeren bir belgedir ve kat malikleri tarafından imzalanır. Bu planla, toplu yapının yönetim tarzı, kullanım şekli, maksadı, yönetici ve denetçilerin alacakları ücret, yönetime ait diğer hususlar düzenlenir ve bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmündedir (KMK m. 28/I). Yöneticinin görevleri de yönetim planında düzenlenebilir. Yönetim planı tüm kat malikleri ile onların külli ve cüzi haleflerini bağlar (KMK m. 28/IV). Anagayrimenkul kat malikleri kurulu tarafından, sözleşme, yönetim planı ve kanun hükümleri uyarınca verilecek kararlara göre yönetilir (KMK m. 32/I). Toplu yapı yönetim sözleşmesi ise kat malikleri veya kat malikleri adına ve hesabına yönetici ile profesyonel yönetim şirketi arasında imzalanır. Toplu yapı yönetim sözleşmesi hükümleri yönetim planına aykırı olamaz.

II. TANIM

Toplu yapı yönetim sözleşmesi tanımının yapılabilmesi için öncelikle toplu yapıyı yönetmenin ne tür iş ve işlemleri kapsadığı belirlenmeli ve bu bağlamda yönetim kavramının açıklanması gerekir. Türk Medeni Kanunu¹⁴ (TMK) ve KMK'da bir tanım bulunmamakla birlikte öğretide kat mülkiyetinde yönetim, birlikte mülkiyete konu şeyin kullanılması, bakımı, korunması, onarımı, veriminin artırılması için yapılan filli ve hukuki iş ve işlemler şeklinde açıklanmaktadır¹⁵. Bu tanımdan hareketle yönetimden söz edebilmek için birden fazla kişinin birlikte mülkiyet hakkına sahip oldukları bir eşyanın var olması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁶. Kat mülkiyeti ilişkisinde yönetimin konusu paylı mülkiyete tabi ortak yer ve tesisler ile ortak yararlanılan hizmetleri kapsar¹⁷. Asansörlerin periyodik bakımının yaptırılması, güvenlik görevlisi istihdamı, blok giriş kapılarının değiştirilmesi, dış cephe duvarının kiraya verilmesi, anagayrimenkul parseli üzerindeki yapıların tümünün yıkılıp yeniden yapılması gibi iş ve işlemler yönetim kapsamında değerlendirilir¹⁸.

Yönetim yetkisi doğrudan kat malikleri tarafından kullanılabilmesi gibi kat malikleri kendi aralarından veya dışarıdan bir yönetici de seçebilirler (KMK m. 34/I). Kat mülkiyeti kapsamında olan bir toplu yapının yönetimi tek kişiden oluşuyorsa “yönetici”, birden fazla kişiden oluşan bir kurul seçilmişse “yönetim kurulu” olarak adlandırılmalıdır¹⁹.

Kat malikleri arasından seçilen yönetici veya yönetim kurulu üyeleri çoğu zaman bu görevi asıl mesleklerinin yanında ek bir iş olarak yaptıkları için yönetime fazla zaman ayıramazlar. Kat malikleri ise bahçe, havuz, sosyal

¹⁴ RG 08.12.2001/24607.

¹⁵ Yönetim hakkında yapılan tanımlar için bkz. Abdülkadir Arpacı, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, Kazancı Yayınları, 1990, s. 102; Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, 1984, s. 10; E. Sabâ Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 363; Mehmet Oğuz Vuraloğlu, “Toplu Yapılarda Yönetici/Yönetim Kurulu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2-12, Yıl: Mart- Nisan 2016, s. 823-824; Yıldırım Keser, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, Bilge Yayınevi, 2006, s. 25.

¹⁶ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 362.

¹⁷ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 364.

¹⁸ Nurgül Kutlu Doğan, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, Aristo Yayınevi, 2022, s. 23; Aydos, 2019, s. 20-21.

¹⁹ Şeref Ertaş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, 2.Baskı, Bilge Yayınevi, 2015, s. 570; Aydos, 2019, s. 88.

tesis gibi ortak yerlerin temiz ve bakımlı olmasını, arızaların hızlı bir şekilde onarılmasını, asansörlerin güvenli olmasını, çöplerin toplanması ve servise çıkılması gibi hizmetlerin beklentisi içindedir. Bununla beraber tüm bu iş ve işlemler için gerekli olan genel gider paylarının düzenli ödenip ödenmediğinin takip edilmesi ile gider hesaplarının da tutulması gerekmektedir. İşte tüm bunları organize etmek hem ciddi bir emek hem de zaman gerektirir. Profesyonel yönetim şirketlerine duyulan ihtiyaç da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu şirketlerin esas faaliyet konusu tesis yönetimi olduğundan kendi organizasyonları altında çalıştırdıkları kişilerle veya dışarıdan hizmet alarak yukarıda bahsi geçen işleri yapılan anlaşma çerçevesinde yerine getirirler. Verilen hizmet karşılığı ücrete hak kazanan bu tür şirketler rekabete açık bir piyasada çalıştıkları için müşteri memnuniyetini ön planda tutarak ekseriyetle daha kaliteli hizmet sunmaya çalışırlar²⁰.

Profesyonel yönetim şirketi, kat malikleri kurulunda aday gösterilerek doğrudan yönetici seçilebileceği gibi kat malikleri kurulunda seçilen yönetici/ yönetim kurulu bu şirket ile toplu yapı yönetim sözleşmesi de akdedebilir²¹. Her iki olasılığa göre kat malikleri ile yönetim şirketi arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği, aşağıda açıklanacağı üzere farklı şekilde değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, toplu yapı yönetim sözleşmesi, kat malikleri veya onların adına ve hesabına yönetici ile profesyonel yönetim şirketi arasında akdedilen ve belli bir ücret karşılığında toplu yapının yönetiminin üstlenildiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır²².

Profesyonel yönetim şirketinin doğrudan yönetici olarak seçilmesi halinde yönetici ile kat malikleri arasındaki ilişkiye KMK hükümlerinin uygulanacağı noktasında duraksama yoktur. Buna karşılık profesyonel yönetim şirketi, doğrudan yönetici olarak seçilmeyip sadece toplu yapının yönetimini, kat malikleri veya onların adına ve hesabına yönetici ile yaptıkları bir sözleşme ile üstlendiklerinde bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesi ve hangi

²⁰ Abdurrahman Eren Özenli, “Tesis Yönetimi ve Ortak Alan Giderlerinin Paylaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2022, s. 13.

²¹ “Kat malikleri kurulunca, anagayrimenkule dışarıdan yönetici atanacağı gibi, hizmet alımı şeklinde profesyonel hizmet şirketleri ile sözleşme yapılmak suretiyle yönetim işlerinin görürülmesi ve bu hususta kat maliklerince seçilen yönetime sözleşme yapma yetkisi verilmesinde veya bir kısım hizmetlerin yine yönetim tarafından kat maliklerine sunulabilmesi için yetki verilmesinde yasaya bir aykırılık bulunmamaktadır”. Yargıtay 20. HD. 07.05.2019, E. 2018/6662, K. 2019/3198 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

²² Ayrıca bkz. Türkmen/Keçeciöğlü, s. 862 vd.; Özkan, s. 219 vd.

mevzuata tabi olacağıının belirlenmesi önem arz eder.

III. PROFESYONEL YÖNETİM ŞİRKETİNİN YÖNETİCİ SEÇİLMESİ

Toplu yapılarda yönetici seçimi KMK m. 71 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre yönetim planında farklı biçimde düzenlenmedikçe, blok kat malikleri kurulu blok için, blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki kat malikleri kendilerine özgülenen ortak yer ve tesisler için, toplu yapı temsilciler kurulu ise toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici seçer. Blok yöneticisi ve blok niteliğinde olmayan yapıların yöneticisi, bu yapılardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir (KMK m. 71/II). Toplu yönetici ise toplu yapı temsilciler kuruluna katılan yönetici ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu ile seçilir (KMK m. 71/II c. son). Bu çoğunluklar sağlandığında bloklar, münferit bağımsız bölümler ve tüm toplu yapı için profesyonel yönetim şirketleri yönetici seçilebilir.

Önemle belirtmek gerekir ki KMK'nun toplu yapılara ilişkin hükümleri arasında tüzel kişilerin yönetici seçilebileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır²³. Bununla beraber öğretilerde tüzel kişilerin yönetici olarak seçilebileceği kabul edilmektedir²⁴. Profesyonel yöneticiler ise günümüzde çoğunlukla ticari şirket olarak hizmet vermektedir²⁵.

Toplu yapı hükümleri incelendiğinde yöneticinin görevleri hakkında düzenleme bulunmadığı için KMK m. 74 atfıyla klasik kat mülkiyetine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur²⁶. Yöneticinin görevleri KMK m. 35-37 arasında düzenlenmiştir. İlgili hükümlere göre yöneticinin görevleri yönetim planı ile belirlenir ve aksine hüküm bulunmadıkça, kat malikleri kurulunca verilen kararları yerine getirir. Anagayrimenkulün kullanılması, korunması,

²³ Ancak devre mülk hakkına ilişkin KMK m. 61/II'ye göre tüzel kişilerin yönetici seçilebileceği açıkça düzenlenmiştir.

²⁴ Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapıların Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 614; Seda Öktem Çevik, *Toplu Yapılarda Yönetim*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 196, dn. 169. Aksi yönde Vuraloğlu, s. 834; E. Saba Özmen, TRKTYD Tesis Yönetim Çalıştayı, <<https://www.youtube.com/watch?v=sT7ufAI5UtA&t=10331s>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, dk. 3.00.00.

²⁵ Türkmen/Keçecioglu, s. 871.

²⁶ Şengül, s. 588; Vuraloğlu, s. 835; Öktem Çevik, s. 203; Aydos, 2019, s. 89.

bakımı ve onarımı için gereken tedbirleri alır; genel yönetim işleriyle korunma, onarım, temizlik gibi bakım işleri, asansör, kalorifer, sıcak ve soğuk hava işletmesi ve sigorta için kat maliklerinden avans toplar; yönetimle ilgili diğer bütün ödemeleri kabul eder; yönetim dolayısıyla doğan borçları öder; tebligatları kabul eder; anagayrimenkulü sigorta ettirir ve bunu ilgilendiren bir sürenin geçmesinden veya bir hakkın kaybına meydan vermeyecek gerekli tedbirleri alır, kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava açar ve/veya icra takibi başlatır ve onun aleyhine kanuni ipotek hakkını kat mülkiyeti kütüğüne tescil ettirebilir; topladığı paralar ve avanslar için bankada yönetici sıfatı gösterilmek suretiyle hesap açar; kat malikleri kurulunu toplantıya çağırır, asansörlerin güvenli bir şekilde işletilmesinin sağlanması amacıyla aylık bakımları ile yıllık kontrollerini yaptırır ve bu işlemlere ilişkin ücretleri öder; kat malikleri kurulunun kararlarını, protokolleri, yapılan ihtar ve tebligatların özetini ve tarihlerini ve bütün giderleri kat malikleri kurulu defterine yazar ve bu defter ile giderlerin belgelerini diğer bütün belgelerle beraber bir dosyada saklar ve kat malikleri kurulunca kabul edilmiş işletme projesini hazırlar²⁷. Kısaca, profesyonel yönetim şirketi kat malikleri kurulunda yönetici seçildiğinde kat malikleri nam ve hesabına yönetime dair tüm iş ve işlemleri yürütür.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yöneticinin kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumlu olduğu (m. 38) ve yöneticinin kural olarak vekilin haklarına sahip olduğu düzenlenmiştir (m. 40). Diğer bir anlatımla, profesyonel yönetim şirketi, kat malikleri kurulunda doğrudan yönetici olarak seçildiğinde kat malikleri ile aralarında vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur²⁸. Prensipte olarak sözleşme önerinin kabulü ile kurulur; fakat vekâlet sözleşmesinde istisnai bir düzenleme söz konusudur. Eğer kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır (TBK m. 503). Profesyonel yönetim şirketleri de bu işi meslek edindikleri için yönetici seçtikleri anda sözleşme kurulmuş sayılmalıdır. Sözleşme, katılan kat malikleri ile yönetici arasında kurulsada kurula katılmayan kat malikleri de bu sözleşme ile bağılıdır. Zira bütün kat malikleri, kat malikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdür (KMK m. 32/II). Diğer bir ifadeyle, kat

²⁷ Yöneticinin görevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arpacı, Yönetim, s. 201 vd.; Öktem Çevik, s. 200 vd.; Vuraloğlu, s. 835 vd.; Aydos, 2019, s. 90-91 vd.

²⁸ Türkmen/Keçecioglu, s. 863.

malikleri kuruluna katılmayan kat maliklerinin bu sözleşme ile bağlı olması kanundan kaynaklanmaktadır²⁹.

Kat malikleri ile yönetici arasındaki vekâlet sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte vekâlet sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir; yazılı veya sözlü yapılabilir. Ancak uyumsuzlukları önleme adına sözleşmenin yazılı yapılması tercih edilmelidir³⁰. Özellikle profesyonel yönetim şirketleri ile yapılan sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, uyumsuzluklara nasıl çözüm getirileceği detaylı olarak düzenlenmelidir.

Yönetici (vekilin), kat maliklerinin (vekâlet verenin) talimatlarına uyma, sadakat ve özen gösterme³¹, hesap verme (KMK m. 39) gibi vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler altındadır³². Ancak KMK veya yönetim planında özel hükümler varsa öncelikle bu hükümler uygulanır. Türk Borçlar Kanunu m. 502/III gereği, vekil ancak sözleşme veya teamüle göre ücrete hak kazanmaktadır. Buna karşılık, kat mülkiyeti ilişkisi bakımından yönetim planında veya yapılan sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile yönetici, kat maliklerinden uygun bir ücret talep edebilir³³.

Vekil, bir işi görürken bağımsız hareket eder ancak vekilin bağımsızlığı vekâlet verenin talimatlarına uygun hareket etmekle sınırlıdır (TBK m. 505/I)³⁴. Bu nedenle yönetici, kat malikleri kurulu kararları ile kat maliklerinin açık talimatına uygun hareket etmek zorundadır. Bununla beraber yönetici olağan yönetim işlerini görürken her adımda kat malikleri kurulu kararına ihtiyaç duymaz. Aksi kabul, yöneticinin hiç inisiyatif alamamasına ve

²⁹ Arpacı, Yönetim, s. 200.

³⁰ Arpacı, Yönetim, s. 219; Türkmen/Keçecioglu, s. 865.

³¹ Vekilin özen borcu belirlenirken benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken özen dikkate alınır (TBK m. 506/III). Ayrıca bkz. Vuraloğlu, s. 841; Türkmen/Keçecioglu, s. 886.

³² Süheyl Donay, “Vekilin Talimatına Uyma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu” *BATIDER*, V (4), Aralık 1970, s. 730 vd.; Öktem Çevik, s. 214 vd.; Arpacı, Yönetim, s. 240. Ayrıca bkz. Tuğçe Tekben, *Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Vereninin Talimatı ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2021; s. 71 vd.

³³ Arpacı, Yönetim, s. 242

³⁴ Vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir (TBK m. 505/1). Bu konuda bkz. Fikret Eren/Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: V*, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 1597-1598.

çeşitli aksaklıklar doğmasına neden olur³⁵. Katıldığımız görüşe göre anagayrimenkulün amacına uygun olarak kullanılması, korunması, bakımı ve onarımı için gereken tedbirlerin alınması gibi alelade yönetim işleri için kat malikleri kurulu kararı gerekli değildir fakat kat maliklerine mali külfet yükleyecek işlerde kat malikleri kurulu kararı aranmalıdır³⁶.

Profesyonel yönetim şirketi yönetici seçildiği takdirde yöneticilik görevi sona erene kadar hizmetlerini sürdürür. Yöneticinin her yıl kat malikleri kurulunun yıllık toplantısında yeniden seçileceği hükme bağlanmıştır (KMK m. 34/V). Dolayısıyla yöneticinin görev süresi bir yıl olmakla beraber, toplu yapılarda bu toplantılar iki yılda bir yapılır (KMK m. 29/I/c. 2). Bu nedenle toplu yapı yöneticilerinin görev süresinin iki yıl olduğu kabul edilmelidir³⁷.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin azli ve istifası her zaman mümkündür fakat azil veya istifa haklı sebebe dayanmıyorsa veya uygun olmayan bir zamanda yapılmışsa tazminat borcu doğabilir (TBK m. 512)³⁸. Bir görüşe göre haklı sebebin varlığı yöneticiye ödenecek tazminat açısından önemlidir. Haklı sebeplerin varlığı halinde yöneticiye tazminat ödenmesi gerekmezken, haklı sebep olmadan azledilen yöneticiye ise tazminat ödenmesi gerekir. Aynı durum istifa için de geçerlidir. Haklı sebeplerle istifa eden yöneticinin tazminat ödemesi gerekmez³⁹. Yöneticinin istifası haklı bir sebebe dayanmıyor ve yönetici uygun olmayan bir zamanda istifa ediyorsa kat maliklerinin

³⁵ Karş. Türkmen/Keçecioğlu, s. 863.

³⁶ Arpacı, Yönetim, s. 225.

³⁷ Aydos, 2019, s. 90; Şengül, s. 615.

³⁸ Eren/Dönmez, s. 1633 vd.; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 559 vd.; Öz Seçer, “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(4), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208385>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024, s. 878 vd.; Vuraloğlu, s. 844. Bu konuda ayrıca bkz. Suat Sarı, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Yayınevi, 2004; Şaban Kayıhan/Mustafa Ünlütepe, “Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri”, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, (3), 2014, s. 171-212.

³⁹ Vekâlet verenin talimatı hukuka, ahlâka ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa vekil bu tür talimatlara uymak zorunda değildir. Vekâlet veren, işin amacına aykırı veya ifası mümkün olmayan talimatlar verirse vekil, sözü edilen talimatın amaca aykırı olduğunu veya ifasının mümkün olmadığını vekâlet verene açıklamalı onu bu konuda aydınlattıktan görüşünü yeniden almalıdır. Vekâlet verenin hukuka aykırı veya sakıncalı talimatında ısrarcı olması halinde vekil TBK m. 512 gereği vekâlet sözleşmesini fesh yoluyla sonlandırabilir. Bkz. Eren/Dönmez, s. 1598. Bununla birlikte, mobbing (yıldırma) uygulanması, tehdit, taciz, ağır küfür veya hakaret edilmesi ile diğer haksız fiillerden birine maruz kalmak da haklı neden olarak sayılabilir.

(varsa) zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁰. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulama alanında yöneticinin azli ve istifası için haklı sebeplerin bulunması ve azli için kat malikleri kurulunun sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar vermesi gerekmektedir⁴¹. Haklı nedenlerin bulunması halinde görev süresi dolmadan azil ve istifa mümkündür⁴². Haklı sebeplerin varlığını aramamak keyfi uygulamalara yol açmakla birlikte uygun olmayan zamanlarda yapılan azil ve istifa nedeniyle yönetim boşluğu yaşanabilir. Her ne kadar Yargıtay kararlarında yeni yönetici seçilene kadar eski yöneticinin görevinin devam edeceği kabul edilmekteyse de haklı sebep bulunmaksızın yapılan azil ve istifa kabul edilmemelidir⁴³.

Son olarak, yöneticinin tüm kat malikleri adına ve hesabına dava açıp açamayacağını veya hangi davaları açabileceğine değinmek gerekir. Toplu yapılarda çok sayıda kat maliki bulunur ve bunlar kat malikleri birliğini oluşturur⁴⁴. Bu birliğin ise tüzel kişiliği yoktur⁴⁵. Bu nedenle tüm kat maliklerini ilgilendiren bir konuda dava açılması gerektiğinde husumetin bütün kat maliklerine yöneltilmesi gerekir. Birçok kat malikinin olduğu toplu yapılarda sadece tebligat aşaması bile uzun süre alacağından, KMK'da bu gibi sakıncaları önlemek için bazı davaların tüm kat malikleri adına sadece

⁴⁰ Türkmen/Keçecioğlu, s. 903. Vekil, vekâlet verenin işini kendisinin görmesine veya başka bir vekil tayin etmesine imkân kalmayan bir zamanda sözleşmeyi sona erdirirse sona erme uygun olmayan bir zamanda yapılmış olur. Aynı şekilde sağlık problemleri nedeniyle işi tamamlayamayacağı anlaşılan vekil bu durumu geciktirmeden vekâlet verene haber vermelidir. Daha fazla açıklama ve vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinin sonuçları hakkında bkz. Seçer, s. 895 vd.

⁴¹ Arpacı, s. 254; Türkmen/Keçecioğlu, s. 904. Yöneticinin görev süresi kural olarak bir yıldır. Ancak önemli bir sebep çıkması durumunda bir yıllık süre dolmadan kat malikleri kurulu tekrar toplantıya çağrılabilir. Bkz. Yargıtay 18. HD. 20.11.2000, E. 2000/11802, K. 2000/12391. “Yöneticinin görev süresi bir yıl ise de kat maliklerinin yeterli çoğunlukla toplanıp usulüne uygun bir karar almaları halinde, bir yıllık süre bitmeden eski yöneticinin görevine son verip yeni yönetici seçmelerine yasal bir engel bulunmamaktadır”. Bkz. Yargıtay 18. HD. 25.09.1995, E. 1995/7857, K. 1995/9133 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 11 Ocak 2024.

⁴² Arpacı, Yönetim, s. 254.

⁴³ Yargıtay 15. HD. 04.03.2021, E. 2021/2788, K. 2021/635 “634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre seçilen yöneticinin görev süresi dolsa da yeni yönetici seçilinceye kadar görevi devam edecektir”. Aynı yönde Yargıtay 18. HD. 15.02.1996, E. 1996/336, K. 1996/1714 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁴⁴ Kat malikleri birliği kavramı için bkz. Arpacı, Yönetim, s. 75, dn. 79; E. Sabâ Özmen/Hafize Kır, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi*, Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, 2010, s. 44 dn. 19.

⁴⁵ Arpacı, Yönetim, s. 82; Özmen/Kır, s. 44, dn. 19; Aydos, 2019, s. 92.

yönetici tarafından veya sadece yöneticiye husumet yöneltilerek açılabileceği kabul edilmiştir. Yöneticinin görevi kapsamında akdettiği sözleşmelerden kaynaklanan davalar⁴⁶ ile kat malikleri kurulu kararının iptali davası buna örnektir (KMK m. 38)⁴⁷. Yöneticinin görevine giren konular dışında fakat yönetimle ilgili olan diğer davaları açabilmesi için kat malikleri kurulunun kendisine yetki vermesi gerekir⁴⁸ ancak kendisine yetki verilse dahi mülkiyet hakkından kaynaklanan davaları kat malikleri adına açamaz⁴⁹. Yöneticinin genel gider borcunu ödemeyen kat maliki aleyhine icra takibi başlatması, dava açması veya bu kat maliki aleyhine kanuni ipoteğin tescilini talep etmesi için ise kat malikleri kurulundan yetki alması gerekmez. Zira bu yetkisi Kanundan kaynaklanmaktadır (KMK m. 20/II, 22/II).

A. Kat Malikleri ile Yönetici Arasındaki İlişkinin Tüketici İşlemi Açısından Değerlendirilmesi

Tüketici işlemi, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade eder (TKHK m. 3/1). Bu tanımdan yola çıkarak bir sözleşmenin tüketici işlemi sayılabilmesi için öncelikle sözleşme taraflarından birinin mutlaka TKHK m. 3/1-k anlamında tüketici olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla mal veya hizmet satın alan tarafın meslekî veya ticari amaçlarla hareket etmemesi gerekir. Taraflardan birinin tüketici olması karşısında sözleşmenin diğer tarafı mutlaka satıcı, sağlayıcı gibi ticari veya meslekî amaçlarla hareket eden gerçek

⁴⁶ Yargıtay 12. HD. 20.11.2018, E. 2018/14891, K. 2018/11817; Yargıtay 13. HD., 27.04.2009, E. 2008/14684, K. 2009/5645; Yargıtay 12. HD. 20.11.2018, E. 2018/14891, K. 2018/11817; Yargıtay 13. HD. 27.04.2009, E. 2008/14684, K. 2009/5645; Yargıtay HGK. 23.12.1992, E. 1992/13-643, K. 1992/749 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 01 Ocak 2024.

⁴⁷ Yargıtay 18. HD. 13.12.2011, E. 2011/6088, K. 2011/12805. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

⁴⁸ Yargıtay HGK. 05.04.2017, E. 2017/1-1282, K. 2017/604; Yargıtay 20. HD. 07.09.2020, E. 2020/1488, K. 2020/2673; Yargıtay 18. HD. 14.02.2011, E. 2011/599, K. 2011/1767; Yargıtay 18. HD. 10.04.2014, E. 2014/3024, K. 2014/6613. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 01 Ocak 2024.

⁴⁹ Yönetici, yönetim işleri dışında kalan bir konuda dava açamaz. Örneğin binadaki eksiklikleri veya kusurlar sebebiyle yükleniciye, ayıplar sebebiyle satıcıya dava açamaz. Bkz. Arpacı, Yönetim, s. 238. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK. 13.12.2017, E. 2017/13-689, K. 2017/1686. Yargıtay HGK. 16.12.2015, E. 2014/18-165, K. 2015/2925. Yargıtay HGK. 11.11.2020, E. 2017/13-663, K. 2020/873 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024.

ya da tüzel kişi olmalıdır⁵⁰. Bunlarla birlikte hukuki işlem konusunun TKHK anlamında bir mal veya hizmet sunumu olarak gerçekleşmesi gerekir⁵¹.

Bir görüşe göre profesyonel yönetim şirketinin doğrudan yönetici seçilmesi üzerine kat malikleri ile arasında kurulan vekâlet sözleşmesi tüketici işlemi niteliğindedir⁵². Yazarlara göre bir tarafta ticari ve meslekî amaçla hareket etmeyen tüketici niteliğindeki kat malikleri, diğer tarafta ticari veya meslekî amaçla hareket eden profesyonel yönetim şirketi vardır. Bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığa TKHK uygulanmalı ve uyuşmazlıklar tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemelerinde görülmelidir (TKHK m. 83/II). Ancak kat maliklerinin bir kısmı bağımsız bölümleri ticari veya meslekî amaçlarla kullanıyorsa onlar açısından bu sözleşme tüketici işlemi niteliğinde sayılmamalı ve uyuşmazlıklar sulh hukuk mahkemesinde görülmelidir. Aynı görüşe göre, kat maliklerinden bir kısmı tüketici, bir kısmı tüketici değilse dava tüketici mahkemesinde görülmeli fakat hâkim, maddi hukuk kurallarını tarafların sıfatına göre uygulamalıdır. Yazarlar her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili davaların ticari iş sayılacağını, profesyonel yöneticilik sözleşmesi için de ticari iş nitelmesi yapılabileceğini fakat TTK m. 5/I'deki "aksine hüküm olmadıkça" düzenlemesi nedeniyle davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğini ve mahkemenin uyuşmazlığın niteliğine göre TTK hükümlerini uygulaması gerektiğini ifade etmektedirler⁵³.

Kanımızca profesyonel yönetim şirketinin doğrudan yönetici seçilmesi halinde kat malikleri ile aralarında kurulan vekâlet sözleşmesinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Her ne kadar 6502 sayılı TKHK m. 3/1 düzenlemesi tüketici işlemi kavramını geniş olarak yorumlamış ve eser,

⁵⁰ Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 73 vd.; Yeşim M. Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 58 vd.; Ayşe Havutçu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(Özel Sayı), 2014, s. 9 vd.

⁵¹ Şebnem Akipek Öcal, "Akipek Şerhi", Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (Ed.), *Milli Şerh*, Aristo Yayınevi, 2016, s. 57-58.

⁵² Türkmen/Keçecioglu, s. 866, 892.

⁵³ Türkmen/Keçecioglu, s. 866, 892, 898 vd. Yazarlara göre profesyonel yönetim şirketi ile meslekî ve ticari amaçla hareket etmeyen kat malikleri arasında kurulan vekâlet sözleşmesi tüketici işlemi niteliğinde sayıldığından kat malikleri ayıplı hizmet sunan yönetim şirketinden TKHK m. 15'de sayılan seçimlik haklarını kullanabilirler (s. 892). Öte yandan yazarlar TKHK m. 83/II'nin kat mülkiyetinden doğan uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağı yönünde istisna getirilerek yeniden düzenlenmesini önermektedirler (s. 898).

taşıma, simsarlık, vekâlet ile bankacılık ve benzeri sözleşmeleri de tüketici işlemleri kavramına dâhil etmiş olsa da yönetici seçmek veya yönetici seçimi ile kat malikleri arasındaki ilişki ve kat mülkiyetinden doğan uyuşmazlıklar TKHK'nun değil, KMK'nun kapsamına girmektedir. Sadece tek bir kriter ile, yani bir tarafın meslekî veya ticari amaçlarla hareket etmesi diğer tarafın ise böyle bir amacının olmaması bu sözleşmeyi tüketici işlemi olarak kabul etmek için yeterli olmaz⁵⁴.

Vekâlet sözleşmesinin tarafları profesyonel yönetim şirketi ile kat malikleri birliği olduğuna göre, kat malikleri birliği bütün kat maliklerini ifade eder⁵⁵. Dolayısıyla meslekî veya ticari amaç saptaması yapılacaksa her kat maliki için ayrı ayrı değil, bu birliğe göre bir tespit yapılmalıdır. Profesyonel yönetim şirketi, yönetici olarak seçildikten itibaren KMK hükümlerine tabi olmakta ve ortaya çıkan uyuşmazlıklar da sulh hukuk mahkemelerinde görülmektedir. (KMK Ek m. 1). Bu bağlamda KMK kapsamına giren bir konuda TKHK'na uygulama alanı açmak kanaatimizce zorlama bir yorum olarak değerlendirilmelidir⁵⁶. Yazarların tüketici işlemine dair ifadeleri, profesyonel yönetim şirketinin doğrudan yönetici olarak seçilmediği ancak toplu bir yapıdan konut satın alan tüketiciye karşı satıcının aynı zamanda toplu yapının yönetimini de üstlendiği hâllerde söz konusu olması gerektiği kanısındayız⁵⁷.

⁵⁴ Bazı yazarlar vekâlet temelli sözleşmeleri doğrudan tüketici işlemi olarak kabul etmekte ve bu haliyle tüketici işlemi kapsamının genişletildiğini ifade etmektedir. İlgili görüşler için bkz. Mehmet Doğan, *Ön Ödemeli Konut Satışı*, On iki Levha Yayıncılık, 2018, s. 40-42. Ayrıca bkz. Çabri, s. 74-83 vd.

⁵⁵ Kat malikleri birliği ve kat malikleri kurulu ayrımı için bkz. Kutlu Doğan, s. 23 vd.

⁵⁶ Yargıtay 20. HD. E. 2015/9665 K. 2015/10739 K. ve 05.11.2015 tarihli kararında, davacı site yönetimi ile davalı şirket arasında site yönetim hizmeti sözleşmesi bulunduğu, site yönetiminin "hizmet satın alan ve hizmetten yararlanan" kişi olması nedeniyle tüketici sıfatına haiz olduğu ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın TKHK kapsamında kaldığına karar vermiştir. İstanbul BAM 46. HD. E. 2021/955, K. 2021/650 sayılı 07.04.2021 tarihli kararına konu olayda ise site yönetimi yöneticilikten kaynaklanan yetkilerini vekâletname ile yönetim firmasına vermiştir. Bölge adliye mahkemesi site yönetiminin kat maliklerinin halefi sıfatıyla hizmet sözleşmesi imzalayan tüketici, yönetim şirketinin ise 6502 sayılı yasanın 3/1 maddesi uyarınca sağlayıcı ve taraflar arasındaki işlemin tüketici işlemi olduğuna karar vermiştir. Her iki kararda site yönetimi ile yönetim şirketi arasındaki ilişki tüketici işlemi sayılmıştır. Bu kararlarda dikkat çekmek istediğimiz husus kat malikleri tarafından seçilen site yönetiminin yönetim şirketi ile sözleşme yaptığıdır. Kat malikleri doğrudan yönetim şirketini yönetici seçtikleri takdirde tüketici işleminden bahsedilemez. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024.

⁵⁷ Ankara BAM, 4. HD. 24.06.2022 tarih, E. 2022/853, K.2022/1767 sayılı kararında davacı yönetim şirketi ile davalı site yönetimi arasında yönetim sözleşmesi yapılmıştır. Mahkemece

B. Profesyonel Yönetim Şirketinin Alt Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında Yetkilendirilmesi

Vekâlet sözleşmesi taraflar arasındaki güven ilişkisine dayandığından⁵⁸, vekil kural olarak kendisine verilen işi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁹. Ancak vekile yetki verildiği takdirde iş, alt vekâlet ile başkasına gördürülebilir (TBK m. 506). Alt vekâlet, vekilin vekâletten doğan borçlarının ifasını kendi adına yaptığı bir sözleşme ile başkasına devretmesidir⁶⁰. Buna göre kat malikleri tarafından seçilen yönetici kural olarak yöneticilik görevini alt vekâlet ile profesyonel yönetim şirketine devredemez; fakat kat malikleri kurulunda yöneticiye bu yönde tevkil yetkisi verilmişse yöneticilik yetkisi profesyonel bir yönetim şirketine bırakılabilir⁶¹.

Kat malikleri ile alt vekil arasında sözleşme yapılmamış olsa dahi aralarında kanundan kaynaklanan bir ilişki kurulmaktadır (TBK m. 507/ III). Burada dikkat edilmesi gereken nokta kat malikleri kurulunda verilen yetkinin kapsamıdır. Yöneticiye, yöneticilik görevini başka bir kişi veya kuruma devredilebilme veya sadece toplu yapının yönetimi için profesyonel bir şirketle sözleşme yapma yetkisi verilmiş olabilir⁶². Bu halde akla gelen

görev yönünden yapılan değerlendirmede “*davalı yönetimin temsil ettiği kat maliklerinin kullanımında bulunan bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının getirilerek niteliklerinin tespit edilmesi, kat malikleri ile davalının tüketici olup olmadığının araştırılması suretiyle, somut olayda taraflar arasındaki uyumsuzluğun 6502 Sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalıp kalmadığı ve Tüketici Mahkemesi'nin görevli olup olmadığı belirlenip, sonucuna göre bir karar verilmesi*” gerektiği ifade edilmiştir. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 22 Ocak 2024.

⁵⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, 2023, s. 738 vd.; Şafak Parlak/Levent Börü, “Alt Vekâlet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 96, Yıl: 2011, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1135>> Erişim Tarihi 31 Ocak 2024, s. 18.

⁵⁹ Şebnem Akipek Öcal, “Vekâlet İlişkileri”, Turgut Öz (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 709.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Parlak/Börü, s. 20 vd.; Eren, s. 739 vd.; Akipek Öcal, Vekâlet, s. 707 vd. Ayrıca bkz. Şebnem Akipek, *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınevi, 2003.

⁶¹ Alt vekil ile ifa yardımcısı kavramları karıştırılmamalıdır. Bir görüşe göre vekil borçlandığı edimi, kendi risk ve organizasyon alanından çıkarıp ekonomik ve hukuki bakımdan bağımsız üçüncü bir kişiye bırakıyorsa, TBK m. 116 anlamında bir ifa yardımcısı değil alt vekâlet ilişkisinden söz edilir. Bkz. Türkmen / Keçecioğlu, s. 889. Diğer bir görüşe göre, vekil tarafından görevlendirilen üçüncü kişi vekilin kendi menfaati için görevlendirmişse yardımcı kişidir, müvekkilin menfaati için görevlendirilmişse alt vekildir. Bkz. Parlak/Börü, s. 26. İkame vekâlet kavramı için bkz. Akipek Öcal, Vekâlet, s. 709-710.

⁶² Ayrıca bkz. Parlak/Börü, s. 21.

ilk ihtimal profesyonel yönetim şirketinin alt vekil olarak nitelendirilmesidir. Kat malikleri kurulunda bu yetkinin hangi şirkete devredileceğine yönelik karar alınabilir veya bu karar yöneticiye bırakılabilir. Bu karar yöneticinin inisiyatifine bırakılmışsa, yönetici, profesyonel yönetim şirketini seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlü olur (TBK m. 507/II). Yöneticiye kat malikleri kurulunda bu yönde tevkil yetkisi verilmediği halde yönetici kendi yetkisinin dışına çıkarak yöneticilik görevini profesyonel bir yönetim şirketine devrettiği takdirde bu şirketin fiillerinden kendisi yapmış gibi sorumlu olur (TBK m. 507/I).

İkinci ihtimalde yönetici, yöneticilik görevini devretmeyip sadece kendisine yardımcı olması için profesyonel bir şirket ile sözleşme imzalamış olması, alt vekâlet olarak değerlendirilmez. Burada yöneticinin vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğu devam eder ve tıpkı kapıcı ile yaptığı hizmet sözleşmesinde olduğu gibi yönetim işlerinin görülmesinde kendisine yardımcı olmak üzere profesyonel bir yönetim şirketiyle sözleşme yapma yetkisi verilmiş olur.

IV. YÖNETİCİNİN PROFESYONEL YÖNETİM ŞİRKETİ İLE TOPLU YAPI

YÖNETİM SÖZLEŞMESİ İMZALAMASI

Kat malikleri kurulunda seçilen yöneticinin toplu yapının yönetilmesini sağlamak adına profesyonel bir yönetim şirketi ile sözleşme imzalaması uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu tip şirketler temizlik, güvenlik, bahçe bakımı, onarım, tamirat gibi farklı farklı alanlarda bütünleşmiş hizmetler sunarlar ve bunun karşılığında bir ücret talep ederler. Buna göre, toplu yapı yönetim sözleşmesinde yönetim şirketi birden çok hizmet sağlarken sözleşmenin diğer tarafı olan kat maliklerinin borcu belli bir miktar paranın ödenmesidir.

Profesyonel yönetim şirketi doğrudan yönetici olarak seçildiği takdirde kat malikleri ile aralarında görev tanımlarının yer aldığı bir sözleşme yapılmamış olsa dahi söz konusu hususların kanun hükümlerinden yararlanılarak tespit edilmesi mümkündür. Profesyonel yönetim şirketinin yönetici olarak seçilmemesi ihtimalinde, kat malikleri adına ve hesabına hareket eden yönetici ile yapılan sözleşme bakımından tarafların hak ve borçları tek tek ve ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir⁶³.

⁶³ Bu konuda bkz. Türkmen/Keçecioglu, s. 884.

Profesyonel yönetim şirketinin vereceği hizmetler için gereken giderler ve kat maliklerinden toplanan genel gider payları göz önüne alınarak tahmini bir bütçe hesaplanır. Bu tahmini bütçenin kat mülkiyetindeki adı işletme projesidir ve yönetici tarafından hazırlanır (KMK m. 37). Profesyonel yönetim şirketine ödenecek olan ücret de gider kalemleri arasına dahil edilir. Profesyonel yönetim şirketleri doğrudan seçilmek yerine yönetici ile yaptıkları sözleşme kapsamında toplu yapıyı yönetiyorlarsa (prensipl olarak) işletme projesini hazırlama görevleri yoktur. Ancak yapılan sözleşme kapsamında, toplu yapının gelir ve giderlerini bizzat şirket hesaplayabilir ya da bunu farklı bir kurum veya kuruluşa yaptırabilir. İşletme projesinin kat malikleri kurulunda onaylatma görevi ise profesyonel yönetim şirketine değil, yöneticiye aittir. Profesyonel yönetim şirketi yöneticiye sadece işletme projesinin hazırlanmasında yardımcı olur⁶⁴.

Profesyonel yönetim şirketinin yönetici mi yoksa sözleşmeye bağlı ücret karşılığı çalışan bir şirket mi olduğu ayrımı özellikle genel gider payını ödemeyen kat maliki aleyhine dava açılması veya icra takibi başlatılması gerektiğinde önem arz eder. Doğrudan yönetici olarak seçilmeyen profesyonel yönetim şirketleri, genel gider payını ödemeyen kat malikleri aleyhine icra takipleri başlatamazlar. Kat mülkiyeti ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen kat maliki aleyhine dava açmak veya icra takibi başlatmak sadece yöneticiye ve kat maliklerine tanınan bir yetkidir⁶⁵. Hukuki süreç bizzat kendileri veya vekâlet verilecek bir avukat tarafından takip edilebilir. Ancak yönetici olmayan profesyonel yönetim şirketlerinin bu yönde dava açma veya icra takibi başlatma yetkileri yoktur⁶⁶. Öğretide profesyonel yönetim şirketlerine bu yetkilerin verilmesinin pratik açıdan faydalı olacağı ifade edilmektedir⁶⁷. Pratik açıdan faydalı olacağı kuşkusuz olmakla birlikte,

⁶⁴ İşletme projesi hakkında bkz. Ertaş, s. 608-609; Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 1002 vd.; Aydos, 2019, s. 132,

⁶⁵ Bkz. Arpacı, dk. 45.11. Ayrıca bkz. ve karşı. Aydos, 2019, s. 91-92.

⁶⁶ Yargıtay 20. HD. 29.06.2017, 2017/4881 E., 2017/5960 K. sayılı kararında yönetici olmayan yönetim şirketi ile ortak alanların yönetilmesi ve işletilmesi için yapılan sözleşmenin bu şirkete genel gider payını ödemeyen kat maliki aleyhine dava açma ve icra takibi başlatma yetkisi olmadığına karar vermiştir, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024. Germeç'e göre ortak gider alacağının tahsili için, dava açma yetkisi sadece kat maliklerine ve yöneticiye aittir. Kat malikleri kurulu yöneticiye üçüncü kişilerle sözleşme yapma yetkisi verse bile bu yetkinin devri mümkün değildir. Üçüncü kişiyle yapılan sözleşmenin geçerliliği ve bağlayıcılığı yoktur. Bkz. Germeç, s. 464-465.

⁶⁷ Genç Arıdemir'e göre avukat olmayan üçüncü kişiye böyle bir yetki verilmesi kanunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturur ve bu yönde alınan kat malikleri kurulu kararı iptal

yürürlükteki hükümlere göre böyle bir yetkinin kat maliki veya yönetici olmayan üçüncü kişi niteliğindeki bir şirkete verilmesi doğru görünmemektedir. Bunun yerine belli bir sayının üzerinde bağımsız bölümü olan toplu yapılarda hukuki takip gerektiren konular için avukat istihdamının zorunlu tutulması yönünde kanun değişikliği yapılması bu süreçte yaşanan sıkıntıların çözümü açısından daha faydalı olacaktır.

A. Toplu Yapı Yönetim Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

1. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, kat maliklerinin toplu yapı yönetim sözleşmesi yapmalarındaki amaç toplu yapıdaki yaşam kalitesini arttırmak ve belirli bir düzenin devamını sağlamaktır. Bunun için yapılması gereken iş veya işlemler kat malikleri veya yönetici tarafından değil kat maliklerinin atadığı yöneticinin sözleşme yaptığı profesyonel yönetim şirketleri tarafından yerine getirilmektedir. Sözleşme, kat malikleri veya onların adına ve hesabına yönetici ile profesyonel yönetim şirketi arasında imzalandığından sözleşmenin tarafları kat malikleri birliği ile yönetim şirkettir. Ticari işletmeler için yapılan yönetim sözleşmelerinden farklı olarak kat maliklerinin kâr elde etme amaçlarının bulunmadığı özellikle ifade edilmelidir⁶⁸.

Toplu yapı yönetim sözleşmesi yapıldıktan sonra profesyonel yönetim şirketi güvenliğin sağlanması, bahçe bakımı, peyzaj düzenlemesi, temizlik, onarım gibi yükümlülüklerine yerine getirmek için başka kişi veya kuruluşlarla hukuki ilişki kurabilir. Bu tür hizmetler profesyonel yönetim şirketinin kendi organizasyon yapısı altındaki elemanlar tarafından yapılabileceği gibi üçüncü kişilerden hizmet satın alınarak da yaptırılabilir. Örneğin güvenlik elemanı istihdam edilecekse bunun için bir güvenlik firmasıyla anlaşma yapılabilir. Profesyonel yönetim şirketlerinin bu kapsamda çalıştırdığı üçüncü kişiler ifa yardımcısı olarak değerlendirilmelidir. Borcun ifası sırasında bu kişilerin kat maliklerine verebilecekleri olası zararlardan ise profesyonel yönetim şirketi sorumlu olur (TBK m. 116).

Toplu yapı yönetim sözleşmesinde profesyonel yönetim şirketinin görev

edilebilir. Ancak yönetim şirketlerine bu yetkinin verilmesi pratik açıdan faydalıdır. Bkz. Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 816.

⁶⁸ Ticari işletmeler için yapılan yönetim sözleşmesi hakkında bkz. Çelikel, s. 488 vd. Toplu yapı kavramı hakkında ayrıca bkz. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, 2021, Yetkin Yayınları, s. 531 vd.; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı, 2014, Yetkin Yayınları, s. 191 vd.

süresine ilişkin düzenleme yapılabilir. Sözleşmede şirketin görev süresinin bitimine dair bir tarih kararlaştırılmış ise bu tarihle birlikte sözleşme sona erer. Sözleşmede herhangi bir tarih veya süre öngörülmemiş ise fesih ihbarında bulunulması gerekir⁶⁹. Örneğin iki yıl için yapılan sözleşme bu sürenin sonunda sona erer. Eğer sözleşme belirlenen tarihten evvel sona erdirilmek isteniyorsa fesih bildiriminde bulunulmalıdır. Uzun süreli yapılan bir yönetim sözleşmesi ihtimalinde toplu yapı yöneticisinin değişmesi durumunda yeni yöneticinin bu sözleşme ile bağlı olup olmayacağı sorusu da cevaplanmalıdır. Kat mülkiyeti ilişkisinde yönetimin sürekliliği esas olduğundan yöneticinin kat malikleri adına ve hesabına yaptığı sözleşmeler yönetici değişse dahi varlığını ve geçerliğini korur. Bu nedenle ilgili sözleşmelerin yenilenmesi gerekmez⁷⁰.

Kat malikleri veya onların adına ve hesabına yönetici ile profesyonel yönetim şirketi arasında toplu yapının ücret karşılığında yönetilmesi için akdedilen toplu yapı yönetim sözleşmesinin hukuki niteliği öğretide bir kısım yazarlar tarafından vekâlet sözleşmesi⁷¹, bazılarında göre hizmet sözleşmesi⁷² olarak nitelendirilmiş, farklı bir görüş ise bu sözleşmenin karma kombine bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir⁷³. Diğer taraftan, profesyonel yönetim şirketlerinin temsilciler kurulu niteliğinde olduğunu belirten yazarlar da vardır⁷⁴.

⁶⁹ Ancak bu durumda fesih ihbarda bulunabilmek için haklı neden bulunmalıdır. Bkz. E. Sabâ Özmen, TRKTYD Tesis Yönetim Çalıştayı, <https://www.youtube.com/watch?v=sT7ufAI5UtA&t=10331s>, dk. 3.01.42 vd. <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024.

⁷⁰ 14.04.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan Yargıtay 15. HD. 09.06.2021, E. 2021/4823, K. 2021/2625 sayılı kanun yararına bozma kararında, “yönetimde süreklilik esas olduğundan eski yönetimin yaptığı sözleşmenin yönetici değiştiğinde yeni yönetimi de bağlayacağı ifade edilmiştir. Yönetimde süreklilik esası sebebiyle yönetici değişmesinin eski yönetimin başlattığı işlerin tamamlanmasına engel teşkil etmediği, yeni yönetimin başlanmış olan onarımı kat maliklerinden Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesine göre toplayacağı avansla tamamlaması gerektiği” yönünde bkz. Yargıtay 18. HD. 11.06.2023, E. 2015/2023, K. 2015/10113. Aynı yönde Yargıtay 20. HD. 05.11.2018, E. 2017/2236, K. 2018/7023 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

⁷¹ Türkmen/Keçecioglu, s. 863.

⁷² Özmen, dk. 3:00.00; Abdülkadir Arpacı, Apartman ve Sitelerde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yolları 2. Bölüm, <https://www.youtube.com/watch?v=-Jo_N0rE-RI&t=1856s> dk. 45, Erişim Tarihi 30 Ocak 2024; Kutlu Doğar, s. 217.

⁷³ Akipek, dk. 10.

⁷⁴ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 830.

2. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreli iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 393/I). Tanımdan anlaşılacağı üzere hizmet sözleşmesinde işçi işverene bağımlı olarak onun emir ve talimatlarına uyarak çalışır⁷⁵. Bağımlılık, işçinin, işverenin emir ve talimatlarına uymasını, onun denetimi ve gözetimi altında olmasını ifade eder. Örneğin yöneticinin kat malikleri adına ve hesabına işveren vekili olarak kapıcı ile yaptığı kapıcılık sözleşmesi bu niteliktedir^{76 77}.

Hizmet sözleşmesinin belirgin unsuru, işçinin işverene ve onun emir ve talimatlarına bağımlılığıdır. Hatta bu bağımlılık diğer işgörmeye sözleşmelerine nazaran çok daha katıdır. Nitekim işçi, diğer işgörmeye sözleşmelerinden farklı olarak hiyerarşik bir düzen içerisinde işini görmektedir⁷⁸. İşçinin işverene olan bağımlılığı sonucunda, işçinin üçüncü kişilere karşı verdiği zararlardan dolayı işveren TBK m. 66'ya göre kusursuz olarak sorumlu tutulabilmektedir.

⁷⁵ Eren, s. 547; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 15. Bası, Beta Basım, 2018, s. 467 vd.; Ebru Ceylan, “Hizmet Sözleşmeleri”, Turgut Öz (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 401 vd.

⁷⁶ Konut kapıcılığı, 4857 sayılı İş Kanunu m. 110'da düzenlenmektedir ve iş sözleşmesi niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nihat Seyhun Alp, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2020, <<https://search.trdizin.gov.tr/yayin/detay/420471>> Erişim Tarihi 29 Ocak 2024, s. 251-301. Ayrıca bkz. Ceylan, s. 401. Kat malikleri adına ve hesabına kapıcı ile iş sözleşmesi yapan yönetici işveren vekilidir. Kat malikleri işverendir, Suphi Nahit Okay, “Türk İş Hukuku Açısından Konut Kapıcıları ve Kapıcılık Hizmetleri”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, (30), 1979, s. 47.

⁷⁷ Hizmet sözleşmesi belirli süreli veya belirsiz süreli yapılabilir. Belirli süreli hizmet sözleşmesi kararlaştırılan sürenin sonunda herhangi bir fesih ihbarında bulunulması gerekmeksizin kendiliğinden sona erer. Süre bittikten sonra hizmet ilişkisi sürdürülüyorsa sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. On yıldan fazla bir süre için yapılan sözleşmelerde taraflardan her biri on yıl geçtikten sonra altı aylık bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi için ise fesih ihbar sürelerine uyulması gerekir (TBK m. 430). Hizmet sözleşmesi süresiz yapılmış ise fesih bildiriminde bulunulmalıdır. Bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer (TBK m. 432). Öte yandan ister belirli ister belirsiz süreli hizmet sözleşmesi yapılmış olsun haklı nedenlerin varlığı halinde sözleşme her zaman feshedilebilir.

⁷⁸ Bu bağımlılık ekonomik, teknik, kişisel ve hukuki bir bağımlılık olup, işçinin işini işverenin talimatına uygun biçimde yapmasını ifade eder. Bkz. Ceylan, s. 401, 408; Yavuz/Acar/Özen, s. 467-468.

Profesyonel yönetim şirketi, sözleşme ile yüklendiği edimleri yerine getirirken kat malikleri veya onların nam ve hesabına hareket eden yöneticiden (önem arz eden konular dışında) emir ve talimat almayı beklememelidir. Zira toplu yapı yönetiminde böyle bir talimat beklenmesi bu tür sözleşmelerin yapılış gayesi ve işin niteliğine uygun değildir⁷⁹. Örneğin asansörlerin rutin bakımını yaptırmak, bozulan jeneratörü tamir ettirmek, jeneratöre yakıt alınması veya havuzun bakımını yaptırmak için kat maliklerinden veya yöneticiden sürekli onay alınmasını beklemek ya da onların talimatlarının dışına çıkamamak toplu yapıları yönetilmez hale getirir. Rutin veya basit bir işin görülmesi esnasında ortaya çıkan bir sorun için yöneticiden emir veya talimat beklemek bu sözleşmenin yapılmasındaki amacı da anlamsız kılar. Nitekim profesyonel yönetim şirketi ile sözleşme yapılmasındaki gaye, toplu yapılarda ortaya çıkan bir sorunun hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasıdır. Bu sözleşme ile kat maliklerinin beklentisi, profesyonel yönetim şirketinin bilgisi, birikimi, uzmanlığı ile tecrübesini kullanarak kendi inisiyatifi ile aldığı kararlara göre toplu yapıyı yönetebilmesidir.

Profesyonel yönetim sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek, sözleşmenin iş hukuku alanına girdiğinin de kabulünü gerektirir. Dolayısıyla sözleşmeye dair bazı düzenlemeler İş Kanunu'na (m. 8/I, 11/I vb.) tabidir. Borçlar hukukundan farklı olarak, iş hukukunda benimsenen sosyal düşünce ve işçinin korunması esasları sebebiyle sözleşme özgürlüğü ilkesi sınırlanır ve bu durum uygulamada yaşanan sorunların çözümünü daha da zorlaştırmaktan farklı bir durum yaratmaz.

Bununla birlikte hizmet sözleşmelerinde işçinin işi görürken kişisel nitelik ve özelliği ile beceri ve yetenekleri önemli olduğundan sadece gerçek kişilerin işçi olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır⁸⁰. Ancak bilindiği üzere profesyonel yönetim şirketleri çoğunlukla tüzel kişi olarak kurulmaktadır. Ayrıca hizmet sözleşmesinde işçi, kural olarak yapılacak işi bizzat ifa etmek zorundadır⁸¹. Halbuki Özmen'in de haklı olarak ifade ettiği gibi, profesyonel yönetim sözleşmelerinde, profesyonel yönetim şirketi yüklenmiş olduğu edimi bizzat ifa etmek zorunda değildir. Örneğin şirket,

⁷⁹ Ancak bir görüşe göre, kat maliklerinin seçmiş olduğu yöneticinin profesyonel yönetim şirketi ile yapmış olduğu sözleşme hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Bkz. Arpacı, dk. 45.

⁸⁰ Eren, s. 553. Karş. Ceylan, s. 404, 407 vd.; Yavuz/Acar/Özen, s. 471, 478 vd.

⁸¹ Nitekim TBK m. 395, işçinin işi bizzat yerine getirmesi gerektiğini ve prensip olarak işgörmeye borcunu bir başkasına (istisnalar dışında) devredemeyeceğini düzenlemektedir. Ayrıca bkz. Ceylan, s. 405.

muhasabe, güvenlik ve temizlik işlerini farklı gerçek veya tüzel kişilere alt yüklenici olarak devredebilir⁸².

Toplu yapı yönetim sözleşmesinin hizmet sözleşmesi ile benzerlikleri olduğu söylenebilir ancak profesyonel yönetim şirketlerinin çoğunlukla tüzel kişi olarak hizmet verdiği ve yüklenmiş olduğu edimi bizzat ifa etmek zorunda olmadığı hususu dikkate alındığında, bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir⁸³. Hizmet sözleşmelerinin en belirgin özelliği olan bağımlılık unsuru, gündelik rutin bir iş için dahi onay alınmasını zorunlu kılar, ki böyle bir durum toplu yapı yönetim sözleşmesinin yapılmasını anlamsız hale getirir. Halbuki bu sözleşme ile asıl amaçlanan, şirketin kendisine verilen yetki çerçevesinde inisiyatif kullanarak sorunları hızlı ve ekonomik biçimde çözebilmesidir⁸⁴.

3. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 502). Vekâlet de hizmet sözleşmesi gibi bir iş görme sözleşmesidir fakat hizmet sözleşmesinden farklı olarak vekil, vekâlet verene bağımlı değildir. Her ne kadar vekil vekâlet verenin emir ve talimatlarına uymak zorunda olsa da burada bir bağımlılık ilişkisi doğmamakta, vekil bağımsız hareket etmektedir⁸⁵.

Öğretide profesyonel yönetim sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak niteleyen görüşler vardır⁸⁶. Yönetim şirketlerinin kat maliklerine karşı toplu

⁸² Özmen, dk. 3.02.24.

⁸³ Hizmet sözleşmesinde işçi işverenin işletmesinde ve ona bağımlı bir şekilde çalışır. Ancak vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verene bağımlı olmayıp (istisnalar dışında) vekâlet verenin işletmesinden farklı bir yerde ve kendi işyerinde bağımsız olarak faaliyetlerine devam eder. Bkz. Eren/Dönmez, s. 1569 vd. Nitekim uygulamada çoğu profesyonel yönetim şirketi sözleşme imzaladığı toplu yapının dışında farklı bir adreste (genellikle kendi işyerlerinde) hizmet vermektedir.

⁸⁴ Yakıtı biten jeneratöre nereden ve hangi fiyattan yakıt konulacağı, temizlik malzemelerinin nereden ve hangi fiyattan alınacağı, işten çıkan veya çıkarılan bir işçi ya da apartman görevlisinin yerine başka birinin işe alınması, arıza veren alet ve ekipmanların onarımı gibi rutin işlerde profesyonel yönetim şirketinin yönetici veya yönetim kurulundan onay beklemesi; diğer bir ifadeyle, basit ve rutin işlerde bile bağımlı kalarak inisiyatif kullanamaması bu sözleşmenin yapılması amacıyla çelişir.

⁸⁵ Eren, s. 719 vd.; Oğuz Sadık Aydos, *Özel Borç İlişkileri*, Gazi Kitabevi, 2023, s. 53. Karş. Akipek Öcal, Vekâlet, s. 710; Yavuz/Acar/Özen, s. 624 vd.; Ceylan, s. 405.

⁸⁶ Türkmen/Keçecioğlu, s. 863. Ancak yazarlar bu nitelendirmeyi profesyonel yönetim şirketinin doğrudan yönetici seçilmesi olasılığı bakımından yapmaktadır.

yapının yönetimi kapsamında iş görme borcu altına girmeleri, aralarındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine benzemesine yol açmakta ise de arada bazı farklılıklar söz konusudur. Örneğin vekâlet sözleşmesinde kural olarak ücret zorunlu bir unsur değildir fakat taraflar anlaşmışsa veya teamül varsa sözleşmede ücret ödenebilir⁸⁷. Toplu yapı yönetim sözleşmesi ise belirli bir ücret karşılığında yapılır. Vekil, vekâlet verenin talimatlarına uymakla yükümlüdür (TBK m. 505). Toplu yapı yönetim sözleşmesinde profesyonel yönetim şirketi kendi bilgi ve tecrübesini kullanarak yönetim borcunu ifa eder. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, profesyonel yönetim şirketinin her türlü kararı alma yetkisine sahip olmamasıdır. Şirket, sadece rutin işlere yönelik kararlar alırken bağımsızdır. Kat mülkiyeti ilişkisinde bazı kararlar ancak o konuda aranan yetersayılarının sağlanması ile alınabilir. Profesyonel yönetim şirketlerinin bazı konularda tek başlarına karar alma yetkileri yoktur, sadece alınan karara ilişkin yapılması gereken işleri yürütmekle yetkilidirler. Örneğin, ortak yerlerin kullanımını daha rahat ve kolay hale getiren veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayan bütün yenilik ve ilaveler; kat maliklerinden birinin isteği üzerine ısı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu (KMK m 42/I ve IV); ortak yerlerde inşaat, geniş çaplı onarım, değişik renkte dış badana veya boya işleri ancak bütün kat maliklerinin beşte dördünün çoğunluğuyla verecekleri karar ile yapılabilir (KMK m. 19). Bu tür kararları sadece kat malikleri alabiliyorken profesyonel yönetim şirketlerinin böyle bir karar alma yetkileri yoktur. Nitekim bu durum vekilin vekâlet verenin açık talimatına uyma ve bu talimata göre davranma ilkesiyle de uyumludur⁸⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki, vekâlet sözleşmelerinde vekil, kendisine verilen işi yapmak adına herhangi bir zamana bağlı olmadan bir işgörmeye edimini yüklenir. Farklı bir anlatımla, vekâlet sözleşmeleri prensip olarak belirli bir zaman kaydı olmadan edimin ifa edildiği sözleşmelerdir. Zira vekâlet ilişkisinin niteliği bakımından önem arz eden durum vekilin işi görmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri incelendiğinde vekilin edimin ifasında zamana bağlı olmamasına dair bir düzenleme yoktur. Ancak TBK m. 502/2 karşıt anlamı ve TBK m. 393'te bahsedilen hizmet sözleşmesinin zamana göre ücret ödeme unsurundan yola çıkarak, zamana bağlı bir iş görme

⁸⁷ Akipek, Vekâlet, s. 706; Yavuz/Acar/Özen, s. 630-634; Aydos, s. 54.

⁸⁸ Bkz. TBK m. 505/I ve 506/II.

borcu söz konusuysa burada hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁸⁹. Bu bağlamda profesyonel yöneticilik sözleşmelerinin uygulamada genellikle dönemlik veya yıllık şekilde imzalandığı görülmektedir. Sözleşmede işin görülmesi için belirli bir zaman kaydının bulunması, yukarıda açıklandığı üzere, vekâlet sözleşmesinden ziyade hizmet sözleşmesi nitelendirmesini akla getirmektedir. Zira vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran en önemli farklardan biri iş görmenin zamana bağlı olmamasıdır⁹⁰. Profesyonel hizmet sözleşmelerinin uygulamada çoğunlukla belirli bir süre için imzalandığı dikkate alındığında bu sözleşmelerin (profesyonel yönetim şirketinin doğrudan seçilmediği hâllerde) vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Bunlarla birlikte vekâlet sözleşmelerinde azil ve istifa her zaman mümkündür ancak uygun olmayan zamanda yapılan azil veya istifa bir zararın doğmasına neden olmuş ise bunun tazmin edilmesi gerekir. Bu düzenlemenin temeli vekâlet sözleşmesinin güven unsuruna dayanan bir sözleşme olmasına dayanır⁹¹. Profesyonel toplu yapı yönetim sözleşmesine vekâlet ilişkisi hükümlerinin uygulanması bu yönüyle de yerinde görünmemektedir. Zira herhangi bir zamanda ve haklı bir sebep gösterilmeden yapılan azil veya istifa yönetim boşluğu oluşmasına ve toplu yapılar için telafisi imkânsız bazı zararların doğmasına neden olabilir⁹².

4. Karma Kombine Sözleşme Görüşü

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar hukuk kurallarının sınırları

⁸⁹ Akipek, Vekâlet, s. 704; Eren, s. 743-744; Aydos, s. 52 vd.

⁹⁰ Aydos, s. 51 vd.; Akipek, Vekâlet, s. 704. Hizmet sözleşmesi sürekli bir sözleşmedir ancak vekâlet sözleşmesi bazen sürekli veya sürekli sözleşme benzeri ya da ani bir sözleşme olarak da ortaya çıkmaktadır. Hizmet sözleşmelerinde zaman unsuru önemli iken, vekâlet sözleşmesinde zaman unsuru önem taşımaz. Bkz. Eren/Dönmez, s. 1570; Eren, s. 732 vd.

⁹¹ Taraflara vekâlet ilişkisini sona erdirme hakkı tanıyan TBK m. 512 düzenlemesi öğretide tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesi düzenlemesinin emredici olduğu düşüncesi ve aradaki güven ilişkisi nedeniyle hükmün vekâlet ilişkisinde yapısal bir unsur olduğunu öne sürmekte; bazı yazarlar ise güven unsurunun vekâlet ilişkisinde mevcut olduğunu ancak TBK m. 512'nin emredici olmadığını ve herhangi bir sözleşmede güven ilişkisi ne kadar önemliyse ondan daha fazla olamayacağı görüşündedir. Bahsedilen görüşler için bkz. Akipek, Vekâlet, s. 707 vd. Ayrıca bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 666 vd. Ayrıca bkz. Şahin Akıncı, *Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, 2004; Aydos, s. 70 vd.

⁹² Bu tür tehlikelerin bertaraf edilmesi açısından toplu yapı yönetim sözleşmelerine yeni bir yönetim şirketi ile anlaşma sağlanıncaya kadar eski yönetim şirketinin görevine devam edeceği yönünde hükümler konulması yararlı olacaktır.

içerisinde istedikleri sözleşmeyi yapabilir ve içeriğini de kamu düzenine ve emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla diledikleri gibi düzenleyebilirler (TBK m. 26). Bu bağlamda bazı sözleşme türleri kanunlarda yer almasına karşın, bazıları kanunlarda düzenlenmemiştir. Kanuni düzenlemesi olmayan sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak adlandırılmakta ve bu sözleşmeler karma ve kendine özgü (sui generis) olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır⁹³. Karma sözleşmeler ise kanunda düzenlenen birden fazla sözleşmenin unsurlarının kanunda öngörülmemen bir şekilde bir araya gelmesiyle oluşur⁹⁴. Diğer bir ifadeyle, karma sözleşmeyi oluşturan unsurlar ayrı ayrı incelendiğinde, sözleşmeyi oluşturan unsurların kanunda düzenlenmiş olan farklı sözleşmelerin tipik özelliğini taşıdığı görülür⁹⁵.

Karma sözleşmelerin bir türü olan kombine sözleşmelerde bir tarafın borcu kanunlarda yer alan sözleşme tiplerine ait birden çok asli edimi içerirken diğer tarafın borcu tek edimden ve genellikle bir miktar paranın ödenmesinden oluşmaktadır⁹⁶. Farklı bir anlatımla, kombine sözleşmelerde çeşitli tiplere özgü edimler sözleşmedeki taraflardan biri bakımından bir araya gelmektedir⁹⁷.

Yukarıda bahsedilen açıklamalar doğrultusunda profesyonel toplu yapı

⁹³ Öğretideki ağırlıklı görüşe göre bileşik sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak kabul edilmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemalettin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Borçların Genel Hükümleri)*, 4.Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Yayın No:1290), İstanbul, 1967, s. 114; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -I*, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 23 vd.; Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 20; Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017, s. 503 vd.; Fikret Eren, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, İpek Yücer Aktürk (Ed.), *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 13 vd.; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 2.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 102 vd.; İpek Yücer Aktürk, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 38; Aydos, s. 3-7.

⁹⁴ “...Kombine karma sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından birinin kanunda yer alan birden çok sözleşmeye ilişkin denk kıymette edimler taahhüt ettiği, buna karşılık diğer tarafın tek bir edimi (çoğunlukla para borcunu) taahhüt ettiği sözleşme tipleridir...” Yargıtay HGK. 15.05.2002, E. 2002/13- 375, K. 2002/406 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁹⁵ Yücer Aktürk, s. 42 vd.; Ayşe Arat, “İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I(II), 2006, s. 243; Aydos, s. 6.

⁹⁶ Nitekim bu tip sözleşmelerde taraflardan birinin üstlenmiş olduğu farklı tiplerdeki her edim asli (karakteristik) nitelikte olmalı; diğer bir ifadeyle edimler tali nitelikte olmamalıdır. Ayrıca bkz. Arat, s. 244; Yücer Aktürk, s. 50.

⁹⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 14; Aydos, s. 6.

yönetim sözleşmesi ele alındığında kat maliklerinin borcu tektir ve bir miktar paranın ödenmesidir. Profesyonel yönetim şirketinin borcu ise ortak alanların temizliğinin yapılması, toplu yapının güvenliğinin sağlanması, bahçelerin bakımı ve düzenlenmesi, kapıcılık hizmeti, ekipman satın alınması, (mevcutsa) concierge hizmeti verilmesi, kırılan ya da bozulan alet ve makinelerin bakım ve onarımının yaptırılması, gelir-gider hesabının tutulması vb. edimlerden oluşur. Görüldüğü üzere profesyonel yönetim sözleşmesinde şirket, çeşitli sözleşmelerin asli edimlerini içerecek şekilde borç altına girmektedir, kat maliklerinin borcu sadece sözleşmede kararlaştırılan ücretin ödenmesidir.

Profesyonel yönetim şirketinin borcu, hizmet ve vekâlet sözleşmelerinin asli unsurlarını içeren biçimde işgörme edimidir. Ancak bu sözleşmelerden farklı olarak profesyonel yönetim şirketi kat maliklerinden veya yöneticiden bağımsız, kendine özgü bir şekilde iş görme edimini ifa etmektedir⁹⁸. Sonuç olarak toplu yapı yönetim sözleşmesi karma kombine niteliği taşıyan bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim katıldığımız görüşe göre, toplu yapı yönetim sözleşmesi kanunlarda düzenlenmediğinden isimsiz bir sözleşmedir ve isimsiz sözleşme türlerinden karma kombine sözleşme niteliğindedir^{99 100}.

B. Profesyonel Yönetim Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Açısından Değerlendirilmesi

Bazı mahkeme kararları ve öğretide toplu yapı yönetim sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹. Bu tespit yapılırken

⁹⁸ Bu noktada yapılan işin sürekli bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu düşünülebilir. Ancak eser sözleşmesi niteliği itibariyle sürekli bir sözleşme olmayıp “ani edimli” bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bkz. Eren/ Dönmez, s. 1329, dn. 14’deki yazarlar. Aydos, s. 33 vd. Nitekim eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlandığı edimin ifası sürekli olarak zamana yayılmaz. Borçlanılan eserin meydana gelmesi kimi zaman uzun bir süreyi gerektirir de bu durum sözleşmenin niteliğini değiştirmez. Bkz. Eren/Dönmez, s. 1329.

⁹⁹ Akipek, dk. 10.

¹⁰⁰ Toplu yapı yönetim sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklara hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti önemlidir. Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hakkında öğretide farklı teoriler ileri sürülmekle birlikte bunları incelemek çalışma kapsamını aşacaktır. Bu nedenle, karma sözleşmelere öncelikle benzedikleri sözleşmelere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Kıyasen uygulanacak hüküm yoksa genel hükümlere, burada da hüküm bulunmaması halinde mahkeme içtihatlarına göre çözüm yoluna gidilmelidir. Emsal kararın da bulunmaması durumunda hâkim, hukuk yaratma yoluyla uyumsuzluğu çözmelidir. Karma sözleşmelere uygulanması gereken teoriler hakkında bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 15; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Legal Yayınevi, 2015, s. 216-217; Kuntalp, s. 127 vd.

¹⁰¹ Türkmen/Keçecioglu, s. 867; Özkan, s. 226. Yargıtay 20. HD. 05.11.2015, E. 2015/9665,

sözleşme taraflarının doğru belirlenmesi gerekir. Yukarıda ifade edildiği üzere kat malikleri, profesyonel yönetim şirketini yönetici olarak doğrudan seçebileceği gibi, kat maliklerinin seçtiği yönetici profesyonel yönetim şirketi ile yönetim sözleşmesi imzalayabilir. Birinci ihtimalde bu durumun vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu ve tüketici işlemi olarak değerlendirilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır. O halde, kat malikleri tarafından seçilen yönetici veya yönetim kurulunun profesyonel yönetim şirketi ile yönetim sözleşmesi akdetmesi halinde bu sözleşmenin tüketici işlemi olup olmadığı incelenmelidir.

Günümüzde tüketiciler konut satın alırken özellikle reklamlardaki vaatlerden yola çıkmakta ve meskenin kendisi kadar içinde yer aldığı toplu yapının sosyal olanakları da satın alma kararında etkili olmaktadır. İnşaat firmaları veya aracılar saldırgan pazarlama yöntemleri kullanarak tüketiciyi satın almaya ikna etmeye çalışmakta ve özellikle örnek daireleri gösterişli

K. 2015/107739; İstanbul BAM, 45. HD. 14.09.2022 tarihli E. 2020/1095, K. 2022/944 sayılı kararına konu olayda sitedeki sigortalı konuta hırsız girmiştir. Sigorta şirketi, sitenin güvenliğinin sağlanmadığı için olayın meydana geldiği gerekçesiyle site yönetimine ve site yönetiminin sözleşme yaptığı güvenlik şirketine ödediği sigorta tazminatından dolayı rücu hakkı doğduğu gerekçesiyle icra takibi başlatmıştır. Takibe itiraz üzerine davanın görüldüğü tüketici mahkemesi, taraflar arasında tüketici işlemi olmadığından görevsizlik kararı vermiş ve dosya ticaret mahkemesine gönderilmiştir. İstinaf üzerine dosyayı inceleyen bölge adliye mahkemesine göre, davalılardan site yönetiminin sorumluluğu Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan, güvenlik şirketinin sorumluluğu ise site yönetimi ile yapılan güvenlik hizmet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Site yönetimi kat maliklerini temsilen güvenlik şirketi ile sözleşme yaptığından kat maliklerini temsilen tüketici, güvenlik şirketi ise satıcı/sağlayıcı sayılır ve davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir. Site yönetiminin bina yöneticisi olması nedeniyle kat mülkiyetine dayalı sorumluluğunun Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanması ve görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olması durumunda bile birden fazla mahkemenin görevli olduğu durumlarda yargılamanın özel mahkemede görülmesi gerekir. Tüketici mahkemesi sulh hukuk mahkemesine göre daha özel bir mahkemedir. Dikkat edilirse bu uyuşmazlıkta tüketici işlemi nitelmesi yönetici ile güvenlik şirketi arasındaki sözleşme için yapılmıştır; yönetici ile kat malikleri arasındaki ilişki için değil. Bir başka davaya konu hırsızlık olayı sanayi sitesindeki bir işyerinde gerçekleşmiştir. Bu sanayi sitesi bir kooperatif tarafından yönetilmektedir ve güvenliği özel güvenlik şirketi tarafından sağlanmaktadır. İşyeri sahibi hırsızlık nedeniyle meydana gelen hasarın tazmini için site yönetimine ve güvenlik şirketine asliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır. Tarafların tacir olduğu gerekçesiyle görevsizlik karar verilmiş görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Ticaret mahkemesi ise davalı kooperatifin Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. maddesi gereğince atanmış yönetici olduğu ve davacının bu maddeye dayalı olarak davayı açtığını belirterek görevsizlik kararı vermiş ve dosya sulh hukuk mahkemesine gönderilmiştir. Sulh hukuk mahkemesi ise tarafların tacir olduğu gerekçesiyle ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Benzer bir olayda kooperatif tarafından yönetilen toplu yapıdaki bir işyerine hırsız girmiş ve Asliye Hukuk, Asliye Ticaret ve Sulh Hukuk mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmiştir. Yargıtay 17. HD. 12.01.2015, E. 2014/15459, K. 2015/43 sayılı kararıyla davanın ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

biçimde dekore ederek tüketicinin kararını etkilemektedirler¹⁰². Toplu yapıda yaşam kalitesinin yüksekliğine vurgu yapılan pazarlama stratejileri esasen o toplu yapının düzenli yönetilmesi ile bağlantılıdır. Bunun yanında, sosyal donatı alanlarından havuz, spor alanı, koşu parkurları, restoran, kreş gibi imkanların da bulunduğu söylenmekte ve özellikle toplu yapının profesyonel bir şekilde yönetileceği konutun satışı esnasında tüketiciye vaat edilmektedir. Konutu satın alacak kişi, sosyal donatı alanları ile birlikte ortak yerlerin profesyonel olarak yönetileceğini de göz önünde tutarak konutu satın alma kararı vermektedir.

Tam bu noktada dikkat edilmesi gereken husus konutu satın alacak kişinin tüketici sıfatının satış sözleşmesi için geçerli olduğudur. Diğer bir ifadeyle, konutu satın alan kişinin satın alma anında TKHK m. 3/k anlamında hareket edip etmediği dikkate alınmalıdır¹⁰³. Konut satışı gerçekleşikten sonra toplu yapının yönetimi söz konusu olduğundan, konutu satın alan kişi artık tüketici değil, kat maliki sıfatına sahip olur¹⁰⁴. Farklı bir anlatımla, konutu satın alan kişinin tüketici olma vasfı sadece konutun satışı ve buna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından geçerli olmalı; toplu yapının yönetimi bakımından konutu satın alan kişi kat maliki olarak nitelendirilmelidir.

Bu durumda akla gelecek asıl soru, satıcının konut satışı esnasında toplu yapı yönetimini de vaat etmiş olması halidir. Konutu inşa eden müteahhit firma veya satıcı tarafından yönetim planına, yönetimin profesyonel yönetim şirketi tarafından belirli bir süre için üstlenileceğine dair hüküm konulabilir¹⁰⁵.

¹⁰² Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Emrehan İnal, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000; Çabri, s. 1084, 1105.

¹⁰³ Bu bağlamda konutu satın alan, satın aldığı konutu mesken veya barınma amaçlı kullanmak üzere satın almış olmalı; ticari veya mesleki amaçlarla konut satın alınmamış olmalıdır. Satış sözleşmesinin TKHK kapsamında olabilmesi için yapılan işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması gerekmektedir.

¹⁰⁴ Nitekim bir konut satışının TKHK kapsamında olup olmadığının belirlenmesinde (farklı kriterler olmakla beraber) konutu satan alan kişinin satın alma anındaki niyeti esas alınmaktadır.

¹⁰⁵ Kat Mülkiyeti Kanunu m.71, yönetim planında başka türlü düzenlenmedikçe blok kat malikleri kurulu blok için, blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki kat malikleri kendilerine özgülenen ortak yer ve tesisler için, toplu yapı temsilciler kurulu ise toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi atanacağını düzenlemektedir. Kural bu olmakla birlikte, madde metninde geçen “yönetim planında başka türlü düzenlenmedikçe” ifadesi, kanun koyucunun yönetim planı ile (kanuna ve emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla) farklı bir düzenlemeye cevaz verdiğini göstermektedir. Bu noktadan hareketle, yönetim planına toplu yapıyı yönetecek kişi veya kişiler ile yönetim süresine dair kayıt konulmasına engel bulunmamaktadır. Ancak Özmen’e göre yönetim planına konulan bu tür uzun süreli kayıtlar TBK m. 27/2 gereği kesin hükümsüzdür. Özmen, dk.

Binlerce bağımsız bölümden oluşan bir toplu yapı düşünüldüğünde tüm bağımsız bölümlerin satılması ve kat maliklerinin seçeceği yönetimin göreve başlaması çok uzun yıllar alabileceğinden, kat malikleri tarafından yeni yönetici seçilene kadar bu tür yönetim şirketleri tarafından toplu yapının yönetilmesi mantıklı bir çözümdür¹⁰⁶. Böyle bir durumda, yani konutu satan (TKHK m. 3/k anlamında) satıcının toplu yapı yönetimini de belirli bir süreliğine profesyonel yönetim şirketine devretmiş olması ihtimalinde toplu yapı yönetim sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Zira satıcı, konut satışını yaparken toplu yapının profesyonel bir şirket tarafından yönetileceğini vadetmekte ve bunu genellikle sözleşme ile de taahhüt etmektedir. Ancak tüm bağımsız bölümler satıldıktan sonra kat maliklerinin seçtiği yönetimin yapacağı bir profesyonel yönetim sözleşmesi artık tüketici işlemi mahiyetinde olmamalıdır.

SONUÇ

Son yıllarda inşa edilen toplu yapı projelerinde çok sayıda bağımsız bölüm bulunduğu ve bu derece büyük toplu yapıların kat maliklerince düzenli yönetilmesinin mümkün olmadığı artık bilinen bir gerçektir. Kalabalık toplu yapılarda tüm kat maliklerinin bir araya gelmesinin neredeyse imkânsız olduğu ve bu türden yapıların yönetim zorluğu nazara alındığında, profesyonel yönetim şirketleri ile anlaşma yapılması en mantıklı çözüm yolu olarak görülmektedir. Toplu yapının yönetimi bakımından kat maliklerinin iki seçeneği vardır. İlk seçenek, kendi aralarından biri veya dışarıdan gerçek veya tüzel bir kişinin doğrudan yönetici seçilmesidir. İkinci ihtimal ise seçilen yöneticiye, profesyonel bir yönetim şirketi ile sözleşme yapması için yetki verilmesidir. Birinci ihtimalde kat malikleri ile yönetici arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi niteliğinde olup bu durum halihazırda KMK'nda zaten düzenlenmiştir.

Uygulamada daha yaygın olmasına rağmen ikinci ihtimale ilişkin kanuni

3.00.50. Ayrıca bkz. Sirmen, 534.

¹⁰⁶ Kat Mülkiyeti Kanunu bunu geçici yönetim olarak düzenleme konusu yapmıştır (KMK m. 73). Hükme göre yönetim planında, toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar, bu kurulun görevlerini üstlenmek, yetkilerini kullanmak ve kurulun oluşması için gerekli girişim ve çağrılarda bulunmak üzere, bir geçici yönetim kurulması öngörülebilir ve görevi en geç toplu yapının bitimini izleyen bir yıl sonrasına kadar devam edebilir. Bu süre, her halde toplu yapı kapsamındaki ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona erer (KMK m. 73). Hükümün gerekçesinde toplu yapı temsilciler kurulu oluşturuluncaya kadar bir yönetim boşluğu oluşmasının önlenmek istendiği ifade edilmektedir. Gerekçe için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0332.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide kat malikleri ile profesyonel yönetim şirketi arasındaki ilişkinin bazı yazarlarca vekâlet sözleşmesi bazı yazarlarca hizmet sözleşmesi olarak nitelendirildiği görülmektedir. Her iki sözleşmeyle benzer yönleri olsa da bu sözleşmeler isimsiz ve karma kombine sözleşme niteliğindedir. Profesyonel toplu yapı yönetim sözleşmesinde kat maliklerinin tek bir edimi vardır ve bu edim, bir miktar paranın ödenmesidir. Profesyonel yönetim şirketinin borcu ise kapıcılık hizmeti, ortak alanların temizliği ve güvenliğinin sağlanması ile diğer rutin işlerdir. Profesyonel yönetim sözleşmesinde şirket, çeşitli sözleşmelerin asli edimlerini içerecek şekilde ve çeşitli borçlar altına girmektedir, kat maliklerinin borcu sadece sözleşmede kararlaştırılan ücretin ödenmesidir.

Günlük hayatta çok sık rastlanan profesyonel yönetim sözleşmesine dair mevzuatta halen bir düzenleme bulunmaması ise önemli bir eksikliklerdir. Nitekim Yargıtay, bu tür sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda farklı kararlar verebilmektedir. Yargıtay bazen hâkimin hukuk yaratması gerektiği yönünde kararlar vermekte, bazen kıyas yoluyla boşluk doldurulmasını istemekte ya da en yakın ilişkili olduğu sözleşmeye göre çözüm yolu bulunması yönünde içtihat etmektedir. Bu karmaşıklığın giderilmesi adına isimsiz olan bu sözleşmenin kanunda düzenlemesi yapılarak günümüz ihtiyaçlarına göre isimli bir sözleşme haline getirilmesi elzemdir. Zira günümüzde yeni inşa edilen toplu yapıların büyüklüğü göz önüne alındığında bu yerler neredeyse bir kasaba kadar insan barındırmakta ve büyük projelerde profesyonel yönetimin tercih edilmesi artık bir zorunluluk arz etmektedir.

Profesyonel toplu yapı yönetim sözleşmesi her ne kadar tüketici işleminin unsurlarını ihtiva etse de bu sözleşmeyi bir tüketici işlemi olarak kabul etmek uygulamada yeni sorunlar yaratılmasına sebep olacaktır. Satıcının (müteahhit firma) toplu yapı yönetimini belirli bir süreliğine vadetmesi (üstlenmesi) hali dışında bu sözleşmeyi tüketici işlemi olarak kabul etmek özellikle fazla sayıda konut barındıran siteler için yeni problemlerin doğmasına neden olur. Zira yüzlerce bağımsız bölümü olan projelerde bir kısım konutlar meslekî veya ticari amaçlı, bazıları ise karma (home-office) şekilde kullanılmakta ve/veya kat maliklerinden bazıları tüzel kişi tacir olabilmektedir. Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamına giren uyuşmazlığa bir de tüketici işlemi nedeniyle TKHK'un uygulanması, mahkemelerin yetkisi konusunda karışıklığa sebep olur. Kaldı ki karma kullanımların olduğu bir toplu yapıda her bir dairenin kullanım amacını tespit ederek dava açmak ve bu tespiti güncel tutmak uyuşmazlıkların çözüm sürecini uzatacaktır. Bu bağlamda yargı kararları

ve öğretide tüketici sıfatı ile kat maliki sıfatlarının birbirine karıştırıldığı rahatlıkla söylenebilir. Kanaatimizce, konutun satın alınma anına kadar olan sürece ilişkin uyumsuzluklarda (unsurları mevcutsa) kişinin tüketici sıfatı, konut satın alındıktan sonraki dönemde ve özellikle toplu yapı yönetimine dair uyumsuzluklar bakımından kat maliki sıfatı dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal Ş, “*Akipek Şerhi*”, Tokbaş H/Tüzüner Ö (Ed.), Milli Şerh, Aristo Yayınevi, 2016, s. 40-60.
- Akipek Öcal Ş, “Vekâlet İlişkileri”, Öz T (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 697-722.
- Akipek Öcal Ş, “Türkiye’de Tesis Yönetiminin Hukuki Sorunları”, *Uluslararası Tesis Yönetimi Konferansı*, İCFM 2019, 10.10.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=90AC7g_VrFqI> Erişim Tarihi 18.
- Alp N S, “Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2020, <<https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/420471>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 251-301.
- Arat A, “İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I/ S. II, 2006, s. 239-250.
- Arpacı A, *Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, Kazancı Yayınları, 1990.
- Arpacı A, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, 1984 (Yönetim).
- Arpacı A, “*Apartman ve Sitelerde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Yolları*” 2. Bölüm, <https://www.youtube.com/watch?v=-Jo_N0rE-RI&t=1856s>, Erişim Tarihi 21 Ocak 2024.
- Atamer Y M, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aydos O S, *Özel Borç İlişkileri, Satış, Eser, Vekâlet ve Bağışlama Sözleşmeleri*, Gazi Kitabevi, 2023.
- Aydos O S, *Kat Malikinin Hakları ve Yükümlülükleri*, Gazi Kitabevi, 2019.
- Birsen K, *Borçlar Hukuku Dersleri (Borçların Genel Hükümleri)*, 4.Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1967.
- Ceylan E, “Hizmet Sözleşmeleri”, Öz T (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 399- 490.

- Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Çelikel A Y, “Yönetim Sözleşmesi ve Görünümleri”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, s. 485-511.
- Donay S, “Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu” *BATIDER*, V(4), 1970, s. 728-749.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Legem Yayınevi, 2023.
- Eren F, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, Yücer Aktürk İ, (Ed.), *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, 2022, s. 13-37.
- Eren, F, *Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Eren F/Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt V*, Yetkin Yayınevi, 2023.
- Ertaş Ş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, 2.Baskı, Bilge Yayınevi, 2015.
- Genç Arıdemir A, *Kat Mülkiyeti I*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Germeç M E, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Hatemi H/Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Havutçu A, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(Özel Sayı), 2014, s. 8-19.
- İnal E, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- Karan Y, “Yönetim Sözleşmesi”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt 2, Beta Yayınevi, 2010, s. 1389-1428.
- Keser Y, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim*, Bilge Yayınevi, 2006.
- Kocayusufpaşaoğlu N/Hatemi H/Serozan R/Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017.
- Kuntalp E, *Karışık Muhtevalı Akit*, 2.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.

- Kutlu Doğar N, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, Aristo Yayınevi, 2022.
- Oğuzman M K/Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt -1, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Okay S N, “Türk İş Hukuku Açısından Konut Kapıcıları ve Kapıcılık Hizmetleri”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, (30), 1979, s. 40-56.
- Öktem Çevik S, *Toplu Yapılarda Yönetim*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Öz M T, *Yönetim Sözleşmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997.
- Özenli A E, “Tesis Yönetimi ve Ortak Alan Giderlerinin Paylaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2022.
- Özkan B, “Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2022.
- Özmen E S, TRKTYD Tesis Yönetim Çalıştayı, <<https://www.youtube.com/watch?v=sT7ufAI5UtA&t=10331s>>, Erişim Tarihi 18 Ocak 2024.
- Özmen E S/Kır H, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi*, Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, 2010.
- Özmen E S/Vardar Hamamcıoğlu G, *Kat İrtifakı*, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Parlak Ş/Börü L, “Alt Vekâlet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 24(96), 2011, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1135>> Erişim Tarihi 31 Ocak 2024, s. 17-48.
- Ruhi A C/ Ruhi C, *İnşaat Hukuku Alanında 555 Adet Örnek Sözleşme ve Teknik Şartname*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Seçer Ö, “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(4), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208385>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024, s. 877-944.
- Sirmen L, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.

- Sonuvar M A, “Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2001.
- Şengül M, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapıların Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Tekben T, *Vekalet İlişkilerinde Vekalet Vereninin Talimatı ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Türkmen A/Keçecioğlu B, “Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Profesyonel Yöneticilik Sözleşmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/23-Ahmet-Turkmen-Burak-Kececioğlu.Pdf>>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024, s. 859-911.
- Vuraloğlu M O, “Toplu Yapılarda Yönetici/Yönetim Kurulu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2-12), 2016, s. 821-847.
- Yavuz C/Acar F/Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 15. Bası, Beta Basım, 2018.
- Yücer Aktürk İ, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, 2016.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI

ELECTRONIC GENERAL ASSEMBLY OF THE JOINT STOCK
COMPANIES

Gökhan AKTEPE*  

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği önemli yeniliklerden birisi de anonim şirketlerde elektronik ortamda genel kurul toplantısı düzenlenmesine izin verilmesidir. Kanunun 1527. maddesi ile birlikte kanun koyucu, genel kurul toplantısında fiziken hazır bulunmayan pay sahiplerinin toplantıya elektronik ortamda katılımına yasal bir dayanak oluşturmuştur ve elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy vermenin, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağını öngörülmüştür. Çalışma kapsamında bilhassa Covid-19 pandemisinde değerini kanıtlamış olan elektronik genel kurulun avantajları ve dezavantajları değerlendirilmiş, karma ve sanal genel kurul toplantıları olmak üzere türleri izah edilmeye gayret edilmiş, hukukumuzdaki düzenlemeler ele alınmış ve Delaware eyaleti, Almanya ve İsviçre'deki gelişmeler ve düzenlemeler incelenerek benimsenebilecek çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Elektronik genel kurul toplantısı, Sanal genel kurul toplantısı, Karma genel kurul toplantısı, e-GKS, Teknik sorunlar

ABSTRACT

An outstanding amendment introduced by the Turkish Commercial Code no. 6102 is the authorization of holding general assembly electronically in joint stock

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** gokhan.aktepe@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0009-0005-1009-5511, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1484998.

• **Atf Şekli / Cite As:** Aktepe G, "Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantısı", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s.155-194.

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



companies. With the article 1527 of the said Code, a legal basis was established for the electronic participation of shareholders who are not physically present at the general assembly with the same legal consequences of physical participation regarding making proposals, expressing opinions and voting. Within the scope of the study, the advantages and disadvantages of the electronic general assembly, which proved its value especially during the Covid-19 pandemic, were evaluated, the types of hybrid and virtual general assembly were tried to be explained. Subsequently, the current situation under Turkish law is explained, the latest developments and regulations in the State of Delaware, Germany and Switzerland are analyzed, and the solutions proposed in these countries for possible disputes that may arise from the operation of the electronic general assembly are evaluated in terms of applicability to the applicable Turkish legislation.

Keywords: *Electronic general assembly, Virtual general assembly, Hybrid general assembly, e-GKS, The technical issues*

EXTENDED ABSTRACT

The repealed Turkish Commercial Code no. 6762 required shareholders to physically attend the general assembly in order for the general assembly to take decisions. However, Turkish Commercial Code no. 6102 now provides shareholders with the opportunity to attend the general assembly electronically. This innovation is essentially justified by the preamble of the Turkish Commercial Code no. 6102, which states that the internet has entered our daily lives at an extraordinary speed and that the law is also affected by this, emphasising that very important provisions regarding the internet and the electronic environment are included.

Article 1527 of the Turkish Commercial Code no. 6102 specifies that participating in the general assembly of joint stock companies electronically, making proposals, expressing opinions and voting shall have all the legal consequences of physical participation and voting. Generally, it is left to the initiative of the joint stock company to organise an electronic general assembly. If they wish to organise an electronic general assembly they must provide the necessary technical infrastructure and requirements and include the provision in the secondary legislation in their articles of association. On the other hand, joint stock companies whose shares are listed on the stock exchange are obliged to implement the electronic participation and voting system for the general assembly. These companies will hold their general assembly electronically through the e-GKS provided by MKK.

Electronic general assembly are divided into two categories: hybrid general assembly and virtual general assembly. While hybrid general assembly are meetings where the shareholders are given the opportunity to choose between physical and electronic participation, virtual general assembly are meetings where the shareholders are allowed to participate entirely in electronic environment. Article 1527 of the Turkish Commercial Code uses the expression “electronic participation”, and it has become

open to discussion whether it is possible to hold a virtual general assembly. We are of the opinion that virtual general assembly cannot be organised without an amendment to the Turkish Commercial Code. Both the explicit provision in the law and the existence of different principles are the reasons for holding virtual general assembly with a separate article.

Within the scope of the study, firstly, the traditional-physical/electronic general assembly distinction is made, the types of electronic general assembly are explained, and the advantages and disadvantages of this assembly type are examined. Subsequently, the current situation under Turkish law is explained, e-GKS is introduced and it is evaluated whether it is possible to organise a virtual general assembly. Then, in addition to Turkish law, Delaware, German and Swiss legal systems were also analysed. Thus, it has been tried to investigate the solution proposals that can be adopted in terms of Turkish law. Finally, in the event of technical problems in the electronic general assembly, the lack of a regulation in Turkish law and the transfer of the existing article in Swiss Law to Turkish law is considered as a solution proposal.

GİRİŞ

Hayatın hemen hemen her alanında ve anında etkisini hissettiğimiz elektronik iletişim araçları, artık gündelik yaşamın bir parçasıdır ve içinde bulunduğumuz çağda bu araçlar olmaksızın anonim şirketlerin genel kurul toplantılarının yapılmasını düşünmek mümkün değildir. Bu değişim, kanun koyucuları reformist hareketlerde bulunmaya sevk etmiştir. 2000’li yılların başından beri dünya genelinde kanun koyucular, anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında elektronik iletişim araçlarının kullanımına ilişkin düzenlemeler getirmekte ve dijital çağa bir köprü inşa etmektedir.

Günümüzde elektronik iletişim araçlarındaki çağdaş teknolojik gelişmelerle birlikte anonim şirket genel kurul toplantılarının yapılmasında uygulayıcılara çeşitli imkânların sunulduğu müşahede edilmektedir. Bu imkânları geleneksel-fiziksel genel kurul toplantılarına ilaveten; tüm mekanlara sesli ve görüntülü iletimin olduğu farklı mekânlarda eş zamanlı toplantılarla yapılan fiziksel katılımın olduğu genel kurul toplantıları; fiziksel katılımın olmadığı, katılımın sadece elektronik iletişim araçlarıyla gerçekleştirildiği sanal genel kurul toplantıları; genel kurul toplantısının yapıldığı yerde bulunmayan pay sahiplerinin alternatif olarak katılım hakkını elektronik ortamda kullanmasını sağlayan, fiziksel ve sanal genel kurul toplantılarının kombinasyonu olan karma genel kurul toplantıları; toplantı yerinde fiziksel olarak bulunan pay sahiplerinin oylarını elektronik oylama

cihazları vasıtasıyla kullanabildiği genel kurul toplantıları; elektronik oy kullanma platformları ve elektronik ortamdaki temsil sistemleri (*Proxy*) gibi çeşitlendirmek mümkündür. Bilhassa Covid-19 pandemisiyle birlikte dünya genelinde şirketlerin genel kurul toplantılarında söz konusu imkânlardan faydalandığı ve bu değişime rağbetin arttığı gözlemlenmektedir. Ülkemizde de her geçen gün uygulayıcıların genel kurul toplantılarında elektronik iletişim araçlarının kullanımına ilgisinin artmaktadır. Ticaret Bakanlığı'nın yayınlamış olduğu istatistiklerde 2013 yılında 406 adet elektronik genel kurul toplantısı gerçekleştirilmişken, bu sayının 2023 yılı itibariyle 579'ya çıktığı görülmektedir¹. Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. (MKK)'nin verilerine göre 30 Ekim 2012 – 30 Mayıs 2022 tarihleri arasında e-GKS sisteminin uygulandığı 4.203 genel kurul toplantısı yapılmıştır. Bu toplantılara asaleten veya temsilcisi vasıtasıyla 153.367 kişi e-GKS platformu aracılığıyla katılmış ve haklarını kullanmıştır. Aynı toplantılara fiziki katılım sayısı ise 41.411 kişi olmuştur².

Anonim şirket genel kurul toplantılarında elektronik iletişim araçlarının kullanımındaki dünya genelinde yaşanan bu değişimi, ülkemiz de yakından takip etmiş, bu kapsamda önemli yeni düzenlemeler getirilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu(TTK)'nun m. 1527 hükmü ile birlikte fiziksel ve sanal genel kurul toplantılarının bir kombinasyonu olan karma genel kurul toplantısı düzenleme imkânı sağlanmış bulunup, fiziken toplanan genel kurul toplantısına eş zamanlı olarak elektronik katılım olanağı tanınmıştır. Yine anılan düzenlemede sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulunun karma toplantının yanı sıra sanal toplantı yapabilmesinin önü açılmıştır. Ayrıca blokaj sisteminin terk edilerek, tevdi temsilciliğinin getirilmesi de genel kurul toplantılarında elektronik iletişim araçlarından yararlanılmasında bir diğer önemli yeniliktir (TTK m. 429).

I. FİZİKSEL VE ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI AYRIMI

Anonim şirketlerde geleneksel toplantı formatı, pay sahiplerinin ve temsilcilerinin hazır bulunduğu fiziksel bir toplantıdır. Şirketler hukukundaki doğrudan demokrasinin bir görünümü olarak bu toplantılarda pay sahipleri ve temsilcileri, katılım ve oy haklarını toplantıda fiziken hazır bulunarak

¹ <<https://ticaret.gov.tr/data/6214a18c13b876b4f0182f30/Elektronik%20Genel%20Kurul%20Verileri.pdf>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

² <<https://www.mkk.com.tr/kurumsal-yonetim-hizmetleri/e-gks-elektronik-genel-kurul-sistemi>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

kullanabilirler. Tartışma, sözlü istişare ve pay sahipleri arasındaki şahsi münasebetler, bu toplantının demokratik temel çekirdeğidir. Yine bu toplantılarda yönetim kurulunun faaliyetleriyle ilgili yüz yüze hesap vermesi, münferit pay sahipleri açısından önemli bir özelliktir. Elektronik iletişim araçları ve teknolojideki gelişmelerle birlikte söz konusu geleneksel-fiziksel toplantılara ilaveten elektronik ortamda genel kurul toplantılarının yapılması ihtimali gündeme gelmiştir. Bu bağlamda geleneksel-fiziksel genel kurul toplantılarını esasen müzakere ve hesap verme açısından sağlanan bir forum olarak nitelendirirsek, toplantıların elektronik ortamda yapılırken de bu yapısını muhafaza etmesi mümkündür. Zira mekanları ses ve görüntü iletimiyle birbirine bağlayarak toplantıyı tüm katılımcılar bir odadaymış gibi yürütmek, günümüzdeki elektronik iletişim araçlarındaki ve teknolojideki gelişmelerle ihtimal dahilindedir ve fiziksel genel kurul toplantısındaki söz konusu esaslar, elektronik genel kurul toplantısında da sağlanmaktadır. Pay sahipliği haklarının elektronik ortamda veya fiziksel ortamda kullanılması, usulüne uygun bir şekilde toplantı yürütüldüğü sürece bu hakların içeriğini veya yasal niteliğini herhangi bir şekilde etkilememektedir. Tek fark, bu hakların kullanım biçimlerinde (fiziki/elektronik) olmaktadır. Kaldı ki, aşağıda açıklanmaya çalışılacağı üzere pay sahiplerine ve şirketlere elektronik genel kurul toplantıları önemli fırsatlar sunmaktadır. Nihayetinde 2000’li yılların başından beri dünya genelinde çoğu ülkede genel kurul toplantılarının fiziksel toplantıların yanı sıra elektronik ortamda yapılmasına olanak tanıyan düzenlemelere yer verilmiştir³. Özellikle Covid-19 pandemisinde sosyal izolasyon sırasında bu toplantı türü değerini kanıtlamıştır ve ilk başlarda çekingen kalan uygulayıcıların bu toplantı türüne rağbetinin arttığı gözlemlenmiştir.

Hukukumuzda da mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) döneminde anonim şirket genel kurul toplantısının yapılması ve karar alabilmesi için pay sahiplerinin veya temsilcilerinin fiziki olarak toplanmalarının alternatifini düzenleyen herhangi bir hüküm öngörülmemiştir ve dolayısıyla fiziken bir araya gelmeleri icap etmekteydi⁴. 6102 sayılı Türk

³ ABD, Almanya, Fransa, İsveç, Danimarka, Avustralya elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılmaya izin veren ülkelerden bazılarıdır. Bu ülkelerdeki uygulamalarla ilgili bilgi için bkz. Ümit Yayla, *Anonim Ortaklık Genel Kurulları / Elektronik Genel Kurullar*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 26-40.

⁴ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu öncesinde anonim şirketlerde mevcut düzenlemeler kapsamında elektronik genel kurul toplantısı düzenlenmesinin mümkün olmayacağına ve elektronik iletişim araçlarının kullanımına geçilmesi gerektiğine dair görüşler için

Ticaret Kanunu ile birlikte getirilen yeniliklerden birisi elektronik katılımın olduğu genel kurul toplantılarının yapılabilmesi olmuştur. Bu yenilikle birlikte genel kurul toplantılarında yapılan olağan-olağanüstü, çağrılı-çağrısız genel kurul toplantısı ayırımı fiziksel ve elektronik genel kurul toplantıları ayırımı⁵ eklenmiştir. Ancak bu ayırımın tamamen teorik olduğunu, pratikte herhangi bir anlam ifade etmediğini belirtmek gerekir. Zira kanunda elektronik ortamda genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmanın, öneride bulunmanın, görüş açıklamanın ve oy vermenin fiziki katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 1527/V).

II. ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISININ AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Elektronik genel kurul toplantılarının, çağrıda belirtilen bir mekânda yapılan geleneksel-fiziksel toplantıya göre en büyük avantajı, pay sahiplerine toplantıya katılım noktasında daha iyi bir fırsat sunmasıdır. Özellikle, pay sahiplerinin toplantıya ulaşmak amacıyla seyahat etmek için zaman ve para harcamak zorunda olmayacak olması katılım oranını yükseltecektir ve bu durum da daha geniş bir pay sahibi tabanı tarafından karar alınmasını sağlayacağından toplantıda alınan kararların meşruiyetini artıracaktır⁶.

bkz. Mustafa İsmail Kaya, “Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Toplantılarının İnternet Aracılığıyla Yapılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (4), 2003, s. 211 vd; Mehmet Emin Bilge, “Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı”, *Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.1, s. 219vd.; Şaban Kayıhan, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(1), 2003, s. 79 vd.; Özer Işık, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25(4), 2009, s. 625 vd.

⁵ Pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılım şekilleri açısından fiziki ve elektronik genel kurul ayırımı için bkz. Mehmet Bahtiyar, “6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi – I”, *Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 2013, s. 113-114; Mehmet Bahtiyar / Esra Hamamcıoğlu, *Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları*, 1. Bası, Beta Yayınevi, 2014, s. 11 vd.; Mete Özgür Falcıoğlu, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, s. 36 vd.; Abdulkadir Bulut, *Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2014, s. 66. Yayla ise TTK m. 1527’de karma bir sistemin tercih edildiği ve dolayısıyla fiziki ve elektronik genel kurul diye bir ayırım yapılmasının isabetli olmayacağı görüşündedir. Yazar genel kurul toplantısının tek olduğunu, sadece katılım yöntemlerine yenisinin eklendiğini belirtmekte ve yeni sistemde fiziki katılım ve elektronik katılım şeklinde bir ayırım yapıldığını savunmaktadır. Yayla, s. 42.

⁶ Jean-Pascal Stoll, “Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, recht

Böylece, bilhassa halka açık anonim şirketler olmak üzere sayısal olarak pay sahiplerinin geniş bir kitleye yayıldığı şirketlerde “güç boşluğu” olarak nitelendirilen yönetsel sorun en aza indirilebilecektir⁷.

Elektronik genel kurul toplantısının bir diğer avantajı hem şirket hem de pay sahipleri açısından fiziksel genel kurul toplantısına kıyasla maliyetlerin azalmasını sağlamasıdır. Şirketler için toplantının gerçekleştirileceği salonu kiralama, ikramlar, oy pusulalarının basılması gibi kırtasiye ve bürokratik masrafları; pay sahipleri açısından da zaman, seyahat, konaklama gibi masrafları azaltacaktır. Ayrıca temsilci atanmasının elektronik yöntemlerle sağlanabilmesi ve talimat verme imkânının da elektronik ortamda mümkün olması da noter ücreti gibi masrafları azaltacaktır.

Elektronik genel kurul toplantısıyla zaman ve maliyet açısından sağlanan avantaj, bilhassa yabancı yatırımcılar açısından önemli olacaktır ve elektronik genel kurul toplantısı imkânını sağlayan anonim şirketlere daha fazla ilgi göstereceklerdir⁸. Bu noktada doktrinde *Bilge*, yabancı sermayenin çekilmesi konusunda bu imkânın teşvik edici bir faktör olabileceğini belirtmektedir⁹. Ayrıca müstakbel yatırımcılar açısından elektronik genel kurul toplantısı

1, 2021, s. 38-39.

⁷ TTK 1527. madde gerekçesinde de pay senetleri borsada işlem göre anonim şirketler açısından, en büyük sorunun yönetsel anlamda yaşanan güç boşluğu olduğu ifade edilmiş ve online genel kurulların bu soruna önemli bir katkı sağlayacağı belirtilmiştir. Doktrinde benzer yönde görüş için bkz. Ersin Çamoğlu (Reha Poroy / Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, N. 716; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 533; Hasan Pulaşlı, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, *Çevrimiçi <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf>* Erişim Tarihi 15 Nisan 2024, s. 13-14; Bahtiyar, s. 114; Melis Turgut, *Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 25; Kayhan, s. 89-90; Bulut, s. 12; Seniha Dal, “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan “Güç Boşluğu” Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2008, s. 169 vd.; Özlem İlbasmış Hızlısoy, *Halka Açık Anonim Şirket Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları ile Bu Esaslara Aykırılığın Hukuki Akıbeti*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2024, s. 51; Özer, s. 627-628.

Güç boşluğu, pay sahiplerinin şirket genel kurullarına katılmamaları ve oy kullanmaları halinde şirketin kaderini etkileyebilecek güçteki oylardan doğan kayıp gücün meydana getirdiği boşluğu ifade eder. Bkz. Dal, s. 169-170.

⁸ MKK verilerine göre e-GKS üzerinden toplantılara 61 ülkeden ortak/yatırımcı katılmıştır. <<https://www.mkk.com.tr/kurumsal-yonetim-hizmetleri/e-gks-elektronik-genel-kurul-sistemi>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

⁹ Bilge, s. 221.

düzenlemek anonim şirketi yenilikçi ve modern göstereceğinden, şirketin imajında bir iyileşme sağlayacaktır. Bu durum, başta teknoloji alanında faaliyet gösteren anonim şirketler olmak üzere müstakbel yatırımcılar açısından tercih sebebi teşkil edebilir.

Bir diğer avantaj ise elektronik genel kurul toplantısının genel kurulun düzenli bir şekilde yürütülmesi ve disiplinin sağlanması noktasında katkı sağlama ihtimalini bünyesinde barındırıyor olmasıdır¹⁰. Toplantılarda kavga ve konuşmacıların sözlerinin kesilmesi sıkça rastlanılan meselelerdir. Elektronik genel kurul toplantısı ile başkanın kontrolünde söz hakkı isteyen pay sahibine söz verilmesi, düzeni bozan pay sahibinin konuşmasının engellenmesi, hatta disiplinsiz davranmakta ısrar eden pay sahibinin toplantının selameti açısından belirli bir süreliğine toplantıdan uzaklaştırması bir tuşa basmak kadar kolay olacaktır.

Elektronik genel kurul toplantısı, pay sahipliği haklarının daha kolay ve etkin kullanma ihtimalini sunmaktadır. Ancak pratikte katılımcı sayısının yüksek olduğu şirketlerin elektronik genel kurul toplantılarında tüm pay sahiplerinin aktif katılımını ve başta bilgi edinme hakkı gibi haklarını etkin kullanmalarını sağlamak çok mümkün görünmemektedir. Bilhassa elektronik iletişim araçlarıyla toplantıya katılacak pay sahiplerinin bilgi edinme hakkı kapsamındaki sorularını, toplantıdan önce şirketin internet sitesindeki bir alana yöneltebilmelerine imkân tanınmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu suretle fiziki ve elektronik ortamda katılan pay sahiplerinin eşit ölçüde bilgi edinmeleri mümkün olabilir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise sanal genel kurul toplantılarının, internet erişimi olmayan veya elektronik iletişim araçlarının kullanımına çok aşına olmayan münferit pay sahiplerinin fiilen genelleştirilmiş katılımının kısıtlanması anlamı gelmesidir. Özellikle bu tarz pay sahibi tabanı olan şirketlerin, prestijlerini zedelememek ve müstakbel pay sahiplerini katılımından caydırmamak için karma genel kurul toplantısını tercih etmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca elektronik ortamda temsilci tayin edilmesinin daha kolay ve daha masrafsız olması, söz konusu pay sahipleri açısından bir seçenek olabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, internet ve elektronik iletişim araçları

¹⁰ Kaya, s. 224.

beraberinde teknolojik riskleri de getirmektedir¹¹. Bu riskler, teknik sistemlerde, donanım ve yazılımlarda, altyapıda arızalar olarak ortaya çıkabilir veya siber saldırılar gibi dış etmenler yüzünden de gerçekleşebilir. Özellikle Rusya-Ukrayna savaşıyla birlikte Avrupa ülkelerinde siber saldırıların arttığına ilişkin haberlere sürekli olarak rastlanılmaktadır. Bu tarz teknik sorunlarla karşılaşıldığında sorun giderilinceye kadar toplantıya ara vermek ve hatta toplantıyı ertelenmek zorunda kalınabilir.

III. ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI TÜRLERİ

Elektronik genel kurul toplantılarını, sanal genel kurul toplantısı ve karma genel kurul toplantısı olmak üzere iki başlık altında tasnif etmek mümkündür¹²:

A. Sanal Genel Kurul Toplantısı

Sanal genel kurul toplantısı (*virtuelle Generalversammlung*), tamamen elektronik ortamda gerçekleşmekte olup, bu toplantı türünde pay sahiplerinin fiziksel olarak katılım sağlayabileceği herhangi bir toplantı mekânı bulunmamaktadır¹³. Pay sahipleri, genel kurul toplantısına katılımlarını

¹¹ Misal olarak Şubat 2023'te TUI Group'un gerçekleştirmiş olduğu sanal genel kurul toplantısına iki saat ara verilerek zorunda kalmıştır. Bu aksaklığın nedenin harici bir hizmet sağlayıcısının teknik sistemindeki aksaklık olduğu belirtilmiştir. <<https://www.mazars.de/themen/board-briefing-portal/regulierung-recht/virtuelle-hauptversammlung-sorgt-fuer-diskussionen>> Erişim Tarihi 17 Nisan 2024.

¹² Doktrinde elektronik genel kurul toplantılarının çeşitli şekillerde tasnif edildiği görülmektedir: Yayla, elektronik genel kurul toplantılarını, elektronik genel kurullar ve sanal genel kurullar olarak iki başlıkta tasnif etmekte; sanal genel kurulları da karma genel kurullar ve sadece sanal genel kurullar olarak alt iki başlığa ayırmaktadır. Bkz. Yayla, s. 26-27. Wunderlich, elektronik genel kurul toplantılarını sanal ve karma genel kurul toplantısına ilaveten siber genel kurul toplantısı şeklinde üçlü bir tasnife tabi tutmaktadır. Yazar, çalışmamızda açıklanan tasniften farklı olarak, sanal genel kurul toplantısını, görevlilerin fiziksel bir toplantısını içeren, ancak pay sahiplerinin fiziksel olarak hazır olma olasılığı bulunmayan bir toplantı olarak ifade ederken; siber genel kurul toplantısı kavramı ile, görevlilerin de artık fiziksel bir toplantıda hazır bulunmadığı, tamamen siber alanda yapılan bir toplantıyı kastetmektedir. Samuel Matthias Wunderlich, *Die Digitalisierung der Hauptversammlung*, 1. Bası, Nomos Verlag, 2022, s. 25-26.

¹³ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Bası, Schulthess Jurststsscege Medien AG, 2022, N. 105, 124 vd. s. 1058, 1066 vd.; Hans Caspar von der Crowne, *Aktienrecht*, 2. Bası, Stämpfli Verlag, 2020, s. 490; Elizabeth Boros, "Virtual Shareholder Meetings", *Duke Law & Tech Review*, 1, 2004-2005, N. 2; Christoph Teichmann / Hartmut Wicke, "Zunkungsmodell Hybride Hauptvermmmlung", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrect*, 2, 2021, s. 191; David Ballmer / Joel Fischer, "Die Hybride und Virtuelle Generalversammlung", *Gesellschafts und Kapitalmarktrect*, 02, 2023, s. 180; Brigitte Tanner, "Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020", *Schweizerische Zeitschrift*

elektronik ortamda gerçekleştirirler ve haklarını münhasıran elektronik iletişim araçları sayesinde kullanırlar. Bu toplantıda belirleyici faktör, tüm pay sahiplerinin genel kurul toplantısına sanal ortamda katılması değil, pay sahiplerinin fiziksel olarak katılabileceği bir toplantı yerinin bulunmaması nedeniyle başka seçeneklerinin olmamasıdır¹⁴.

B. Karma Genel Kurul Toplantısı

Karma genel kurul toplantısı (*hybride Generalversammlung*), belirli bir mekânda yapılan genel kurul toplantısında, fiziki olarak hazır bulunmayan pay sahiplerinin haklarını elektronik ortamda kullanabilmelerini sağlayan genel kurul toplantılarıdır¹⁵. Doktrinde bu toplantı türü, elektronik katılımlı genel kurul toplantısı¹⁶ veya online-genel kurul toplantısı¹⁷ olarak da adlandırılmaktadır.

Karma genel kurul toplantısı, geleneksel-fiziki ve sanal genel kurul toplantıları arasında bir melez olarak nitelendirilebilir. Bu genel kurul toplantısında, sanal genel kurul toplantısının aksine pay sahiplerine fiziksel ve elektronik katılım arasında seçim yapma imkânı sunulmaktadır. Pay sahiplerine tanınan bu seçim imkânı da karma genel kurul toplantısını karakterize etmektedir. Genel kurul toplantısına pay sahiplerinin tamamı elektronik katılım sağlasalar bile pay sahiplerine tanınan seçim hakkından

für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 5, 2021, s. 601-603; Bilge, s. 224; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 14 dnp. 31; Yayla, s. 43; Özer, s. 625; Falcıoğlu, s. 53; Dal, s. 189; M. Fatih Cengil / Ömer Korkut, “Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(3), 2022, s. 290; Ülkü Ay Kaplan, “Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 39(2), 2023, s. 411.

¹⁴ Ballmer / Fischer, s. 180.

¹⁵ Böckli, N. 121-122, s. 1064-1065; von der Crone, s. 486; Nikolaos Paschos, “AktG § 118a Virtuelle Hauptversammlung”, Martin Henssler (Ed.), *beck-online.Grosskommentar AktG*, Verlag C.H.Beck oHG, 2024, Rn. 22 vd.; Anatoli van der Krans, “The Virtual Shareholders Meetings: How to make it work?”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2(1), 2007, s. 33; Ballmer / Fischer, s. 175; Rolf Watter / Florian Schweighofer, “Die Durchführung einer hybriden Generalversammlung in der Praxis”, *Gesellschafts und Kapitalmarktrecht*, 3, 2023, s. 283; Tanner, s. 601; Yayla, s. 26; Dal, s. 189; Karadeniz, s. 504; Cengil / Korkut, s. 288.

¹⁶ İlbasmış Hızlısoy, s. 43; Karadeniz, s. 504; Cengil / Korkut, s. 288. Falcıoğlu, “fiziki genel kurula elektronik katılım” ifadesini tercih etmektedir. Falcıoğlu, s. 50.

¹⁷ Özer, s. 49; Wunderlich, s. 25.

ötürü karma genel kurul toplantısı niteliğini kaybetmemektedir¹⁸.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKETLERDE ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI

A. Yasal Düzenleme

TTK m. 1527 düzenlemesiyle birlikte hukukumuzda anonim şirketlerde elektronik genel kurul toplantısı düzenlenmesine imkân verilmiştir. Anılan maddenin 5. fıkrasında anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fiziki katılmanın ve oy vermenin fiziksel genel kurul toplantılarının ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı kaleme alınmıştır. Bu amaçla elektronik genel kurul toplantılarının uygulama esaslarının bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüş ve 01.10.2012 tarihinde “*Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik*”¹⁹ (EGK Yönetmeliği) yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmelik’te anonim şirketin değiştirmeksizin esas sözleşmeye aktarmak zorunda oldukları esas sözleşme hükmü örneği, uygulamaya dair açıklamalar ve şirketin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Ayrıca elektronik genel kurul sistemine ilişkin katılım, oy kullanma, uyulması gereken süreler ile ilgili teknik özelliklere ve güvenlik kriterlerine “*Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ*”²⁰ (EKGS Tebliği)’de yer verilmiştir.

B. Elektronik Genel Kurul Toplantısı Düzenlenmesinin İhtiyari Niteliği ve İstisnası

Kanun koyucu anonim şirketlerde genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması hususunda ikili bir ayırım yapmıştır. Payları borsaya kote olmayan şirketler bakımından genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması zorunlu olmayıp, şirketin inisiyatifine bırakılmıştır. Bu şirketler, sadece fiziksel genel kurul toplantılarına devam edebilecekleri gibi; MKK tarafından sağlanan bir elektronik platform olan Elektronik Genel Kurul Sistemi (e-GKS)’ni veya kendileri kuracakları bir sistem ile ya da bir bilişim sisteminden destek alarak elektronik genel kurul toplantısı düzenleyebilirler. Buna karşılık 01.10.2012 tarihinde EGK Yönetmeliği’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, TTK m. 1527/V uyarınca payları borsaya kote anonim şirketlerde

¹⁸ Ballmer / Fischer, s. 180.

¹⁹ 28.08.2012 t. ve 28395 sa.’lı RG’de yayımlanmış ve 01.10.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁰ 29.08.2012 t. ve 28396 sa.’lı RG’de yayımlanmış ve 01.10.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması zorunlu hale gelmiştir. MKK tarafından kayden izlenen bu şirketler, yine MKK tarafından sağlanan e-GKS üzerinden elektronik genel kurul toplantılarını gerçekleştireceklerdir²¹.

C. Elektronik Genel Kurul Toplantısı Yapılabilmesi İçin Gereksinimler

1. Esas Sözleşmede Hüküm Bulunması

Elektronik genel kurul toplantısı düzenlemek isteyen şirketler için esas sözleşmelerinde bulunması gereken örnek metin EGK Yönetmeliği m.5/I'de yer almaktadır²². EGK Yönetmeliği'nde yer alan bu hükmü, herhangi bir değişiklik yapmaksızın şirketler esas sözleşmelerine aktarmak zorundadır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, Covid-19 pandemisi döneminde Ticaret Bakanlığı şirketlerin genel kurul toplantıları bakımından bazı tedbirler almış ve bu tedbirleri 20.03.2020 tarihinde Bakanlığın internet sitesinde yayımlamıştır²³. Bu kapsamda esas sözleşmesinde elektronik genel kurul toplantısına imkân tanıyan bir hüküm bulunmayan şirketlerin, bu dönemde gerçekleştirmeyi planladıkları toplantıları, e-GKS üzerinden yapabilmelerine yönelik tedbir alındığı duyurulmuştur. Şirketlerin, bu imkândan MKK'dan

²¹ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 30/V uyarınca payları kayden izlenen anonim şirketlerin genel kurullarına elektronik ortamda katılım, MKK tarafından elektronik ortam üzerinden gerçekleştirilir. Dolayısıyla bu şirketlerin elektronik genel kurullarını kendi kuracakları bir sistem aracılığıyla ya da bir bilişim sisteminden destek alarak yapmaları mümkün değildir.

²² EGK Yönetmeliği m.5/I'de yer alan esas sözleşme hükmü örneği şu şekildedir:

“Genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılım

Şirketin genel kurul toplantılarına katılma hakkı bulunan hak sahipleri bu toplantılara, Türk Ticaret Kanununun 1527'nci maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca hak sahiplerinin genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına, öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkan tanıyacak elektronik genel kurul sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak tüm genel kurul toplantılarında esas sözleşmenin bu hükmü uyarınca, kurulmuş olan sistem üzerinden hak sahiplerinin ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır”.

²³ Covid-19 pandemisinde genel kurul toplantılarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Ahmet Fatih Özkan, “Pandemi Dönemlerinde Limited Şirket Genel Kurul Toplantıları: Almanya ve Türkiye Bakımından Bir İnceleme”, *AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(1), 2022, s. 3 vd.

destek hizmeti almak suretiyle ve hak sahiplerine elektronik ortamda katılma imkanının sağlanması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacak şekilde yararlanmaları gerektiği ifade edilmiş ve şirketlerce elektronik genel kurul toplantısı düzenlenmesine imkan tanıyan hükme ilişkin esas sözleşme değişikliğinin bundan sonra yapılacak ilk genel kurul toplantısında gerçekleştirilmesine olanak sağlanmıştır²⁴. Ancak Bakanlık tarafından yapılan söz konusu duyurunun, TTK m. 1527’de yer alan açık hüküm karşısında hukuka aykırı olduğu aşikârdır. Zira bir kanun hükmünün, Bakanlık düzenlemesi ile geçici nitelik taşısa da yok sayılmasını, normlar hiyerarşisi açısından değerlendirmeye dahi gerek yoktur.

2. Teknik Altyapının Hazırlanması ve Diğer Yükümlülükler

Gayet tabii olarak elektronik genel kurul toplantısı yapacak anonim şirketin bilgisayar ve internet bağlantısını sağlamanın yanı sıra genel kurul toplantısının gerçekleştirileceği yerde görüntü ve ses aktarımının yapılabilmesi, elektronik ortamda oy kullanmanın sağlanabilmesi gibi teknik hazırlıkları tamamlaması gereklidir. Genel kurula elektronik ortamda katılmak isteyen pay sahibi veya temsilcinin ise, elektronik posta adresini şirkete bildirmesi (TTK m. 1528), fiilen bulunduğu yerde bilgisayar ve internet bağlantısını sağlama, web kamerası, mikrofon, hoparlör/kulaklık gibi aygıtları hazırlaması lazımdır.

Elektronik genel kurul toplantısı yapacak anonim şirketlerin, esas sözleşme değişikliği yaptıktan sonra EGK Yönetmeliği uyarınca; uygulayacakları sistemin Kanun ve Yönetmelik’e uygun olduğunun, Bakanlık tarafından çıkarılacak Tebliğ’de belirlenen esas ve usullere uygun olarak tespit ettirip tescil ve ilan etmesi gerekir²⁵ (EGK Yönetmeliği m. 13/I-a). Varsa organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilcilerin bilgilerinin sistemde hak sahiplerinin bilgisine sunulması lazımdır (EGK Yönetmeliği m.13/I-b). Ayrıca sistemde yapılan tüm işlemlere ilişkin kayıtların, genel kurul toplantısına katılan hak sahiplerinin ve temsilcilerinin bilgilerini, elektronik ortamda, bunların gizliliğini ve bütünlüğünü sağlayarak, on yıl süreyle

²⁴ <<https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2024.

²⁵ Kendi sistemini kullanacak şirketlerin, elektronik genel kurul sisteminin elverişli olup olmadığını bir teknik raporla ispatlaması ve bu raporu tescil ve ilan ettirmesi gerekir. Teknik rapor; Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu veya asgari CISA sertifikası bulunan ve bu alanda denetim yetkisini haiz şirketlerden alınabilmektedir. Bu rapor, üç yılda bir yenilenmek zorunda olup, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde bu raporun daha kısa sürede alınmasını isteyebilmektedir (EGKS Tebliği m. 8/III).

saklamak zorundadır (EGK Yönetmeliği m. 13/I-c). Payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketler, kendileri veya destek hizmeti aldıkları kuruluş aracılığıyla genel kurul toplantılarına ilişkin ses ve görüntü naklini e-GKS'ye aktarmak ve sistemin işleyişin esaslarını düzenleyen Bakanlık Tebliği'ne uymakla yükümlüdür (EGK Yönetmeliği m. 13/I-ç).

Ayrıca “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik”²⁶(GK-Bakanlık Temsilcisi Yön) m.10/I uyarınca, anonim şirketin elektronik ortamda genel kurul toplantısı düzenlenirken toplantıya dair çağrının elektronik ortamda da yapılması gerekmektedir. Bu toplantılarda Bakanlık temsilcisi bulundurmamak zorunlu olduğu için (GK-Bakanlık Temsilcisi Yön, m. 32/I-b), temsilcinin talep edilmesi lazımdır. Yine e-GKS'yi uygulayacak şirketlerin genel kurul öncesi hak sahiplerinin incelemesine sunulması zorunlu olan ve toplantı gündemine dair belgeleri güvenli elektronik imzalı olarak TTK'da öngörülen süreler için e-GKS'de hak sahiplerinin erişimine hazır bulundurması gerekmektedir (EGKS Tebliği m. 6).

D. Elektronik Genel Kurul Sistemi (e-GKS)

1. Tanım

e-GKS, genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılmak üzere kurulan sistemin adı olup, borsaya kote şirketler için bu sistem MKK tarafından sağlanmaktadır²⁷. Pay sahipleri açısından bu bilişim sistemi, elektronik iletişim araçlarıyla işlem yapılabilen, fiziki bir mekânda yapılmakta olan genel kurul toplantısını eş zamanlı olarak görüntü ve ses aktarımı sayesinde internet

²⁶ 28.11.2012 t. ve 28481 sa.'lı RG'de yayımlanmıştır.

²⁷ <<https://egk.mkk.com.tr/egkweb/Sozluk.jsp>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024.

Bu sistem EGK Yönetmeliği m. 4/c'de “genel kurullara elektronik ortamda katılmayı teminen 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca payları Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketler için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından sağlanacak elektronik platformu ve diğer şirketlerin 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1527 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kuracakları veya destek hizmeti alabilecekleri bilişim sistemi” olarak tanımlanmıştır. Yine benzer şekilde daha güncel bir tanım olarak, “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” (BT Yönetmelik) m. 4/c'de de “genel kurullara elektronik ortamda katılmayı teminen 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 13 üncü maddesi uyarınca payları Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketler için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından sağlanacak elektronik platformu ve diğer şirketlerin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1527 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kuracakları veya destek hizmeti alabilecekleri bilişim sistemi” olarak ifade edilmiştir.

üzerinden takip edebildikleri, görüş ve önerilerini, oylarını toplantıya fiziki katılanlarla eş zamanlı olarak iletebildikleri bir sistemi ifade etmektedir²⁸.

2. e-GKS’de Toplantı Öncesi Yapılacak İşlemler

e-GKS’ye giriş yapabilmesi için pay sahibinin öncelikle güvenli elektronik imzaya sahip olması gereklidir. Bu gereklilik, EGK Yönetmeliği’nin 8. maddesinde öngörülmüştür. Teknik gereksinimleri sağladıktan sonra genel kurul toplantısına e-GKS’de katılmak isteyen pay sahiplerinin bu tercihlerini, genel kurul tarihinden iki gün öncesine kadar; payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketlerde ise bir gün öncesine kadar e-GKS’den bildirmeleri lazımdır. Bu bildirim neticesinde şirket, söz konusu talepleri kontrol ederek e-GKS üzerinden kabul veya reddedecektir. Eğer iki gün içerisinde reddedilmezse, bildirim kabul edilmiş sayılacaktır (EGKS Tebliği m. 4/I).

Ayrıca pay sahibinin, genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılacağını bildirmesi durumunda, bu tercihini genel kurul tarihinden bir gün öncesine kadar e-GKS’den geri alabileceği EGKS Tebliği m.4/III’de düzenlenmiştir. Şayet talep geri alınmazsa pay sahibi veya temsilcisi, EGK Yönetmeliği m. 7/V uyarınca, genel kurula fiziken katılamamaktadır. Ancak söz konusu Yönetmelik hükmü pay sahibinin mutlak ve vazgeçilemez nitelikte olan katılım hakkını ve dolayısıyla oy hakkını sınırlandırmaktadır ve doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir²⁹. Söz konusu hüküm her ne kadar karma genel kurul toplantısında sistemsel karışıklıkların önlenmesine yönelik katkı sağlar nitelikte olsa da TTK ile pay sahiplerine tanınan fiziken genel kurula katılma ve oy kullanma hakkının sınırlandırılmasına neden olmakta ve eşit işlem ilkesini ihlal etmektedir³⁰. Dolayısıyla anılan yönetmelik hükmü normlar hiyerarşisine aykırıdır ve doktrinde Orbay Ortaç’ın da ifade ettiği üzere, toplantı başkanının, elektronik ortamda katılımını bildirseler de pay sahiplerinin fiziken toplantıya katılımını kabul etmesi Kanun’a uygun olacaktır³¹.

Anonim şirket ise yukarda da belirtildiği üzere genel kurul toplantısına

²⁸ Leyla Keser Berber / Ümit Yayla, “Elektronik Genel Kurullar Türkiye Uygulaması”, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, 2(3), 2012, s. 26.

²⁹ Nurdan Orbay Ortaç, *Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 79; Bahtiyar, s. 129; Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 23; Falcıoğlu, s. 175-176; Karadeniz, s. 511-512.

³⁰ Orbay Ortaç, s. 80; Bahtiyar, s. 129; Falcıoğlu, s. 176; Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 23.

³¹ Orbay Ortaç, s. 80.

dair çağrıyla e-GKS’de de yapılmalı, bakanlık temsilcisi talep etmelidir. Ayrıca genel kurula dair bilgi ve belgelere hak sahiplerinin erişiminin sağlanması gerekmektedir.

3. e-GKS’de Genel Kurul Toplantısının Seyri

a. Toplantının Açılması

EGKS Tebliği m. 5 uyarınca genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılım için sisteme giriş, genel kurulun ilan edilen başlama saatinden bir saat önce başlamakta ve genel kurulun başlama saatinden beş dakika sonra sona ermektedir. Katılımcıların bu süre zarfında giriş yapmaları gerekmektedir.

Genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılmaktadır (EGK Yönetmeliği m. 9/I, c.1). Bu sayede, genel kurul toplantısına fiziken ve elektronik ortamda katılan pay sahipleri veya temsilcileri haklarını eş zamanlı olarak kullanabilmektedirler.

e-GKS’yi uygulayan anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunludur (BT Yönetmeliği m. 32/I-b). Toplantının açılabilmesi için TTK ve ikincil mevzuat düzenlemelerindeki şartların yerine getirildiğinin Bakanlık temsilcisinin tarafından tespit edilmesi gerekmektedir (EGK Yönetmeliği m. 9). Söz konusu şartların gerçekleştiğinin tespiti üzere, toplantı açılacaktır.

Toplantının açılmasıyla birlikte genel kurul öncelikle toplantı başkanlığını oluşturmalıdır. Toplantının yönetimi, TTK m. 419/I uyarınca aksi esas sözleşmede düzenlenmedikçe, genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi sıfatını taşıması şart olmayan bir başkan tarafından sağlanacaktır³². Başkan tutanak yazmanı ile gerek görürse oy toplama memurunu belirleyerek başkanlığı oluşturacaktır. Yine gerek görmesi halinde başkan yardımcısı da seçebilmektedir. Ayrıca toplantı başkanının, e-GKS’deki teknik işlemleri yerine getirilmesi için uzman kişileri görevlendirmesi de mümkündür (EGK Yönetmeliği m. 9; BT Yönetmeliği m. 14/II).

Doktrinde toplantı başkanının genel kurul toplantısına elektronik ortamda

³² Doktrinde Orbay Ortaç, toplantı başkanı seçilmeksizin genel kurul toplantısının yapılması halinde, TTK m. 419 düzenlemesi emredici hüküm niteliğinde olduğundan bu toplantıda alınacak kararların, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğunu ifade etmektedir. Yazar, toplantı başkanının atanmasına ilişkin emredici kanun hükmüne aykırılığın TTK m. 447’de sayılan haller kapsamına girmemesi ve butlanın ikincilliği ilkesinin TTK’da benimsenmesi nedeniyle bu sonuca varıldığını belirtmektedir. Orbay Ortaç, s. 21-22.

katılan kimselerden seçilip seçilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, EGK Yönetmeliği m. 4/I-1'da TTK m. 419/I'e yapılan yollama nedeniyle toplantı başkanın fiziken hazır bulunanlar arasından seçilmesi gerektiği görüşündedirler³³. Bizim de katıldığımız karşı görüşte olan yazarlar ise, TTK m. 419/I hükmünün esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa toplantıyı genel kurul tarafından seçilen ve pay sahibi olması şart olmayan bir başkanın yönetmesini öngördüğünü ve anılan hükmün başkanın sadece fiziken toplantıya katılanlar arasından seçileceğine dair sınırlama getirmediğini belirtmektedirler³⁴. Ancak fiziken hazır bulunan pay sahipleri ve e-GKS üzerinden elektronik ortamda katılan pay sahiplerinin bulunduğu karma bir genel kurul toplantısının usulüne uygun yürütülmesi için toplantı başkanının fiziken hazır bulunanlar arasından seçilmesi daha sağlıklı olacaktır³⁵.

b. Görüşmelere Geçilmesi

EGK Yönetmeliği m. 10 uyarınca, pay sahipleri veya temsilcileri elektronik ortamda katıldığı görüşlerini toplantıda fiziki olarak hazır bulunanlar ile eş zamanlı bir şekilde elektronik ortamda iletmektedirler. Ancak belirtilmelidir ki, sistemde her bir gündem maddesi için en fazla 2 adet görüşü iletilebilmekte, bu görüşlerin yazılı olarak iletilmesi ve her bir görüşün en fazla 600 karakter olması gerekmektedir (EGKS Tebliği m. 6). Bu durum, pay sahipliği haklarının kullanımında esasen fiili bir sınırlama getirmektedir ve eleştiriye açıktır.

Öncelikle e-GKS üzerinden toplantıya katılacak pay sahiplerine, video konferans şeklinde ses ve görüntü iletimi yapılarak müzakerelere katılma hakkı tanınmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Bu noktada toplantıya yazılı metinle veya video konferans suretiyle katılım noktasında seçim hakkının pay sahibine tanınması, genel kurul toplantılarının müzakere ve yönetim kurulunun yüz yüze hesap vermesi açısından sağlanan forum niteliğine katkı sağlayacaktır. Doktrinde Bulut, pay sahiplerinin gerçek iradelerinin genel kurula tam ve doğru bir şekilde yansması için e-GKS mevzuatında yapılacak değişikliklerle bu sorunun çözülmesi gerektiği ifade etmektedir³⁶. Falcıoğlu da toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahipleri ile fiziken katılan pay

³³ Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 98; İlbasmış Hızlısoy, s. 82.

³⁴ Orbay Ortaç, s. 33; Falcıoğlu, s. 164.

³⁵ Toplantı başkanının görev ve yükümlülükleri dikkate alındığında fiziken katılanlar arasından seçilmesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz. Orbay Ortaç, s. 33.

³⁶ Bulut, s. 169, dph. 187.

sahipleri arasında katılma unsurunun kalitesi açısından sağlanacak eşitlik noktasında bu görüşün yerinde olduğunu belirtmektedir³⁷.

Değerlendirilmesi gereken diğer husus ise pay sahiplerine e-GKS üzerinden görüş iletmelerinde sayı ve metin sınırlaması getirilmesidir. Bu konuda doktrinde Yayla/Keser Berber, e-GKS üzerinden görüş iletilirken genel kurulu işlemez hale getirecek şekilde çok sayıda ve çok uzun görüşlerin iletilmesinin önüne geçilmesi için belirli sınırların konulmasının uygun olacağını ifade etmektedir³⁸. Gerçekten de uygulamada pay sahibi sayısı fazla olan şirketlerin, karma genel kurul toplantılarında kontrolsüz bir şekilde müzakereleri yürütülmesini beklemek mümkün gözükmemektedir. Ancak sorunun çözümü, elektronik ortamda katılan pay sahiplerinin katılım haklarını sınırlandırmakta olmamalıdır ve bunu haklı kılacak bir gerekçe de yoktur. Bu durum, toplantıya fiziken veya elektronik ortamda katılan pay sahipleri arasında en baştan ayrıma gidilmesi nedeniyle eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil eder³⁹ ve pratikte elektronik ortamda katılan pay sahipleri için genel kurul toplantısını sadece oy kullanma etkinliğine çevirebilir. Ayrıca mesele genel kurul toplantısının usulüne uygun gerçekleştirilmesiyse, toplantıya fiziken katılan pay sahiplerinin protestolarıyla veya uzun konuşma süreleriyle genel kurul toplantısının işlevsiz kılınmayacağını bir garantisi de yoktur. Doktrinde Orbay Ortaç, EGKS Tebliği m. 6 ile elektronik ortamda toplantıya katılan pay sahiplerinin görüşlerini bildirmelerine yönelik getirilen sınırlamanın TTK m. 357’de öngörülen eşit işlem ilkesi karşısında uygulanabilir olmadığını belirtmekte; bu nedenle toplantı başkanının elektronik ortamda katılanlara, fiziki ortamda katılanlarla aynı konuşma hakkını tanınması ve konuşma hakkına getirilen sınırlamaların her iki şekilde katılan pay sahipleri açısından aynı nitelikte olmasına dikkat etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁰. Bahtiyar / Hamamcıoğlu ise, öneri olarak, pay sahiplerinin görüşlerine metin itibarıyla sınırlama getirilmek isteniyorsa, bunun en baştan EGKS Tebliği ile değil, her somut olayda genel kurulun işlemez hale gelmesi durumunda böyle bir sınırlamanın uygulanmasının benimsenebileceğini belirtmektedir⁴¹. Falcıoğlu da halka açık şirketlerde toplantının gereksiz uzamaması için bir önlem olarak getirildiği düşünülen metin sınırlamasının, az sayıda pay sahibi

³⁷ Falcıoğlu, s. 210

³⁸ Yayla / Keser Berber, s. 37.

³⁹ Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 102; Falcıoğlu, s. 211; Orbay Ortaç, s. 135.

⁴⁰ Orbay Ortaç, s. 135.

⁴¹ Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 102.

olan kapalı anonim şirketlerde daha yüksek tutulmasını veya kaldırılmasını önermektedir⁴².

Her pay sahibi, sermaye oranı ne olursa olsun, genel kurul toplantısına katılıp gündemde bulunan maddelere ilişkin konuşma ve görüşlerini açıklama hakkına sahiptir. Eğer bir sınırlama yapılacaksa, EGKS Tebliği ile en baştan toplantıya fiziken veya elektronik ortamda katılanlar arasında ayırım yapılarak değil; toplantı başkanı tarafından, toplantının usulüne uygun yürütülmesi amacıyla, zaman açısından lüzum görülmesi ve pay sahiplerine eşit işlem ilkesi uygulanmasıyla uyumlu olması gerekir⁴³. Ayrıca şirketin internet sitesinde veya e-GKS’de yapılacak değişikliklerle sistemde, toplantı gününden belirli bir süre önce pay sahiplerine gündem maddeleri ile ilgili soru sorma ve görüşlerini bildirme hakkı tanınabilir⁴⁴ ve şirket yönetimine söz konusu soruları toplantı gününden önce yazılı olarak cevaplama ve bu cevapları yayınlama yükümlülüğü mevzuat değişiklikleri ile getirilebilir. Böylece toplantı esnasında mükerrer soruları okumak ve cevaplamakla uğraşılmaz ve bilhassa pay sahibi sayısı fazla olan şirketlerin genel kurul toplantılarında zaman tasarrufu ve şeffaflık sağlanabilir.

c. Oy Hakkının Kullanılması

Gündemin görüşülmesinde olduğu gibi, toplantıya fiziki katılanlar ile elektronik ortamda katılanların oy kullanımı eş zamanlı bir şekilde gerçekleştirilmelidir (EGKS Tebliği m. 7). Gündeme ilişkin oylamaya geçilmesi ile birlikte e-GKS’de oylamanın başladığı hem mesaj olarak hem de genel kurul akış metni alanında görülebilmektedir. Pay sahipleri veya temsilcileri oylarını e-GKS üzerinden vereceklerdir (EGK Yönetmeliği m. 11/I). Her bir gündem maddesinin, toplantı başkanının ilgili gündem maddesine ilişkin oylamaya geçildiğini bildirmesi üzerine ayrı ayrı oylanması zorunludur (EGK Yönetmeliği m. 11/II).

Toplantı başkanının ilgili gündem maddesi için oylamaya geçildiğini bildirmesinden sonra, genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılanlar, e-GKS’de ilgili kısımdaki kabul veya ret seçeneklerinden birini işaretlemek

⁴² Falcıoğlu, s. 211.

⁴³ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1882.

⁴⁴ Bu konuda 2001 yılında dünyada ilk defa sanal genel kurul toplantısı düzenleyen Inforte Corporation’ın uygulaması örnek olarak gösterilebilir. Şirket, sanal genel kurul toplantısının öncesinde ve toplantı esnasında pay sahiplerine e-posta ile soru sorma imkânı sunmuş ve internet sayfasında çeşitli PowerPoint sunumlar yayınlamıştır. van der Krans, s. 34.

suretiyle oylarını kullanacaklardır. Ayrıca, toplantıdan önce ilgili gündem maddesine ilişkin oyun e-GKS'ye kaydedilmesi de mümkündür. Eğer oy önceden e-GKS'ye kaydedilmişse ve değiştirilmeyecekse, kayıtlı oyları ilet sekmesi aracılığıyla kaydedilen oy gönderilecektir. Dikkat edilmesi gereken husus, MKK tarafından e-GKS ile ilgili pay sahibi ve temsilcilerin işlemleri için yayımlanan kılavuza göre, oylamanın başlaması ile birlikte oyunu e-GKS üzerinden gönderen pay sahibi veya temsilci, verdiği oyu değiştirememektedir⁴⁵.

EGKS Tebliği, genel kurula elektronik ortamda katılan pay sahipleri veya temsilcilerinin oy vermelerini belirli bir süre ile sınırlandırmıştır. Anılan Tebliğe göre, elektronik ortamda oyların gönderilmesi 2 dakika ile sınırlıdır (EGKS Tebliği m. 7). EGKS Tebliği m. 7 hükmünün ilk hâlinde, elektronik ortamda oyların gönderilme süresi 5 dakika olarak belirlenmişti. Ancak EGKS Tebliği'nde yapılan değişiklikle, bu süre 2 dakikaya düşürülmüştür⁴⁶.

İlgili gündem maddesine ilişkin ret oyu veren pay sahibi veya temsilci muhalefet beyanını e-GKS üzerinden gönderebilmektedir. Toplantı başkanı, e-GKS üzerinden gönderilen oyu ve varsa muhalefet beyanını tutanağa işletecektir (EGK Yönetmeliği m. 11/II).

Oy hakkından yoksun pay sahipleri genel kurul toplantısına katılabirler, ancak oy kullanamazlar. Fiziki toplantıda olduğu gibi elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılan oy hakkından yoksun pay sahiplerinin oy kullanmaları engellenmelidir⁴⁷.

Son olarak, e-GKS'ye oylamaya dair bilgi girişleri yapılmasından sonra "Hesapla" butonuna basılması ile birlikte nihai oylama sonucu ortaya çıkmaktadır.

4. Genel Kurul Sonrası İşlemler

Genel kurul toplantı gündeminde yer alan maddelerin görüşülmesi, oylamanın yapılması ve toplantı başkanının toplantıyı sona erdirmesi ile

⁴⁵ e-Genel Kurul Sistemi Pay Sahibi / Bireysel Temsilci İşlemleri Kullanıcı Kılavuzu, s. 24. Bkz. <https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/EGK-PAY-SAHİPLERİ.pdf>
Erişim Tarihi: 04 Haziran 2024.

⁴⁶ Söz konusu değişiklik, 29.13.2013 t. ve 28692 sa.'lı RG'de yayımlanan ve yayımlandığı anda yürürlüğe giren "Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile yapılmıştır.

⁴⁷ Özer, s. 656.

birlikte elektronik genel kurul da sona ermektedir. Genel kurul toplantısına ilişkin bilgileri içeren ve genel kurulda yapılan seçimleri ve alınan kararları kanıtlayan bir belge niteliğini haiz tutanak, toplantı başkanı ile Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanmalıdır (TTK m. 422/I). e-GKS'yi uygulayan anonim şirketlerin yaptıkları genel kurul toplantılarında tutanak, toplantı bitiminde Bakanlık temsilcisine elektronik belge taşımaya ve saklamaya elverişli bir ortam (CD, Flash bellek, harici disk gibi) içerisinde teslim edilmelidir (EGK Yönetmeliği m. 12).

e-GKS'de geçmiş genel kurul belgelerine de erişim mümkündür. "Arşiv" sekmesinde açılan "Raporları Getir" butonuna basılması suretiyle ilgili genel kurula ilişkin belgelere ulaşılabilmektedir.

D. Hukukumuzda Sanal Genel Kurul Toplantısı Düzenlenmesinin Mümkün Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

TTK m. 1527/I'de şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde müdürler kurulunun veya yönetim kurulunun toplantılarını tamamen elektronik ortamda yapabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken hazır buldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla toplantının icra edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak anılan maddenin ticaret şirketlerinde elektronik genel kurul toplantısının düzenlendiği II. ve V. fıkralarında tamamen elektronik ortamda toplantının yapılabilmesinden bahsedilmeyip, "*elektronik ortamda katılma*" ifadesi kullanılmıştır. Bu durum, sanal genel kurul toplantısının yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışmaya açık hale getirmiştir. Doktrinde bazı yazarlar, bu tür elektronik genel kurul toplantılarının düzenlenebilmesinin mümkün olduğunu görüşündedirler⁴⁸. Meseleyi TTK henüz tasarı aşamasındayken inceleyen ve bu görüşü savunan yazarlardan Arı, TTK gerekçesine bakıldığında sanal genel kurul toplantısının öngörülmediği izleniminin ortaya çıktığını belirtmekle birlikte, 1527. maddenin metninde "*elektronik ortam*" ibaresine yer verilmesinden ve herhangi bir sınırlama öngörülmemesinden ötürü sanal genel kurul toplantısını düzenlenmesine izin verildiğini savunmaktadır⁴⁹. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüş ise TTK m.

⁴⁸ Kendigelen, s. 533; Zekeriya Arı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükmü (Tasarı 1527) ve Sanal Genel Kurul", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(3-4), 2009, s. 196; Leyla Keser Berber, "Dijital Şirket'e Geçmek İçin Sekiz Yasal Gerekçe", *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, 1, 2011, s. 63; Karadeniz, s. 506.

⁴⁹ Arı, s. 196. Yazar ayrıca aksi bir yorumun benimsenmesi durumunda muhtemel teknolojik gelişmeler karşısında sanal genel kurul toplantısına ihtiyaç duyulması halinde yasanın

1527 hükmü çerçevesinde sanal genel kurul toplantısı yapılmasının mümkün olmadığı yönündedir⁵⁰. Hukukumuzda mevcut düzenlemelerden hareketle sanal genel kurul toplantısı düzenlemesinin mümkün olmadığını şu şekilde gerekçelendirebiliriz:

i) Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel kurul toplantılarının elektronik iletişim araçları vasıtasıyla düzenlenmesindeki çeşitli ihtimaller ve bu ihtimalleri izah etmeye yönelik kavramlar arasındaki sınırların oturmamış olması, terminolojik problemlerle karşılaşılmasına neden olmaktadır. Online genel kurul, çevrimiçi genel kurul, siber genel kurul, sanal genel kurul, elektronik katılımlı genel kurul veya karma genel kurul gibi muhtelif kavramlar ve tasnifler bulunmaktadır. Kanunda bir ayrıma girilmeksizin “anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma” ifadesi tercih edilmiştir (TTK m. 1527/V). Lafzen yapılacak yorumla TTK m. 1527’de kanun koyucunun iradesi, genel kurul toplantısında elektronik iletişim araçlarının kullanılmasının yanında fiziksel genel kurul toplantısını muhafaza etmeye ve dolayısıyla çalışma kapsamında karma genel kurul toplantısı olarak nitelendirilen toplantı türünü benimsemeye yönelik olduğu açıktır. Ayrıca EGK Yön. m. 9/I hükmünde yer alan “Genel kurul toplantısı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılır.” ifadesi de bu görüşü destekler niteliktedir⁵¹.

Doktrinde esas sözleşmeye sanal genel kurul toplantısı yapılabilmesi yönünde hüküm konulması halinde söz konusu hükmün emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden geçersiz olacağı ifade edilmektedir⁵². Bilindiği üzere sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getiren emredici hükümler ilkesi uyarınca esas sözleşmede anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanunda açıkça izin verilebilmesi halinde sapılabilmektedir (TTK m. 340)⁵³. Bu bağlamda Kanunda sanal genel kurul toplantısı düzenlenebilmesine

değişmesi gerekeceğini belirtmekte ve bunun yerine yasa ile genel bir düzenlemenin yapılması, uygulama şartlarının ikincil mevzuata bırakılması yasaların eskimesini ve sürekli bir değişim ihtiyacını ortadan kaldıracakını ifade etmektedir. Bkz. Arı, s. 196.

⁵⁰ Yayla, s. 42; Bahtiyar, s. 120; Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 14-15; Özer, s. 635; İlbasmış Hızlısoy, s. 44-45; Cengil / Korkut, s. 312; Orbay Ortaç / Al Kılıç, s. 225; Ay Kaplan, s. 442 vd.; Bulut, s. 178, dpn. 217.

⁵¹ İlbasmış Hızlısoy, s. 45; Orbay Ortaç / Al Kılıç, s. 226.

⁵² İlbasmış Hızlısoy, s. 45-46; Bahtiyar, s. 121 dpn. 20; Bahtiyar / Hamamcıoğlu, s. 15 dpn. 32.

⁵³ Anonim şirketlerde emredici hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2015, s. 45 vd.

dair açık bir hüküm bulunmadığı sürece esas sözleşmede böyle bir hükmün konulması emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

ii) Çoğu Avrupa ülkesinde elektronik genel kurul toplantılarına dair düzenlemelere Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 11 Temmuz 2007 tarih ve 2007/36/EC sayılı Pay Sahipleri Hakları Direktifi ile birlikte başladığı görülmektedir. Söz konusu direktif ile pay sahipliği haklarının güçlendirilmesi amacıyla elektronik iletişim araçlarından ve teknolojiyen faydalanılması amaçlanmış, şirketlerin pay sahiplerine genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılma imkânı sunması konusunda yasal engelle karşılaşılmaması istenmiştir⁵⁴. Direktiften sonra Almanya'nın Paylı Ortaklıklar Kanunu (AlmPOK)'nda 2009 yılında yapılan değişikliklerle karma genel kurul toplantısını (§118), 2022 yılında yapılan değişikliklerle de sanal genel kurul toplantısını (§118a) ayrıca düzenlediği müşahede edilmektedir. İsviçre'de ise 2020 şirketler hukuku revizyonu ile birlikte karma ve sanal genel kurul toplantılarını ayrı maddelerde düzenlenerek Borçlar Kanunu'nda değişikliğe gidilmiştir (m. 701c – m. 701d). Ülkemizde de AB mevzuatı ile uyumlu olmak suretiyle benzer bir rota izlendiği kabul edilirse ve söz konusu elektronik genel kurul türlerinin düzenlenmesinde aynı teknik gereksinimlere ihtiyaç duyulsa bile farklı esaslarının mevcut olması ayrıca değerlendirilmelerini gerektirir. Zira karma genel kurul toplantısında toplantıya fiziki olarak katılmak veya katılmamak pay sahiplerinin inisiyatifine bırakılmışken, sanal genel kurul toplantısında bilhassa azınlığın genurula fiziksel olarak katılma fırsatı elinden alınmaktadır⁵⁵. TTK hükümleri ve ikincil mevzuat düzenlemeleri incelendiğinde pay sahiplerinin genel kurul toplantısına fiziki katılımının engellenmesine imkân tanıyan herhangi bir hüküm yoktur⁵⁶. Ayrıca, özellikle pay sahiplerinin sanal genel kurul toplantısında bilgi edinme hakkı kapsamında sorularının cevaplanacağına dair garantinin pratikte olmaması, pay sahiplerinin

⁵⁴ 2007/36/EC sayılı Direktif'in 8. maddesi, şirketlerin pay sahiplerinin genel kurul toplantısına elektronik araçlarla katılımına izin vermek zorunda olduğunu düzenlemekte ve özellikle üç tür katılım şeklinden herhangi birinin veya tamamının sunulması öngörmektedir. Bu katılım şekilleri; a) genel kurul toplantısının gerçek zamanlı iletilmesi, b) pay sahiplerinin uzak bir konumdan genel kurula hitap etmelerini sağlayan gerçek zamanlı iletişim; c) genel kurul toplantısı öncesinde veya sırasında bir vekil tayin edilmesine gerek olmaksızın oyların kullanılmasına yönelik mekanizma sağlanmasıdır.

⁵⁵ Özellikle sanal genel kurul toplantısı düzenlenmesine izin verilen ülkelerde toplantının fiziki veya elektronik olarak yapılmasında yetkinin yönetim kuruluna bırakılmış olması, yönetim kurulunun kötüye kullanımlarına tedbir getirilmesi gerektirir.

⁵⁶ Ay Kaplan, s. 444. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu §118a'nın yürürlüğe girmeden önce benzer yönde görüş için bkz. Wunderlich, s. 47

birbirleriyle iletişim kurma imkânının fiili olarak sınırlandırılmış olması ve dolayısıyla aralarındaki bilgi paylaşımının kısıtlanmış olması, yöneticilerin muhtelif taktiklerle elektronik iletişim araçlarına veya toplantıya müdahale edebilmesi suretiyle, pay sahiplerinin haklarının kullanımına olumsuz girişimlerde bulunabilmesi gibi çeşitlendirebileceğimiz sebeplerden ötürü karma genel kurul toplantısından farklı olarak sanal genel kurul toplantısında daha katı gereksinimler öngörülmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde izah edilmeye çalışılan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu §118a düzenlemesinde sekiz bent halinde getirilen katı gereksinimlerin ve sanal genel kurul toplantısına dair esas sözleşme hükmünün veya yönetim kuruluna verilen yetkinin beş yıl ile sınırlandırılmış olmasının hukukumuzda yol gösterici nitelikte olduğu görülmektedir.

V. DELAWARE, İSVİÇRE VE ALMANYA'DA ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISI

A. Delaware

Elektronik genel kurul toplantısı uygulamasına öncü ülkelerden birisi ABD'dir. 2000'li yılların başında bu yana ABD'nin Delaware eyaletinde şirketlerin karma ve sanal elektronik genel kurul toplantısı düzenlemesine izin verilmektedir⁵⁷. Bu gelişmeyi diğer eyaletlerin büyük bir çoğunluğunun takip ettiği, konuyu farklı şekillerde ele alsalar da kabul ettiği görülmektedir⁵⁸.

Covid-19 pandemisine kadar bilhassa sanal genel kurul toplantısını az sayıda ve nispeten küçük şirketlerin denediği müşahede edilmektedir⁵⁹. Bu

⁵⁷ Delaware, ABD'nin en küçük eyaleti olmasına rağmen en önemli şirketler hukuku mevzuatına sahip eyaletidir. Borsada işlem gören Amerikan şirketlerinin %50'sinden fazlası ve Fortune 500 şirketlerinin %6'sından fazlası Delaware'de kurulmuştur. Bkz. van der Krans, s. 33.

Sanal genel kurul toplantısına, Delaware eyaletinde 1999 yılında gerçekleştirilen değişiklikle General Corporation Law, Title 8, m.211'de yer verilmiştir.

⁵⁸ Elektronik genel kurul toplantısını düzenleyen eyaletlerin bir kısmı, Delaware de dâhil olmak üzere, hem karma genel kurul toplantısına hem de sanal genel kurul toplantısına açıkça veya dolaylı hükümlerle izin vermektedir. Buna karşın Massachusetts gibi bazı eyaletler, halka açık ve halka açık olmayan şirket ayrımı yapmakta ve halka açık şirketlerin karma genel kurul toplantı düzenlemesine izin verilmekle birlikte sanal genel kurul toplantısı düzenlemesine izin verilmemektedir. Buna karşın halka kapalı şirketlerin ise hem karma hem de sanal genel kurul toplantı yapmasına izin vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lisa M. Fairfax, "Virtual Shareholder Meetings Reconsidered", *Seton Hall Law Review*, 40(4), 2010, s. 1375 vd.

⁵⁹ Nisan 2001'de Inforte Corporation dünyanın ilk tamamen sanal genel kurul toplantısını düzenlemiştir. Bu toplantının kayıt sayfasında katılımcılara toplantı öncesinde ve sırasında

başarısızlığın nedenleri; pay sahiplerinin katılımlarının sağlanmasında ve giderilmesinde denetimin olmaması, soruların cevaplanacağına garantisinin olmaması, pay sahiplerinin birbirleriyle iletişim kurabilecekleri bir platformun olmaması ve bilgilendirmenin iyileştirilme imkanının olmaması veya kısıtlı olması, yönetim kurulunun takdirine bağlı olarak sanal toplantı yapılmasına karar verilmesinin pay sahiplerinin arasında fikir birliği sağlanmasına olanak tanınamaması gösterilmektedir⁶⁰. Ancak Covid-19 pandemisi ile birlikte genel kurul toplantılarında sanal ortama geçiş hızlanmıştır. Yapılan bir araştırmada 2019 yılında Russel 3000 şirketlerinin 225'inin sanal genel kurul toplantısı düzenlendiği belirtilmiş ve 2020 temsilci (*Proxy*) sezonu için verilerin 1627 toplantıya sığradığı ifade edilmiştir⁶¹.

Delaware eyaletinde Şirketler Kanunu (*Delaware General Corporation Law = Corp.Law*) m. 211/a.1 kapsamında karma genel kurul toplantısının yanı sıra, fiziksel bir mekan gerekmeksizin sanal genel kurul toplantısı düzenlemek de imkân dahilindedir. Anılan hüküm uyarınca şirket tescil belgesinde veya iç tüzüğünde belirtilen şekilde ya da bu şekilde belirtilmemişse yönetim kurulu tarafından belirlenen yerde genel kurul toplantısının yapılması mümkündür. Eğer şirket tescil belgesi veya tüzük uyarınca yönetim kurulu genel kurul toplantısının yerini belirleme yetkisine sahip kılınmışsa, yönetim kurulu tamamen takdiri doğrultusunda sanal genel kurul toplantısı yapılmasına karar verebilmektedir.

Şayet yönetim kurulu takdir yetkisi çerçevesinde sanal genel kurul toplantısı düzenlemesine karar vermişse şirket; i) oy kullanabilecek kişileri doğrulamak, ii) tüm pay sahiplerine toplantıya katılmaları ve oy kullanmalarına fırsat sağlamak üzere büyük ölçüde eş zamanlı olarak okuma ve duyma fırsatı sunmak ve iii) herhangi bir pay sahibi ve temsilcinin uzaktan iletişim yoluyla oy kullanması veya başka bir işlem yapması durumunda söz konusu oy veya diğer işlemin kaydını tutmak için makul önlemler almakla yükümlü tutulmuştur (*Corp.Law* m. 211/a.2).

e-posta yoluyla soru sorma imkânı sağlanmıştır. Inforte Corporation, toplantısı esnasında tüm soruları yanıtlamış ve web sayfasında çeşitli power point sunumlar yayınlamıştır. Bu toplantıda pay sahipleri oylarını faks yoluyla göndermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. van der Krans, s. 34.

⁶⁰ Goran Koevski / Borka Tushevska Gavrilovik / Darko Spasevski, "Twenty Years After The First Virtual-Only Annual Schareholders' Meeting: Can The Virtual-Only Meeting Be A Solution During The Time Of Covid-19?", *Justinianus Primus Law Review*, 11(2), 2020, s. 2.

⁶¹ Koevski / Gavrilovik / Spasevski, s. 3.

Söz konusu hüküm kapsamında değerlendirme yapılacak olursa genel olarak, Delaware modeli, elektronik genel kurul toplantılarının her iki şeklini de kucaklayan ve şirketlerin belirli önlemler almasını gerektiren bir modeldir. Ayrıca, pay sahiplerinin uzaktan iletişim yoluyla katılıp katılmayacaklarını ve şirketin yalnızca sanal genel kurul toplantısı yapıp yapmayacağını belirleme konusunda yönetim kuruluna takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Doktrinde Fairfax, bu takdir yetkisiyle elektronik genel kurul toplantısına ev sahipliği yapıp yapılmayacağına ilişkin kararın tamamen yöneticilerin elinde olmasını sağlamayı amaçlandığını belirtmektedir⁶². Dolayısıyla bir şirketin tescil belgesi veya tüzüğü, yöneticilere hissedar toplantısının yerini belirleme yetkisi veriyorsa, yöneticiler sanal genel kurul toplantısı düzenlemeyi seçme veya başka bir şekilde toplantıya uzaktan hissedar katılımına izin verme yetkisine sahiptir.

B. Almanya

26 Temmuz 2002’de yürürlüğe giren “*Oy Hakkının Kullanılması ve Payscalelerinin Daha İyi Bilgilendirilmesine Dair Şeffaflık ve Aleniyet Kanunu*” (TransPuG) ile birlikte Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AlmPOK) m. 188’e 4. fıkranın eklenmesiyle Alman kanun koyucunun 2002 yılında ilk kez genel kurul toplantısında görüntülü ve sesli aktarıma izin verilebileceği öngörülmüştür. Böylece pay sahiplerinin toplantıda fiziken hazır bulunmadan internet aracılığıyla müzakereleri takip etme imkânı sağlanmak istenmiştir⁶³.

30 Temmuz 2009 tarihli “*Pay Sahipliği Haklarının Yeniden Düzenlenmesine Dair Kanun*” (ARUG I) ile AlmPOK’da yapılan değişiklikler ile birlikte 11.07.2007 tarihli ve 2007/36/EC sayılı AB Hissedarlar Direktifinin Alman hukukuna aktarılması sağlanmış ve elektronik genel kurul toplantısına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir. Özellikle AlmPOK §118/1 hükmünde yapılan değişiklik ve eklemelerle; esas sözleşmede hüküm öngörülerek veya bu konuda esas sözleşmede yönetim kuruluna yetki verilerek⁶⁴ anonim

⁶² Fairfax, s. 1372.

⁶³ Jochen Hoffman, “§118 Allgemeines”, Martin Henssler (Ed.), beck-online.Grosskommentar AktG, Verlag C.H.Beck oHG, 2024, Rn. 6. TransPuG’dan önce Alman kanun koyucusu şirketler hukuku modernleşmesi için 2001 yılında “*Das Gesetz zur Namesaktie und Erleichterung der Stimmrechtsausübung*” (NaStraG) isimli kanunu çıkarmış ve bu kanunla birlikte pay sahiplerinin e-posta adreslerine genel kurula dair bildirimler yapılmaya başlanmış, internet üzerinden temsilci tayini ve oy talimatı verilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bkz. Yayla, s. 30; Falcıoğlu, s. 70.

⁶⁴ AlmPOK m. 179/II uyarınca esas sözleşmenin değiştirilebilmesi için, kararın alındığı tarihte temsil edilen esas sermayenin en az dörtte üçünün çoğunluğu gerekmektedir.

şirketlerde karma genel kurul toplantısının⁶⁵ düzenlenebilmesine izin verilmiş ve pay sahiplerinin oy haklarını elektronik ortamda kullanabilmelerine imkân tanınmıştır. Söz konusu yeniliğe rağmen, çalışmada belirtilen diğer ülkelerle paralel bir şekilde Almanya’da da şirketlerin elektronik genel kurul toplantısı düzenlemede isteksiz olduğu görülmektedir. Covid-19 pandemisinin başlangıcına kadar, neredeyse şirketlerin tamamının geleneksel-fiziksel toplantılar şeklinde genel kurul toplantılarını düzenlediği belirtilmektedir⁶⁶.

2009’dan beri elektronik genel kurul toplantısının düzenlenmesinin mümkün olmasına rağmen Alman şirketlerindeki isteksizliğin Covid-19 pandemisiyle birlikte terk edildiği görülmektedir. Alman kanun koyucu, 27 Mart 2020 tarihli “Covid-19 Pandemisinin Etkileriyle Mücadele Edilmesi İçin Şirketler, Kooperatifler, Dernekler, Vakıflar ve Kat Mülkiyeti Hukukuna Dair Tedbirler Hakkında Kanun” (COVMG) ile birlikte 31 Ağustos 2022 tarihine kadar sınırlı olmak üzere sanal genel kurul toplantısına izin vermiştir. Bu dönemde (2020-2021 yılları içerisinde) genel kurul toplantıları ağırlıklı olarak elektronik ortamda gerçekleştirilmiştir⁶⁷. COVMG’de pay sahiplerinin katılımının ve haklarının korunması amacıyla sanal genel kurul toplantılarında dört temel esas ön planda tutulmuştur (COVMG §1/II):

- 1- *Toplantının görüntülü ve sesli iletimi,*
- 2- *Pay sahiplerinin oy haklarını elektronik iletişim araçları sayesinde kullanabilmeleri ve vekil tayin edebilmeleri,*
- 3- *Pay sahiplerine elektronik iletişim araçları vasıtasıyla soru sorma hakkının tanınması ve*
- 4- *Pay sahiplerine itiraz etme imkânının tanınması.*

Covid-19 pandemisi döneminde sanal genel kurul toplantılarının değerini kanıtladığı anlaşılmasıyla birlikte Alman kanun koyucu, Alm.POK’da değişiklikler yapmış ve genel kurulun ana hatlarıyla düzenlendiği §118’in devamına “Sanal Genel Kurul” (*Virtuelle Hauptversammlung*) kenar başlıklı §118a düzenlemesini getirmiştir ve söz konusu değişiklik 27 Temmuz 2022

⁶⁵ Söz konusu düzenlemeyle getirilen elektronik genel kurul toplantısını, karma genel kurul toplantısı olarak nitelendirmemiz sebebi, söz konusu toplantının hala fiziksel bir mekân gerektirmesidir. Pay sahipleri, fiziken gerçekleştirilen bir genel kurul toplantısına arzu etmeleri halinde eş zamanlı olarak elektronik ortamda da katılabilmektedirler.

⁶⁶ BeckOGK/Hoffmann AktG §118, Rn.4

⁶⁷ BeckOGK/Hoffmann AktG §118, Rn. 5; Teichmann / Wicke, s. 183.

tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alm.POK §118a düzenlemesiyle birlikte sanal genel kurul kavramı tanımlanmış ve bu tür toplantıların düzenlenebilmesi için asgari gereksinimler ortaya koyulmuştur. Anılan hükmün birinci fıkrasında esas sözleşme ile toplantının, pay sahiplerinin fiziksel olarak hazır bulunmaları gerekmeksizin yapılmasının öngörülebileceği veya yönetim kuruluna bu konuda yetki verilebileceği düzenlenmiş ve devamında sekiz bentte şu gereksinimlerin karşılanması gerektiği belirtilmiştir:

1- Toplantının tamamı görüntülü ve sesli olarak yayınlanır.

2- Pay sahipleri oy haklarını elektronik iletişim araçlarıyla, özellikle elektronik katılım veya elektronik posta (Briefwahl) yoluyla ve ayrıca vekil tayin ederek kullanabilirler.

3- Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine toplantıda öneride bulunma ve aday gösterme hakkı video iletişimi vasıtasıyla tanınır.

4- Pay sahiplerine §131'e göre elektronik iletişim yoluyla bilgi edinme hakkı tanınır.

5- Yönetim kurulu §131/1-1a kapsamındaki seçeneği kullanırsa, yönetim kurulu raporu veya ana içeriği toplantıdan en geç yedi gün önce pay sahiplerine sunulur.

6- Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine §130a/1,2,3,4'e göre mütalaada bulunma hakkı, elektronik iletişim yoluyla sunulur.

7- Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine §130a 5 ve 6. fıkrasına göre toplantıda konuşma hakkı, video iletişimi yoluyla sağlanır.

8- Toplantıya elektronik ortamda katılan pay sahiplerine, genel kurul kararına itiraz etme hakkı verilir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, esas sözleşmede hüküm öngörülürken veya yönetim kuruluna sanal genel kurul toplantısı düzenlenmesine yetki verilirken, bu hüküm veya yetkinin beş yıl ile sınırlandırılması da kanunda öngörülmüştür (AlmPOK §118a/III-IV-V). Böylece sanal genel kurul toplantısı düzenlenmesiyle yetkinin kötüye kullanılmasını riski azaltılmak istenmiştir⁶⁸.

⁶⁸ Wunderlich, s. 340-341. Yeni kurulan şirketler ele alındığında, bu şirketlerde sanal genel kurul toplantısı düzenlenmesine dair esas sözleşme hükmünden veya yönetim kuruluna

Günümüzde DAX (*Deutscher Aktienindex*)’ta işlem gören anonim şirketlerin neredeyse tamamının modern elektronik iletişim araçlarını kullanma seçeneğini esas sözleşmelerine eklediği görülmektedir⁶⁹. Bu şirketlerde, elektronik genel kurul toplantısı düzenleme noktasında inisiyatif yönetim kuruluna bırakılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, düzenlemeyi memnuniyetle karşılayanlar olduğu gibi⁷⁰; Almanya’da bu gelişmeleri teknolojik bir saman alevine benzeten, Covid-19 pandemisi ile bu alev körüklense de COVMG kapsamındaki yetkilendirmelerin pay sahibi dostu olmayan bir şekilde ele alınmasının er ya da geç geleneksel-fiziksel genel kurul toplantısına yol açacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır⁷¹.

C. İsviçre

İsviçre’de 2020 şirketler hukuku revizyonu ile birlikte, anonim şirketlerde genel kurulun modernizasyonu ve esnekleştirilmesi için yasal bir dayanak oluşturulmuştur⁷². Elektronik iletişim araçlarındaki gelişim, toplantıların gerçekleştirilmesi için yeni imkânlar olarak görülmüş ve elektronik genel kurul toplantıları düzenlenmesine yönelik hükümler kaleme alınmıştır. Bu kapsamda hem karma genel kurul toplantılarının hem de sanal genel kurul toplantılarının düzenlenmesine izin verilmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) “*Pay sahipliği haklarının kullanımı*” kenar başlıklı m. 701c hükmünde karma genel kurul toplantısı, yönetim kurulu, genel kurul toplantısına fiziki olarak katılmayan pay sahiplerinin haklarını elektronik ortamda kullanmalarını sağlayabilir, denilerek düzenlenmiştir. Dikkat edilecek olursa, bu hükümle Türk hukukundan farklı olarak esas sözleşmeye bir hüküm eklenmesi gibi yasal bir dayanağa ihtiyaç olmadan yönetim kuruluna karma genel kurul toplantısı düzenleme noktasında yetki

verilen yetkiden en başından beri haberdar olan pay sahipleri mevcut olacağından, neden beş yılda bir sanal genel kurul toplantısına ilişkin hükmün yenilenmesinin bu tür şirketlerde zorunlu olması yönünden hüküm eleştiriyeye açıktır.

⁶⁹ Dietmar Kubis, “AktG §118 Allgemeines”, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band3: §§ 118-178, Verlag C.H.Beck, 2024, Rn. 23.

⁷⁰ Carsten Kruchen / Jessica Werner, “Virtuelle Hauptversammlung Nach §118a – Zeitenwende für den Versammlungsleiter?”, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 33(4), 2023, s. 190.

⁷¹ MüKoAktG/Kubis, AktG §118, Rn. 23.

⁷² 2020 şirketler hukuku revizyonundan önce 2007 yılında Federal Konsey birçok konuda yenilikler içeren bir tasarıyı kabul etmişti. “*Soyguna karşı halk inisiyatifi*” de dâhil olmak üzere çeşitli geçilmeler nedeniyle yeni bir taslak nihayetinde 2016 yılında sunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stoll, s. 29-30.

verilmiştir⁷³.

“Sanal genel kurul toplantısı” başlıklı İsvBK m. 701d/I’de ise genel kurul toplantısının, esas sözleşmede öngörülmesi⁷⁴ ve yönetim kurulunun toplantı çağrısında bağımsız temsilci (*unabhängiger Stimmrechtsvertreter*) belirlenmesi halinde, toplantı mekânı olmaksızın elektronik ortamda yapılabileceği düzenlenmiştir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, borsaya kote olmayan şirketlerde esas sözleşme ile bağımsız temsilci atanmasından feragat edilebileceği öngörülmüştür⁷⁵.

İsviçre kanun koyucusu karma genel kurul toplantısı ve sanal genel kurul toplantısına ilişkin söz konusu hükümlerden sonra ayrıca elektronik araçların kullanımına dair gereksinimleri İsvBK m. 701e’de düzenlenmiştir. Anılan hükümde yönetim kurulunun elektronik araçların kullanımını düzenleyeceği belirtildikten sonra şu hususları sağlaması kendisinden istenmiştir:

- 1- Katılımcıların kimliğinin tespiti,
- 2- Genel kuruldaki oyların doğrudan aktarılması,
- 3- Her katılımcının öneride bulunabilmesi ve müzakerelere katılabilmesi,
- 4- Oylama sonucunun tahrif edilmemesi.

Söz konusu hususların temini ile birlikte genel kurul toplantısının hem düzgün bir şekilde yürütülmesinin sağlanması amaçlanmış, hem de doğrudan görüş alışverişini ve karar almayı kolaylaştırmak amaçlanmıştır⁷⁶. Buna karşın İsviçre Borçlar Kanunu’nun elektronik genel kurul toplantısı için herhangi bir

⁷³ İsviçre hukukunda karma genel kurul toplantısı düzenlenmesinin ilk temel adımı, bu yönde bir karar alınmasıdır. Bu amaçla, maliyetler, pay sahiplerine beklenen katkısı, belirli eylemleri erteleme veya yetiştirme ihtiyacı ve yönetim kurulu için sorumluluk riski açısından beklenmedik sorunların sonuçları gibi bu toplantı türünün avantajlarının ve dezavantajlarının tartışılması gerekir. Mesela, pay sahibi sayısı geniş bir şirkette çok az sayıda pay sahibinin elektronik iletişim araçlarıyla genel kurula katılması, karma genel kurul toplantısı için harcanacak olan ek maliyetleri haklı çıkarmayacaktır. Bu yönde bkz Watter / Schweighofer, s. 283.

⁷⁴ Sanal genel kurul toplantısı için gerekli olan esas sözleşme değişikliği, İsvBK m. 703/I uyarınca toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğu ile gerçekleştirilebilir. Bkz. von der Crone, s. 491; Ballmer /Fischer, s. 180.

⁷⁵ Bu değişiklik, “önemli karar” kapsamına gireceğinden nitelikli çoğunlukla (İsvBK m. 704/I) kabul edilmesi gerekir. von der Crone, s. 491.

⁷⁶ Roland Müller / Felix Horber, “Neues Aktienrecht: Verwendung elektronischer Mitter in der Generalversammlung”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 119, 2023, s. 46.

özel teknik gereksinimden bahsetmediği görülmektedir. Doktrinde yönetim kurulunun teknik gereksinimleri, uygulamayı seçmekte serbest bırakıldığı belirtilmekte ve teknolojik gelişmeleri takip ederek, yeni teknolojiler imkânlar ortaya çıktıkça ve uygulamada kendini kanıtladıkça elektronik araçların kullanımında ayarlamalar yapması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷.

Son olarak İsviçre kanun koyucusunun elektronik genel kurul toplantılarında yaşanabilecek teknik sorunları m. 701f hükmünde düzenleyerek konuyu tamamladığı görülmektedir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre toplantı esnasında, toplantının düzgün bir şekilde yapılamamasına neden olan teknik sorunlar ortaya çıkarsa toplantının tekrarlanması gerekmektedir. İkinci fıkrada ise teknik sorunlar ortaya çıkana kadar genel kurul tarafından alınan kararların geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir.

VI. ELEKTRONİK GENEL KURUL TOPLANTISINDA TEKNİK SORUNLAR

Günümüzde elektronik iletişim araçları genel kurul toplantılarının yapılması noktasında elverişli ve sağlam olduğunu kanıtlamış olsa da teknik sorunların yaşanması her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu sorunları, elektronik genel kurul toplantısı esnasında anonim şirket yaşayabileceği gibi, münferit pay sahipleri de yaşayabilir. Sistemsel sorunlar veya yetkisiz kimselerin bilişim sistemlerine ve ağlarına erişim sağlayarak genel kurul toplantısına katılması ve oy kullanması söz konusu olabileceği gibi, haksız olarak pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılması ve oy kullanması da engellenebilir. Hatta yönetim kurulu tarafından gündem maddelerinin müzakereleri esnasında bilinçli bir şekilde pay sahiplerinin konuşmaları esnasında iletişim araçlarında ve sistemde arızalar tetiklenebilir. Yaşanabilecek teknik sorunları çeşitlendirmek mümkündür. Burada teknik sorunların yaşanması halinde elektronik genel kurulun akıbetinin ne olacağının değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Maalesef, TTK'da elektronik genel kurul toplantısında teknik sorunlarla karşılaşılması durumunda nasıl bir rota izleneceğine dair herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Ancak GK-Bakanlık Temsilcisi Yön. m. 28/VI hükmünde elektronik genel kurul toplantısı için mevzuatta yer alan şartların sağlanmadığının tespit edilmesi durumunda Bakanlık temsilcisinin görüşünü alınmak kaydıyla toplantı başkanlığı⁷⁸ tarafından genel kurulun

⁷⁷ Müller / Horber, s. 46.

⁷⁸ Orbay Ortaç, "toplantı başkanlığı" ifadesiyle kastedilenin "toplantı başkanı" olduğunu ve

ertelenebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hüküm, öncelikle teknik gereksinimlerin toplantı öncesi ve sırasında sistemin denetimine yardımcı olur niteliktedir ve teknik bir sorun çıkması halinde toplantının ertelenmesine imkân tanımaktadır⁷⁹. Gündemin değiştirilmemesi kaydıyla herhangi bir nedenle toplantının ertelenmesi halinde yapılacak toplantı, hukuken önceki toplantının devamı sayılacaktır (GK-Bakanlık Temsilcisi Yön. m. 21/II, c.2). Yönetmelik hükmünde yer alan düzenlemelere rağmen, teknik sorun kavramına dair sınırların çizilmesi ve münferiden bu soruna karşı bir düzenlemenin getirilmesi, her ne kadar yeni toplantı ertelenen toplantının devamı niteliğinde olsa da teknik sorun çıkmadan önce toplantıda alınan kararların akibetinin açıkça öngörülmesi, gündem değişmeyecekse gereksiz yere tekrar çağrı prosedürüne ve süresine uyulup uyulmayacağına açıklanması gibi hususların ayrıca TTK'da düzenlemesinin hukukumuzda katkı sağlar nitelikte olacağı kanaatindeyiz⁸⁰.

Konunun İsviçre Hukuku'nda "*Teknik Sorunlar*" kenar başlıklı İsvBK m.701f hükmünde ayrıca bir maddede düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu hükmün birinci fıkrası, genel kurul toplantısı esnasında toplantının usulüne uygun yapılmasına engel olan teknik sorunlar ortaya çıkarsa, genel kurul toplantısının tekrarlanması gerektiğini öngörmektedir. Anılan hükmün ikinci fıkrası ise, teknik sorunlar ortaya çıkmadan önce genel kurul tarafından alınan kararların geçerliliğini koruyacağını düzenlemektedir. Hükmün gerekçesinde öncelikle teknik sorun kavramı ile kastedilenin münferit pay sahiplerinin kendi donanım ve yazılımı ile ilgili sorunlar olmadığı belirtilmiştir. Hatta pay sahiplerinin elektronik genel kurul toplantısına katılımını sağladığı telekomünikasyon şirketleri ile yaşadığı sorunların da bu hüküm kapsamında teknik bir sorun olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak büyük bir telekomünikasyon şirketinin yaygın bir sorunu varsa ve pay sahiplerinin önemli bir kısmının bu şirketin hizmetini kullanması durumu söz konusu ise yönetim kurulunun bu meseleye kayıtsız kalmaması beklenmiş ve gerekirse toplantıya bir süre ara verilmesi veya daha sonraki bir tarihe ertelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca teknik sorunların oylama veya seçim sonucunu etkilemeyecek ölçüde olmasının, yönetim kurulunu oylamayı

toplantının mevzuatta yer alan şartlara uygunluğun başkan tarafından tespitinin yapılacağını belirtmektedir. Orbay Ortaç, s. 167-168.

⁷⁹ Orbay Ortaç, s. 168-169; Falcıoğlu, s.168-169.

⁸⁰ Toplantının devamını etkileyecek tarzda teknik arızanın yaşanmasına dair TTK'daki eksikliğin İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın m. 701d hükmüyle doldurulması yönünde bkz. Pulaslı, Elektronik Genel Kurul, s. 74.

ve seçimi tekrarlama yükümlülüğünden muaf tutmayacağı⁸¹ belirtilmiştir⁸².

İsvBK m. 701f hükmü gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde öncelikle söz konusu hüküm kapsamında teknik sorun ile kastedilenin anonim şirket tarafından elektronik genel kurul toplantısı için sağlanan teknik altyapı düzeyindeki sorunların olduğu anlaşılmaktadır. Aksi bir düşünce, elektronik genel kurul toplantısı gerçekleştirilmesini özellikle pay sahibi sayısı arttıkça imkânsız kılabilirdi. Ayrıca anılan hüküm düzenleyici bir tedbir olarak kaleme alınmış ve genel kurul toplantısının usulüne uygun olarak devam ettirilemediği ve bu nedenle toplantının zamanından önce sonlandırılmasını ve tekrarlanması gerektiren sorunları kapsayacak şekilde sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla her teknik sorun elektronik genel kurul toplantısının ertelenmesine neden olmayacaktır. Bu yönleriyle değerlendirildiğinde benzer bir hükmün TTK'da da kaleme alınmasının hukukumuza faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ancak belirtmek gerekir ki, İsvBK m. 701f hükmünde ertelenen toplantının tekrarının hangi süre içinde ve hangi usullerle yapılacağına dair bir açıklık yoktur. Gerekçede, İsvBK. 700/I'de öngörülen çağrı süresine uyulmaksızın, genel kurul toplantısı için pay sahiplerinin çoğunluğunun en başından itibaren katılımını engellemeyecek yeni bir tarih belirlenmesinin yeterli olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca ertelenen toplantıdaki gündem listesinde değişiklik olursa, yeni bir çağrı söz konusu olacağından toplantıya çağrıya dair kanuni ve esas sözleşmedeki hükümlere yeniden tam olarak riayet edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun nedeni olarak da aksi halde teknik sorunların ardından gündeme yeni maddeler ekleyerek toplantıya çağrıya ilişkin hükümlerin etrafından dolaşmanın mümkün olacağı aktarılmıştır⁸³. İsviçre doktrininde de meselenin gerekçeyle benzer şekilde değerlendirildiği müşahade edilmektedir⁸⁴.

⁸¹ Tanner, gerekçedeki bu ifadenin nedeni olarak, pay sahiplerinin resmi oylama prosedürünün düzgün bir şekilde yürütülmesinde ve pay sahiplerinin görüşlerini oluşturabilmeleri ve görüş alışverişinde bulunabilmelerini sağlanması noktasında vazgeçilmez bir hakka sahip olmalarını göstermektedir. Bkz. Tanner, s. 604

⁸² Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017, 2.2.27, m. 701f, s. 560.

⁸³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017, 2.2.27, m. 701f, s. 560.

⁸⁴ von der Crone, gündemin aynı kalması halinde İsvBK m. 700/I'de öngörülen 20 günlük süreye uyulmaksızın genel kurul toplantısının tekrarına veya devamına pay sahiplerinin çağrılabilirliğini belirtmekte ve yeni tarihin belirlenmesinde pay sahiplerinin çoğunluğunun toplantıya katılmaktan mahrum olmayacağı şekilde belirlenmesinin yeterli olacağını ifade etmektedir. Bkz. von der Crone, s. 489. Böckli ise, halihazırda geçerli bir şekilde kabul

Son olarak teknik sorunların yaşanmasından sonra elektronik genel kurul toplantısında alınan genel kurul kararının hükümsüzlüğü açısından İsvBK. m.701f’de herhangi bir ifadeye yer vermediği görülmektedir. Dolayısıyla yaşanabilecek teknik sorunlar ve bu sorunlar nedeniyle pay sahipliği haklarının ihlalleri, usulsüzlük halleri genel kurallara tabi olacaktır⁸⁵.

SONUÇ

2000’li yılların başından beri dünya genelinde çoğu ülkede genel kurul toplantılarının fiziksel toplantıların yanı sıra elektronik ortamda yapılmasına olanak tanıyan düzenlemelere yer verilmiştir. Türk kanun koyucusu da zamanın ruhunu doğru bir şekilde anlamış ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1527 hükmü ile birlikte ticaret şirketlerinin genel kurul toplantılarında dijital çağa geçmesini sağlamıştır.

Elektronik genel kurul toplantısına izin verilmesiyle özellikle pay sahiplerine toplantıya katılım noktasında daha iyi bir fırsat sunularak güç boşluğu olarak nitelendirilen yönetsel sorunun çözülmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda elektronik ortamda toplantıya katılacak pay sahiplerinin, toplantıya katılmak için zaman ve para harcamayacak olması, toplantıya katılım oranını yükselteceğinden alınan kararların meşruiyetini de arttırmaktadır. Ayrıca elektronik genel kurul toplantısı hem pay sahipleri hem şirket açısından genel kurul toplantısı ile ilgili masrafları azaltması, şirketin imajında iyileştirme yapması, yabancı yatırımcıları çekme noktasında fayda sağlama ihtimalinin olması gibi uygulayıcılara çeşitli avantajlar sunmaktadır. Buna rağmen gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde uygulayıcıların elektronik genel kurul toplantısına Covid-19 pandemisine kadar çekingen davrandıkları görülmektedir. Bu durumun nedenleri olarak pay sahiplerinin sorularının cevaplanacağına garantisinin olmaması, fiziken bir araya gelmeyen pay sahiplerinin birbirleriyle iletişimin fiilen sınırlandırılmış olması, yöneticilerin bilhassa eleştirildikleri zaman sistemdeki teknik arızaların kasten arttırılması, siber saldırı endişeleri gibi sebepler gösterilebilir. Ancak Covid-19

edilmiş olan kararlar tekrarlanmadığından, ertelenen toplantının devam niteliğinde bir toplantı olduğunu belirtmekte ve 20 günlük süreye uyulmaksızın gündemi değiştirmeden devam etmenin mümkün olduğunu, yeni tarih için pay sahipleri çoğunluğunun katılımının sağlanacağı şekilde belirlenmesinin yeterli olduğunu savunmaktadır. Böckli, N. 116 s. 1063.

⁸⁵ Ballmer / Fischer, İsviçre kanun koyucusunun, İsvBK m. 701f düzenlemesini bir iptal edilebilirlik veya butlan sebebi olarak ele almış olsaydı İsvBK m. 706b’de bir unsur olarak eklemesinin daha kolay olacağını, teknik sorunların bulunduğu bir toplantıda alınan genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü genel kurallara bırakıldığını ifade etmektedir. Ballmer / Fischer, s. 187.

pandemisinde sosyal izolasyonun sürecinde önyargıların aşıldığı ve pay sahibi sayısının yüksek olduğu şirketlerde elektronik genel kurul toplantılarına rağbetin arttığı gözlemlenmiştir.

Genel kurul toplantılarının elektronik iletişim araçları vasıtasıyla düzenlenmesindeki çeşitli ihtimaller ve bu ihtimalleri izah etmeye yönelik kavramlar arasındaki sınırların oturmamış olması, terminolojik problemlerle karşılaşılmasına neden olmakla birlikte çalışma kapsamında elektronik genel kurul toplantıları, sanal ve karma genel kurul toplantısı olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. İki toplantı türü arasında yapılan ayırmada, pay sahiplerine genel kurul toplantısına fiziken katılma imkânı sunulup sunulmaması noktasında sınır çizilmiştir. Sanal genel kurul toplantısı tamamen elektronik ortamda gerçekleşirken; karma genel kurul toplantısı, belirli bir yerde yapılan genel kurul toplantısında fiziki olarak hazır bulunmayan pay sahiplerinin elektronik ortamda katılabilmeleri mümkündür.

Hukukumuzda TTK m. 1527 hükmü incelendiğinde kanun koyucunun iradesinin genel kurul toplantısında elektronik iletişim araçlarının kullanılmasının yanı sıra fiziki genel kurul toplantısının da muhafaza edilmek istendiği ve karma genel kurul toplantısına izin verildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, ikincil düzenlemelerle de desteklenmektedir. Ancak sanal genel kurul toplantısının yapılmasının mevcut düzenlemelerle mümkün olmadığı; sanal genel kurul toplantılarının düzenlenebilmesi için karma genel kurul toplantılarından daha katı gereksinimler ve azami süre sınırlaması öngörülerek ayrıca bir düzenleme yapılmasının hukukumuzda katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu §118a hükmü yol gösterici olabilir.

Çalışma kapsamında Delaware eyaleti, İsviçre ve Almanya'daki elektronik genel kurul toplantılarına ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Bu ülkelerde elektronik genel kurul toplantılarının her iki türüne de izin verildiği, katılımcıların kimliklerinin tespiti, toplantının görüntü ve sesli iletimi, tüm pay sahiplerine toplantıya katılmaları, öneride bulunması ve müzakerelere katılması, oy kullanmalarında eş zamanlı bir şekilde eşit fırsat sağlanması, oylama sonuçlarının tahrif edilememesi gibi belirli esasların ön planda tutulduğu tespit edilmiştir. Ayrıca şirket esas sözleşmesine hüküm konulması veya yönetim kuruluna yetki verilmesiyle birlikte hangi tür bir toplantının düzenleneceğine dair takdir yetkisinin yönetim kuruluna bırakıldığı görülmektedir.

Son olarak elektronik genel kurul toplantısında teknik sorunların yaşanması durumunda benimsenebilecek çözüm önerisi olarak İsviçre Borçlar Kanunu m. 701f düzenlemesi ele alınmıştır. Toplantının tekrarlanmasına imkân tanıyan ve teknik sorunların yaşanmasından önceki kararların geçerli olduğunu belirten hükme benzer bir düzenlemenin hukukumuzda da aktarılması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

<<https://egk.mkk.com.tr/egkweb/assets/home/content/EGK-PAY-SAHİPLERİ.pdf>> Erişim Tarihi 04 Haziran 2024.

<<https://egk.mkk.com.tr/egkweb/Sozluk.jsp>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2024.

<<https://iticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2024.

<<https://www.mazars.de/themen/board-briefing-portal/regulierung-recht/virtuelle-hauptversammlung-sorgt-fuer-diskussionen>> Erişim Tarihi 17 Nisan 2024.

<<https://www.mkk.com.tr/kurumsal-yonetim-hizmetleri/e-gks-elektronik-genel-kurul-sistemi>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

<<https://ticaret.gov.tr/data/6214a18c13b876b4f0182f30/Elektronik%20Genel%20Kurul%20Verileri.pdf>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

Arı Z, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Elektronik Ortama İlişkin Hükümü (Tasarı, m. 1527), *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(3-4), s. 177-199.

Ay Kaplan Ü, “Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 39(2), 2023, s. 409-448.

Bahtiyar M, “6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi -I”, *Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 2013, s. 113-132.

Bahtiyar M / Hamamcıoğlu E, *Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları*, 1. Bası, Beta Yayınevi, 2014.

Ballmer D./ Fischer J, “Die Hybride und Virtuelle Generalversammlung”, *Gesellschafts und Kapitalmarktrect*, 02, 2023, s. 172-189.

Bilge M. E, “Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı”, *Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.1, s. 219-235.

Boros E, “Virtual Shareholder Meetings”, *Duke Law & Tech Review*, 1, 2004-

2005, s. 1-9.

Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Auflage, Schulthess Jurststscge Medien AG, 2022.

Bulut A, *Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2014.

Cengil M. F / Korkut Ö, “Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(3), 2022, s. 275-324.

Dal S, “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan “Güç Boşluğu” Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2008, s. 167-198.

Fairfax, L. M, “Virtual Shareholder Meetings Reconsidered”, *Seton Hall Law Review*, 40(4), 2010, s. 1367-1432.

Falcioğlu, M. Ö, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.

Hoffman J, “§118 Allgemeines”, Martin Henssler (Ed.), *beck-online. Grosskommentar AktG*, Verlag C.H.Beck oHG, 2024.

İlbasmış Hızlısoy Ö, *Halka Açık Anonim Şirket Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları ile Bu Esaslara Aykırılığın Hukuki Akıbeti*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2024.

Karadeniz S, “Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(13), 2022, s. 491-520.

Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2015.

Kaya M. İ, “Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Toplantılarının İnternet Aracılığıyla Yapılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (4), 2003, s. 211-228.

Kayıhan Ş, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22(1), 2003, s. 607-634.

- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Keser Berber L, “Dijital Şirket’e Geçmek İçin Sekiz Yasal Gerekçe”, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, 1, 2011, s. 59-64.
- Keser Berber L / Yayla Ü, “Elektronik Genel Kurullar Türkiye Uygulaması”, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi*, 2(3), 2012, s. 13-48.
- Koevski G / Tushevska Gavrilovik B / Spasevski D, “Twenty Years After The First Virtual-Only Annual Schareholders’ Meeting: Can The Virtual-Only Meeting Be A Solution During The Time Of Covid-19?”, *Iustinianus Primus Law Review*, 11(2), 2020, s. 1-10.
- Kruchen C / Werner J, “Virtuelle Hauptversammlung Nach §118a – Zeitenwende für den Versammlungsleiter?”, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 33(4), 2023, s. 175-190.
- Kubis D, “AktG §118 Allgemeines”, *Münschener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band3: §§ 118-178*, Verlag C.H.Beck, 2024.
- Müller R / Horber F, “Neues Aktienrecht: Verwendung elektronischer Mitter in der Generalversammlung”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 119, 2023, s. 43-56.
- Orbay Ortaç N, *Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Orbay Ortaç N / Al Kılıç Ş, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4(2), 2018, s. 211-238.
- Özer I, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25(4), 2009, s. 621-662.
- Özkan, A. F, “Pandemi Dönemlerinde Limited Şirket Genel Kurul Toplantıları: Almanya ve Türkiye Bakımından Bir İnceleme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(1), 2022, s. 3-34.
- Paschos N, “AktG § 118a Virtuelle Hauptversammlung”, Martin Henssler (Ed.), *beck-online.Grosskommentar AktG*, Verlag C.H.Beck oHG, 2024.

- Poroy R / Tekinalp Ü / Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı H, “Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kurullarına İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”, *Çevrimiçi*, <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf>> Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024, s. 1-76, (Pulaşlı, Elektronik Genel Kurul).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018 (Pulaşlı, Şerh II).
- Stoll J. P, “Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, recht 1, 2021, s. 28-39.
- Tanner B, “Moderne Formen der Generalversammlung im revidierten Aktienrecht 2020”, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 5, 2021, s. 589-604.
- Teichmann C / Wicke H, “Zunkungsmodell Hybride Hauptvermmung”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 50(2), 2021, s.173-200.
- Turgut M, *Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda Elektronik Genel Kurul*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- van der Krans A, “The Virtual Schareholders Meetings: How to make it work?”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2(1), 2007, s. 32-37.
- von der Crone H. C, *Aktienrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2020.
- Watter R / Schweighofer F, “Die Durchführung einer hybriden Generealversammlung in der Praxis”, *Gesellschafts und Kapitalmarktrecht*, 3, 2023, s. 281-291.
- Wunderlich S. M, *Die Digitalisierung der Hauptversammlung*, 1. Bası, Nomos Verlag, 2022.
- Yayla Ü, *Anonim Ortaklık Genel Kurulları / Elektronik Genel Kurullar*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

**SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARI VE BUNLARA
İLİŞKİN TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT HUKUKİ DURUM ÜZERİNE
BİR İNCELEME**

AN ANALYSIS OF SUSTAINABLE BONDS AND THEIR CURRENT
LEGAL STATUS IN TÜRKİYE

Abdullah ALTINTAŞ*  

ÖZET

Kurumsal finansmanın bir aracı olarak borçlanma araçları çok farklı nitelikler gösterebilmekte ve dolayısıyla değişik ölçütlere göre sınıflandırılabilirler. İhraççıların çevresel veya sosyal olumlu etkiler oluşturmaya hizmet eden borçlanma araçları, "sürdürülebilir borçlanma aracı" olarak sınıflandırılmaktadır. Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin standartlar, dünyada özellikle son 10 yılda oldukça gelişmiş ve bunun bir yansıması olarak Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi" (YBA Rehberi) 2022 yılında yayımlanmıştır. Türkiye'de sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin standartlar, anılan rehber ile mevzuatta kendisine yer bulmuştur. Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin Türkiye'deki mevcut hukuki duruma ilişkin değerlendirme yapılabilmesinin temel yöntemi, söz konusu rehberin ve hükümlerinin irdelenmesidir. Bu kapsamda yapılan inceleme göstermektedir ki temel alınan uluslararası standartlara ilişkin seçim isabetli olmakla birlikte rehberdeki bazı belirsizliklerin giderilmesi, rehberin kapsamına ve rehberde kullanılan kavramlara ilişkin sorunlara

* **Arş. Gör.**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** abduallah.altintas@asbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-1387-3746, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1502310.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Altıntaş A, "Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ve Bunlara İlişkin Türkiye'deki Mevcut Hukuki Durum Üzerine Bir İnceleme", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s.195-238.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



çözüm önerisi sunulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilirlik, Sürdürülebilir borçlanma aracı, Yeşil tahvil, Sermaye piyasası hukuku, Kurumsal finansman

ABSTRACT

Bonds, as an instrument of corporate finance, can exhibit various qualities and can, therefore, be classified according to various criteria. Bonds that serve issuers to generate positive environmental or social impact are classified as “sustainable bonds”. Standards for sustainable bonds have developed significantly worldwide, especially in the last ten years. As a reflection of this, the Capital Markets Board of Türkiye (CMB) published the “Green Bond, Sustainable Bond, Green Lease Certificate, Sustainable Lease Certificate Guide” (GB Guideline) in 2022. Sustainable bond standards in Türkiye have found their place in the current body of law with the aforementioned guide. The fundamental method for evaluating the current legal status of sustainable bonds in Türkiye is to examine the aforementioned guide and its provisions. The analysis within this scope shows that while the choice of the underlying set of international standards is spot-on, some uncertainties in the guide still need to be resolved, and solutions to the problems related to the scope of the guide and the terminology used need to be proposed.

Keywords: Sustainability, Sustainable bond, Green bond, Capital market law, Corporate finance

EXTENDED ABSTRACT

In the realm of sustainable bonds in Türkiye, multiple documents are of great importance. These documents include the Paris Agreement, Türkiye's net zero targets, United Nations Sustainable Development Goals and the developments in the EU regarding sustainable bonds, especially the EU Green Bond Standards. In this respect, the Eleventh Development Plan, the Economy Reforms of March 2021, the Green Deal Action Plan, and the Green Bond and Green Lease Certificate (Sukuk) Workshop paved the way for GB Guideline. In connection with this, Borsa Istanbul has recently started calculating four new indices for sustainable bonds. However, the scope of these indices covers only foreign issues denominated in USD.

The legal regime of both sustainable bonds and GB Guideline must be clarified. From a legal perspective, sustainable bonds are like any other type of bonds. Sustainable bonds are securities (debt securities) and capital market instruments within the meaning of Law No 6362 Capital Market Law. Hence, sustainable bonds are subject to the same legal regime as regular bonds. The issuing process of a sustainable bond is basically the same as a plain vanilla issue except for some minor differences like submitting and disclosing a framework document and a second-party opinion as well as receiving a separate ceiling of issue from CMB. GB Guideline is an unnamed regulatory act. Since there is no hierarchy among various unnamed regulatory acts of

the same authority, GB Guideline is on the same level as the communiqués released by CMB in terms of the hierarchy of norms.

Many international standards set the rules for when to call a bond “sustainable” or “green”. Among various alternatives, CMB explicitly stated that GB Guideline is based upon the International Capital Markets Association (ICMA) Green Bond Principles (GBP). The term “ICMA Principles” is a superordinate of four main sets of principles: GBP, Social Bond Principles (SBP), Sustainability Bond Guideline, and Sustainability-Linked Bond Principles. ICMA Principles are by far the most favoured and widely used of all the sustainable bond standards. Additionally, the Turkish issuers issued sustainable bonds in compliance with ICMA Principles even before the release of GB Guideline, which essentially makes ICMA Principles mandatory. Thus, CMB’s choice of international standard was precise to ensure the highest possible level of compliance with international markets, to be able to follow current international developments and to be compatible with the preferences of Turkish issuers.

ICMA Principles consist of two types of bonds: use of proceed (UoP) bonds and sustainability-linked bonds (SLBs). GB Guideline only includes UoP bonds and excludes SLBs. Excluding SLBs might be understood considering the relatively low popularity of SLBs. However, it is hard to say that not regulating SLBs complies with CMB’s statutory duties. In addition, GB Guideline prohibits the use of the term “sustainable” for bonds which would be considered as SLBs according to ICMA Principles. GB Guideline deals with “green bonds” and “sustainability bonds”, as explained in ICMA Principles. According to ICMA Principles, a sustainability bond must satisfy the requirements set forth in both GBP and SBP. However, GB Guideline does not cover social bonds and the essential components of SBP.

One of the most fundamental problems in GB Guideline is the use of the terminology. The terms “sustainable” and “sustainability” are not used in accordance with ICMA Principles and the established international usage of the terms. Therefore, the required changes should be made to GB Guideline to prevent misconceptions and to harmonise GB Guideline with ICMA Principles. According to GB Guideline, other debt securities can also be called “green” or “sustainable” so long as they have the qualities laid out in GB Guideline and the issuers fulfil the specified obligations. Nevertheless, by mentioning “green lease certificate” and “sustainable lease certificate” by name, GB Guideline differentiates lease certificates from the rest of the other debt securities. However, GB Guideline does not provide any significant difference for lease certificates to justify this approach.

The scope of the requirements in GB Guideline is broader than the one in ICMA Principles because some of the recommendations of ICMA Principles are accepted as requirements in GB Guideline. By doing so, GB Guideline ensures a higher level of minimum standards for sustainable bonds in Türkiye. The reference in GB Guideline also makes the application of ICMA Principles possible. Because it is stated in GB Guideline that ICMA Principles can be applied “complementarily”

regarding the implementation of the subjects within the scope of GB Guideline. The application of ICMA Principles in this method must be limited to UoP bonds since SLBs are expressly excluded from GB Guideline. In addition, the “complementarily” expression necessitates that an issuer can only resort to ICMA Principles unless there is a provision to the contrary in GB Guideline.

GİRİŞ

Borçlanma araçlarının ilk örnekleri, yaşanan siyasi krizlerin neden olduğu mali krizler dolayısıyla ortaya çıkan finansman ihtiyacını gidermek amacıyla Orta Çağ'da Venedik şehir devleti tarafından ihraç edilmiştir¹. Aradan geçen yüzyıllar içerisinde borçlanma araçları, değişik niteliklere sahip çok sayıda türde ortaya çıkmış ve kullanımları oldukça yaygınlaşmıştır². Borçlanma

¹ Bu doğrultuda bkz. Lynn Thorndike, *The History Of Medieval Europe*, Houghton Mifflin Company, 1917, s. 343; Luciano Pezzolo, “Bonds and Government Debt in Italian City-States, 1250-1650”, William N. Goetzmann / K. Geert Rouwenhorst (Ed.), *The Origins of Value: The Financial Innovations That Created Modern Capital Markets*, Oxford University Press, 2005, s. 147; Mathias M. Siems, “The Foundations of Securities Law”, *SSRN Electronic Journal*, 2008, <<http://www.ssrn.com/abstract=1089747>> Erişim Tarihi 20 Mart 2024, s. 4; Randal C. Michie, *The Global Securities Market: A History*, 1. Bası, Oxford University Press, 2006, s. 17; Daniel Dematos, “Venice’s Fiscal Restructurings”, *The Tontine Coffee-House: A History of Finance*, 4 Mayıs 2020, <<https://tontinecoffeehouse.com/2020/05/04/venices-fiscal-restructurings/>> Erişim Tarihi 21 Mart 2022; William N. Goetzmann, *Money Changes Everything: How Finance Made Civilization Possible*, Princeton University Press, 2017, s. 229–230.

² Elbette borçlanma araçlarının türlerine ilişkin bu çeşitlilik, borçlanma araçlarına özgü olmayıp finansal ürünlerin neredeyse tamamı için geçerlidir. Uluslararası pratikte, finansal ürünlerin çeşitliliğini ifade etmek için sıklıkla “dondurma” analogisine başvurulmaktadır. Buna göre, çok farklı ihtiyaçlara cevap vermek için ortaya çıkan finansal ürünler o denli çeşitlidir ki adeta çok çeşitli aromalardaki dondurmalara benzemektedir. Bu nedenle, en olağan ve basit özellikte olanları ifade etmek için “sade vanilya” (plain-vanilla) nitelmesi kullanılmaktadır. Anılan terim özellikle borçlanma araçları bakımından sıklıkla kullanılmaktadır. Borçlanma araçları ve diğer finansal ürünlerin çok farklı türlerde ortaya çıkmasına ve “sade vanilya” teriminin kullanımına ilişkin bkz. Ralf Korn / Bernd Luderer, “Simple as Vanilla Ice Cream. On Standard Financial Products”, *Money and Mathematics: A Conversational Approach to Modern Financial Mathematics and Insurance*, Springer, 2021, s. 105–106; Louise Gullifer / Jennifer Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy*, 3. Bası, Hart Publishing, 2020, s. 37; Geoffrey Fuller, *The Law and Practice of International Capital Markets*, 3. Bası, LexisNexis, 2012, s. 20; Richard A. Brealey / Stewart C. Myers / Franklin Allen / Alex Edmans, *Principles of Corporate Finance*, 14. Bası, McGraw Hill, 2022, s. 682, 711. Borçlanma araçlarının kullanımının yaygınlaşmasının bir göstergesi niteliğinde, 2023 yıl sonu itibarıyla dünyada tedavülde bulunan özel sektör borçlanma araçlarının toplam tutarı 33,6 trilyon USD olarak kayda geçmiştir. Bu yönde bkz. OECD, “Global Debt Report 2024: Bond Markets in a High-Debt Environment”, OECD, 2024, <<https://doi.org/10.1787/91844ea2-en>>, Erişim Tarihi 18 Mart 2024, s. 70. Bu da göstermektedir ki borçlanma araçlarının kullanımı oldukça yaygındır.

araçlarının özellikleri itibariyle birbirlerinden çeşitli noktalarda ayrışması, doğal olarak bunların tasnif edilmesi ihtiyacını da doğurmuştur. Bu doğrultuda borçlanma araçlarını farklı ölçütlere göre sınıflandırmak mümkündür³. Borçlanma araçlarını sınıflandırmak için başvurulabilecek ölçütlerden bir tanesi, borçlanma araçlarının ihraççının çevresel ve/veya sosyal olumlu etki oluşturmaya hizmet edip etmemesidir. İhraççının çevresel ve/veya sosyal etki oluşturmaya hizmet eden borçlanma araçları “sürdürülebilir⁴” olarak nitelendirilmektedir. Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından 24.02.2022’de Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi (YBA Rehberi) yayımlanmıştır. Bir borçlanma aracının yeşil veya sürdürülebilir olarak nitelendirilebilmesi ancak anılan rehberdeki koşulların sağlanması ile mümkün olabilmektedir. Bu çalışmanın amacı, YBA Rehberi’nin ve borçlanma araçları için öngördüğü sistemin değerlendirilmesidir. Çalışma kapsamında yapılacak değerlendirmede esasen özel sektör borçlanma araçları ve buna ilişkin süreçler üzerinden inceleme yapılmaktadır.

I. SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARINA İLİŞKİN TÜRKİYE’DEKİ GELİŞMELER VE TÜRKİYE İÇİN ÖNEM ARZ EDEN ULUSLARARASI BELGELER

A. Konuya İlişkin Önem Arz Eden Başlıca Uluslararası Belgeler

Paris İklim Anlaşması, 22.04.2016’da Türkiye dahil 175 tarafça imzalanmış ve Türkiye’de usulüne göre yürürlüğe konulmuştur⁵. Bu

³ Bu kapsamda; ihraççının niteliği, ihracın amacı, ödeme koşulları, teminat durumu, borçlanma aracı türünün hukuki niteliği, ihraç fiyatının veya faizin hesaplanması yöntemi gibi başvurulabilecek ölçütler oldukça fazladır. Bu ayrımlara ilişkin bkz. Frederick A. Cleveland, “Classification and Description of Bonds”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 30 (Bonds as Investment Securities), 1907, s. 208; Hastings Lyon, “Classification of Investment Bonds”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 88 (Bonds and the Bond Market), 1920, s.11; Ali İhsan Karacan / Esra Erişir Karacan, *Sermaye Piyasası Araçları*, Legal Yayıncılık, 2021, s. 234-236.

⁴ Buradaki “sürdürülebilir” kavramı, Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi’ndeki anlamıyla değil uluslararası uygulamadaki yerleşik anlamıyla kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. III.B.1. ICMA Sistematığının Temel Yapısı, III.C.2. Kavramlara İlişkin Sorunlar.

⁵ Buna ilişkin bkz. Paris Anlaşmasının İlişik Beyanla Birlikte Onaylanması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 4618), Resmî Gazete (R.G.) 07.10.2021/31621 (1. Mükerrer); “CHAPTER XXVII ENVIRONMENT: 7. d Paris Agreement”, *United Nations Treaty Collection*, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXVII-7-

doğrultuda, Paris İklim Anlaşması öncelik ve hedeflerine, Türkiye'nin 2053 net sıfır emisyon hedeflerine⁶ ve Birleşmiş Milletler (BM) Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları'na⁷ olumlu katkı sağlayacak yatırımların finansmanının desteklenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Türkiye'ye resmî olarak Avrupa Birliği'ne (AB) adaylık statüsü tanınmış olması kapsamında, Türkiye'nin AB'ye tam üyeliği için AB müktesebatının iç hukuka aktarılması gerekmektedir. İlaveten, Türkiye-AB Gümrük Birliği dolayısıyla AB'deki gelişmeler Türkiye'yi yakından ilgilendirmektedir. Bu çerçevede Türkiye'yi ilgilendiren AB'deki gelişmelerden biri olarak, sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin AB'deki politika geliştirme çalışmaları 2016'da başlamıştır⁸. Bu kapsamda, Avrupa Yeşil Tahvil Standartları'nın oluşturulmasına ilişkin kamuoyu görüşünün alınması 2020 yılında gerçekleştirilmiştir. Bu sürecin sonunda, Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı Standartları Tüzüğü (EU GBS) 30.11.2023'te yayımlanmıştır⁹. EU GBS esasen, AB'deki çok daha kapsamlı bir politika çerçevesi olan Avrupa Yeşil Mutabakatı'nın (The European Green Deal) bir sonucudur. Nitekim, Avrupa Yeşil Mutabakatı, AB'yi 2050 yılına kadar iklim-nötr hâle getirmeyi temel amaç olarak benimsemekte olup, bu doğrultuda sürdürülebilirliğin tüm AB politikalarında yaygınlaştırılması hedeflenmektedir¹⁰. Yeşil finans ve

d&chapter=27&clang=_en>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2024.

⁶ Buna ilişkin bkz. Türkiye Cumhuriyeti, "Republic of Türkiye Updated First Nationally Determined Contribution", UNDP, 2023, <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2023-04/T%C3%9CRK%C4%B0YE_UPDATED%201st%20NDC_EN.pdf>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2024, s. 2.

⁷ Anılan amaçlar için bkz. United Nations, "UN Sustainable Development Goals", *UN Sustainable Development Goals*, <<https://sdgs.un.org/goals>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

⁸ Bunların başlıcaları için bkz. European Commission / adelphi / COWI / EnergyPro / Eunomia, "Study on the Potential of Green Bond Finance for Resource-Efficient Investments", European Commission, 2016, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5a95e1b0-dc82-11e6-ad7c-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-310936317>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024; EU Technical Expert Group on Sustainable Finance, "Report on EU Green Bond Standard", European Commission, 2019, <https://finance.ec.europa.eu/document/download/bca86ee3-0534-49fe-a7c4-c6ba3a73b63b_en?filename=190618-sustainable-finance-teg-report-green-bond-standard_en.pdf>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

⁹ EU GBS m. 72/2'de belirttiği üzere 21.12.2024'ten itibaren uygulanmaya başlayacaktır. EU GBS için bkz. European Union, "Regulation (EU) 2023/2631 of the European Parliament and of the Council of 22 November 2023 on European Green Bonds and Optional Disclosures for Bonds Marketed as Environmentally Sustainable and for Sustainability-Linked Bonds", EUR-Lex, 30 Kasım 2023, <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2631/oj>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024.

¹⁰ European Commission, "Communication from The Commission to The European Parliament,

yeşil yatırım, Avrupa Yeşil Mutabakatı'nda bu kapsamda ele alınmış, yeşil geçişin finansmanında özel sektörün kilit rolü vurgulanarak EU GBS'nin sürdürülebilir yatırımdaki öneminin altı çizilmiştir¹¹.

B. YBA Rehberi ve Hazırlık Çalışmaları

On Birinci Kalkınma Planı'nda hemen her başlık altında sürdürülebilirlik vurgusu yapılmış olup “Türkiye için iklim finansmanına¹² erişim imkânlarının açıklığa kavuşturulması” gerekliliği belirtilmiştir¹³. Mart 2021'de yayımlanan Ekonomi Reformları'nda, öngörülen reformlar iki ana grup altında toplanmıştır. Bu iki ana gruptan birisi olan “Makroekonomik Politikalar” dahilindeki amaçlardan birisi, “finansal sektörün güçlendirilmesidir”. Finansal sektörün güçlendirilmesinin yöntemi olarak “sermaye piyasalarının güçlendirilmesi” belirtilmiş ve bu kapsamda atılması planlanan politika adımları somut bir şekilde sayılmıştır. “Çevreye duyarlı yatırımların finansmanı amacıyla uluslararası standartlarla uyumlu bir rehber hazırlanarak yeşil tahvil ve sukuk” ihraçlarının teşvik edilmesi de bu adımlardan birisidir¹⁴. Bu eylemin gerçekleştirilmesine ilişkin sorumlu kurum/kuruluş olarak SPK belirlenmiş ve bu konuda idari düzenleme yapılması planlanmıştır¹⁵. Ekonomi Reformları'na benzer şekilde, Yeşil Mutabakat Eylem Planı'nda da “Yeşil Tahvil ve Yeşil

The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions: The European Green Deal”, European Commission, 11 Aralık 2019, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024, s. 15–19.

¹¹ European Commission, *Green Deal*, s. 15–17. Sürdürülebilir yatırımların saptanmasının kolaylaştırılması ve güvenilirliklerinin artırılması suretiyle yatırımcılar ve şirketler için fırsatların artırılması, yeşil geçişin finansmanının sağlanmasının yollarından birisi olarak belirtilmiştir.

¹² İklim finansmanı, iklim değişikliğine ilişkin eylemleri desteklemek için kullanılan finansal kaynakları ve enstrümanları ifade etmektedir. UNDP, “What Is Climate Finance and Why Do We Need More of It?”, *UNDP Climate Promise*, 2 Ekim 2023, <<https://climatepromise.undp.org/news-and-stories/what-climate-finance-and-why-do-we-need-more-of-it>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)”, 2019, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024, s. 13.

¹⁴ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Ekonomi Reformları”, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 12 Mart 2021, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomik-Reformlar-Kitapçigi.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024, s. 38.

¹⁵ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Ekonomi Reformları Eylem Planı (Reform Takvimi)”, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 23 Mart 2021, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/2/2021/06/Ekonomi-Reformlari-Eylem-Planı-1.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024, s. 18.

Kira Sertifikası Rehberi” ile “Yeşil Sukuk Çalışma Raporu” hazırlanması öngörülmüştür¹⁶.

SPK ve Dünya Bankası iş birliğinde “Yeşil Tahvil ve Yeşil Kira Sertifikası Çalıştayı” 28-30 Haziran 2021’de kamu, sivil toplum, özel sektör kuruluşları ile uluslararası kuruluşların katılımıyla düzenlenmiştir¹⁷. SPK tarafından hazırlanan “SPK Yeşil Borçlanma Aracı ve Yeşil Kira Sertifikası Rehberi Taslağı” 03.11.2021’de kamuoyu ile paylaşılmış olup 30.11.2021 tarihine kadar tüm kişi ve kuruluşların anılan taslağa ilişkin görüş ve önerileri toplanmıştır. Takip eden süreçte, anılan taslakta başlık dahil çeşitli değişikliklere gidilmiş ve “Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi” 24.02.2022’de yayımlanmıştır¹⁸.

C. Sürdürülebilir Borçlanma Araçlarına İlişkin Borsa İstanbul Endeksleri

Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin uluslararası çeşitli endeksler bulunmaktadır¹⁹. Borsa İstanbul da 03.05.2024 tarihli duyurusunda

¹⁶ T.C. Ticaret Bakanlığı, “Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021”, T.C. Ticaret Bakanlığı, 2021, <<https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTABAKAT%20YE%C5%9E%C4%B0L.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024, s. 23.

¹⁷ Sermaye Piyasası Kurulu, “SPK Basın Bülteni”, Sermaye Piyasası Kurulu, 5 Temmuz 2021, <<https://spk.gov.tr/data/61e349e71b41c6127032075f/8caf34c537a050b5d21bf34910791fe6.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Nisan 2024. Söz konusu çalıştay kamuya açık gerçekleştirilmediği gibi ayrıntılı çıktıları da kamu ile paylaşılmamıştır.

¹⁸ SPK, “sermaye piyasaları yoluyla sürdürülebilir kalkınmaya katkı veren projelere yatırım imkânlarının çeşitlendirilmesi ve sera gazı emisyonunun azaltılmasında etkili olacak yatırım ve projelerin finansmanına imkan sağlayan yenilikçi finansal araç ihracının kolaylaştırılması amacıyla, uluslararası finansal piyasalardaki ilkelerle uyumlu bir rehber” yayımlandığını belirtmiştir. Bu konuda bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, “Sermaye Piyasası Kurulu 2021 Faaliyet Raporu”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2022, <<https://spk.gov.tr/data/61e48f651b41c60d1404d687/2021Y%C4%B11%C4%B1FaaliyetRaporu.pdf>>, Erişim Tarihi 27 Mart 2024, s. 6.

¹⁹ Bunlara örnek olarak; Bloomberg Barclays MSCI Yeşil Borçlanma Aracı Endeksi, FTSE Küresel Etki Borçlanma Aracı Endeksi, S&P Yeşil Borçlanma Aracı Endeksi gösterilebilir. Anılan endekslere ilişkin bkz. Bloomberg / Barclays / MSCI, “Bloomberg Barclays MSCI Global Green Bond Index”, Bloomberg / Barclays / MSCI, 2021, <https://www.msci.com/documents/10199/242721/Barclays_MSCI_Green_Bond_Index.pdf/6e4d942a-0ce4-4e70-9aff-d7643e1bde96>, Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024; London Stock Exchange Group, “FTSE Impact Bond Index Series: Ground Rules v1.4”, London Stock Exchange Group, Nisan 2024, <https://www.lseg.com/content/dam/ftse-russell/en_us/documents/ground-rules/ftse-impact-bond-index-series-ground-rules.pdf>, Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024; S&P Dow Jones Indices, “S&P Green Bond Indices: Methodology”, S&P Dow Jones Indices, 2024,

“sürdürülebilirlik temalı borçlanma araçları” için dört yeni endeks hesaplamaya başlayacağını duyurmuştur²⁰. Buna müteakip, 13.05.2024’ten itibaren bahsi geçen dört yeni endeks²¹ hesaplanmaya ve yayımlanmaya başlamıştır. Anılan endeksler, YBA Rehberi kapsamında SPK’nın ilgili izahname veya ihraç belgesini onaylaması suretiyle “yeşil borçlanma aracı” veya “sürdürülebilir borçlanma aracı” olarak nitelendirilecek borçlanma araçlarının günlük getirilerinin ölçülmesi amacıyla meydana getirilmişlerdir²². Bu doğrultuda, Türk şirketlerinin yurt dışında USD cinsinden ihraç ettikleri, YBA Rehberi kapsamında “yeşil” veya “sürdürülebilir” nitelikteki borçlanma araçlarının USD cinsinden ve TL cinsinden getirileri yansıtılmaktadır²³. Dolayısıyla, yurt içinde veya USD dışında bir para birimi cinsinden ihraç edilen yeşil ve sürdürülebilir özel sektör borçlanma araçları endekslerin kapsamı dışında kalmaktadır²⁴.

<<https://www.spglobal.com/spdji/en/documents/methodologies/methodology-sp-green-bond-indices.pdf>>, Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

²⁰ Söz konusu duyuru için bkz. Borsa İstanbul A.Ş. Endeks Direktörlüğü, “BIST Sürdürülebilirlik Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri Hakkında Duyuru”, Borsa İstanbul A.Ş., 3 Mayıs 2024, <<https://borsaistanbul.com/files/duyuru-26005.pdf>>, Erişim Tarihi 7 Mayıs 2024.

²¹ Endeksler, BIST Yeşil ÖSBA Eurobond Endeksleri ve BIST Sürdürülebilir ÖSBA Eurobond Endeksleri olmak üzere iki gruptur. İlk grupta BIST Yeşil ÖSBA Eurobond USD (YEOSE) ve BIST Yeşil ÖSBA Eurobond USD (TL) (YEOSETL) endeksleri varken ikinci grupta BIST Sürdürülebilir ÖSBA Eurobond USD (SUOSE) ve BIST Sürdürülebilir ÖSBA Eurobond USD (TL) (SUOSETL) endeksleri olmak üzere toplam dört endeks mevcuttur. Bu endeksler için bkz. Borsa İstanbul A.Ş., “BIST Sürdürülebilirlik Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri Kural Seti”, Borsa İstanbul A.Ş., 13 Mayıs 2024, <<https://www.borsaistanbul.com/files/bist-surdurulebilirlik-temali-borclanma-araclari-endeksleri-kural-seti.pdf>>, Erişim Tarihi 17 Mayıs 2024, s. 10. Güncel endeks verileri için bkz. Borsa İstanbul A.Ş., “BIST Sürdürülebilirlik Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri”, *Borsa İstanbul*, <<https://www.borsaistanbul.com/tr/endeks/5/bist-surdurulebilirlik-temali-borclanma-araclari-endeksleri>>, Erişim Tarihi 28 Mayıs 2024.

²² Borsa İstanbul A.Ş., *Kural Seti*, s. 3.

²³ Bu yönde bkz. Borsa İstanbul A.Ş., *Kural Seti*, s. 5, 7.

²⁴ YBA Rehberi’nin yayımlanmasından itibaren 27.05.2024 itibariyle, yeşil veya sürdürülebilir borçlanma araçları ile kira sertifikalarına ilişkin SPK tarafından onaylanan toplam izahname veya ihraç belgesi sayısı 28 olup bunlardan 18 tanesinin satış türü yurt dışı, kalan 10 tanesinin ise yurt içi olacağı belirtilmiştir. Yurt dışında satışı gerçekleştirilecek olanlara ilişkin ihraç tavanlarının tamamı USD cinsinden alınmıştır. Bu veriler, YBA Rehberi’nin yayımlandığı tarihten, 27.05.2024 tarihine kadar yayımlanan SPK Bültenleri’nin tamamının taranması suretiyle elde edilmiştir.

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARININ VE YBA REHBERİ'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sürdürülebilir Borçlanma Araçlarının Hukuki Niteliği ve İhracı

Sürdürülebilir borçlanma araçları, belirli niteliklere sahip, özellikli borçlanma araçlarıdır. Dolayısıyla, borçlanma araçlarının hukuki rejimine tabidirler. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) m. 3/1/o hükmünde belirtildiği üzere borçlanma araçları menkul kıymet niteliğindedir. SPKn m. 3/1/ş'de menkul kıymetlerin sermaye piyasası aracı olduğu düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, sürdürülebilir borçlanma araçları hukuken menkul kıymet ve sermaye piyasası aracı niteliğindedirler.

Herhangi bir borçlanma aracının ihracında olduğu üzere, sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracında da yetkili organ kararının²⁵ alınması, izahname veya ihraç belgesinin SPK tarafından onaylanması ve bu kapsamda ihraç limiti dahilinde belirlenecek bir ihraç tavanının alınması, SPK'ya gerekli ücretin (Kurul ücreti) ödenmesi, Merkezi Kaydi Sistem'de yapılacak işlemler sonrasında borçlanma aracının satışının gerçekleştirilmesi ve öngörülen şekillerde kamunun aydınlatılması gerekmektedir. Gelgelelim, anılan aşamaların bir kısmında sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin farklılaşan noktalar da bulunmaktadır.

Borçlanma aracının sürdürülebilir nitelik taşıması, borçlanma aracının hüküm ve şartlarıyla ilgidir. Borçlanma aracı ihracına karar verme yetkisi, borçlanma aracının hüküm ve şartlarını belirleme yetkisini de içeren yekpare bir yetkidir. Bu nedenle, ihraç edilecek bir borçlanma aracının sürdürülebilir nitelikte olup olmayacağı kararını, borçlanma aracı ihracına ilişkin yetkili organ kararını alacak organ verecektir. Ayrıca, izahname veya ihraç belgesinin onaylanması için SPK'ya başvuru sırasında YBA Rehberi kapsamında hazırlanacak çerçeve belgesi ile bu çerçeve belgesinin YBA Rehberi'nde belirtilen dört temel bileşenle uyumlu olduğunu doğrulayan ikinci taraf görüşünün de SPK'ya iletilmesi ve kamuya açıklanması gerekmektedir²⁶.

²⁵ Yetkili organ, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 504 uyarınca anonim şirket genel kurulu olabileceği gibi TTK m. 505 veya SPKn m. 31/3 hükümleri kapsamında anonim şirket yönetim kurulu da olabilir.

²⁶ Sermaye Piyasası Kurulu, "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi", Sermaye Piyasası Kurulu, 2022, <<https://spk.gov.tr/data/62187ba01b41c611303362b2/b2d06c64099c9e7e8877743afc7d2484.pdf>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2024, s. 5. Kamuya açıklamanın, ihraççının internet sitesinde ve ihraççının Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP) üyesi olması durumunda ayrıca KAP'ta

İlaveten, YBA Rehberi kapsamında yapılacak ihraçlarda SPK'dan ayrı bir ihraç tavanı alınması gerekliliği öngörülmüştür²⁷.

B. YBA Rehberi'nin Hukuki Niteliği

YBA Rehberi, SPK'nın i-SPK 128.18 (24/02/2022 tarihli ve 10/296 s.k.) sayılı İlke Kararı olarak kabul edilmiş olup 24.02.2022 tarihli, 2022/10 sayılı SPK Bülteni'nde buna ilişkin duyuru yapılmıştır. YBA Rehberi'nde "Dayanak" başlığı altında söz konusu rehberin SPK'nın m. 1 ve m. 128/1/e hükümlerine dayanılarak düzenlendiği ifade edilmiş ve rehberde yer alan hususların "Kurul Kararı" hükmünde olduğu belirtilmiştir²⁸.

İdari işlem, çok çeşitli şekillerde tanımlanan bir kavramdır²⁹. İdari işleme ilişkin tanımlardan hangisi benimsenirse benimsensin, YBA Rehberi bir idari işlem niteliğindedir. Nitekim, bir idari işlemde bahsedebilmek için söz konusu işlemin idareye dahil organ veya makamlarca yapılmış olması (organik kriter) ve hukuki işlemin mahiyeti (maddi kriter) hususlarının her ikisi de YBA Rehberi açısından mevcuttur³⁰. İdari işlemler de kendi içlerinde

gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Yurt dışı ihraçlarda farklılaşan hususlar için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 14.

²⁷ YBA Rehberi'nden anlaşıldığı üzere yurt içi ve yurt dışında yapılacak sürdürülebilir borçlanma aracı ihraçları için ayrı ayrı ihraç tavanları alınması gerekmektedir. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 5, 14.

²⁸ Bu durum SPK'nın ilgili ilke kararında, buna ilişkin basın duyurusunda ve YBA Rehberi'nde "Dayanak" başlığı altında vurgulanmaktadır. Bu konuda bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi Basın Duyurusu", *Sermaye Piyasası Kurulu*, 24 Şubat 2022, <<https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2022/yesil-borclanma-araci-surdurulebilir-borclanma-araci-yesil-kira-sertifikasi-surdurulebilir-kira-sertifikasi-rehberi-basin-duyurusu>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024; Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 3; Sermaye Piyasası Kurulu, "Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni 2022/10", Sermaye Piyasası Kurulu, 24 Şubat 2022, <<https://spk.gov.tr/data/63499ba91b41c606d08792e0/2022-10.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024, s. 4. SPK'nın m. 1'de kanunun amacı "sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi" olarak ifade edilmiştir. SPK'nın m. 128/1'de SPK'nın görev ve yetkileri sayılmış olup m. 128/1/e'de "sermaye piyasasının gelişmesini teminen yeni sermaye piyasası kurumlarına ve araçlarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek ve bunları denetlemek" bunlardan biri olarak belirtilmiştir.

²⁹ İdari işlemin "hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücü ayrıcalığına dayanan irade açıklaması" şeklinde tanımlanması ve diğer bazı tanımlar için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 759, 763–764. Ayrıca bkz. Turgut Tan / Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, 2021, s. 203–204.

³⁰ Organik kriter ile maddi kritere ilişkin detaylı bilgi ve "idari işlemin" tanımlanmasında

ayrıma tabi tutulmakta olup tek yanlı idari işlemlerin genel, objektif ve kişilik dışı nitelikte olanları düzenleyici idari işlem olarak adlandırılmaktadır³¹. Genel, soyut, objektif ve kişilik dışı nitelikte olup idarenin (SPK’nın) norm koymasına hizmet ettiği için YBA Rehberi bir düzenleyici idari işlemdir³². Bir düzenleyici idari işlem örneği olarak YBA Rehberi, “adsız düzenleyici işlem” statüsündedir³³. Bu yönüyle YBA Rehberi’nin SPK tarafından tesis edilen başta tebliğler olmak üzere diğer adsız düzenleyici işlemlerle arasında hiyerarşi ilişkisi bulunmamaktadır³⁴.

bu iki kriterin etkilerine ilişkin bkz. Gözler, s. 722–724; Onur Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 8–16; Tan / Bayazıt, s. 204.

³¹ Düzenleyici idari işlemler, hukuk düzenine yeni bir kural getiren ya da var olan bir kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran idari işlemlerdir. Düzenleyici idari işlemler, içerikleri bakımından (maddi kriter itibarıyla) kanunlara benzemektedirler. Bu konuda bkz. Gözler, s. 769–770; Tan / Bayazıt, s. 207–208; Kaplan, s. 96–98. Düzenleyici idari işlemlerin “kural koyucu işlem” olarak nitelendirilmesi ve kural koyucu işlemlerin diğer idari işlem türlerinden ayrıştırılmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yeliz Şanlı Atay, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, TODAİE, 2011, s. 8–13.

³² Düzenleyici idari işlemlerin tek yanlı olduğu belirtilmekle birlikte düzenleyici idari işlemin hazırlık aşamasında ilgililerin katılımı olanağının sağlanması suretiyle tek yanlılıkta önemli değişim ve yumuşama olduğu vurgulanmaktadır. Bu konuda bkz. Tan / Bayazıt, s. 206. YBA Rehber Taslağı’nın kamuoyunun görüşüne açılması ve YBA Rehberi’nin nihai halinin bu görüşler üzerine belirlenmesi bu duruma örnek teşkil eder niteliktedir. YBA Rehberi’nin düzenleyici idari işlem olması, Ekonomi Reformları Eylem Planı’nda öngörülen eylem ile de uyumludur. Bu konuda bkz. I.B. YBA Rehberi ve Hazırlık Çalışmaları. SPK’nın yayımladığı çeşitli belgelerde de YBA Rehberi’nin düzenleyici işlem niteliğine işaret edilmektedir. SPK’nın 2021 yılına ait faaliyet raporunda “3.9. Devam Eden İkincil Düzenleme Çalışmaları” başlığı altında YBA Rehberi’ne ilişkin çalışmalara yer verilmiştir. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *2021 Faaliyet Raporu*, s. 82–83. SPK’nın 2022 yılına ait faaliyet raporunda “3. 2022 Yılında Yayımlanan İkincil Düzenlemeler ile Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Analizi” başlığı altında YBA Rehberi’ne giden süreç özetlenerek bu konuda düzenleme yapılmasının ekonomik ve sosyal etkileri kısaca değerlendirilmiştir. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, “Sermaye Piyasası Kurulu 2022 Faaliyet Raporu”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2023, <<https://spk.gov.tr/data/SPK-Faaliyet-Raporu-2022/mobile/index.html#p=41>>, Erişim Tarihi 28 Nisan 2024, s. 40-41. SPK tarafından 2022-2026 yıllarına ilişkin hazırlanan stratejik planda da YBA Rehberi’nin “yürürlüğe” girdiği vurgulanmıştır. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, “2022-2026 Stratejik Plan”, Sermaye Piyasası Kurulu, <[https://spk.gov.tr/data/6371f6d71b41c60e747e608d/2022-2026 STRATEJIK%20PLAN.pdf](https://spk.gov.tr/data/6371f6d71b41c60e747e608d/2022-2026%20STRATEJIK%20PLAN.pdf)>, Erişim Tarihi 28 Nisan 2024, s. iii.

³³ Yürütme organının Anayasada ismen öngörülmemiş düzenleyici işlemleri; “statü”, “tebliğ”, “karar”, “esaslar ve ilkeler”, “genelge”, “ilke kararı”, “sirküler”, “yönerge” gibi çok çeşitli şekillerde isimlendirilebilmektedir. Söz konusu türdeki düzenleyici işlemler Anayasa tarafından ayrıca adlandırılmadığı için adsız düzenleyici işlemler olarak isimlendirilmektedir. Bu konuda bkz. Gözler, s. 1409; Şanlı Atay, s. 7. Bir “rehber” olarak isimlendirilen YBA Rehberi de bu çerçevede adsız düzenleyici işlem olarak değerlendirilecektir.

³⁴ Aynı idari makam tarafından ihdas edilen adsız düzenleyici işlemler arasında hiyerarşi

III. TEMEL ALINAN STANDARTLAR ÇERÇEVESİNDE YBA REHBERİ’NİN İÇERİK İTİBARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. YBA Rehberi’ne Esas Teşkil Eden Standartlar ve Bu Seçimin Yerindeliği

YBA Rehberi’nin Uluslararası Sermaye Piyasaları Derneği (International Capital Markets Association – ICMA) Yeşil Tahvil İlkeleri esas alınmak suretiyle hazırlandığı SPK tarafından ifade edilmiştir³⁵. YBA Rehberi’nin içeriği incelendiğinde bu durum doğrulandığı gibi rehber metninde de yer yer ICMA’nın çeşitli dokümanlarına atıf yapılmaktadır³⁶. Bu noktada cevaplanması gereken ilk soru YBA Rehberi’nin ICMA standartları temel alınarak hazırlanmasının yerinde olup olmadığıdır. Nitekim, başkaca standart ve ilkelerin temel alınması mümkün olduğu gibi kendine özgü bir sistematik geliştirmek de seçenekler arasındadır.

Borçlanma araçlarının hangi nitelikleri hangi koşullarda taşırılsa “sürdürülebilir” olarak nitelendirilebileceklerini belirleme çabasında olan ve temel alınabilecek çeşitli standartlar ve ilkeler bulunmaktadır. Bu standart ve ilkelerin başlıcaları olarak ICMA tarafından hazırlanan Yeşil Tahvil İlkeleri³⁷ (Green Bond Principles – GBP), Sosyal Tahvil İlkeleri³⁸ (Social Bond Principles – SBP), Sürdürülebilirlik Tahvili Rehberleri³⁹ (Sustainability Bond Guidelines – SBG), Sürdürülebilirlik Bağlantılı Tahvil İlkeleri⁴⁰

ilişkisi olamayacağı yönünde bkz. Gözler, s. 1436–1437; Şanlı Atay, s. 151.

³⁵ Bu konuda bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 1; Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi Basın Duyurusu*; Sermaye Piyasası Kurulu, “SPK Yeşil Borçlanma Aracı ve Yeşil Kira Sertifikası Rehber Taslağı Basın Duyurusu”, *Sermaye Piyasası Kurulu*, 3 Kasım 2021, <<https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2021/spk-yesil-borclanma-araci-ve-yesil-kira-sertifikasi-rehber-taslagi-basin-duyurusu>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

³⁶ Bu konuda bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 1–3, 8, 11–12.

³⁷ ICMA, “Green Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds”, ICMA, 2022, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Green-Bond-Principles-June-2022-060623.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

³⁸ ICMA, “Social Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds”, ICMA, 2023, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2023-updates/Social-Bond-Principles-SBP-June-2023-220623.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

³⁹ ICMA, “Sustainability Bond Guidelines”, ICMA, 2021, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Sustainability-Bond-Guidelines-June-2021-140621.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

⁴⁰ ICMA, “Sustainability-Linked Bond Principles: Voluntary Process Guidelines”, ICMA, 2023, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2023-updates/Sustainability-Linked-Bond-Principles-June-2023-220623.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

(Sustainability-Linked Bond Principles – SLBP); Kredi Piyasası Birliği (Loan Market Association – LMA), Asya Pasifik Kredi Piyasası Birliği (Asia Pacific Loan Market Association – APLMA) ve Kredi Sendikasyonları ve Ticareti Birliği (Loan Syndications and Trading Association – LSTA) ortaklığında hazırlanan Yeşil Kredi İlkeleri⁴¹ (Green Loan Principles – GLP); İklim Tahvilleri İnisiyatifi (Climate Bonds Initiative – CBI) tarafından hazırlanan İklim Tahvilleri Standardı⁴² (Climate Bonds Standard); Avrupa Birliği'nin hazırladığı Avrupa Yeşil Tahvil Standardı⁴³ (European Green Bond Standard – EU GBS); Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN) tarafından hazırlanan ASEAN Yeşil Tahvil Standartları⁴⁴ (ASEAN Green Bond Standards); Çin Yeşil Tahvil Standartları Komitesi⁴⁵ tarafından hazırlanan Çin Yeşil Tahvil Standartları⁴⁶ (China's Green Bond Principles – China GBP) gösterilebilir.

Anılan standart ve ilkeler arasından açık ara en geniş kabul göreni ICMA tarafından hazırlananlardır⁴⁷. Nitekim, 2023'te dünyada gerçekleşen

⁴¹ LMA / APLMA / LSTA, “Green Loan Principles”, LMA / APLMA / LSTA, 2023, <https://www.lma.eu.com/application/files/8916/9755/2443/Green_Loan_Principles_23_February_2023.pdf>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

⁴² CBI, “Climate Bonds Standard 4.1: Globally Recognised, Paris-Aligned Certification of Debt Instruments, Entities and Assets Using Robust, Science-Based Methodologies”, CBI, 2024, <<https://www.climatebonds.net/files/files/climate-bonds-standard-v4-1-202403.pdf>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

⁴³ European Union, *EU GBS*.

⁴⁴ ASEAN, “ASEAN Green Bond Standards”, ASEAN, 2018, <<https://www.theacmf.org/images/downloads/pdf/AGBS2018.pdf>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

⁴⁵ Bu komite; Çin Merkez Bankası (PBOC), Çin Ulusal Finansal Piyasa Kurumsal Yatırımcılar Birliği (National Association of Financial Market Institutional Investors – NAFMII), Çin Menkul Kıymetler Düzenleme Komisyonu (China Securities Regulatory Commission – CSRC) ve özel sektör kurumlarının katılımıyla oluşturulmuştur. Buna ilişkin bkz. ICMA, “Analysis of China's Green Bond Principles”, ICMA, 2022, <<https://www.icmagroup.org/assets/Analysis-of-Chinas-Green-Bond-Principles.pdf>>, Erişim Tarihi 19 Nisan 2024, s. 2.

⁴⁶ Buna ilişkin bkz. ICMA, *China's Green Bond*.

⁴⁷ Lüksemburg Yeşil Borsası (Luxembourg Green Exchange – LGX), Paris İklim Anlaşması ve BM Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları'nda tanımlanan küresel iklim hedeflerine doğrudan katkı sağlamak amacıyla dünyada yeşil borçlanma araçlarına özgülenmiş ilk platform olarak 2016'da Lüksemburg Menkul Kıymetler Borsası (Luxembourg Stock Exchange – LuxSE) tarafından kurulmuştur. BM, LGX'i “yeşil, sosyal ve sürdürülebilir menkul kıymetler için dünyadaki lider platform” olarak nitelemektedir. Bu konuda bkz. Luxembourg Stock Exchange, “Discover LGX”, *Luxembourg Stock Exchange*, <<https://www.luxse.com/discover-lgx>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024; UN Climate Change, “The Luxembourg Green Exchange | Luxembourg”, *UN Climate Change*, <https://unfccc.int/climate-action/momentum-for-change/financing-for-climate-friendly-investment/luxembourg-green-exchange?gad_source=1&gclid=Cj0KCCQjwxqayBhDFARIsAANWRnSPGZR01do9kdalP>

sürdürülebilir borçlanma aracı ihraçlarının %93'ü ICMA İlkeleri⁴⁸ temel alınarak sınıflandırılmıştır⁴⁹. Bir başka kaynakta ise aynı yıl için bu oran %97 olarak vurgulanmaktadır⁵⁰. Yeşil borçlanma araçlarına ilişkin ihraççıların %95'inin ICMA İlkeleri'ni benimsediği de belirtilmektedir⁵¹. Bu doğrultuda, SPK tarafından YBA Rehberi'ne ilişkin yapılan duyurularda da ICMA İlkeleri'nin dünya çapında benimsenmesine vurgu yapılmıştır⁵². Bu nedenledir ki yalnızca SPK değil çeşitli diğer kuruluşlar da sürdürülebilir borçlanma

iEZLJHX7TAr1wKBcAxGq0RhlXv6CvKXD-awxmoaAqY_EALw_wcB>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024. 27.05.2024 itibariyle LGX'in veri platformunda belirtildiği üzere başlıca standart ve ilkelerle uyumun ihraççı, ihraç edilen borçlanma aracı sayısı ve Euro cinsinden toplam itibari değerlerinin sayısal ve oransal dağılımı ICMA standartlarının öncü konumunu göstermektedir. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, bir borçlanma aracının birden çok standart veya ilke setinin belirlediği şartları taşıması mümkün olduğundan mükerrer sayım söz konusu olabilmektedir ve belirtilen oranlar bu çerçevede değerlendirilmelidir. Belirtilen tarih itibariyle LGX veri platformunda ICMA ilkelerine uyumlu borçlanma araçlarına ilişkin sayısal veriler ve bunların tüm sürdürülebilir borçlanma araçları içerisindeki oransal durumu şu şekildedir: GBP (2287 ihraççı; 9437 borçlanma aracı - %62,19; 2918,94 milyar EUR - %63,60); SBP (801 ihraççı; 3974 borçlanma aracı - %26,19; 1240,42 milyar EUR - %27,03); SBG (637 ihraççı; 3062 borçlanma aracı - %20,18; 951,12 milyar EUR - %20,72); SLBP (339 ihraççı; 668 borçlanma aracı - %4,4; 265,84 milyar EUR - %5,79). Anılan veriler için bkz. Luxembourg Green Exchange, "LGX DataHub", *LGX DataHub* <<https://lgxhub-premium.luxse.com/>>, Erişim Tarihi 27 Mayıs 2024. SBG ile uyumlu olan borçlanma araçlarının evleviyetle GBP ve SBP ile de uyumlu olduğu göz önünde bulundurulduğunda; GBP, SBP veya SLBP ile uyumlu borçlanma araçlarının toplamı, ICMA İlkeleri ile uyumlu borçlanma araçlarının toplamını ve bunların tüm sürdürülebilir borçlanma araçları içerisindeki oranını gösterebilecektir. Buna göre, 27.05.2024 itibariyle toplam 15175 olan sürdürülebilir borçlanma aracı ihracının 14079'u (%92,78), itibari değer toplamı 4589,62 milyar EUR olan sürdürülebilir borçlanma araçlarının 4425,2 milyar EUR (%96,42) olan kısmı ICMA İlkeleri ile uyumludur. ICMA'nın kendi paylaştığı veriler de bu verileri doğrulamaktadır. Buna ilişkin bkz. ICMA, "Sustainable Bond Market Data", *ICMA*, <<https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/sustainable-bonds-database/>>, Erişim Tarihi 27 Mayıs 2024.

⁴⁸ "ICMA İlkeleri" ile ICMA tarafından hazırlanan GBP, SBP, SBG ve SLBP kastedilmektedir. Ayrıca bkz. III.B.1. ICMA Sistematiği'nin Temel Yapısı.

⁴⁹ OECD, s. 105.

⁵⁰ ICMA, "Sustainable Bonds Aligned with GBP, SBP, SBG and SLBP in 2023", ICMA, 2024, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/Sustainable-bonds-aligned-with-the-Principles-in-2023-180324.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.

⁵¹ International Finance Corporation (IFC), "Green Bond Handbook: A Step-By-Step Guide to Issuing Green Bond", International Finance Corporation (IFC), 2022, <<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/202203-ifc-green-bond-handbook.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024, s. 4-5.

⁵² ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri'nin "finansal piyasalarda en yaygın kabul gören" nitelikte olduğu ve "küresel standart haline" geldiği duyuru metinlerinde belirtilmiştir. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehber Taslağı Basın Duyurusu*; Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi Basın Duyurusu*.

araçlarına ilişkin düzenleme yaparken ICMA kurallarını esas almışlardır. Örneğin, Dünya Bankası Grubu’nun bir kolu olan Uluslararası Finans Kurumu (International Finance Corporation – IFC) tarafından benimsenen çerçeve de ICMA İlkeleri üzerine inşa edilmiştir⁵³.

YBA Rehberi henüz yayımlanmadan, merkezi Türkiye’de bulunan ihraççıların sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç etmiş olduğu örnekler mevcuttur⁵⁴. YBA Rehberi’nde belirtildiği üzere, rehber yayımlanmadan önce SPK tarafından onaylanan bir ihraç tavanı kapsamında gerçekleştirilecek ihraçlara YBA Rehberi hükümleri uygulanmayacaktır⁵⁵. Buna karşın bu ihraçlarda da ICMA İlkeleri’nin tercih edilmiş olduğu gözlenmektedir⁵⁶.

⁵³ Bu doğrultuda bkz. International Finance Corporation (IFC), s. 5, 26, 43; IFC, “Green Bond Framework”, IFC, 2022, <<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/2023/IFC-Green-Bond-Framework-Jan-2023.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024, s. 5; IFC, “IFC Green Bonds Factsheet: Investing For a Greener and More Sustainable Future”, IFC, 2024, <<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doclink/2024/ifc-green-bonds-factsheet.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024, s. 1.

⁵⁴ Bloomberg veri tabanında (Bloomberg Terminal) yapılan sorguya göre, merkezi Türkiye’de bulunan ihraççılar tarafından YBA Rehberi yayımlanmadan 13 farklı ihraççı tarafından ihraç edilmiş ve sürdürülebilir olarak sınıflandırılmış 27 farklı tertip borçlanma aracı bulunmaktadır.

⁵⁵ Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 2.

⁵⁶ Bunlara örnek olarak T.C. Ziraat Bankası A.Ş., Aydem Yenilenebilir Enerji A.Ş., Vestel Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş., Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş., Limak İskenderun Uluslararası Liman İşletmeciliği A.Ş., Arçelik A.Ş., QNB Finansbank A.Ş., Akbank T.A.Ş., Türkiye İş Bankası A.Ş. ve Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. tarafından YBA Rehberi yayımlanmadan ihraç edilen sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin ICMA İlkeleri’nin benimsenmesi gösterilebilir. Söz konusu ihraçlarda ICMA İlkeleri’nin benimsenmesine ilişkin bkz. Ziraat Bankası, “Green, Social & Sustainable Finance Framework”, Ziraat Bankası, 2020, <https://www.ziraatbank.com.tr/en/Investor-Relations-ZB/Documents/green_social_sustainable_finance_framework.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 7–8; Aydem Renewables, “Aydem Renewables Green Financing Framework”, Aydem Renewables, 2021, <<https://www.aydemyenilenebilir.com.tr/upload/custom/PDF/AydemGreenFinancingFramework-20-1.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 9; Vestel, “Vestel Elektronik Green Bond Framework”, Vestel, 2020, <<http://www.vestelinvestorrelations.com/assets/pdf/Vestel-Elektronik-Green-Bond-Framework.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 2; TSKB, “TSKB Sustainable Finance Framework”, TSKB, 2020, <<https://www.tskb.com.tr/uploads/file/tskb-sustainable-finance-framework.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 5–6, 16; Sustainalytics, “Second-Party Opinion: LimakPort Sustainability-Linked Bond Framework”, LimakPort, 2021, <<https://www.limakports.com.tr/files/2021/06/limakport-sustainability-linked-bond-framework-second-party-opinion.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 3–4; Sustainalytics, “Second-Party Opinion: Arçelik A.Ş. Green Financing Framework”, Arçelik, 2021, <https://www.arcelikglobal.com/media/6293/arcelik-as-green-financing-framework-second-party-opinion_1705.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 2; QNB, “Green, Social and Sustainability Bond Framework”, QNB, 2021, <<https://www.qnb.com/sites/qnb/qnbqatar/document/en/enGreen2021>>, Erişim Tarihi 30

Dolayısıyla, YBA Rehberi hazırlanırken ICMA İlkeleri'nin esas alınması, ihraççıların bu yöndeki uygulamalarının ve muhtemel beklentilerinin bir yansıması olması bakımından da yerindedir.

Sonuç itibariyle, uluslararası piyasalara mümkün olan en üst düzeyde uyumun sağlanması, güncel gelişmelerin daha yakından takip edilebilmesi ve Türkiye'deki ihraççıların tercihleri ile uyumlu olması bakımından YBA Rehberi'nin ICMA sistematigi temel alınarak geliştirilmiş olması isabetlidir⁵⁷.

B. Sürdürülebilir Borçlanma Araçlarına İlişkin ICMA Sistematigi

1. ICMA Sistematiginin Temel Yapısı

SPK, ICMA İlkeleri'ni temel alarak YBA Rehberi'ni hazırlamak suretiyle Türkiye'deki sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin çerçeveyi ICMA sistematigine benzeştirmiştir. Bu anlamda, Türkiye'deki mevcut durumun daha iyi anlaşılabilmesi ve ICMA standartlarının ne denli temel alındığının değerlendirilebilmesi için ICMA sistematiginin temellerinin ortaya konması gerekmektedir.

Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin ICMA sistematigi, ICMA'nın hazırladığı çeşitli dokümanlar ile ortaya konmuştur. Bu dokümanlardan en temelleri ise GBP, SBP, SBG ve SLBP'dir⁵⁸. Anılan bu dokümanlarla sırasıyla yeşil borçlanma araçları, sosyal borçlanma araçları, sürdürülebilirlik borçlanma araçları ve sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçlarına ilişkin standartlar ortaya konmaktadır. Bahsi geçen bu dört temel doküman, bir bütün olarak

Mayıs 2024, s. 6; AKBANK, “Akbank Becomes the First Turkish Bank to Issue a Green Bond during COVID-19 Pandemic”, *AKBANK Investor Relations*, 6 Ekim 2020, <<https://www.akbankinvestorrelations.com/en/news/detail/Akbank-becomes-the-first-Turkish-bank-to-issue-a-Green-Bond-during-COVID-19-pandemic/540/1283/0>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024; İŞBANK, “İŞBANK Sustainability Bond Framework”, İŞBANK, 2020, <<https://www.isbank.com.tr/contentmanagement/IsbankInvestorRelationsGeneric/prospectuses-and-offering-circulars/sustainability-bond-framework.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 4; Sustainalytics, “Second-Party Opinion: VakıfBank Sustainable Finance Framework”, VakıfBank, 2020, <<https://www.vakifbank.com.tr/documents/pdf/VakifBank%20Sustainable%20Finance%20Framework%20Second%20Party%20Opinion%20Final.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 2.

⁵⁷ Nitekim, Türkiye'nin bulunduğu coğrafya itibariyle ICMA standartları ile uyum dünya ortalamasının da üzerindedir. 2023 yılında ihraç edilen sürdürülebilir borçlanma araçlarının ICMA standartları ile uyumu Avrupa ve Orta Doğu'da %100 olarak gerçekleşmiştir. Buna ilişkin bkz. ICMA, *Aligned*.

⁵⁸ Sayılan bu dört dokümanın yanında bunların uygulanmalarına yardımcı olacak nitelikte çeşitli diğer dokümanlar da bulunmaktadır.

“İlkeler” (The Principles) olarak isimlendirilmektedir⁵⁹. Bu dört tür borçlanma aracının tamamını kapsayan bir çatı kavram olarak ise “sürdürülebilir borçlanma aracı” (sustainable bond) kavramı kullanılmaktadır⁶⁰. Bu kapsamda, “sustainable bond” terimi, “sürdürülebilir tahvil” şeklinde de Türkçeye tercüme edilebilmekteyse de “bond” kavramının kullanımı esasen Borçlanma Araçları Tebliği’ndeki “borçlanma aracı” kavramı ile örtüştüğünden “sürdürülebilir borçlanma aracı” ifadesinin tercih edilmesi daha doğru olacaktır.

ICMA sistematığı içerisinde sürdürülebilir borçlanma aracı türlerini bu türlerin işleyiş mantığını göz önünde bulundurarak iki grup altında incelemek mümkündür. Bu gruplardan ilki yeşil, sosyal ve sürdürülebilirlik borçlanma araçlarından oluşmakta olup “yeşil, sosyal, sürdürülebilirlik borçlanma araçları” (green, social, sustainability bonds – GSS) veya “fonun kullanımı borçlanma araçları” (use of proceeds bonds – UoP borçlanma araçları) şeklinde isimlendirilmektedir⁶¹. Diğer grupta ise yalnızca sürdürülebilirlik borçlanma araçları bulunmaktadır.

2. Fonun Kullanımı (UoP) Borçlanma Araçları

UoP borçlanma araçları; borçlanma araçlarından elde edilen fonun veya eşdeğer bir miktarın münhasıran yeni ve/veya mevcut elverişli projelerin finansmanında veya yeniden finansmanında kullanılacağı her türlü borçlanma aracını ifade etmektedir⁶².

UoP borçlanma araçlarının sistematığı dört temel bileşen üzerine

⁵⁹ Bu yönde bkz. ICMA, *GBP*, s. 9; ICMA, *SBP*, s. 8; ICMA, *SBG*, s. 4; Nicholas Pfaff / Özgür Altun / Stanislav Egorov, “Transition Finance in the Debt Capital Market”, ICMA, 2024, <<https://www.icmagroup.org/assets/Transition-Finance-in-the-Debt-Capital-Market-paper-ICMA-14022024.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024, s. 6, 8, 10, 14, 24. Herhangi bir karışıklığa engel olmak amacıyla söz konusu İlkeler’i ifade etmek üzere çalışmamızda “ICMA İlkeleri” ifadesi kullanılmaktadır.

⁶⁰ Bu yöndeki kullanım için bkz. ICMA, *Market Data*; ICMA, “Sustainable Finance”, *ICMA*, <<https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2024; Pfaff / Altun / Egorov, s. 6, 11–14, 16, 20, 24; OECD, s. 103–145; OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs and Committee on Financial Markets, “Report on Green, Social and Sustainability Bonds Issued by Multilateral Development Banks and Its Use for Infrastructure Financing”, OECD, DAF/CMF/AS(2023)3/REV2, 1 Eylül 2023, <[https://one.oecd.org/document/DAF/CMF/AS\(2023\)3/REV2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/CMF/AS(2023)3/REV2/en/pdf)>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024, s. 3, 5–10, 12–14, 18, 24.

⁶¹ Bu yönde bkz. ICMA, *GBP*, s. 9; ICMA, *SBP*, s. 8; ICMA, *SBG*, s. 4.

⁶² Bu tanım; GBP, SBP ve SBG’deki yeşil, sosyal ve sürdürülebilirlik borçlanma araçlarına ilişkin tanımların harmanlanması suretiyle ortaya konmuştur. Söz konusu tanımlar için bkz. ICMA, *GBP*, s. 3; ICMA, *SBP*, s. 3; ICMA, *SBG*, s. 3.

oturtulmuştur. Bu bileşenler; ihraçtan elde edilen fonun kullanımı, proje değerlendirme ve seçme süreci, ihraçtan elde edilen fonun yönetimi ve raporlamadır. Bu dört temel bileşenin yanında, şeffaflığın artırılmasına yönelik “UoP borçlanma aracı çerçeveleri⁶³” ile “dış değerlendirme” olmak üzere iki grup temel tavsiyeler bulunmaktadır⁶⁴.

a. Dört temel bileşen

(1) İhraçtan elde edilen fonun kullanımı

UoP borçlanma araçlarının temel taşı, borçlanma aracı ihracından elde edilen fonun elverişli projeler için kullanılmasıdır. Seçilen elverişli projelerin, borçlanma aracına ilişkin hukuki belgelerde uygun şekilde açıklanması gerekmektedir⁶⁵. Bahsi geçen elverişli projenin; “yeşil proje” olması durumunda yeşil borçlanma aracı, “sosyal proje” olması durumunda sosyal borçlanma aracı, yeşil ve sosyal projelerin birleşimi niteliğindeki bir proje olması durumunda ise sürdürülebilirlik borçlanma aracı söz konusu olmaktadır⁶⁶.

i. Yeşil projeler

GBP’de; iklim değişikliğinin azaltılması, iklim değişikliğine uyum, doğal kaynakların korunması, biyoçeşitliliğin korunması, kirliliğin önlenmesi ve kontrolü gibi çevresel hedeflere katkı sunan yeşil proje kategorileri belirtilmiş ve bunlar kısaca örneklendirilmiştir. Bu kapsamda sayılan yeşil proje kategorileri; yenilenebilir enerji, enerji verimliliği, kirliliğin önlenmesi ve kontrolü, yaşayan doğal kaynaklar ve arazi kullanımının çevresel sürdürülebilir yönetimi, karasal ve sucul biyoçeşitliliğin korunması, temiz ulaşım, sürdürülebilir su ve atık su yönetimi, iklim değişikliğine uyum, ekoverimli ürünler ve/veya döngüsel ekonomiye uyarlanmış ürünler, üretim teknolojileri ve süreçler, çevresel performansla ilişkin bölgesel, ulusal veya uluslararası tanınan standartları veya sertifikaları karşılayan yeşil binalar olup

⁶³ Yeşil Borçlanma Aracı Çerçeveleri ve Sosyal Borçlanma Aracı Çerçeveleri.

⁶⁴ ICMA, *GBP*, s. 4, 7, 9; ICMA, *SBP*, s. 3, 6, 8; ICMA, *SBG*, s. 2, 4.

⁶⁵ ICMA, *GBP*, s. 4; ICMA, *SBP*, s. 3.

⁶⁶ Belirli sosyal projelerin çevresel eş faydaları ve belirli yeşil projelerin sosyal eş faydaları olabileceği ICMA tarafından göz önünde bulundurulmuştur. Böylesi bir UoP borçlanma aracının; yeşil, sosyal veya sürdürülebilirlik borçlanma aracı olarak sınıflandırılması ilgili projedeki öncelikli hedefler baz alınarak ihraççı tarafından gerçekleştirilecektir. Bu konuda bkz. ICMA, *GBP*, s. 3; ICMA, *SBP*, s. 3; ICMA, *SBG*, s. 3.

bu kategoriler sınırlı sayıda değildir⁶⁷.

ii. Sosyal projeler

Sosyal projeler, belirli iki tür amaçtan en az birini hedefleyen projelerdir. Bu amaçlardan birincisi, doğrudan belirli bir sosyal sorunu çözmek veya etkilerini hafifletmektir. İkincisi ise, münhasıran bir hedef topluluk ile sınırlı olmamak üzere, başta hedef topluluk veya hedef topluluklar için olumlu sosyal sonuçlar elde etmektir. Bu bağlamda; toplumun veya belirli bir hedef topluluğun refahını tehdit eden, engelleyen veya refahına zarar veren bir durum “sosyal sorun” olarak değerlendirilmektedir⁶⁸.

SBP’de sosyal proje kategorileri tüketici olmayan şekilde sayılmış ve sayılan kategorilerdeki veya benzer projelerin ortaya konulması ve/veya desteklenmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Buna göre; uygun fiyatlı temel altyapı, temel hizmetlere erişim, uygun fiyatlı konut, gıda güvenliği ve sürdürülebilir gıda sistemleri, sosyoekonomik ilerleme ve güçlendirme ile sosyoekonomik krizler, iklim geçişi projeleri ve/veya “adil geçişe” ilişkin diğer hususlardan kaynaklanan işsizliğin önlenmesi ve/veya azaltılması amacıyla tasarlanmış programlar ve istihdam oluşturma SBP’de belirtilen sosyal proje kategorileridir⁶⁹.

Yeşil projelerden farklı olarak sosyal projelere ilişkin örnek proje kategorilerinin yanı sıra ilgili hedef topluluk örnekleri de belirtilmiştir. Nitekim, sosyal borçlanma araçlarına ilişkin ilgili hedef topluluğun belirtilmesi gerekliliği SBP’de açıkça vurgulanmıştır⁷⁰. SBP’de örnek hedef topluluklar şu şekilde belirtilmiştir: Yoksulluk sınırının altında yaşayanlar, dışlanmış ve/veya marjinalleştirilmiş nüfuslar ve/veya topluluklar, engelli bireyler, göçmenler ve/veya yerinden edilmiş kimseler, yetersiz eğitilmişler, temel mal ve hizmetlere kaliteli erişim eksikliği dolayısıyla yetersiz hizmet verilmişler, işsizler ve/veya iklim geçişinden etkilenen işçiler, kadınlar ve/veya cinsel azınlıklar ve cinsiyet azınlıkları, yaşlanan nüfuslar ve savunmasız durumdaki gençler, doğal afetler, iklim değişikliği ve/veya sosyoekonomik eşitsizliğe neden olan veya bu eşitsizliği şiddetlendiren iklim geçişi projeleri sonucu ortaya çıkanlar dahil diğer savunmasız gruplar.

⁶⁷ ICMA, *GBP*, s. 4-5.

⁶⁸ ICMA, *SBP*, s. 3-4.

⁶⁹ ICMA, *SBP*, s. 4.

⁷⁰ ICMA, *SBP*, s. 4.

(2) Proje değerlendirme ve seçme süreci

UoP borçlanma araçlarının ihraççıları, yatırımcılara üç hususu açıkça aktarmalıdır. Bunlardan ilki, elverişli yeşil projelerin çevresel sürdürülebilirlik hedefleri ve/veya sosyal projelerin sosyal hedefleridir. İkincisi, projelerin elverişli yeşil proje ve/veya sosyal proje kategorilerine uygun olduğunun ihraççı tarafından ne şekilde belirlendiğine ilişkin süreç ile sosyal projelerin söz konusu olması durumunda ilgili hedef topluluklara amaçlanan faydalarıdır. Son olarak ise ihraççının, ilgili proje(ler) ile bağlantılı algılanan sosyal ve çevresel riskleri saptamasını ve yönetmesini sağlayan süreçlere ilişkin tamamlayıcı bilgilerin yatırımcılarla paylaşılması gerekmektedir⁷¹.

(3) İhraçtan elde edilen fonun yönetimi

UoP borçlanma araçlarının ihracından elde edilen fonun ihraççı tarafından ayrıca izlenmesi⁷² ve ihraççının elverişli yeşil projeler için kredi (borç) verme ve yatırım operasyonlarına bağlı “resmi bir dahili süreç” ile doğrulanması gerekmektedir⁷³. UoP borçlanma aracı tedavülde olduğu müddetçe ihraçtan elde edilen ve ayrıca izlenen fon bakiyesi, ilgili dönemde elverişli yeşil ve/veya sosyal projelere yapılan fon tahsisleriyle eşleşecek şekilde dönemsel olarak güncellenmelidir⁷⁴. UoP borçlanma araçlarından elde edilen fonun her bir ihraç bazında ya da birden fazla ihraç için toplulaştırılarak yönetilebileceği de ICMA İlkeleri’nde belirtilmiştir⁷⁵.

(4) Raporlama

İhraççılar, ihraçtan elde edilen fonun kullanımına ilişkin güncel bilgileri, fonun tamamı tahsis edilene kadar yıllık olarak ve önemli gelişmeler olması durumunda geciktirmeksizin yenilenecek şekilde oluşturmalı ve hazır bulundurmalıdır. Bu kapsamda hazırlanacak “yıllık rapor”; UoP borçlanma aracından elde edilen fonun tahsis edildiği projelerin bir listesini, bu projelere

⁷¹ ICMA, *GBP*, s. 5; ICMA, *SBP*, s. 4. Sayılan üç husus haricinde ihraççıların yatırımcılarla paylaşması tavsiye edilen çeşitli diğer hususlar da bulunmaktadır.

⁷² GBP ve SBP’de ihraçtan elde edilen net fonun esasen bir alt hesaba aktarılması, bir alt portföye taşınması veya ihraççı tarafından uygun bir şekilde takip edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Buna ilişkin bkz. ICMA, *GBP*, s. 6; ICMA, *SBP*, s. 4-5.

⁷³ ICMA, *GBP*, s. 6; ICMA, *SBP*, s. 5.

⁷⁴ ICMA, *GBP*, s. 6; ICMA, *SBP*, s. 5. Ayrıca ihraççının, anılan projelere tahsis edilmemiş fon bakiyesi için planlanan geçici yatırım türlerini borçlanma aracı sahiplerine duyurması gerekliliği de vurgulanmıştır.

⁷⁵ ICMA, *GBP*, s. 6; ICMA, *SBP*, s. 5.

ilişkin kısa açıklamaları, tahsis edilen tutarları ve bunların beklenen etkilerini içermelidir⁷⁶.

b. Tavsiyeler

(1) UoP borçlanma aracı çerçeveleri

İhraççıların UoP borçlanma araçlarının ya da UoP borçlanma aracı programlarının UoP borçlanma araçlarına ilişkin dört temel ilke⁷⁷ ile uyumluluğunu bir UoP borçlanma aracı çerçevesinde ya da borçlanma araçlarına ilişkin hukuki dokümanlarda açıklamaları ve bu çerçeve ya da dokümanın, yatırımcıların kolayca erişebileceği bir formatta hazır olarak bulundurulması tavsiye edilmiştir⁷⁸.

(2) Dış değerlendirme

İhraç öncesi ve sonrasına ilişkin dış değerlendirme, UoP borçlanma araçlarına ilişkin tavsiye edilmektedir. İhraç öncesi dış değerlendirme, ihraççı tarafından belirlenen dış değerlendirme sağlayıcısının UoP borçlanma aracı ya da borçlanma aracı programının ve/veya UoP borçlanma aracı çerçevesinin dört temel ilke⁷⁹ ile uyumluluğunu değerlendirmesidir⁸⁰. İhraç sonrası dış değerlendirme ise ihraççının ihraçtan elde edilen fonun yönetiminin⁸¹ bütünlüycisi olmak üzere bir dış denetçi veya diğer bir üçüncü kişinin, UoP borçlanma aracından elde edilen fonun dahili takibini ve elverişli yeşil ve/veya sosyal projelere tahsisini doğrulamasını içermektedir⁸².

İhraççıların dış değerlendirmeye ilişkin başkaca tavsiyeler ve farklı türdeki değerlendirmelere ilişkin detaylı bilgi için Dış Değerlendirme Rehberi'ne (Guidelines for External Reviews) başvurmaları gerektiğinin altı

⁷⁶ ICMA, *GBP*, s. 6; ICMA, *SBP*, s. 5. Bu kapsamda, projelerin beklenen ve/veya gerçekleşen etkilerine ilişkin şeffaflığın önemi vurgulanırken niteliksel ve niceliksel performans göstergelerinin kullanımı teşvik edilmektedir. Ayrıca, UoP borçlanma aracının ana özelliklerini ve dört bileşenle uyumunu gösteren bir özet bölümüne yıllık raporda yer verilmesinin piyasa katılımcılarını aydınlatacağına altı çizilmiştir.

⁷⁷ Bkz. III.B.2.a. Dört temel bileşen.

⁷⁸ Bu yönde bkz. ICMA, *GBP*, s. 7; ICMA, *SBP*, s. 6.

⁷⁹ Bkz. III.B.2.a. Dört temel bileşen.

⁸⁰ ICMA, *GBP*, s. 7; ICMA, *SBP*, s. 6.

⁸¹ Dört temel bileşenden biri olarak ihraçtan elde edilen fonun yönetimine ilişkin bkz. III.B.2.a.(3). İhraçtan elde edilen fonun yönetimi.

⁸² Bu yönde bkz. ICMA, *GBP*, s. 7; ICMA, *SBP*, s. 6.

çizilmiştir⁸³.

3. Sürdürülebilirlik Bağlantılı Borçlanma Araçları (SBBA)

SBBA'lar, ihracının önceden tanımlanmış sürdürülebilirlik/ ÇSY (ESG – environmental social, governance – çevresel, sosyal, yönetim) hedeflerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğine göre finansal ve/veya yapısal özellikleri değişebilen her çeşit borçlanma araçlarıdır⁸⁴. Anılan hedefler, önceden tanımlanmış temel performans göstergeleri aracılığıyla ölçülüp önceden tanımlanmış sürdürülebilirlik performans hedeflerine göre değerlendirilirler. UoP borçlanma araçlarından farklı olarak SBBA ihracından elde edilen fonun kullanımının belirli bir amaca özgülenmesine gerek yoktur, sade vanilya⁸⁵ borçlanma araçlarındaki gibi ihraççı tarafından genel amaçlar için kullanılabilirler⁸⁶.

SBBA'lar beş temel bileşen üzerine inşa edilmiş olup bu bileşenler; temel performans göstergelerinin belirlenmesi, sürdürülebilirlik performans hedeflerinin ayarlanması, borçlanma aracı özellikleri, raporlama ve doğrulamadır⁸⁷.

C. YBA Rehberi'nin ICMA Sistematiği Işığında Değerlendirilmesi

1. Kapsama İlişkin Değerlendirme

a. Sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçlarının YBA Rehberi kapsamında olmaması

Yukarıda açıklandığı üzere ICMA sistematiği UoP borçlanma araçları ve sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçlarını içermektedirken YBA Rehberi ile SBBA'lar açıkça dışlanmıştır⁸⁸. UoP borçlanma araçları ile

⁸³ ICMA, *GBP*, s. 7; ICMA, *SBP*, s. 6. Anılan Dış Değerlendirme Rehberi için bkz. ICMA, “Guidelines for Green, Social, Sustainability and Sustainability-Linked Bonds External Reviews”, ICMA, 2022, <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/External-Review-Guidelines_June-2022-280622.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

⁸⁴ ICMA, *SLBP*, s. 2. Bu kapsamda ihraççılar, önceden tanımlanmış belirli bir zaman diliminde gelecekteki sürdürülebilirlik çıktılarında iyileşmeyi açıkça taahhüt etmektedirler.

⁸⁵ Kavrama ilişkin bkz. GİRİŞ.

⁸⁶ Bu yönde bkz. ICMA, *SLBP*, s. 2.

⁸⁷ Bu bileşenlerin ayrıntılarına ilişkin bkz. ICMA, *SLBP*, s. 2-5.

⁸⁸ Sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçlarının YBA Rehberi veya YBA Rehberi'nin atıf yaptığı “İlke Setleri” kapsamında değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Buna

SBBA'ların mantığı ve işleyişine ilişkin kurallar birbirinden kolaylıkla ayırt edilebildiği için SPK'nın UoP borçlanma araçlarını temel alarak yaptığı düzenleme kapsamına SBBA'ları almamış olması normal karşılanabilir. Bu durum, SBBA'ların SPK tarafından ayrıca düzenlenmesinin tercih edilmiş olabileceğini düşündürtebilecekse de YBA Rehberi'nin yayımlanmasından itibaren iki yıldan fazla süre geçmiş olmasına rağmen bu konuda herhangi bir düzenleme veya buna ilişkin çalışmaların sürdürüldüğüne dair herhangi bir duyuru yapılmamıştır. Bu hâliyle SPK'nın, UoP borçlanma araçlarına ilişkin düzenleme yaparken SBBA'lara ilişkin düzenleme yapmamayı tercih ettiği anlaşılmaktadır. Dünya genelinde ICMA İlkeleri kapsamında ihraç edilen borçlanma araçlarına ilişkin veriler açıkça göstermektedir ki gerek ihraççı veya ihraç sayısı gerekse de itibari değer toplamları bakımından SBBA'ların uygulaması UoP borçlanma araçlarına kıyasla oldukça sınırlıdır⁸⁹. Dolayısıyla, SPK'nın SBBA'lara ilişkin düzenleme yapmamayı tercih etmesi anlaşılabilir niteliktedir. Ancak bu tercihin SPKn m. 128/1/e hükmünde belirtilen, SPK'nın sermaye piyasasının gelişmesini teminen yeni sermaye piyasası araçlarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek görevi ile örtüştüğünü söylemek güçtür⁹⁰.

SBBA'ların YBA Rehberi kapsamında olmamasının neden olduğu, potansiyel olarak problemlili olan bir husus daha bulunmaktadır. Bu durum, YBA Rehberi kapsamında ihraç edilmeyen borçlanma araçları için yeşil, sürdürülebilir veya bunlara eşdeğer sıfatların kullanılamayacak olmasından kaynaklanmaktadır⁹¹. Anılan düzenleme dolayısıyla, SLBP ile tamamen uyumlu olan, yurt dışında ihraç edilmiş olsaydı sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma aracı ve dolayısıyla sürdürülebilir borçlanma aracı olarak nitelendirilecek bir borçlanma aracı, yurt içinde ihraç edildiğinde sürdürülebilir olarak nitelendirilemeyecektir⁹². Bu durumun, SPK'nın YBA Rehberi'ne ilişkin amaçları ile uyumlu olmadığı açıktır⁹³.

ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 1. Böylesi bir ifade rehberin taslak halinde yer almayı nihai sürümünde yer bulmuştur. Bu tercihin gerekçeleri kamuoyuyla paylaşılmamıştır.

⁸⁹ Bu konudaki ayrıntılı veriler için bkz. Luxembourg Green Exchange.

⁹⁰ Sürdürülebilir finansmanın önemine ilişkin ayrıca bkz. I.A. Konuya İlişkin Önem Arz Eden Başlıca Uluslararası Belgeler, I.B. YBA Rehberi ve Hazırlık Çalışmaları.

⁹¹ Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 2.

⁹² SBBA'lar için bkz. III.B.3. Sürdürülebilirlik Bağlantılı Borçlanma Araçları (SBBA). YBA Rehberi'ndeki kavram sorununa ilişkin bkz. III.C.2. Kavramlara İlişkin Sorunlar.

⁹³ Söz konusu amaçlar için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 1; Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi Basın Duyurusu*.

b. Sosyal borçlanma araçlarının ele alınmaması

UoP borçlanma araçlarına ilişkin ICMA İlkeleri; GBP, SBP ve SBG ile ortaya konmuştur. Yeşil borçlanma araçlarına ve sosyal borçlanma araçlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler GBP ve SBP’de kendisine yer bulmuşken SBG ile esasen sürdürülebilirlik borçlanma araçları için GBP ve SBP’deki sistematüğün birlikte uygulanması gerektiği belirtilerek ayrıntılara yer verilmesine gerek kalmamıştır.

İçerik itibariyle YBA Rehberi, yeşil borçlanma aracı ile sürdürülebilirlik borçlanma araçlarına⁹⁴ ilişkindir. Yeşil borçlanma araçlarına ilişkin GBP’deki gibi ayrıntılı hükümler olması, sürdürülebilirlik borçlanma araçlarına ilişkin SBG’deki yaklaşıma benzer şekilde yalnızca bir tanım yapılmakla yetinilmesi normaldir. Sürdürülebilirlik borçlanma araçlarının ayrıntılı olarak düzenlenmemesi bir eksiklik değildir, nitekim bu konuda ICMA İlkeleri de SBG’de benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Normal olmayan ise, sosyal borçlanma araçlarına ilişkin hiçbir düzenleme yapılmaksızın sürdürülebilirlik borçlanma araçlarından bahis açılmasıdır. Nitekim, YBA Rehberi’nde bahsi geçen “sosyal olumlu etki” ve “toplumsal etkileri içeren” projenin neyi ifade ettiği ve nasıl anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bu noktada, ICMA İlkeleri’nin tamamlayıcı olarak uygulanacak olmasından hareketle SBP hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanacağı düşünülebilir⁹⁵. SBP hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanacağı durumda bile YBA Rehberi’nde sosyal borçlanma araçlarının anılması, çok detaylı olmasa da açıklanması daha doğru olurdu.

2. Kavramlara İlişkin Sorunlar

YBA Rehberi’nin barındırdığı en büyük sorunlardan birisi kullanılan kavramlara ilişkindir. Nitekim, ICMA sistematüğünde net, teknik ve yerleşmiş anlama sahip “sürdürülebilir” ve “sürdürülebilirlik” ifadeleri YBA Rehberi’nin çekirdek kavramları oldukları halde tutarlı ve doğru şekilde kullanılmamıştır.

Uluslararası uygulamada başta ICMA tarafından olmak üzere “sürdürülebilir borçlanma aracı” kavramı; “yeşil borçlanma aracı”, “sosyal

⁹⁴ YBA Rehberi’ndeki “sürdürülebilir borçlanma aracı” teriminin ICMA İlkeleri’ndeki “sürdürülebilirlik borçlanma aracı” kavramına karşılık gelmesine ilişkin bkz. III.C.2. Kavramlara İlişkin Sorunlar.

⁹⁵ ICMA İlkeleri’nin tamamlayıcı olarak uygulanmasına ilişkin bkz. III.C.5. ICMA İlkeleri’ne Atıf Yapılması.

borçlanma aracı, “sürdürülebilirlik borçlanma aracı” ve “sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma aracı” kavramlarının tamamını kapsayan bir çatı kavram olarak kullanılmaktadır⁹⁶. Buna karşın, “sürdürülebilir borçlanma aracı” ve “sürdürülebilir kira sertifikası” kavramları YBA Rehberi kapsamında “yeşil ve sosyal olumlu etki doğuran”, “çevresel ve toplumsal olumlu etkileri birlikte içeren projelerin” finansmanında kullanılacak olan borçlanma araçları ile kira sertifikalarını ifade etmektedir⁹⁷. ICMA İlkeleri’ne göre, yeşil ve sosyal olumlu etkiyi birlikte doğuran anılan borçlanma araçları, “sürdürülebilirlik borçlanma araçları” olarak isimlendirilmektedir⁹⁸. Buradan anlaşıldığı üzere, YBA Rehberi kapsamındaki sermaye piyasası araçlarına ilişkin “sürdürülebilir” nitelemesi ICMA İlkeleri’ndeki “sürdürülebilirlik” ifadesinin yerine kullanılmaktadır.

Şaşırtıcı şekilde, YBA Rehberi’nde “sürdürülebilirlik borçlanma aracı” ifadesi de bir kez kullanılmış olup bu kavramın neyi ifade ettiği açıklanmamış, bu tür borçlanma araçları için SBG’nin dikkate alınması tavsiye edilmiştir. Ancak burada “Sürdürülebilirlik Tahvili Rehberleri” (Sustainability Bond Guidelines – SBG), “Sürdürülebilir Tahvil İlkeleri” şeklinde hatalı şekilde Türkçeye çevrilmiştir⁹⁹. Dolayısıyla YBA Rehberi, hem sürdürülebilirlik borçlanma araçlarını düzenlemediğine işaret etmekte hem de “sürdürülebilir borçlanma aracı” adı altında bunları ele almaktadır.

YBA Rehber Taslağı’nda “sürdürülebilirlik temalı” ihraçlardan bahsedilmişse de bu ifade YBA Rehberi’ne alınmamıştır¹⁰⁰. Buna karşın YBA Rehber Taslağı’ndaki “yeşil temalı sermaye piyasası aracı” ifadesi YBA Rehber’inde “yeşil/sürdürülebilir temalı sermaye piyasası aracı” şeklinde korunmuştur¹⁰¹. Ne YBA Rehberi’nde ne de başkaca bir yerde

⁹⁶ Buna ilişkin bkz. III.B.1. ICMA Sistematığının Temel Yapısı.

⁹⁷ Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 1, 4.

⁹⁸ Buna ilişkin bkz. III.B.1. ICMA Sistematığının Temel Yapısı.

⁹⁹ YBA Rehberi’nde, önemli olarak değerlendirilebilecek ve ICMA sistematığı ile örtüşmeyen başkaca çeviri hataları da mevcuttur. Örneğin, UoP borçlanma araçlarına ilişkin dört temel bileşenden biri olan “ihraçtan elde edilen fonun yönetimi” kapsamında ICMA İlkeleri’nde “lending and investment operations” ifadesi kullanılmaktayken aynı bileşene ilişkin YBA Rehberi’nde “borçlanma ve yatırım süreçleri” ibaresi bulunmaktadır. “Lending”, ihraççının kredi (borç) vermesini ifade etmekte olup “borçlanma” bunun tam tersi bir anlam taşımaktadır.

¹⁰⁰ Bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, “SPK Yeşil Borçlanma Aracı ve Yeşil Kira Sertifikası Rehber Taslağı”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2021, <<https://spk.gov.tr/data/61e22aef1b41c612388360c3/912f055b0fd6731f15ccf0fbdccb4b5b.pdf>>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2024, s. 3.

¹⁰¹ Bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehber Taslağı*, s. 1; Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA*

“yeşil temalı” veya “sürdürülebilir temalı” nitelendirmelerinin ne anlama geldiği açıklanmış değildir. YBA Rehberi ve ICMA İlkeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, YBA Rehberi’ndeki “yeşil” ile “yeşil temalı” ve “sürdürülebilir” ile “sürdürülebilir temalı” nitelendirmelerinin bir ve aynı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir¹⁰². Uygulama, mevzuat ve doktrinde henüz yeterince yerleşmemiş bir kavramın bu şekilde çeşitlendirilmesi sakıncalı olabilecek niteliktedir¹⁰³.

Gerek mevcut gerekse de YBA Rehberi temel alınarak şekillenecek doktrin, uygulama ve çeşitli diğer kuralların hem kendi içerisinde hem de yerleşmiş uluslararası kullanım ile uyumlu olabilmesi için YBA Rehberi’ndeki açıklanan kavram sorunlarının ivedilikle giderilmesi gerekmektedir.

3. Borçlanmayı Temsil Eden Diğer Menkul Kıymetlerden Kira Sertifikasının Ayrıştırılması Tercihi

a. Borçlanmayı temsil eden diğer menkul kıymetlerin yeşil veya sürdürülebilir olarak nitelendirilmesi

Varlığa ve ipotēge dayalı menkul kıymetler (VİDMK), varlık ve ipotek teminatlı menkul kıymetler (TMK), projeye dayalı menkul kıymet (PDMK) ve gayrimenkul sertifikası gibi sermaye piyasası araçları için de “yeşil” veya “sürdürülebilir” nitelendirmesinin bu sermaye piyasası araçlarının YBA Rehberi’nde belirtilen nitelikleri taşıması ve YBA Rehberi’nde belirtilen yükümlülüklerin ihraççılar tarafından yerine getirilmesi koşuluyla yapılabileceği belirtilmiştir¹⁰⁴. YBA Rehberi kapsamında borçlanma aracı kavramı, VII – 128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği’ndeki (BA Tebliği)

Rehberi, s. 2.

¹⁰² Her ne kadar ICMA İlkeleri’nde “tema” ve “temalı” ifadeleri kullanılsa da bunlarla ifade edilen “temalı borçlanma araçları”; ICMA İlkeleri kapsamında sürdürülebilir borçlanma aracı olmamakla birlikte esasen çevresel ve/veya sosyal olumlu etkilere katkı sağlayan başkaca standartlar kapsamındaki borçlanma araçlarıdır. Buna ilişkin bkz. ICMA, *GBP*, s. 8; ICMA, *SBP*, s. 7; ICMA, *SBG*, s. 3.

¹⁰³ Örneğin, Borsa İstanbul tarafından sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin oluşturulan endeksler “BIST Sürdürülebilir Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri” olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz. I.C. Sürdürülebilir Borçlanma Araçlarına İlişkin Borsa İstanbul Endeksleri.

¹⁰⁴ Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 2. Rehber metninde “yeşil/sürdürülebilir temalı” nitelendirmesi yapılabileceği belirtilmiş olsa da bu nitelendirme, “yeşil” veya “sürdürülebilir” nitelendirmeleriyle eş anlamdadır. Bu konuda ayrıca bkz. III.C.2. Kavramlara İlişkin Sorunlar.

anlamıyla kullanılmıştır¹⁰⁵. Dolayısıyla, YBA Rehberi’ndeki borçlanma aracı kavramı VİDMK, TMK, PDMK, gayrimenkul sertifikası ve kira sertifikası kavramlarını dışlamaktadır.

YBA Rehberi’nde yeşil veya sürdürülebilir olarak nitelendirilebilecek sermaye piyasası araçları yukarıda belirtildiği şekilde sayılmış ve “gibi sermaye piyasası araçları” denilmek suretiyle başkaca sermaye piyasası araçlarının da bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir¹⁰⁶. Anılan “gibi sermaye piyasası araçları” ifadesi ile hangi tür sermaye piyasası araçlarının kastedildiği açık değildir.

*Ejusdem generis*¹⁰⁷ ilkesi uyarınca YBA Rehberi’ndeki söz konusu “gibi sermaye piyasası araçları” ifadesinin ne anlama geldiği, bu ifadeden önce sayılan sermaye piyasası araçlarının ortak özelliklerine göre belirlenecektir. SPKn m. 3/1/ş hükmüne göre sermaye piyasası araçları, “menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını” ifade etmektedir. YBA Rehberi’nde sayılanların tamamı menkul kıymet niteliğinde olduğundan, türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri dahil SPK tarafından bu kapsamda olduğu belirtilen diğer sermaye piyasası araçları için “yeşil” veya “sürdürülebilir” nitelmesi yapılamayacaktır. SPKn m. 3/1/o hükmündeki menkul kıymet tanımından hareket edildiğinde her çeşidiyle menkul kıymetler için de “yeşil” veya “sürdürülebilir” nitelemesinin yapılması mümkün

¹⁰⁵ Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 3. Anılan hükümde borçlanma araçları, ihraççıların BA Tebliği hükümlerine göre borçlu sıfatıyla düzenleyerek ihraç ettikleri tahvilleri, paya dönüştürülebilir tahvilleri, değiştirilebilir tahvilleri, finansman bonolarını, kıymetli maden bonolarını ve BA Tebliği m. 34 çerçevesinde niteliği itibarı ile borçlanma aracı olduğu SPK tarafından kabul edilecek sermaye piyasası araçlarını ifade etmektedir.

¹⁰⁶ Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 2.

¹⁰⁷ *Ejusdem generis*, “aynı türden” şeklinde Türkçeye tercüme edilebilir. Bu yorum ilkesine göre, mevzuat metinlerinde belirli kelimeleri takiben daha genel bir kelimenin kullanılması durumunda; söz konusu genel kelime, açıkça belirtilenlerle aynı türden veya sınıftan kişileri veya nesneleri ifade edecek şekilde anlamlandırılır. Örneğin, bir kanunda “otomobil, traktör, motosiklet ve diğer motorlu taşıtlar” şeklinde bir ifade kullanıldıysa, bir uçak bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Zira, sayılan motorlu araçların tamamı karayollarında kullanılan araçlardır. Anılan yorum ilkesine ilişkin bkz. Gregory R. Englert, “The Other Side of *Ejusdem Generis*”, *Scribes Journal of Legal Writing*, 11, 2007, s. 52; Legal Information Institute, “*Ejusdem Generis*”, *Cornell Law School*, <https://www.law.cornell.edu/wex/ejusdem_generis>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024; Bernard W. Bell, ““No Motor Vehicles in the Park”: Reviving the Hart-Fuller Debate to Introduce Statutory Construction”, *Journal of Legal Education*, 48(1), 1998, s. 91; BJ Ard, “Interpreting by the Book: Legislative Drafting Manuals and Statutory Interpretation”, *The Yale Law Journal*, 120(1), 2010, s. 190, 193.

değildir. Nitekim, YBA Rehberi’nde sayılan menkul kıymetlerin ortak özelliği hepsinin “borçlanmayı temsil eden menkul kıymet¹⁰⁸” niteliğinde olmasıdır. Dolayısıyla, SPKn m. 3/1/o/1’de sayılan “paylar, pay benzeri diğer menkul kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları” için de “yeşil” veya “sürdürülebilir nitelmesi yapılamayacaktır. Açıklanan nedenlerle, YBA Rehberi’nde sayılanlar dışındaki bir sermaye piyasası aracı ancak borçlanmayı temsil eden menkul kıymet olması önkoşuluyla “yeşil” veya “sürdürülebilir” olarak nitelendirilebilecektir¹⁰⁹.

b. Kira sertifikasının ayrıştırılması

Borçlanma aracı kavramı dışında kalan sermaye piyasası araçlarından yalnızca kira sertifikası diğerlerinden ayrıştırılarak YBA Rehberi’nde “yeşil kira sertifikası” ve “sürdürülebilir kira sertifikası” şeklinde ismen anılmıştır. Kira sertifikasına ilişkin anılan terimler, bunlara ilişkin kayda değer bir fark ortaya konulmaksızın kullanılmıştır. Bu noktada, kira sertifikalarının borçlanmayı temsil eden diğer menkul kıymetler ile birlikte¹¹⁰ sayılmak yerine YBA Rehberi’nin gerek başlığında gerekse de içeriğinde ayrıca

¹⁰⁸ Buradaki “borçlanmayı temsil eden menkul kıymet” ifadesi; menkul kıymetlerden, kurumsal finansmanın borçlanma yöntemiyle yapılmasına hizmet edenleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kapsamda, SPKn m. 3/1/o/2’de sayılan “borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları” borçlanmayı temsil eden menkul kıymetleri ifade etmektedir. Benzer bir yaklaşımla “sermaye piyasası olarak borçlanmayı temsil eden araçlar” kavramını benimseyen görüş için bkz. Karacan / Erişir Karacan, s. 231 vd.

¹⁰⁹ Bu çerçevede değerlendirildiğinde; başkaca sermaye piyasası araçlarının da YBA Rehberi kapsamında olması ve “yeşil” veya “sürdürülebilir” olarak nitelendirilebileceklerinden hareketle anılan rehberin adı ve içeriğinin örtüşmediğini söyleyen görüş isabetli değildir. Söz konusu görüş için bkz. Emre Ali Deliktaş, “Avrupa Birliği’nin Sürdürülebilir Finans Düzenlemeleri Perspektifinden Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Yayınlanan “Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi”ne Bakış”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2023/1), 2023, s. 952–953, 965. Kaldı ki ICMA da hazırladığı İlkeler’i isimlendirirken “borçlanma aracı” (bond) kavramını kullanmakla birlikte borçlanmayı temsil eden diğer menkul kıymetler için de ICMA İlkeleri’nin uygulanabileceğini vurgulamıştır. Buna ilişkin bkz. ICMA, *GBP*, s. 8; ICMA, *SBP*, s. 7; ICMA / Islamic Development Bank / London Stock Exchange Group, “Guidance on Green, Social and Sustainability Sukuk”, ICMA / IsDB / LSEG, Nisan 2024, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/ICMA-IsDB-LSEG-Guidance-on-Green-Social-and-Sustainability-Sukuk-April-2024.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024, s. 6-8. Açıklananlar kapsamında, YBA Rehberi’nin isimlendirilmesinde “yeşil” veya “sürdürülebilir” olarak nitelendirilebilecek tüm sermaye piyasası araçlarının sayılmaması veya da bunların hepsini kapsayan bir terimin tercih edilmemesi bir eksiklik değildir.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. III.C.3.a. Borçlanmayı temsil eden diğer menkul kıymetlerin yeşil veya sürdürülebilir olarak nitelendirilmesi.

vurgulanması şaşırtıcıdır. Nitekim, uygulanacak kurallar anlamında YBA Rehberi’nde borçlanma araçları ile kira sertifikaları arasında neredeyse hiç fark bulunmamaktadır. Bu anlamda farklılaşan tek husus, borçlanma araçları bakımından ihraççılar için öngörülen yükümlülüklerin, kira sertifikaları bakımından varlık kiralama şirketi ve/veya fon kullanıcısı tarafından yerine getirilmesine ilişkindir¹¹¹.

Elbette, kira sertifikalarının mantığı ve hukuki sistematığı göz önünde bulundurulduğunda borçlanma araçlarından farklılaşan ve tereddüte neden olabilecek hususların olması kaçınılmazdır. Bu nedenledir ki ICMA İlkeleri ile birlikte kullanılmak üzere ICMA, İslam Kalkınma Bankası ve Londra Borsası Grubu iş birliğinde Sürdürülebilir Sukuk Rehberi hazırlanmış ve Nisan 2024’te yayımlanmıştır¹¹². Ayrıca bu konuda ülkemizde Yeşil Sukuk Çalışma Raporu yayımlanmıştır¹¹³. İlaveeten, YBA Rehberi’nin yayımlanmasından önceki süreçteki belgelerde de kira sertifikası (sukuk) ayrıca zikredilmiştir¹¹⁴. Bu durum, sürdürülebilir kira sertifikalarının gerek Türkiye’de gerekse de uluslararası piyasalarda taşıdığı önemi vurgulamaktadır. Ancak sürdürülebilir kira sertifikalarının taşıdığı önem ve bu alanda yapılan çalışmalar, “yeşil kira sertifikası” ve “sürdürülebilir kira sertifikası” kavramlarının, borçlanma araçlarından anlamlı herhangi bir şekilde farklılaştırılmaksızın YBA Rehberi’nde kullanılmasının gerekçesi olamamaktadır. Bu kapsamda YBA Rehberi’nde yapılması gereken değişiklik ya kira sertifikasının da VİDMK, TMK gibi sermaye piyasası araçlarından biri olarak sayılmakla yetinilmesi ya da Sürdürülebilir Sukuk Rehberi ve Yeşil Sukuk Çalışma Raporu’nda olduğu üzere sürdürülebilir kira sertifikalarına ilişkin YBA Rehberi’nde anlamlı farklılıkların ortaya konmasıdır.

4. Zorunlulukların Kapsamının Genişletilmesi

UoP borçlanma araçlarına ilişkin ICMA İlkeleri, dört temel bileşen üzerine inşa edilmiş olup bunların yanı sıra tavsiyelere yer verilmiştir¹¹⁵. YBA

¹¹¹ Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 2. Bu farklılaştırmanın bir yansıması olarak çerçeve belgesi örneği ve özet raporu örneğinde de farklılaştırılmaya gidilmiştir. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 15-22.

¹¹² ICMA / Islamic Development Bank / London Stock Exchange Group, s. 1.

¹¹³ Bu rapor için bkz. T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi, “Yeşil Sukuk Çalışma Raporu: Mevcut Durum, Tespitler ve Öneriler”, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi, 2022, <<https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.

¹¹⁴ Bu belgelere ilişkin bkz. I.B. YBA Rehberi ve Hazırlık Çalışmaları.

¹¹⁵ Bu konuda bkz. III.B.2.b. Tavsiyeler.

Rehberi de bu dört temel bileşeni bir bütün olarak benimsemiştir¹¹⁶. Ayrıca YBA Rehberi, ICMA'nın çerçeve belgesinin hazırlanması ve dış değerlendirmeye ilişkin tavsiye olarak belirttiği sistemi bir gereklilik olarak içe aktarmıştır¹¹⁷. Söz konusu tavsiyelerin amacı¹¹⁸ göz önünde bulundurulduğunda, SPK'nın daha katı bir yaklaşımla tavsiye edilen hususların uygulanmasını zorunlu tutması borçlanma aracı sahiplerinin korunmasına hizmet ettiğinden olumlu olarak değerlendirilmelidir. Böylelikle Türkiye'deki UoP borçlanma araçları için belirlenen asgari standartlar özünde ICMA'nın tavsiye ettiği standartlar olarak ortaya çıkmaktadır.

5. ICMA İlkeleri'ne Atıf Yapılması

YBA Rehberi'nde, ICMA tarafından hazırlanan GBP'nin Haziran 2021 versiyonunun esas alındığı belirtilerek GBP'nin yanı sıra YBA Rehberi kapsamındaki konuların uygulanmasına ilişkin ICMA tarafından hazırlanan diğer ilke setlerinin de tamamlayıcı olarak esas alınabileceği belirtilmiştir¹¹⁹. Sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçları YBA Rehberi'nin kapsamı dışında bırakılmış olduğundan¹²⁰ bu ifadenin ICMA tarafından hazırlanan ilke setlerinden UoP borçlanma araçlarına ilişkin olanlar şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır. Bu noktada, anılan ICMA İlkeleri'nin "tamamlayıcı olarak" esas alınmasından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

ICMA İlkeleri'nin tamamlayıcı olarak esas alınmasından (uygulanmasından) anlaşılması gereken, YBA Rehberi'nde hiç ya da gerektiği ayrıntıda düzenlenmemiş olan konulara ilişkin yukarıda belirtilen ICMA İlkeleri'nde hüküm olması durumunda, ICMA İlkeleri'nin söz konusu hükümlerinin uygulama alanı bulmasıdır¹²¹. Ancak, YBA

¹¹⁶ Bu doğrultuda bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 6–11.

¹¹⁷ Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 4–5.

¹¹⁸ Bu amaç şeffaflığın artırılması olarak belirtilmiştir. Buna ilişkin bkz. ICMA, *GBP*, s. 4, 7, 9; ICMA, *SBP*, s. 3, 6, 8; ICMA, *SBG*, s. 2, 4.

¹¹⁹ Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 1.

¹²⁰ Bu konuda bkz. III.C.1.a. Sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçlarının YBA Rehberi kapsamında olmaması.

¹²¹ Tamamlayıcı hukuk kuralları ile tamamlayıcı hukuk kaynaklarının uygulanmasına ilişkin esaslar bu sonuca götürmektedir. Tamamlayıcı hukuk kuralları, hukuki işlem ile tarafların öngörmediği hususlarda uygulama alanı bulan ve hukuki işlemi tamamlayan hukuk kurallarıdır. Buna ilişkin bkz. B. İlkay Engin / Yeşim M. Atamer, *Serozan Medeni Hukuk: Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 103; Hüseyin

Rehberi'nin düzenlemiş olduğu konularda ICMA İlkeleri'ndeki hükümler uygulanamayacaktır. ICMA İlkeleri'nde düzenlenmekle beraber YBA Rehberi'nde bilinçli olarak düzenlenmemiş hususlarda SPK'nın, ICMA İlkeleri'nin uygulanmasını istediği açıktır. Dolayısıyla, ICMA İlkeleri'ne ancak YBA Rehberi'nin aksine bir düzenleme öngörmemiş olması durumunda başvurulabilecektir. Böylelikle, bir yandan SPK'nın ICMA İlkeleri'nden farklılaşan (ancak yine de ICMA sistematigi ile uyumlu olan) kurallar benimsemesi mümkün olurken diğer yandan bu konuda dünyaca kabul gören standartları belirleyen ICMA'nın uzmanlığından yararlanılması ve bu alandaki gelişmelerin takip edilebilmesi olanaklı kılınmaktadır.

ICMA İlkeleri'nin tamamlayıcı olarak uygulanması suretiyle SPK'nın farklılaşan nitelikte kurallar belirlemesine örnek olarak; ICMA İlkeleri'nde dört temel bileşene ek olarak iki grup hususun tavsiye edilmekle birlikte uygulanması zorunlu olmayan hususların YBA Rehberi uyarınca uygulanmalarının zorunlu kılınması gösterilebilir¹²². ICMA kurallarının güncellenmesi ve ICMA İlkeleri'nin tamamlayıcı olarak uygulanması suretiyle güncel gelişmelerin takip edilmesi ve yaşanan belirsizliklerin giderilmesi mümkün hâle gelmektedir. Örneğin, YBA Rehberi'nde “mavi borçlanma araçları¹²³” da belirtilmiş olup bunların yeşil borçlanma araçlarının bir çeşidi mi yoksa ayrı bir tür borçlanma aracı mı olduğu YBA Rehberi'nden anlaşılammaktadır¹²⁴. YBA Rehberi'nin yayımlandığı tarihten (Şubat 2022)

Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 63; Mehmet Ayan / Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 13. Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s. 52; Hüseyin Altaş / İrem Tuğçe Döngül, *Medeni Hukuk: Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 64–65; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, 2016, s. 83; Mustafa Dural / Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, 2023, s. 71; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 84–85. Örf ve âdet hukuku, tamamlayıcı hukuk kaynağı olarak değerlendirilmekte olup kanunu tamamlayan hukuk kurallarıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1'de belirtildiği üzere olaya uygulanabilecek yazılı bir hukuk kuralı mevcut olmadığında örf ve âdet hukuku uygulama alanı bulabilecek ve yazılı hukuk kuralını tamamlayacaktır. Buna ilişkin bkz. Hatemi, s. 63, 77; Engin / Atamer, s. 106–107; Kılıçoğlu, s. 24–25; Dural / Sarı, s. 45–48; Oğuzman / Barlas, s. 105–107.

¹²² Buna ilişkin bkz. III.C.4. Zorunlulukların Kapsamının Genişletilmesi.

¹²³ Mavi borçlanma araçları kavramı, “deniz ve okyanus gibi su yaşam alanlarında olumlu çevresel, ekonomik ve iklimsel fayda sağlayan projelere kaynak bulmak amacıyla ihraç edilen borçlanma araçlarını” ifade etmektedir. Buna ilişkin bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, *YBA Rehberi*, s. 4.

¹²⁴ Bu noktada, mavi borçlanma araçlarını “yeşil” ve “sürdürülebilir” borçlanma araçları yanında ayrıca bir tür olarak ele alan yaklaşım için bkz. Deliktaş, s. 952, 954.

sonra ICMA, GBP'ye Ek I bölümünü Haziran 2022'de ekleyerek GBP'nin uygulanmasına ilişkin tereddüt bulunan bazı hususları netleştirmiştir¹²⁵. Bu kapsamda GBP Ek I'de bu konuya açıklık getirilmiş, GBP'deki dört temel bileşen ile uyumlu olduğu sürece mavi borçlanma araçlarının da yeşil borçlanma aracı olduğu açıkça vurgulanmıştır¹²⁶. Bu kapsamda, ICMA İlkeleri'nin tamamlayıcı olarak uygulanması suretiyle YBA Rehberi'ndeki mavi borçlanma araçlarına ilişkin tereddüt giderilmekte ve bunların yeşil borçlanma araçlarının bir alt türü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ

Türkiye'yi yakından ilgilendiren uluslararası belgeler, AB'deki hukuki gelişmeler ile çeşitli hükümet politikalarının bir devamı olarak YBA Rehberi 2022'de yayımlanmış ve sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin Türkiye'deki yasal zemin oluşturulmuştur. Bu rehber kapsamında ihraç edilecek sürdürülebilir borçlanma araçları hukuki nitelik itibarıyla herhangi bir borçlanma aracından farksız olmakla birlikte çeşitli noktalarda farklılaşan özellikler göstermektedirler. YBA Rehberi ise SPK tarafından yürürlüğe konulan bir adsız düzenleyici işlem niteliğindedir.

SPK'nın YBA Rehberi'ni hazırlarken temel olarak ICMA İlkeleri'ni esas alması yerinde bir tercih olmuştur. Nitekim, sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin çeşitli standartlar arasında tartışmasız en geniş kabul göreni ve uygulananı ICMA İlkeleri' olduğu gibi SPK'nın herhangi bir düzenleme yapmasından önceki dönemde de merkezi Türkiye'de bulunan ihraççılar tarafından ICMA İlkeleri'ne uygun ihraç yapılmış olması bu görüşü desteklemektedir.

ICMA İlkeleri esasen UoP ve sürdürülebilirlik bağlantılı borçlanma araçları olmak üzere iki ana tür borçlanma aracını ele almaktadır. YBA Rehberi, yalnızca UoP borçlanma araçlarına ilişkin olup SPK'nın SBBA'ları rehberin kapsamı dışında bırakması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, UoP borçlanma araçlarının bir türü olan sosyal borçlanma araçlarının ismen dahi belirtilmemiş olması, YBA Rehberi'nin sürdürülebilirlik borçlanma araçlarını da konu edindiği düşünüldüğünde iyileştirilmesi gereken bir nokta olarak görülebilir.

¹²⁵ Ek I (Appendix I) için bkz. ICMA, *GBP*, s. 8.

¹²⁶ ICMA, *GBP*, s. 8. Ayrıca bkz. ICMA / Islamic Development Bank / London Stock Exchange Group, s. 5, 8.

YBA Rehberi’ndeki en önemli sorunlardan bir tanesi, teknik anlamlar taşıyan başta “sürdürülebilir” ve “sürdürülebilirlik” terimleri olmak üzere belirli bazı kavramların ICMA İlkeleri ve uluslararası yerleşik kullanımla uyum içerisinde olmamasıdır. İlaveten, bu kavramların YBA Rehberi’nde de her zaman yeknesak ve sabit anlamda kullanıldığını söyleyebilmek güçtür. Hem uluslararası standartların yakalanması hem de Türkiye’de gelişecek olan düzenleme ve uygulamalarla bu ayrıksılığın derinleşmesinin önüne geçilmesi bakımından kavramlara ilişkin gerekli güncellemelerin yapılması gerekmektedir.

Borçlanmayı temsil eden diğer menkul kıymetlerin ayrıntılı düzenlenmemiş olması bir eksiklik olmamakla birlikte bunların bir türü olan kira sertifikasının gerek YBA Rehberi’nin başlığında gerekse de içeriğinde borçlanma araçlarıyla belirgin bir farklılık olmaksızın ismen ayrıştırılmış olmasını anlamak güçtür. Bu kapsamda önerimiz ya kira sertifikalarının ismen ayrıştırılmasından vazgeçilmesi ve VİDMK, PDMK gibi sayılmakla yetinilmesi ya da kira sertifikasının borçlanma araçlarından ayrılan yönlerine ilişkin yön gösterici, görece daha detaylı hükümlere yer verilmesidir.

YBA Rehberi esasen belirli noktalarda ICMA İlkeleri’nin tavsiyelerini asgari standart olarak belirlemiştir. Bu tutum, şeffaflığın artırılması suretiyle borçlanma aracı sahiplerinin korunmasına daha iyi hizmet ettiğinden olumludur. İlaveten, YBA Rehberi’nde ICMA İlkeleri’nin tamamlayıcı olarak uygulanması öngörülmüş ve bu kapsamda UoP borçlanma araçlarına ilişkin ICMA İlkeleri’nin aksi YBA Rehberi’nde düzenlenmediği sürece uygulanması mümkün kılınmıştır. Bu yöntemle hem SPK’nın gerekli gördüğü noktalarda farklılaşmaya gitmesi hem de ICMA’nın uzmanlığından yararlanması mümkün hâle gelmiştir.

KAYNAKÇA

- “CHAPTER XXVII ENVIRONMENT: 7. d Paris Agreement”, *United Nations Treaty Collection*, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2024.
- AKBANK, “Akbank Becomes the First Turkish Bank to Issue a Green Bond during COVID-19 Pandemic”, *AKBANK Investor Relations*, 6 Ekim 2020, <<https://www.akbankinvestorrelations.com/en/news/detail/Akbank-becomes-the-first-Turkish-bank-to-issue-a-Green-Bond-during-COVID-19-pandemic/540/1283/0>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.
- Altaş H/ Döngül İ T, *Medeni Hukuk: Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ard BJ, “Interpreting by the Book: Legislative Drafting Manuals and Statutory Interpretation”, *The Yale Law Journal*, 120(1), 2010, s. 185-200.
- ASEAN, “ASEAN Green Bond Standards”, ASEAN, 2018, <<https://www.theacmf.org/images/downloads/pdf/AGBS2018.pdf>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.
- Ayan M / Ayan N, *Medenî Hukuka Giriş*, 13. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydem Renewables, “Aydem Renewables Green Financing Framework”, Aydem Renewables, 2021, <<https://www.aydemyenilenebilir.com.tr/upload/custom/PDF/AydemGreenFinancingFramework-20-1.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.
- Bell B W, ““No Motor Vehicles in the Park”: Reviving the Hart-Fuller Debate to Introduce Statutory Construction”, *Journal of Legal Education*, 48(1), 1998, s. 88-100.
- Bloomberg / Barclays / MSCI, “Bloomberg Barclays MSCI Global Green Bond Index”, Bloomberg / Barclays / MSCI, 2021, <https://www.msci.com/documents/10199/242721/Barclays_MSCI_Green_Bond_Index.pdf/6e4d942a-0ce4-4e70-9aff-d7643e1bde96>, Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.
- Borsa İstanbul A.Ş. Endeks Direktörlüğü, “BIST Sürdürülebilirlik Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri Hakkında Duyuru”, Borsa İstanbul

A.Ş., 3 Mayıs 2024, <<https://borsaistanbul.com/files/duyuru-26005.pdf>>, Erişim Tarihi 7 Mayıs 2024.

Borsa İstanbul A.Ş., “BIST Sürdürülebilirlik Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri Kural Seti”, Borsa İstanbul A.Ş., 13 Mayıs 2024, <<https://www.borsaistanbul.com/files/bist-surdurulebilirlik-temali-borclanma-araclari-endeksleri-kural-seti.pdf>>, Erişim Tarihi 17 Mayıs 2024. (Kural Seti)

Borsa İstanbul A.Ş., “BIST Sürdürülebilirlik Temalı Borçlanma Araçları Endeksleri”, *Borsa İstanbul*, <<https://www.borsaistanbul.com/tr/endeks/5/bist-surdurulebilirlik-temali-borclanma-araclari-endeksleri>>, Erişim Tarihi 28 Mayıs 2024.

Brealey R A / Myers S C / Allen F / Edmans A, *Principles of Corporate Finance*, 14. Bası, McGraw Hill, 2022.

CBI, “Climate Bonds Standard 4.1: Globally Recognised, Paris-Aligned Certification of Debt Instruments, Entities and Assets Using Robust, Science-Based Methodologies”, CBI, 2024, <<https://www.climatebonds.net/files/files/climate-bonds-standard-v4-1-202403.pdf>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

Cleveland F A, “Classification and Description of Bonds”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 30 (Bonds as Investment Securities), 1907, s. 208-219.

Deliktaş E A, “Avrupa Birliği’nin Sürdürülebilir Finans Düzenlemeleri Perspektifinden Sermaye Piyasası Kurulu Tarafından Yayımlanan “Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi”ne Bakış”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2023/1), 2023, s. 899-973.

Dematos D, “Venice’s Fiscal Restructurings”, *The Tontine Coffee-House: A History of Finance*, 4 Mayıs 2020, <<https://tontinecoffeehouse.com/2020/05/04/venices-fiscal-restructurings/>> Erişim Tarihi 21 Mart 2022.

Dural M / Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, 2023.

Engin B İ / Atamer Y M, *Serozan Medeni Hukuk: Genel Bölüm Kişiler Hukuku*,

9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Englert G R, “The Other Side of Ejusdem Generis”, *Scribes Journal of Legal Writing*, 11, 2007, s. 51-56.

EU Technical Expert Group on Sustainable Finance, “Report on EU Green Bond Standard”, European Commission, 2019, <https://finance.ec.europa.eu/document/download/bca86ee3-0534-49fe-a7c4-c6ba3a73b63b_en?filename=190618-sustainable-finance-teg-report-green-bond-standard_en.pdf>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

European Commission / adelphi / COWI / EnergyPro / Eunomia, “Study on the Potential of Green Bond Finance for Resource-Efficient Investments”, European Commission, 2016, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5a95e1b0-dc82-11e6-ad7c-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-310936317>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

European Commission, “Communication from The Commission to The European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions: The European Green Deal”, European Commission, 11 Aralık 2019, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024. (Green Deal)

European Union, “Regulation (EU) 2023/2631 of the European Parliament and of the Council of 22 November 2023 on European Green Bonds and Optional Disclosures for Bonds Marketed as Environmentally Sustainable and for Sustainability-Linked Bonds”, EUR-Lex, 30 Kasım 2023, <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2631/oj>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024. (EU GBS)

Fuller G, *The Law and Practice of International Capital Markets*, 3. Bası, LexisNexis, 2012.

Goetzmann WN, *Money Changes Everything: How Finance Made Civilization Possible*, Princeton University Press, 2017.

Gözler K, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.

Gullifer L / Payne J, *Corporate Finance Law: Principles and Policy*, 3. Bası, Hart Publishing, 2020.

Hatemi H, *Medeni Hukuk’a Giriş*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

ICMA / Islamic Development Bank / London Stock Exchange Group, “Guidance on Green, Social and Sustainability Sukuk”, ICMA / IsDB / LSEG, Nisan 2024, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/ICMA-IsDB-LSEG-Guidance-on-Green-Social-and-Sustainability-Sukuk-April-2024.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.

ICMA, “Analysis of China’s Green Bond Principles”, ICMA, 2022, <<https://www.icmagroup.org/assets/Analysis-of-Chinas-Green-Bond-Principles.pdf>>, Erişim Tarihi 19 Nisan 2024. (China’s Green Bond)

ICMA, “Green Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds”, ICMA, 2022, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Green-Bond-Principles-June-2022-060623.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024. (GBP)

ICMA, “Guidelines for Green, Social, Sustainability and Sustainability-Linked Bonds External Reviews”, ICMA, 2022, <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/External-Review-Guidelines_June-2022-280622.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

ICMA, “Social Bond Principles: Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds”, ICMA, 2023, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2023-updates/Social-Bond-Principles-SBP-June-2023-220623.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024. (SBP)

ICMA, “Sustainability Bond Guidelines”, ICMA, 2021, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Sustainability-Bond-Guidelines-June-2021-140621.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024. (SBG)

ICMA, “Sustainability-Linked Bond Principles: Voluntary Process Guidelines”, ICMA, 2023, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2023-updates/Sustainability-Linked-Bond-Principles-June-2023-220623.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024. (SLBP)

ICMA, “Sustainable Bond Market Data”, ICMA, <<https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/sustainable-bonds-database/>>, Erişim Tarihi 27 Mayıs 2024. (Market Data)

- ICMA, “Sustainable Bonds Aligned with GBP, SBP, SBG and SLBP in 2023”, ICMA, 2024, <<https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/Sustainable-bonds-aligned-with-the-Principles-in-2023-180324.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024. (Aligned)
- ICMA, “Sustainable Finance”, ICMA, <<https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/>>, Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.
- IFC, “Green Bond Framework”, IFC, 2022, <<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/2023/IFC-Green-Bond-Framework-Jan-2023.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.
- IFC, “IFC Green Bonds Factsheet: Investing For a Greener and More Sustainable Future”, IFC, 2024, <<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doclink/2024/ifc-green-bonds-factsheet.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.
- International Finance Corporation (IFC), “Green Bond Handbook: A Step-By-Step Guide to Issuing Green Bond”, International Finance Corporation (IFC), 2022, <<https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/202203-ifc-green-bond-handbook.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.
- İŞBANK, “İŞBANK Sustainability Bond Framework”, İŞBANK, 2020, <<https://www.isbank.com.tr/contentmanagement/IsbankInvestorRelationsGeneric/prospectuses-and-offering-circulars/sustainability-bond-framework.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.
- Kaplan O, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Karacan A İ / Erişir Karacan E, *Sermaye Piyasası Araçları*, Legal Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu A M, *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, 2016.
- Korn R / Luderer B, “Simple as Vanilla Ice Cream. On Standard Financial Products”, *Money and Mathematics: A Conversational Approach to Modern Financial Mathematics and Insurance*, Springer, 2021, s. 105–106.
- Legal Information Institute, “Ejusdem Generis”, *Cornell Law School*, <https://www.law.cornell.edu/wex/ejusdem_generis>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

- LMA / APLMA / LSTA, “Green Loan Principles”, LMA / APLMA / LSTA, 2023, <https://www.lma.eu.com/application/files/8916/9755/2443/Green_Loan_Principles_23_February_2023.pdf>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.
- London Stock Exchange Group, “FTSE Impact Bond Index Series: Ground Rules v1.4”, London Stock Exchange Group, Nisan 2024, <https://www.lseg.com/content/dam/ftse-russell/en_us/documents/ground-rules/ftse-impact-bond-index-series-ground-rules.pdf>, Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.
- Luxembourg Green Exchange, “LGX DataHub”, *LGX DataHub* <<https://lgxhub-premium.luxse.com/>>, Erişim Tarihi 27 Mayıs 2024.
- Luxembourg Stock Exchange, “Discover LGX”, *Luxembourg Stock Exchange*, <<https://www.luxse.com/discover-lgx>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024.
- Lyon H, “Classification of Investment Bonds”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 88 (Bonds and the Bond Market), 1920, s. 4-11.
- Michie R C, *The Global Securities Market: A History*, 1. Bası, Oxford University Press, 2006.
- OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs and Committee on Financial Markets, “Report on Green, Social and Sustainability Bonds Issued by Multilateral Development Banks and Its Use for Infrastructure Financing”, OECD, DAF/CMF/AS(2023)3/REV2, 1 Eylül 2023, <[https://one.oecd.org/document/DAF/CMF/AS\(2023\)3/REV2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/CMF/AS(2023)3/REV2/en/pdf)>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.
- OECD, “Global Debt Report 2024: Bond Markets in a High-Debt Environment”, OECD, 2024, <<https://doi.org/10.1787/91844ea2-en>>, Erişim Tarihi 18 Mart 2024.
- Oğuzman M K / Barlas N, *Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 28. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Pezzolo L, “Bonds and Government Debt in Italian City-States, 1250-1650”, William N. Goetzmann / K. Geert Rouwenhorst (Ed.), *The Origins of Value: The Financial Innovations That Created Modern Capital Markets*, Oxford University Press, 2005, s. 145-164.

Pfaff N/ Altun Ö/ Egorov S, “Transition Finance in the Debt Capital Market”, ICMA, 2024, <<https://www.icmagroup.org/assets/Transition-Finance-in-the-Debt-Capital-Market-paper-ICMA-14022024.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

QNB, “Green, Social and Sustainability Bond Framework”, QNB, 2021, <<https://www.qnb.com/sites/qnb/qnbqatar/document/en/enGreen2021>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

S&P Dow Jones Indices, “S&P Green Bond Indices: Methodology”, S&P Dow Jones Indices, 2024, <<https://www.spglobal.com/spdji/en/documents/methodologies/methodology-sp-green-bond-indices.pdf>>, Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

SermayePiyasasıKurulu, “2022-2026 Stratejik Plan”, SermayePiyasasıKurulu, <https://spk.gov.tr/data/6371f6d71b41c60e747e608d/2022-2026STRATEJ%C4%B0K_PLAN.pdf>, Erişim Tarihi 28 Nisan 2024.

Sermaye Piyasası Kurulu, “Sermaye Piyasası Kurulu 2021 Faaliyet Raporu”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2022, <<https://spk.gov.tr/data/61e48f651b41c60d1404d687/2021Y%C4%B1%C4%B1FaaliyetRaporu.pdf>>, Erişim Tarihi 27 Mart 2024. (2021 Faaliyet Raporu)

Sermaye Piyasası Kurulu, “Sermaye Piyasası Kurulu 2022 Faaliyet Raporu”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2023, <<https://spk.gov.tr/data/SPK-Faaliyet-Raporu-2022/mobile/index.html#p=41>>, Erişim Tarihi 28 Nisan 2024.

Sermaye Piyasası Kurulu, “Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni 2022/10”, Sermaye Piyasası Kurulu, 24 Şubat 2022, <<https://spk.gov.tr/data/63499ba91b41c606d08792e0/2022-10.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024.

Sermaye Piyasası Kurulu, “SPK Basın Bülteni”, Sermaye Piyasası Kurulu, 5 Temmuz 2021, <<https://spk.gov.tr/data/61e349e71b41c6127032075f/8caf34c537a050b5d21bf34910791fe6.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Nisan 2024.

Sermaye Piyasası Kurulu, “SPK Yeşil Borçlanma Aracı ve Yeşil Kira Sertifikası Rehber Taslağı Basın Duyurusu”, *Sermaye Piyasası Kurulu*, 3 Kasım 2021, <<https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2021/spk-yesil-borclanma-araci-ve-yesil-kira-sertifikasi-rehber-taslagi->

basin-duyurusu>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024. (YBA Rehber Taslağı Basın Duyurusu)

Sermaye Piyasası Kurulu, “SPK Yeşil Borçlanma Aracı ve Yeşil Kira Sertifikası Rehber Taslağı”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2021, <<https://spk.gov.tr/data/61e22aef1b41c612388360c3/912f055b0fd6731f15ccf0fbdccb4b5b.pdf>>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2024. (YBA Rehber Taslağı)

Sermaye Piyasası Kurulu, “Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi”, Sermaye Piyasası Kurulu, 2022, <<https://spk.gov.tr/data/62187ba01b41c611303362b2/b2d06c64099c9e7e8877743afc7d2484.pdf>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2024. (YBA Rehberi)

Sermaye Piyasası Kurulu, “Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi Basın Duyurusu”, *Sermaye Piyasası Kurulu*, 24 Şubat 2022, <<https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2022/yesil-borclanma-araci-surdurulebilir-borclanma-araci-yesil-kira-sertifikasi-surdurulebilir-kira-sertifikasi-rehberi-basin-duyurusu>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024. (YBA Rehberi Basın Duyurusu)

Siems M M, “The Foundations of Securities Law”, *SSRN Electronic Journal*, 2008, <<http://www.ssrn.com/abstract=1089747>> Erişim Tarihi 20 Mart 2024.

Sustainalytics, “Second-Party Opinion: Arçelik A.Ş. Green Financing Framework”, Arçelik, 2021, <https://www.arcelikglobal.com/media/6293/arcelik-as-green-financing-framework-second-party-opinion_1705.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

Sustainalytics, “Second-Party Opinion: LimakPort Sustainability-Linked Bond Framework”, LimakPort, 2021, <<https://www.limakports.com.tr/files/2021/06/limakport-sustainability-linked-bond-framework-second-party-opinion.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

Sustainalytics, “Second-Party Opinion: VakıfBank Sustainable Finance Framework”, VakıfBank, 2020, <<https://www.vakifbank.com.tr/documents/pdf/VakifBank%20Sustainable%20Finance%20Framework%20Second%20Party%20Opinion%20Final.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

Şanlı Atay Y, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, TODAİE, 2011.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi, “Yeşil Sukuk Çalışma Raporu: Mevcut Durum, Tespitler ve Öneriler”, T.C. Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi, 2022, <<https://www.cbfo.gov.tr/sites/default/files/docs/2022-05/cbfo-yesil-sukuk-calisma-raporu.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Ekonomi Reformları Eylem Planı (Reform Takvimi)”, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 23 Mart 2021, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/2/2021/06/ekonomi-reformlari-eylem-planı-1.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, “Ekonomi Reformları”, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, 12 Mart 2021, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/ekonomik-reformlar-kitapçığı.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024.

T.C. Ticaret Bakanlığı, “Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021”, T.C. Ticaret Bakanlığı, 2021, <<https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTABAKAT%20YE%C5%9E%C4%B0L.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024.

Tan T / Bayazıt B, *İdare Hukuku*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, 2021.

Thorndike L, *The History Of Medieval Europe*, Houghton Mifflin Company, 1917.

TSKB, “TSKB Sustainable Finance Framework”, TSKB, 2020, <<https://www.tskb.com.tr/uploads/file/tskb-sustainable-finance-framework.pdf>>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)”, 2019, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkınma_Planı-2019-2023.pdf>, Erişim Tarihi 5 Nisan 2024.

Türkiye Cumhuriyeti, “Republic of Türkiye Updated First Nationally Determined Contribution”, UNDP, 2023, <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2023-04/T%C3%9CRK%C4%B0YE_UPDATED%201st%20NDC_EN.pdf>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2024.

UN Climate Change, “The Luxembourg Green Exchange | Luxembourg”, *UN*

Climate Change, <https://unfccc.int/climate-action/momentum-for-change/financing-for-climate-friendly-investment/luxembourg-green-exchange?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwxqayBhDFARIsAANWRnSPGZR01do9kdalPiEZLJHX7TAr1wKBcAxGq0RhIXv6CvKXD-awxmoaAqY_EALw_wcB>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024.

UNDP, “What Is Climate Finance and Why Do We Need More of It?”, *UNDP Climate Promise*, 2 Ekim 2023, <<https://climatepromise.undp.org/news-and-stories/what-climate-finance-and-why-do-we-need-more-it>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

United Nations, “UN Sustainable Development Goals”, *UN Sustainable Development Goals*, <<https://sdgs.un.org/goals>>, Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

Vestel, “Vestel Elektronik Green Bond Framework”, Vestel, 2020, <http://www.vestelinvestorrelations.com/_assets/pdf/Vestel-Elektronik-Green-Bond-Framework.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

Ziraat Bankası, “Green, Social & Sustainable Finance Framework”, Ziraat Bankası, 2020, <https://www.ziraatbank.com.tr/en/Investor-Relations-ZB/Documents/green_social_sustainable_finance_framework.pdf>, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

KANUNİ BABANIN EVLİLİK BİRLİĞİ İÇİNDE DOĞAN ÇOCUK İÇİN YAPTIĞI MASRAFLARI BİYOLOJİK BABADAN İSTEME HAKKI VE KAPSAMI

THE RIGHT AND THE SCOPE OF CLAIMING OF THE LEGAL
FATHER THE EXPENSES, HE MADE FOR THE CHILD, WHO WAS
BORN WITHIN THE MARRIAGE UNION FROM THE BIOLOGICAL
FATHER

İsmahan GÜLEN ERDOĞAN*  

ÖZET

Soybağı, bir kimsenin anası ve babası arasındaki kan bağıını ifade etmektedir. Çocuk ile baba arasındaki bu bağ, kural olarak evlilik ile kurulmaktadır. Ancak söz konusu bu bağ mutlak değildir. Evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası kanuni babadır. Çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olsa da genetik baba başka biri olabilir. Bu durum ikircikli bir hal yaratmaktadır. Fakat daha sonra dava yolu ile biyolojik baba tespit edilerek, çocuğun gerçek babası ile soybağı kurulması mümkündür. Çocuğun doğumundan başlayarak biyolojik babanın tespit edilmesine kadar geçen sürede çocuğun bakım, eğitim ve koruma giderlerini kanuni baba karşılamaktadır. Esasında biyolojik baba tarafından karşılanması gereken masraflar, kanuni baba tarafından, nafaka yükümlülüğünü yerine getirme ve kendi görevi olduğu bilinci ile üstlenilmiştir. Bu durum kanuni baba ile biyolojik babayı karşı karşıya getirmektedir. Çalışmamızda, “Kanuni baba, yaptığı masrafları biyolojik babadan talep edebilir mi?”, “Talebinin muhtevası nedir?”, “Bu kapsamda her türlü masrafın talep edilmesi mümkün müdür?” vb. sorulara, Türk ve Alman hukuku literatüründen faydalanmak

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ISPARTA., **E-posta:** ismgulenerdogan@gmail.com, **ORCID:** 0009-0006-9246-7637, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1397874.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Gülen Erdoğan İ, “Kanuni Babanın Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuk İçin Yaptığı Masrafları Biyolojik Babadan İsteme Hakkı ve Kapsamı”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(4), 2024, s.239-270.
- **İntihal/ Plagiarizm:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



suretiyle cevaplar sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, Nafaka ykmllğ, Kanuni baba, Biyolojik baba, Masrafların iadesi.

ABSTRACT

The paternity expresses the blood tie between the father and mother of a person. As a rule, this tie between father and child is established by marriage. But, this tie in question is not absolute. The father of a child, who was born within the marriage union, is the legal father. Even if the child is born in the marriage union, genetic father can be someone else. This situation creates an indecisive situation. But, later it is possible to establish paternity with the real father with detection of biological father by means of court proceedings. The education, care and protection expenses of the child within the period starting from birth until detection of the biological father, are met by the legal father. Actually, the expenses, required to be paid by the biological father, are undertaken by the legal father with conscience of carrying out the alimony liability and considering these as his own tasks. This situation brings the biological father against the legal father. “Can the legal father claim these expenses from biological father?”, “What might be the content of this claim?”, “Is it possible to claim all kinds of expenses in this context?” We will search answers to these and similar questions in our study by benefiting from literature of German and Turkish Laws.

Keywords: Paternity, Alimony liability, Legal father, Biological father, Return of expenses.

EXTENDED ABSTRACT

The development of the technology in recent years and the advances, recorded in medicine also concern the world of law closely. One of the institutions in the centre of this concern is the family law. Particularly, the detection of the legal status of mother and father becomes gradually more complicated. Correspondingly, the concepts, such as “Legal Father”, “Genetic Father”, “Desired Father”, “Biological Mom”, “Surrogate Mother” have had a foothold in the family terminology. Aforesaid situation bears legal consequences not only from the angle of family law, law of persons, but also from the angle of obligations law.

Marriage is not an absolute institution, that establishes paternity between father and child. Even if the child is born in the marriage union, genetic father can be someone else. This situation creates an indecisive situation. The father of the child, who is born in a marriage union, is legal father. But, status of legal father can change later as based on the law or by means of a lawsuit since it is not fixed as in the legal status of mother and paternity is established with real father of the child by detecting the biological father. This situation bears significant results particularly from the angle of fulfilling the alimony liability or its return. The legal father had provided the nursing, education and protection expenses of the child during the period, lasted starting from

the birth until detection of the real father. Actually, the expenses, required to be met by the biological father, had been undertaken by the legal father with the conscious of they are being his own tasks. This situation brings the legal father up against biological father. As there is an arrangement in German Law § 1607 III 2 in German Civil Law (BGB) related to the expense claim of legal father from biological father, these claims are forwarded as based on the provisions of wrongful act, unjustified enrichment or acting without authority in Turkish law.

In this study, we have tried to investigate on which basis the legal father would be able to claim the expenses, he made by believing he is fulfilling his alimony liability against his child, from the biological father later on. We have moved from the point of acceptance/learning of biological father with paternity rejection lawsuit that he has a child and by taking into consideration that biological father is not vicious.

Our study consists of four main titles. In the first title, the issue of belonging of the absorption liability of the child's expenses to the mother and father have been explained. The forms of establishing of paternity relation of the child with both father and mother have been reviewed under the second title. On which provisions, the expenses, made for the child will be able to be claimed forms the subject of the third title. The norms related to the claim have been given a place by opening three sub-titles here. According to this, it has been examined whether the conditions of the provisions of unjustified enrichment, acting without authority and wrongful act have been formed or not. Finally, the issue of the competition of the norms amongst these three separate institutions has been addressed in the fourth title.

Our study, which has been made by reading of the books, that form the main sources of German and Turkish law literatures and reviewing of the first degree court, supreme court and federal supreme court orders related to the subject, has taken its final form. According to this, our study has been completed by advising that it will be more practical and freer of discussion if an independent, autonomous arrangement is made in Turkish Civil law as it is in German law §§ 1607 III BGB i. v. m. 1613 II BGB without referring to the secondary provisions after it is detected that the legal father will be able to claim his expenses, he had made for the child from the biological father in accordance with the provisions of unjustified enrichment.

GİRİŞ

Son yıllarda gelişen teknoloji ve tıbbi alanda kaydedilen ilerlemeler, hukuk dünyasını da yakından ilgilendirmektedir. Bu ilginin odağında olan kurumlardan biri de aile hukukudur. Özellikle de ana ve babaya ait yasal statünün tespiti giderek karmaşık bir hal almaktadır. Buna bağlı olarak “kanuni baba”, “genetik baba”, “istenen baba”, “biyolojik ana”, “taşıyıcı

anne” vb. kavramlar artık aile hukuku terminolojisinde yer edinmiştir. Söz konusu durum, sadece aile hukuku, kişiler hukuku açısından değil; borçlar hukuku açısından da sonuç doğurmaktadır.

Evlilik, ocuk ile baba arasında soybağının kurulmasını sağlayan mutlak bir kurum değildir. ocuk, evlilik birliği içinde doğmuş olsa da genetik baba başka biri olabilir. Bu durum ikircikli bir hal yaratmaktadır. Evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası kanuni babadır. Fakat babanın hukuki statüsü, ananın hukuki statüsünde olduğu gibi sabit olmadığından sonradan kanuna dayalı olarak veya dava yolu ile değişebilir ve biyolojik baba tespit edilerek, çocuğun gerçek babası ile soybağı kurulabilir. Bu durum, özellikle nafaka doğurmaktadır çocuğun doğumundan başlayarak, gerçek babasının tespit edilmesine kadar geçen sürede çocuğa ait bakım, eğitim ve koruma giderleri kanuni baba karşılamaktadır. Esasında biyolojik baba tarafından karşılanması gereken masraflar, kanuni baba tarafından, kendi görevi olduğu bilinci ile üstlenilmiştir. Bu durum kanuni baba ile biyolojik babayı karşı karşıya getirmektedir. Kanuni babanın ocuk için yaptığı masrafları biyolojik babadan talebine ilişkin Alman hukukunda ř 1607 III 2 Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) zel bir dzenleme¹ varken, Türk hukukunda söz konusu talepler haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak ileri srlebilmektedir².

Biz de bu çalışmamızda, kanuni babanın kendi çocuğuna karşı nafaka yükümlülüğünü yerine getirdiğine inanarak yaptığı masrafları, sonradan biyolojik babadan hangi hükümlere dayanarak talep edebileceğini incelemeye çalıştık. Konu, biyolojik babanın, soybağının reddi davası ile bir çocuğu olduğunu öğrenmesi kabulünden hareket edilip, biyolojik babanın kötü niyetli olmadığı varsayılarak ele alınmıştır.

I. ÇOCUĞUN GİDERLERİNİ KARşILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

¹ BGH, Beschluss vom 19.9.2018 – XII ZB 385/17, NJW 2018, 3648; BGH, Urteil vom 16. 4. 2008- XII ZR 144/06 (OLG Celle), NJW 2008, 2433; Michael J. Zimmerman, “Der Unterhaltsregress des Scheinvaters bei inzidenter Vaterschaftsfeststellung”, FPR Heft 7, 2008, s. 327; OLG Köln, Beschluss vom 18.03.2002- 27 WF 41/02 BeckRS 2002, 5937.

² Yargıtay 2. HD, 4.6.2012, E. 2012/10167, K. 2012/14891, ve YHGK, 19.03.2019, E. 2019/85, K. 2019/314, <<https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-;> <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 18 Eylül 2023; Mehmet Akçaal, “Evlilik Birliği İçinde Doğan ocuklar İçin Koca Tarafından Yapılan Giderlerin Biyolojik Babadan Talebinin Hukuki Dayanağı”, *ABHFD*, (14), 2019, s. 443.

Ergin olmayan çocuk, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 335/I gereğince hem annenin hem de babanın velayeti altındadır. Velayet hakkı, ana ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulması ile doğar³. TMK m. 321 vd.'nda düzenlenen soybağına ilişkin hükümler, velayet hakkına bağlı olan (TMK m. 335 vd.) ve velayet hakkına bağlı olmayan (TMK m. 321 vd.) şeklinde iki bölümden oluşmaktadır. Çocuğun bakım, eğitim ve korunması için gerekli giderlerin karşılanması velayet hakkından, dolayısıyla evlilik birliğinin devamından bağımsızdır. TMK m. 327'de, ana ve baba, çocuğun giderlerini müştereken karşılamakla yükümlü kılınmıştır⁴. Kanundan kaynaklanan bu yükümlülük hem anne hem de baba için bağlayıcıdır ve belli bir süre ile sınırlıdır. Kural olarak çocuk ergin oluncaya kadar ana ve baba bu yükümlülüklerini yerine getirmekle mükelleftir. Ancak çocuğun ergin olması ve eğitimine devam etmesi durumunda ana babanın çocuğun bakım, eğitim ve korunma giderlerini karşılama yükümlülüğü devam etmektedir (TMK m. 328/III)⁵. Söz konusu yükümlülüğün kapsamının belirlenmesinde çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın ekonomik gücü dikkate alınması gereken iki önemli kriterdir⁶.

Alman hukukunda § 1603 II BGB gereğince ebeveyn (*Eltern*) ergin olmayan çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünü yerine getirmekle mükelleftir. Bu yükümlülük, ergin olup da eğitimi devam eden ve de aynı evde yaşayan çocukların yirmi bir yaşına gelmesine kadar devam etmektedir. Nafaka, ebeveyn için bir yükümlülük iken çocuk için bir haktır. Çocuğun ebeveyninden talep edebileceği bu hakkın, § 1607 III BGB' de üçüncü bir kişiye rücu edilebileceği düzenlenmektedir⁷. Mezkûr kanun maddesi nafaka yükümlüsü olmadığı halde çocuğun masraflarını üstlenmiş üçüncü kişilerin yaptıkları bu masrafları biyolojik babadan talep edebileceklerini öngörmektedir⁸. Asli

³ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, ("Borçlar Genel"), s. 503; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku*, Cilt: II, Aile Hukuku, 20. Baskı Beta Yayınları, 2017, s. 409; Zafer Zeytin/Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 209.

⁴ Christian Huber, "Unterhaltsverpflichtung des nichtehelichen Vaters gegenüber Kind und Mutter", FPR, Heft 5, 2005, s. 189.

⁵ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015, s. 1057.

⁶ Akıntürk/Ateş, s. 400; Öztan, s. 1045.

⁷ Gerd Weinreich / Michael Klein, *Familienrecht Kommentar*, 6. Auflage, Luchterhand Verlag, 2019, 1206 vd.

⁸ Dieter Schwab, *Familienrecht*, 31. Auflage, C. H. Beck, 2023, s. 306; Saskia Lettmaier, *Familienrecht*, 2022, s. 242; Thomas Rauscher, *Familienrecht*, 2. Auflage, C. F. Müller, 2008,

nafaka sorumlusu olmayan üçüncü kişi olarak kanuni baba, akrabalar ve ebeveynlerden biri sayılmıřtır⁹. Kanuni baba nafaka yükümlüsü olmadığı halde, gerçek baba olduğu inancı ile söz konusu yükümlülükleri yerine getirmiştir. Böylece çocuğın biyolojik babasına karşı olan nafaka hakkı mezkûr kanun maddesi gereğince kanuni babaya geçecektir. Baba, kanunun kendisine tanıdığı bu hakka dayanarak bütün nafaka giderlerinin iadesini biyolojik babadan talep edebilecektir (*Regressanspruch des Scheinvaters*)¹⁰. Ancak bu iadenin gerçekleşebilmesi için öncelikle gerçek babanın kim olduğunun belirlenmesi yani soybağının tespiti gerekmektedir¹¹.

II. ÇOCUK İLE SOYBAĞININ KURULMASI VE SONA ERMESİ

İnsanın kendi soyunu veya hangi aileye mensup olduğunu bilmek istemesi, anayasal bir haktır¹². Soybağının tespit edilmesine yönelik kanuni düzenlemelerin yapılmasının temelinde bu anayasal hak yatmaktadır. Kişilik hakkının kapsamına dâhil edilen bu hakkın korunması için genetik olarak soybağının tespit edilmesinin çok önemli olduğu fakat çocuk ile ana baba arasındaki yasal statünün belirlenmesi için tek bir imkân olmadığı savunulmaktadır¹³. Bundan dolayı da soybağı kavramı yerine “*yasal ebevyñ-ocuk tahsisi*” kavramının kullanılması gerektiği ileri sürümüřtür¹⁴. Soybağı

s. 756.

⁹ Beate Heiss/Hans Heiss/Winfried Born, *Unterhaltsrecht*, 61. Ergaenzungslieferung, C.H.Beck, 2022, Rn. 483; Tobias Knahn/Walther Siede/Mathias Grandel/Roland Stockmann, *Familienrecht*, 3. Auflage, Nomos Verlag, 2021, Rn. 2.

¹⁰ Knahn/Siede/Grandel/Stockmann, Rn. 1-14; Christopher Schmidt, “Regress des Scheinvaters gegen die Mutter?” NJW, Heft 37, 2015, s. 2694; Marina Wellenhofer, *Familienrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2019, s. 297; Karin Meyer-Götz, *Familienrecht*, 4. Auflage, Nomos, 2018, s. 879; Schwab, s. 306: “Unterhaltsregress” olarak da tanımlanmaktadır.

¹¹ OLG Hamm, Urteil vom 14.02.2007, Az.: 11 UF 210/06, <<https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde>> Erişim Tarihi 3 Ekim 2023.

¹² K. Ali Sonat, “Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri”, *MÜHF-HAD* 19(3), 2013, s. 370; Dieter Hahn/Wolfgang Hau/Roman Poseck, § 1591 BGB, BeckOK, 63. Edition, C.H.Beck, 2022, Rn. 17; Philipp Reuss/Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann, § 1598a BGB, BeckOGK, C. H. Beck, 2022, Rn. 5,140; Rüdiger Ernst: “Abstammungsrecht – Die Reform ist vorbereitet! Eine tour d’horizon zum Beginn der Legislaturperiode”, *NZFam*, Heft 10, 2018, s. 445

¹³ Marko Oldenburger, “Abstammungsrecht 2.0?”, *NZFam*, Heft 22, 2020, s. 985; AG Essen (17 C), Urteil vom 17.09.2014- 17 C 288/13, BeckRS 2015, 11700; Alfred Wolf, “Kleinmachnow, Biologische Abstammung und rechtliche Zuordnung- Eine Annäherung mit Hindernissen”, NJW, Heft 34, 2005, s. 2417.

¹⁴ Ernst, s. 447.

hukuku, çocuk-ebeyn arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ile ilgilenmektedir¹⁵. Bu açıdan ananın ve babanın kim olduğunun ve de çocuğun kimin olduğuna dair yasal statünün belirlenmesi gereklidir. Kanun koyucu, çocuğun nesebinin biyolojik aileye özgülenererek tespit edilmesini benimsemektedir¹⁶. Çocuk ile baba arasında soybağının kurulması, birincil yol olarak ana ile evlilik ya da ikincil yol olarak tanıma veya mahkeme kararı ile mümkündür¹⁷. Ana ile evli olan koca kanuni babadır¹⁸. Ana evli değilse tanıma yoluyla babalık ilişkisi kurulabilir¹⁹. Bu durumda baba “*istenen baba*” (*wunschvater*) konumundadır²⁰. Ancak çocuğun anası ile kurduğu soybağı şekli, babası ile kurduğu soybağı şeklinden farklıdır. TMK m. 282/I’e göre, çocuğun anasıyla soybağı, doğum ile kurulmaktadır. Çocuğu kim doğurduysa anası da o kişidir²¹. Doğum, ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulması için tek şarttır; bunun dışında bir şart aranmamaktır. Anaya karşı soybağının reddi davası açılmaz²². Fakat babanın hukuki statüsü ananın hukuki statüsünde olduğu gibi sabit değildir; kanuna dayalı olarak veya mahkeme yoluyla değişebilmektedir²³. Ananın evli olması, çocuk ile ana arasında soybağının kurulmasında aranan bir kriter değildir²⁴. Buna karşın, evlilik, baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasını sağlayan

¹⁵ Ernst, s. 443.

¹⁶ Wolf, s. 2417.

¹⁷ Ernst, s. 445; Martin Gutzeit/Dagma Kaiserr/Klaus Schnitzler/Roger Schilling/Anne Sanders, *Familienrecht*, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2022, Rn. 1; YHGK, 7.3.2012, E. 2011/2-775, K. 2012/116, <<https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2004-2274-k-2004-3344-t-17-03-2004-nufus-kaydinin-duzeltilmesi/107701/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2023; Yalçın Tosun/Ece Baş, “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Süreler İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, *BAÜHFD*, 9(123-124), Kasım-Aralık 2014, s. 100; Martin Löhnig, “Abstammungsrecht: Sozialer, rechtlicher Vater vs. leiblicher, nicht rechtlicher Vater?” *NZ Fam*, Heft 4, 2017, s. 141.

¹⁸ Ulrike Selg/Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann, § 1601 BGB, BeckOGK, C. H. Beck, 2022, Rn. 36.

¹⁹ Huber, s. 189.

²⁰ Oldenburger, s. 985; Selg/Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Rn. 36.

²¹ Magdalena Mayr, „Rechte am Embryo“– Zivil- und familienrechtliche Fragestellungen im Rahmen der in-vitro-Fertilisation”, *NZ Fam*, Heft 20, 2018, s. 916; Selg/Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Rn. 33; Oldenburger, s. 985.

²² Marina Wellenhofer, § 1599 BGB, MüKoBGB, 8. Auflage, C. H. Beck, 2020, Rn. 18; Selg/Gsell /Krüger/Lorenz/Reymann, Rn. 33; Fakat çocuk edinmeye ilişkin alternatif tıbbi yöntemler son yıllarda çok geliştiği için anaya yönelik soybağının reddi davaları açılıp açılmayacağı tartışılmaktadır: Reuss/Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Rn. 142.

²³ Selg/Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Rn. 35.

²⁴ Akıntürk/Ateş, s. 327 vd.; Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Damla Gürpınar, *Medeni Hukuk, Temel Bilgiler*; 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 307.

Çok önemli bir imkndır. TMK m. 285 gereğince, evlilik birliği devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır²⁵. Bu durum, babalık karinesi olarak ifade edilmektedir²⁶. Söz konusu karine, TMK m. 286'ya göre açılacak soybağının reddi davası ile ürtlebilir²⁷. Bu dava, TMK m. 289 gereğince kural olarak koca veya ocuk tarafından aılabilir²⁸. Tabi burada ergin olmayan ocuğa Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından kayyım atanması gereklidir (TMK m. 291/II). Alman hukukunda soybağının reddi davası, 30 Nisan 2004 tarihinde yapılan değişiklik ile ř ř 1599 ve 1600 BGB maddeleri gereğince sadece ana, ocuk ve kanuni baba tarafından değil artık biyolojik baba tarafından da aılabilmektedir²⁹. Bundan başka, Alman İnsanlarda Genetik İnceleme Yapılması Hakkında Kanun'un ř 17 (GenDG)' de soybağının reddi davasından bağımsız olarak, ana, baba ve çocuğa soybağının tespitini talep etme hakkı tanımaktadır³⁰.

ocuk tarafından açılacak soybağının reddi davasında ana ve baba davalı durumundadır (TMK m. 286/II)³¹. ocuk ergin olduktan sonra TMK m. 289/III gereğince bir yıl içinde soybağının reddi davası açabilir. Koca, ocuk veya kayyım tarafından açılacak soybağının reddi davalarına ilişkin hak düşürücü süreler, TMK m. 289 vd. maddelerinde dzenlenmiřtir³². Çocuğun genetik babasına bağlanabilmesi için mevcut soybağının kaldırılması ocuğun

²⁵ Bu şart Alman hukukunda 1998'den sonra geçerliliğini yitirmiştir: Ernst, s. 443.

²⁶ Hayrünnisa zdemir/Ahmet Cemal Ruhi, *ocuk Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2012, s. 342; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Gürpinar, s. 307.

²⁷ Nüfus Kaydının düzeltilmesine ilişkin açılan davada soybağının reddi/tespiti talep edilemez. Bknz. Yargıtay 2. HD, 17.03.2004, E. 2004/2274, K. 2004/3344: söz konusu kararda Yargıtay gerçek durumu göstermeyen yanlış nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin bir talep olduğunu, TMK 286. ve 291. maddelerinde düzenlenen soybağının reddi ile ilgisi bulunmadığını belirtmiştir. Yine YHGK 7.3.2012, E. 2011/2-775, K. 2012/116, < <https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-/>> Erişim Tarihi 30 Ağustos 2023: kararda soybağı davası ile kayıt düzeltme davası, sonuçları bakımından benzerlik göstermekte ise de, içerik ve yargılama kuralları açısından kendilerine özgü ve Kanun'un özel hükümlerine tabi oldukları belirtilmiştir. Buna göre soybağına dair hükümler 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un 282. maddesi ve devamında düzenlenmiş olduğu, Aile Mahkemelerinin görevi kapsamında bulunduğu; kayıt düzeltme davalarına ilişkin 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlendiği ve davaların Asliye Hukuk Mahkemelerinde görüldüğü vurgulanmıştır.

²⁸ Tosun/Baş, s. 103.

²⁹ Wellenhofer, Rn. 29; Gutzeit/Kaiser/Schnitzler/Schhlling/Sanders, Rn. 1.

³⁰ Andreas Spickhoff/Hermann Fenger, *Medizinrecht* 3. Auflage, C.H.Beck, 2018, Rn. 1.

³¹ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Gürpinar s. 308.

³² YHGK 7.3.2012, E. 2011/2-775, K. 2012/116, < <https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2023.

yararına uygun olacaktır³³. Soybağının reddi davası mahkeme tarafından kabul edildiği takdirde, çocuk ile baba arasındaki soybağı geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkar³⁴. Mahkemenin soybağının reddi davasını kabul etmesi ve kocanın baba olmadığı hakkında karar vermesi neticesinde babalık karinesi çürütülmüş olur³⁵. Çocuk ile kanuni baba arasındaki soybağının ortadan kalkması ile birlikte çocuk, doğumdan itibaren soybağına sahip olmayan çocuk konumuna düşmektedir. “*Babasızlık durumu*” olarak da adlandırılan bu durumun devam etmemesi ve ivedilikle düzeltilmesi, çocuğun üstün yararının korunmasına ilişkindir³⁶. Çürütülen babalık karinesi ile birlikte kocanın, çocuğun bakım, eğitim ve koruma giderlerini karşılama ve nafaka yükümlülüğü sona erer. Nitekim kocanın kendi çocuğu sanarak soybağının ortadan kalktığı tarihe kadar yerine getirdiği edimlerin iadesini kimden ve hangi hükümlere dayanarak talep edeceği hususunun aydınlatılması gerekmektedir. Kocanın, masrafların iadesi talebini, çocukların giderlerinden müştereken sorumlu olduğu anaya karşı yöneltmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu tür bir talebin uygulamada daha çok biyolojik babaya karşı yöneltildiği görülmektedir. Kocanın önünde, çocuğun doğumundan soybağının reddi davasının kesinleşmesine kadar geçen sürede yaptığı bütün harcamaların iadesini ve de soybağının reddi davasına ilişkin mahkeme masraflarını³⁷ TBK m. 77, TBK m. 78 veya TBK m. 526 vd. maddelerine göre ya da TBK m. 49 gereğince biyolojik babadan talep etme seçeneği bulunmaktadır³⁸.

³³ Alman Medeni Kanun’u § 1686a BGB çocuğun kanuni babada yaşamaya devam ederken, biyolojik babaya çocuk ile münasebet kurma ve çocuk hakkında kişisel bilgi alma hakkı tanımaktadır. 2013 yılında düzenlenen bu hak biyolojik babanın çocuğa karşı ilgisinin ciddiyetini ispatlama ve çocuğun üstün yararının korunması şartına bağlanmıştır. Bkz. Alexandra Altrogge/Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann, § 1686a BGB BeckOGK, C. H. Beck, 2021, Rn. 1; Löhnig, s. 141 vd.

³⁴ Frank Klinkhammer/Klaus Schnitzler, *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2020, Rn. 155; Tosun/Baş, s. 101; Selg/Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Rn. 49.

³⁵ Evren Kılıçoğlu, “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması”, MÜHF – HAD, 16 (3-4), 2010, s. 280.

³⁶ BGH, Urteil vom 16. 4. 2008- XII ZR 144/06 (OLG Celle), NJW 2008, 2435; Zimmerman, s. 327.

³⁷ Christian Seiler/Birgit Niepmann, *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts* 14. Auflage, C. H. Beck, 2019, Rn. 286; J. Christoph Berndt, *Familienrecht* 4. Auflage, C. H. Beck, 2018, Rn. 101; Klinkhammer/Schnitzler, Rn. 156; LG Kempten, Beschluß vom 9. 2. 1999- 5 S 2557/98, NJWE-FER 2000, 32.

³⁸ Zimmerman, s. 327ff; AG Wipperfürth, Urteil vom 20. 3. 2000- 1 (5) C 65/98: Söz konusu kararda mahkeme kanuni babanın sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ve de vekâletsiz iş görme

III. MASRAFLARIN İADESİ TALEBİNE İLİŞKİN HUKUKİ NÖRMLER

A. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre Masrafların İadesi (TBK m. 77)

1. Genel Olarak

Doktrinde bir görüşe göre, koca, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak yaptığı masrafları biyolojik babadan talep edebilir. Ancak öncesinde kocanın ocuk ile arasındaki soybağı ortadan kalmış olmalıdır³⁹. Doktrindeki tanıma göre sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin mal varlığının haklı bir sebep olmaksızın başka bir kimse aleyhine ođalmasdır⁴⁰. TBK m. 77’de, haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kişi, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü kılınmıŐtır⁴¹.

2. Sebepsiz Zenginleşmenin Şartları

a. Zenginleşme

Kocanın sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak biyolojik babaya karşı yönelteceği talebin kabul edilmesi için öncelikle TBK m.77’de zikredilen Şartların oluşmuş olması gereklidir. Söz konusu Şartlardan ilki zenginleŐmedir. Zenginleşme, bir kimsenin malvarlığında ortaya çıkan artıŐtır. Başka bir ifadeyle, zenginleşme, zenginleşenin malvarlığının mevcut durumu ile çoğalma olmaksızın arz edeceği durum arasındaki farkı ifade eder⁴². Zenginleşme ya aktiflerdeki artış ya da pasiflerdeki azalıŐ ile kendini gösterebilmektedir. Ayrıca zenginleşme, müspet veya menfi olarak iki Şekilde gerekleŐebilir⁴³. Menfi zenginleşme, bir kimsenin iradi olarak kendi istek ve

hükümlerine dayanarak masrafların iadesi talebini yerinde bulmamıŐtır. Çünkü ocukların biyolojik babası olmadığını bildiği halde çocukların giderlerini karŐılamıŐtır.

³⁹ Zimmerman, s. 327; Werner Reinken/Wolfgang Hau/Roman Poseck, § 1607 BGB, BeckOK, 63. Edition, C. H. Beck, 2022, Rn. 25; Öztan, s. 1057; Akçaal, s. 443.

⁴⁰ Guido Eusani „Selbstvornahme des Bestellers trotz Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei verweigertter Sicherheitsleistung gem. § 648a BGB nach Abnahme“, NZBau Heft 11, 2006, s. 679.

⁴¹ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:2, 12. Baskı Vedat Kitapçılık, 2016, s. 321.

⁴² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 882; Oğuzman/Öz, s. 322.

⁴³ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:2, Legal Yayıncılık, 2018, s. 568; Oğuzman/Öz, s. 324 vd; Eren, s. 884.

arzusu ile yaptığı harcamalar sonucunda malvarlığında azalmanın meydana gelmesiyle ortaya çıkmaktadır. Bu tür giderleri zarardan ayıran unsur, harcamaların iradi olarak yapılmasıdır. Zira zarar, malvarlığındaki azalmaların irade dışı meydana gelmesi olarak ifade edilmektedir⁴⁴. Biyolojik baba tarafından yapılması gereken giderleri, kanuni baba kendi görevi olduğuna inanarak, iradi olarak yapmıştır. Bu durumda kanuni babanın malvarlığında azalma olurken biyolojik babanın malvarlığında zenginleşme vuku bulmuştur. Şu hâlde, kanuni baba, biyolojik babadan, bu kapsamda yapmış olduğu giderlerin iadesini talep edebilir.

b. Başkası Aleyhine Zenginleşme

Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ikinci şartı ise, başkası aleyhine zenginleşmedir⁴⁵. Başkası aleyhine zenginleşmenden bahsedebilmek için, aleyhine zenginleşme vuku bulunan kişinin malvarlığının bir kısmının, zenginleşen kişinin malvarlığına geçmiş olması gerekir. Aleyhine zenginleşme vuku bulunan kişinin malvarlığında artış olmasına engel olunması durumunda da başkası aleyhine zenginleşme söz konusu olur. Netice itibarıyla, biyolojik baba, kanuni babanın malvarlığında bir artış olmasına engel olarak, kanuni baba aleyhine zenginleşmektedir.

c. İliyet Bağı

Masrafların sebepsiz zenginleşme gereğince iadesi için gerekli olan üçüncü şart, zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında illiyet bağının varlığıdır. Burada tabii illiyet bağının varlığı yeterlidir⁴⁶. Buna göre, bir kimse zenginleşirken diğer bir kimse fakirleşmiş olmalıdır. Burada biyolojik babanın malvarlığındaki zenginleşme, çocuğun giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemekle ortaya çıkmıştır.

d. Haklı Bir Sebebin Bulunmadığı Durumlar

Son şart ise, haklı bir sebebin bulunmamasıdır. TBK m. 77/II gereğince, zenginleşenin, zenginleşmeyi iade etme yükümlülüğü, zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmaktadır. Haklı sebebin bulunmadığı haller, aşağıda kısaca ele alınmıştır.

(1) Geçerli Olmayan Bir Sebebe Dayanan Zenginleşme

⁴⁴ Eren, s. 887.

⁴⁵ Eren, s. 889.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 334; Eren, s. 896.

Hukuki sebebin geçersizliği, zenginleşmenin sebebi olabilir. Tarafların irade açıklamalarının birbiri ile uyumlu olmaması veya hukuki sebebin geçerlilik unsurlarından birinin eksik olması hallerinde haklı sebep ortadan kalkmış olduğundan zenginleşme geekleşmektedir⁴⁷. Kanuni baba ile biyolojik baba arasında kurulmuş bir hukuki ilişki bulunmadığından, bu ilişkinin geçersizliğinden de bahsedilemez.

(2) Gerçekleşmeyen Bir Sebebe Dayanan Zenginleşme

Haklı bir sebebin bulunmaması, geekleşmeyen bir hukuki sebebe dayanabilir. Bu hâlde, zenginleşme anında henüz hukuki bir sebep mevcut değildir. Bir edimin ifası gelecekteki bir olayın geekleşme ihtimaline dayanarak yapılmış olmalıdır. Ayrıca ifaya rağmen beklenen şart geekleşmemeli ve ifa eden aleyhine bir sebepsiz zenginleşme meydana gelmelidir⁴⁸. Burada edimin ifa edildiği anda geekte bir borç bulunmamakla beraber sebepsiz bir zenginleşme söz konusu olmamaktadır. Fakat edimin ifa edilmesine temel teşkil eden beklentinin geekleşmemesi durumunda, edimin baştan itibaren sebepsiz olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Bu durumda haklı bir sebebe dayanmayan zenginleşme meydana gelmiş olmaktadır. Buna göre ifa edenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre zenginleşmenin iadesini talep edebilmesi için öncelikle edimini bir beklenti doğrultusunda ifa ettiğini, beklentinin içeriğini ve de söz konusu beklentinin geekleşmediğini, beklentisinin boşa çıktığını ve yanlışlığını ispatlaması gerekmektedir. Biyolojik babanın zenginleştiği esnada, kanuni babanın TMK m. 327 gereğince çocuğun giderlerine katılma yükümlülüğü mevcuttu. Bu durum geçerli bir hukuki sebebin varlığını göstermektedir. Dolayısıyla henüz var olmayan ama ileride geekleşmesi beklenen ve bu beklentinin boşa çıktığı hukuki bir sebepten bahsedilemez.

(3) Sona Eren Bir Sebebe Dayanan Zenginleşme

Zenginleşme, sonradan ortadan kalkan geçersiz bir sebebe dayanarak geekleşebilir. Buna göre, zenginleşmenin meydana geldiği anda hukuken geçerli bir sebep mevcut iken, daha sonra sebep ortadan kalmış veya geçersiz

⁴⁷ N. Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayınları, 2021, s. 309 vd.

⁴⁸ Yargıtay 3.HD., 04.04.2013, E. 2013/4104, K. 2013/5835, <<https://legalbank.net/belge/y-3-hd/>> Erişim Tarihi: 07 Ağustos 2024.

⁴⁹ Nomer, s. 311.

hale gelmiş olabilir⁵⁰. Bu ortadan kalkış veya geçersiz hale geliş, geçmişe etkili bir şekilde vuku bulmalıdır. Koca ile çocuk arasında kanundan kaynaklanan soybağı geçerli bir sebep iken, soybağının reddi davası neticesinde verilen karar ile hukuki sebep geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalmaktadır. Başlangıçta kanuni baba, çocuğun eğitim, bakım, koruma ve nafaka giderlerini karşılamakla kanuni yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Ancak soybağının reddi davası neticesinde kanunen böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu yükümlülüğün ortadan kalkmış olması, biyolojik babanın zenginleşmesinin sona eren bir sebebe dayandığına işaret etmektedir.

(4) Borçlanılmamış Edimin İfası Sebebi ile Zenginleşme (TBK m. 78)

Haklı sebebin bulunmadığı hâllerden biri de borçlanılmamış bir edimin ifasıdır. TBK m. 78'e göre, borçlanmadığı edimi kendi rızası ile yerine getiren kişi, bunu ancak kendini borçlu zannederek yerine getirdiğini ispatlarsa geri isteyebilir⁵¹. Böyle bir durumda edimde bulunan kişi yanılığında olduğundan, ifa yanlışlıkla gerçekleşmiştir. Kişi, borçlanmadığı edimin iadesini talep edecekse, öncelikle ifa etmek zorunda olmadığı bir borcun varlığını ispatlamalıdır⁵². Ayrıca ifada bulunan kişi, borcunu ifa etme kastıyla hareket etmiş olmalıdır. Aksi halde, ifa kastı olmadan bir zenginleşme gerçekleşmiş ise, TBK m. 78 yerine TBK m. 77 hükmüne başvurulur⁵³. İfa eden, ayrıca borcun varlığında yanılmış ve kendisini borçlu zannetmiş olmalıdır. Borcun varlığında yanılığa düşerek edimi ifa eden kişi, aynı zamanda ifa isteğine sahip olmalıdır. İlk bakışta, kocanın borçlanmadığı edimi yanılarak kendi rızası ile yerine getirdiği ve bu edimlerin iadesini TBK m. 78'e göre talep ettiği düşüncesi hasıl olabilir. Fakat gözden kaçırılmaması gereken husus, ifa edilmemesi gereken, borçlanılmamış bir edimin varlığıdır. Nitekim bir borç ya hiç doğmamış ya da ifa anında sonlanmış veya geçersiz olmalıdır⁵⁴. Koca ile çocuk arasındaki soybağı ortadan kalkıncaya kadar koca, çocuğun giderlerini karşılamakla yükümlüydü. Bundan dolayı da hiç doğmamış, ifa anında sonlanmış veya geçersiz olmuş bir borçtan bahsedilemez. Çocuğun giderlerini karşılama şeklinde bir borç mevcuttur ve soybağının ortadan

⁵⁰ BGH, Urteil vom 20-05-1981- IVb ZR 571/80 (Celle), NJW 1981, 2184; Oğuzman/Öz, s. 363.

⁵¹ Antalya, s. 584.

⁵² Eren, s. 903.

⁵³ Antalya, s. 585 vd.; Oğuzman/Öz, s. 353 vd.

⁵⁴ Antalya, s. 587; Eren, s. 903.

kalkmasıyla beraber bu borç geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıŐtır⁵⁵. Alman Federal Yüksek Mahkeme kararına konu olan bir olayda, kanuni baba ana ile boşandıktan sonra çocuğun kendisinden olmadığını renmiŐtir. Biyolojik babanın kim olduğu tespit edilemediği için kanuni baba çocuğa karşı dava açmıŐ, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak onun için yaptığı nafaka giderlerinin iadesini talep etmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, kanuni babanın evlilik birliği içinde doğan çocuğun nafaka giderlerini karŐılayarak yasal yükümlülüğünü yerine getirdiğini, çocuğun zenginleŐmediđini belirtmek suretiyle iade talebini reddetmiŐtir⁵⁶.

3. Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanan İadenin İçeriği ve Süresi

Sebepsiz zenginleşme kurumunun amacı, zenginleşmeye konu olan Şeyin aynen iadesi, bunun mümkün olmaması durumunda nakdi karşılığının verilmesidir⁵⁷. O halde, zenginleşen kimse, esasında tazminat ödemekle değil, zenginleştiği Şeyin iadesi ile mkelleftir⁵⁸. İade talebinin konusu, sadece kanuni baba tarafından yapılan nafaka masraflarının tamamından ibaret değildir. Çocuğun biyolojik babasına karşı yöneltebileceği nafaka miktarının tümü iade talebinin konusunu oluŐturur⁵⁹. Başka bir deyişle, biyolojik baba çocuğu için ne kadar nafaka masrafında bulunacak idiye onun iadesi talep edilir⁶⁰. Söz konusu iade borcunun kapsamı, zenginleşen kimsenin iyi niyetli veya kötü niyetli olması durumuna göre farklılık arz eder. TBK m. 79/II' e göre zenginleşen, kötü niyetli olarak zenginleşmeyi elden çıkartmıŐ veya elden çıkartma anında ileride geri vermek zorunda kalacağını hesaba katmıŐ ise, zenginleşmeden elde ettiğinin tamamını iade etmekle yükümlüdür. Zenginleşmenin haklı bir sebebe dayanmadığını ve geri vermekle yükümlü olduğunu bilen veya bilmesi gereken kimse kötü niyetli zenginleŐmiŐtir⁶¹. Kanuni baba ile soybağı devam eden çocuğun aslında kendi çocuğu olduğunu öğrenen ve harekete geçmeyen biyolojik babanın kötü niyetli olduğu kabul edilir. Şu hâlde kötü niyetli biyolojik baba, zenginleşmeden elde ettiklerinin

⁵⁵ Reinken, Rn. 30.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 20-05-1981- IVb ZR 571/80 (Celle), NJW 1981, s. 2183.

⁵⁷ Volker Wiese, § 818 BGB, Schulze HK-BGB, 11. Auflage Nomos Verlag, 2021, Rn. 2 vd.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 20-05-1981- IVb ZR 571/80 (Celle), NJW 1981, 2183; Oğuzman/Öz, s. 385.

⁵⁹ Meyer-Götz, s. 880; BGH, Beschluss vom 19.9.2018 – XII ZB 385/17 (OLG Celle), NZFam 2019, s. 78.

⁶⁰ Huber, s. 190; Meyer-Götz, s. 880.

⁶¹ Huber, s. 190; Nomer, s. 323; Antalya, s. 600.

tamamını iade ile yükümlüdür. Zenginleşmenin tamamının veya bir kısmının elden çıkarılmış olması, zenginleşmenin tamamının geri verilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁶².

Zenginleşenin iyi niyetli olması halinde ise, iade borcu sadece elinde kalan kısım ile sınırlıdır⁶³. TMK m. 3/I' e göre, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Zenginleşen, haklı bir sebebe dayanmaksızın bir zenginleşmenin olduğunu bilemeyebilir veya iade borcunun varlığından haberdar olmayabilir. Biyolojik baba, kendisine bilgi verilmediği sürece genellikle bir çocuğu olduğundan haberdar değildir. Zenginleşmenin iadesine ilişkin talepte bulunan kanuni baba, biyolojik babanın kötü niyetli olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.

Bundan başka TBK m. 80'de zenginleşene de bazı giderleri isteme hakkı tanınmıştır⁶⁴. Zenginleşenin bu hakkının kapsamı, onun iyi niyetli veya kötü niyetli olmasına bağlıdır. Zenginleşenin iyi niyetli olması ona yaptığı zorunlu ve yararlı giderleri isteme hakkını sağlar (TBK m. 80/I).

Sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iade talebinde bulunmanın süresi TBK m. 83'de düzenlenmiştir. Bu hükümde kısa süre olarak iki yıl, uzun süre olarak on yıllık iki ayrı zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. İlk olarak kısa zamanaşımı süresi olan iki yıllık süre, fakirleşenin, zenginleşmenin sebepsiz olduğunu, iade hakkının bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır⁶⁵. İkincisi ise uzun zamanaşımı süresi olan on yıllık süredir. Burada kanun koyucu zamanaşımı süresinin başlangıcını subjektif bir şarta, fakirleşenin zenginleşmeyi öğrenmesine değil, objektif bir hususa zenginleşmenin gerçekleştiği ana bağlamıştır⁶⁶.

Sonuç olarak doktrinde savunulan görüşe göre, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak zenginleşmenin iadesi talebi kanuni baba tarafından iyi niyetli biyolojik babaya karşı, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanarak zenginleşmenin gerçekleşmesi argümanı ile iki yıl veya her halükârda on yıl içinde yöneltilebilir. Böylece iyi niyetli biyolojik baba, zenginleştiği miktarı kocaya iade etmekle yükümlüdür.

⁶² Oğuzman/Öz, s. 387; Nomer, s. 323.

⁶³ Nomer, s. 320.

⁶⁴ Oğuzman/Öz, s. 388.

⁶⁵ BGH, Beschluss vom 22.3.2017 – XII ZB 56/16, NJW 2017, 1954.

⁶⁶ Nomer, s. 324; Oğuzman/Öz, s. 406 vd.

A. Zenginleşmenin İadesinin Vekâletsiz İş Görme Hükümlerine Göre Yapılması (TBK m. 526)

Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, zenginleşmenin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iade edilebileceği yönündedir⁶⁷. Vekâletsiz iş görme, sözleşmeye dayalı bir ilişki veya yasal bir zorunluluk bulunmaksızın bir kişinin başkasının hukuk ve menfaat alanına müdahale ederek iş sahibinin menfaatine veya kendisi yararına iş görmesinden doğan ilişkidir⁶⁸. Vekâletsiz iş görmenin temel olarak iki türü vardır. İşin iş sahibinin menfaatine ve farazi iradesine uygun olarak yapılması, gerçek vekâletsiz iş görme olarak tanımlanırken; iş görenin işi kendi menfaatine uygun olarak görmesi ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Vekâletsiz iş görmenin ilk şartı bir işin görülmesidir. Doktrin, “İş, insanlı bir gereksinme ya da onun karşılanmasına yarayabilen bir konu göz önünde tutularak yapılan her türlü insan etkinliğidir” şeklinde ifade etmektedir⁷⁰. Burada aktif bir hareketin varlığı şarttır. Herhangi bir ihmal veya pasif bir davranış hali, iş görme konusunu oluşturmaz⁷¹. Ayrıca iş görmenin konusunu hem hukuka uygun fiiller hem de hukuka uygun olmayan fiiller oluşturabilir⁷². İş görmenin konusunu, sadece maddi fiiller değil; başkasına ait borcu ifa etmek gibi hukuki fiiller de oluşturabilir⁷³. Kanuni babanın, çocuğun bakım, eğitim ve nafaka

⁶⁷ Mustafa Dural/M. Tufan Öğüz/M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 2015, s. 274.

⁶⁸ Markus Gehrlein/Wolfgang Hau/Roman Poseck, § 677 BGB, BeckOK, 63. Edition, C. H. Beck, 2022, Rn. 6; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Yeni Desen Matbaası, 1962, s. 281; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt: 2, 3. Baskı, Vedat Yayınevi, 2014, s. 220.

⁶⁹ Serap Helvacı/Gülşah Sinem Aydın, “Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İşgörmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranamayacağı Sorunu”, MÜHF-HAD, 23 (1), 2017, s. 267; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 676.

⁷⁰ Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrehendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, Yasa Yayınları 1988, s. 30 vd.

⁷¹ Christoph Althammer, *Schuldrecht III, Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2015, s. 21.

⁷² Bilge, s. 282; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınları, 2014, (“Özel Hükümler”), s. 1360; UYGUR Turgut, Açıklamalı – İitihatlđ Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 8. Cilt, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 9117.

⁷³ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020, s. 593 vd; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı Adalet Yayınevi, 2019, s. 804; Gümüş, s. 220.

giderlerini karşılama yükümlülüğünü yerine getirmekle bir iş görmüş olduğu kabul edilir.

Vekâletsiz iş görmenin ikinci önemli şartı, görülen işin başkasına ait olmasıdır⁷⁴. İş görenin, başkasına ait hakkı kullanarak veya borç ve yükümlülükleri yerine getirerek bir eylemde bulunması durumunda işin başkasına ait olduğu objektif olarak açıktır⁷⁵. Burada önemli olan husus, iş gören ve iş sahibi arasındaki menfaat dengesinin korunmasıdır. İş görenin iş görme sırasındaki gözettiği menfaatinin, iş sahibinin menfaatinin üzerine çıkmaması gerekir⁷⁶. Kanuni baba, çocuğun bakım, eğitim ve nafaka giderlerini karşılarken yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Dolayısıyla başkasına ait bir işi gördüğünden bahsedilemez⁷⁷.

Üçüncü şart ise, vekâlet yetkisinin bulunmamasıdır. Bu şart TBK m. 526' da yer alan "vekâleti olmama" ifadesinden kaynaklanmaktadır. Vekâletsizlik ile kast edilen TBK m. 502'deki vekâlet sözleşmesi değildir. İş görenin, sözleşmeden veya Kanun'dan kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir⁷⁸. Veli ve çocuk arasında özel bir hukuki ilişki olduğundan velinin yükümlü olmadığı halde gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulmaz⁷⁹. Biyolojik

⁷⁴ Hüseyin Hatemi/Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 640; Heinz-Peter Mansel/Rolf Stürner, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, H. C. Beck, 2021, Rn. 3; BGH NJW 2007, 63; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 18. Auflage, H.C. Beck, 2018, § 59 Rn. 1.ff.

⁷⁵ Hartwig Sprau/Christian Grüneberg (vormals Palandt), *Beckische Kurz Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, 81. Auflage, C H. Beck, 2022, vor § 677 BGB Rn. 4; H. Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)*, Seçkin Yayıncılık, 2001, 97; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2010, s. 510; Tandoğan, s. 678: Örneğin Kiracı olan iş görenin evin vergi borçlarını ev sahibiymiş gibi ödemesi onun objektif olarak Başkasına ait bir iş görmüş olduğunu gösterir.

⁷⁶ Gümüş, s. 228; Hatemi/Gökyayla, s. 640.

⁷⁷ AG Wipperfürth, Urteil vom 20. 3. 2000- 1 (5) C 65/98: Karara konu olan olayda tıbbi olarak çocuk sahibi olamayan koca evlilik birliği içinde dünyaya gelen iki kızı için yaptığı masrafları biyolojik babadan talep etmiş fakat bu talebi mahkeme tarafından kanuni babanın, en baştan tıbbi açıdan çocuk sahibi olamayacağını dolayısı ile çocukların kendi çocukları olmadığını bilerek masrafları yaptığından dolayı reddetmiştir. Mahkeme, baba olmadığını bildiğini ve işin görülmesinde yabancılık unsurunun oluşmadığını, çünkü çocukların evlilik birliği içinde dünyaya geldiğini ve kendisinin kanuni baba olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Başkasının işini görme iradesinin ve bilincinin de eksik olduğu vurgulanmıştır.

⁷⁸ Gümüş, s. 228; Kılıçoğlu, s. 591.

⁷⁹ Bilge, *Borçlar Özel*, s. 283; Yavuz, *Özel Hükümler*, s. 1361.

babanın, kanuni babaya küçüğün giderlerini karşılaması yönünde bir vekâlet verdiğinden bahsedilemez. Bundan başka, işin görülmesi, iş sahibi tarafından hukuka uygun bir şekilde yasaklanmış olmamalıdır.⁸⁰ Başka bir ifadeyle, iş gören, iş sahibinin hukuka ve ahlaka uygun olan yasağına rağmen iş sahibinin menfaatine bir işi görmemelidir. Çalışmamızda biyolojik babanın bir çocuğu olduğunu soybağının reddi davası ile öğrendiğinden hareket ettiğimizden, biyolojik babanın kanuni babaya karşı bir yasak koymasından bahsedilemez.

Vekaletsiz iş görmenin son şartı, “iş görme iradesi”’dir. İş gören, başkasına ait bir işi gördüğünü bilmeli ve bu yönde bir iradeye sahip olmalıdır⁸¹. Fakat iş görme iradesinin şart olup olmadığı, doktrinde tartışmalıdır. Savunulan bir görüşe göre iş gören, masrafları daha sonra iş sahibinden talep etme iradesi ile iş grmelidir⁸². Ancak bu şekilde iş görenin karşılıksız iş yapma iradesine sahip olup olmadığı tespit edilebilir⁸³. Bu hâlde vekâletsiz iş görme kurumunun temel mantığı olan sosyal yardımlaşmadan uzaklaşıldığından söz konusu görüşe katılmamaktayız. Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre, iş gören, işe başladığı anda başkası için iş görme iradesine sahip olmalıdır⁸⁴. Kanaatimizce bu görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunu gözden kaçırdığı için kabul edilemez⁸⁵. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, iş gören, başkası menfaatine hareket etme iradesine sahip olmak ya da işin başkasına ait olduğunu bilerek eylemde bulanmak zorunda deđildir⁸⁶. İş gören, sadece işin fiili sonucuna ilişkin genel anlamda bir iş görme iradesine sahip olmalıdır. Dolayısıyla bu görüşe göre, iş görenden, başkasının menfaatini gözetme iradesine sahip olması beklenemez. İş görenin sadece eylemin sonucuna yönelmiş genel bir iradeye sahip olması gerektiğini benimseyen

⁸⁰ Tandoğan, s. 676; Gümüş, s. 229.

⁸¹ Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Dersleri zel Hükümler*, 8. Bası, Beta Yayınları, 2009, s. 793.

⁸² Hans Brox/Wolf Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 47. Auflage, C.H. Beck, 2023, ř 36 Rn. 3; Gümüş, s. 231.

⁸³ Sprau/Grüneberg, ř 677 Rn. 3; Volker Emmerich, *BGB- Schuldrecht Besonderer Teil.*, 16. Auflage, C. F. Müller, 2021, 190; Brox/Walker ř 35 Rn.1.

⁸⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 510; Gümüş, s. 231; Akçaal, s. 451.

⁸⁵ Yargıtay 11. HD, 26/04/1984, E. 1984/1666 K. 1984/2609, <<https://legalbank.net/belge/y-11-hd>>, Erişim Tarihi 06 Temmuz2023: İlgili kararda iş görenin vekâleti olmaksızın iradi olarak Başkası adına iş görmemiş sadece resmi makamların emirlerini yerine getirmek üzere bir eylemde bulunmuş olduğundan vekâletsiz iş görme şartlarının gerçekleşmediği tespit edilmiştir.

⁸⁶ Gümüş, s. 231; Tandoğan, s. 680 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 510.

bu görüşü kabul etmek, gerçek vekâletsiz iş görme kurumunun mantığına ve amacına uygun olur⁸⁷.

Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kanuni babanın, çocuk için yaptığı masrafları gerçek vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak biyolojik babadan talep edemeyeceği kabul edilmelidir. Bu aşamada vekâletsiz iş görmenin diğer bir çeşidi olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gündeme gelir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, iş görenin başkasına ait bir işi kendisininmiş gibi görmesi şeklinde ifade edilmektedir⁸⁸. Gerçek vekâletsiz iş görmenin bir şartı olan “*iş görenin başkası adına iş görme isteği*” burada aranmamaktadır⁸⁹. Bu sübjektif unsura göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin iki şekilde gerçekleştiği bilinmektedir. İş gören, ya başkasına ait olan işi yanılıp kendi işi sanarak görür ya da işin başkasına ait olduğunu bildiği halde haksız yere kendisi adına görür⁹⁰.

Haksız vekâletsiz iş görmede bir kişi yetkisi olmadığını bildiği halde kötü niyetli olarak yabancı bir işi kendi hesabına görür⁹¹. Vekâletsiz iş görmenin bu türünü gerçek vekâletsiz iş görmeden ve de yanılarak vekâletsiz iş görmeden ayıran en temel husus, iş görenin hukuka aykırı bir şekilde bilerek ve isteyerek sadece kendi yararına iş görmesidir⁹². Şayet kanuni baba, ana ile evliyken çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmiş ise, artık kendi işini görme istek ve iradesi ile hareket ettiği düşünülemez.

Yanılarak vekâletsiz iş görmede iş gören, işin yabancılık unsurunda yanılığa düşerek kendi işiymiş gibi kendi yararına iş görmektedir⁹³. Burada yanılığının kusura dayalı olması gerekmemektedir⁹⁴. TBK m. 530’de yer alan “*iş sahibi zenginleştiği ölçüde iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür*” ifadesinden dolayı iş görenin masraflarını vekâletsiz iş görme hükümlerine değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine

⁸⁷ Özdemir H. Gökçe, s. 113.

⁸⁸ Sprau/Grüneberg, § 677 Rn. 10; Tandoğan, s. 676; Yavuz, s. 799 vd.

⁸⁹ Emmerich, § 13 Rn. 18.

⁹⁰ Rolf Schmidt, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 9. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, Bremen, 2014, s. 12 vd.; Medicus/Lorenz, § 60 Rn. 39; Gümüş, s. 243.

⁹¹ Christoph Hirsch, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Auflage, Nomos Verlag, 2020, § 61 Rn. 1795.

⁹² Gümüş, s. 244; Medicus/Lorenz, § 59 Rn. 8ff.

⁹³ Schmidt Rolf s. 13; Medicus/Lorenz, § 59 Rn. 3.

⁹⁴ Mansel/Stürner, § 686 Rn. 2.

dayanarak talep edebileceği belirtilmiştir⁹⁵. Buna karşın, “*Die Vorschriften des §§ 677 bis 686 BGB finden keine Anwendung, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda § 687 I BGB’ de⁹⁶ gerçek olmayan yanılarak vekâletsiz iş görme kurumu açıkça düzenlenmiş ve vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmayacağı net bir şekilde belirtilmiştir. TBK’ dan farklı olarak iş gören, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değil, genel hükümlere, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmuştur⁹⁷. Kanuni baba, çocuğun gerçek babası olmadığını öğrendiği ana kadar çocuğun bakım, eğitim, korunma ve nafaka giderlerini karşılarken kanuni yükümlülüğünü yerine getirmekte olduğunu düşünüp kendi işini gördüğüne inanmıştır. Dolayısı ile işin yabancılık unsurunda yanılmıştır. Buna bağlı olarak yanılarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun şartları oluşmuş olsa da, kanuni baba iş gören sıfatı ile çocuk için yaptığı masrafları sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak TBK m. 77’e göre biyolojik babadan talep edebilecektir.

B. Zenginleşmenin İadesinin Haksız Fiil Hükümlerine Göre Yapılması (TBK m. 49)

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, nafakanın iadesi talebine ilişkin olarak aile hukuku hükümlerinin uygulanmasının kesin olduğu ve sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine başvurulmaması gerektiği kanaatindedir⁹⁸. Yüksek mahkeme burada Alman medeni kanunun aile hukukuna ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğine değinmiştir. Zaten medeni kanunda aile hukuku hükümleri başlığı altında nafaka masraflarının iadesini öngören özel bir hüküm (§ 1607 III 2 BGB) varken, ikincil hüküm niteliğini taşıyan sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümlerine başvurulmaması gerektiğini vurgulamıştır. Buna karşın, Türk

⁹⁵ Akçaal, s. 453; İş görenin masraflarını vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep etmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur bkz: Aynaz Uğur, *Milletlerarası Özel Hukukta Vekaletsiz İş Görme*, Legal Yayınları, 2022, s. 54; Ece Baş, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, 2023, s. 103.

⁹⁶ “677 ila 680 maddeleri arasında düzenlenen hükümler bir kimsenin başkasına ait bir işi, kendisinin işi olduğunu sanarak görmesi durumunda uygulanmaz”.

⁹⁷ Schmidt Rolf, s. 13; Emmerich, § 13 Rn. 20; Medicus/Lorenz, § 59 Rn. 3.

⁹⁸ BGH, Beschluss vom 22.3.2017 – XII ZB 56/16, NJW 2017, 1954, JuS 2017, 1027 mit Anmerkung von Marina Wellenhofer; BGH, Urteil vom 16. 4. 2008 - XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433, BGHZ 23, 215 = NJW 57, 670 bkz. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. 1. 1965- 9 U 145/64, NJW 1966, 355; BGH, Urteil vom 19-12-1989- IV b ZR 56/88, NJW 1990, 706.

Yargıtay'ı, kanuni babanın çocuk için yaptığı masrafları, ancak TBK m. 49'a dayanarak haksız fiil hükümlerine göre biyolojik babadan talep edebileceği kanaatindedir⁹⁹. Zira biyolojik baba tespit edilinceye kadar, kanuni babanın çocukların bakım, eğitim ve koruma giderlerini velayete ilişkin yükümlülüğü yerine getirmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu, hayatın olağan akışına da uygundur¹⁰⁰. Biyolojik babanın tespit edilmesinden sonra, kanuni baba o tarihe kadar yaptığı masrafları haksız fiil hükümlerine dayanarak biyolojik babadan talep edebilir. Haksız fiil, hukuka aykırı bir davranış sonucunda başkasında bir zararın meydana gelmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹. Bir kusur sorumluluğu olan haksız fiil, TBK m. 49 ilâ m. 76 arasında düzenlenmiştir. Haksız fiil şartları kümülatiftir. İlk olarak hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil gerçekleşmiş olmalıdır. Bu fiilin bir kusurlu eylem neticesinde işlenmesi şarttır. Hukuka veya ahlaka aykırı ve de kusurlu şekilde işlenen fiil neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Son olarak hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik (illiyet) bağı bulunmalıdır. Şartlardan birinin eksikliği, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına engel olur.

Öncelikle olumlu veya olumsuz bir davranışın varlığı şarttır. Burada aktif olarak yapma veya pasif olarak yapmama tarzındaki iradi eylemden bahsedilmektedir. Biyolojik baba çocuğun bakım, eğitim ve koruma giderlerini karşılamamıştır. Dolayısı ile biyolojik baba aktif olarak bir yapma eyleminde bulunmamıştır. İlk bakışta biyolojik babanın pasif olarak yapmama eyleminde bulunduğu düşünülebilir. Fakat pasif bir yapmama eyleminden bahsedebilmek için eylemde bulunmayan kişinin yapması gereken bir eylemin varlığından

⁹⁹ Yargıtay 2. HD, 4.6.2012, E. 2012/10167, K. 2012/14891, ve YHGK, 19.03.2019, E. 2019/85, K. 2019/314, <<https://legalbank.net/belge/y-2-hd-e->; <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 18 Eylül 2023: Dava konusu olayda evlilik birliği içinde iki çocuk dünyaya gelmiştir. Eşler boşandıktan sonra çocukların velayeti kocaya bırakılmıştır. Daha sonra ana velayetin değişikliği davası açmıştır. Buna mukabil koca da soybağının reddi davası açmıştır. Çocuklar ile biyolojik baba arasında soybağının kurulmasından sonra koca, biyolojik babaya karşı 60.000 TL'lik maddi tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi Kocanın bu talebini reddedilmiştir ve Yargıtay'ın bozma kararına da direnmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da "çocukların yaşı, eğitim durumu ve diğer şartlar birlikte değerlendirilip, takdir edilecek uygun bir miktar maddi tazminatın biyolojik babadan tahsiline hükmedilmesi gerekmektedir. Yerel mahkemece, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır" şeklinde hüküm kurarak o dönem yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41.-60 maddelerine ilişkin haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.

¹⁰⁰ YHGK, 19.03.2019, E. 2019/85, K. 2019/314, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 18 Eylül 2023).

¹⁰¹ YHGK, 19.03.2019, E. 2019/85, K. 2019/314, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 18 Eylül 2023).

haberdar olması ve buna rağmen pasif kalarak söz konusu eylemi yapmamış olması gerekir¹⁰². Biyolojik baba, genel olarak bir çocuğun varlığından soybağının reddi davası neticesinde haberdar olmaktadır. Dolayısıyla biyolojik babanın çocuğu olduğu bilgisine sahip olup da pasif kalarak çocuğun eğitim, bakım ve koruma giderlerini karşılamamış olmasından bahsedilemez. Kanuni baba çocuğun giderlerini karşıladığı sırada kendi yasal yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Biyolojik baba bundan haberdar değildir ki pasif kalarak olumsuz bir eylemde bulunmuş olsun. Dolayısıyla haksız bir fiilin varlığı söz konusu deđildir¹⁰³.

Haksız fiilin hukuka aykırı olması şartı haksız fiil sorumluluğu kapsamında aranmaktadır. Eylemin hukuka aykırı olabilmesi için, belli bir şekilde davranmayı emreden (*Gebot*) veya yasaklayan (*Verbot*) normlara aykırı bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, fiildeki hukuka aykırılık, yapılması gerekeni yapmamak veya yapılmaması gerekeni yapmak şeklinde gerekleřebilir¹⁰⁴. Kanuni baba, soybağının tespit edildiği döneme kadar kanuni yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Biyolojik babanın bu esnada kanuni bir yükümlülüğü olmadığından yapması gereken bir eylemi yapmayarak ya da yapmaması gereken bir eylemi yaparak hukuka aykırı bir eylemde bulunmuş olması söz konusu değildir. İlk bakışta biyolojik babanın evli bir kadımla birliktelik yaşaması ve bunun neticesinde çocuğun dünyaya gelmiş olması, hukuka aykırı bir fiil olarak görülebilir. Ancak Türk ve Alman Hukukunda zina olarak nitelendirilebilecek bu durum, suç olarak kabul edilmemiştir. Bu yönde bir yasak dzenlenmemiřtir¹⁰⁵. Bununla beraber, TBK m. 49/II' de “*zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa da ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren, zararı gidermekle yükümlü*” kılınmıştır. Fiilin ahlaka aykırılığının tespitinde bireysel tercih

¹⁰² Eren, s. 540 vd; Antalya, s. 30 vd; Oğuzman/z, s. 13.

¹⁰³ YHGK, 19.03.2019, E. 2019/85, K. 2019/314, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 18 Eylül 2023: Söz konusu kararda Yargıtay haksız fiil şartına değinmemiş varlığına ilişkin tespitte bulunmamıştır.

¹⁰⁴ Antalya, s. 39 vd; Eren, s. 611; YHGK, 07.06.2022, E. 2019/814, K. 2022/833, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 21 Eylül 2023.

¹⁰⁵ BGH, Beschluss vom 20. 2. 2013 – XII ZB 412/11, NJW 2013, 2108; Christian Förster, § 826 BGB, BeckOK, 63. Edition, C. H. Beck, 2022, Rn. 103, 104; Yargıtay 4. HD, 11.02.2019, E. 2016/10102, K. 2019/561, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e->>, Erişim Tarihi 21 Eylül 2023: Evlilik birliği içinde sadakat yükümlülüğünün nispi bir hak olduğuna değinilmiştir; AG Wipperfürth, Urteil vom 20. 3. 2000- 1 (5) C 65/98, FPR 2002, 15.

ve kabullerden ziyade genel toplumsal kabuller dikkate alınmaktadır¹⁰⁶. Biyolojik babanın evli bir kadınla birlikteliği, Türk ahlak normlarına aykırı olarak kabul edilebilir. Ancak TBK m. 49/II' ya göre biyolojik babanın kanuni babaya kasten zarar vermek için ana ile birlikte olduğunun da tespit edilmesi gereklidir¹⁰⁷. Bu bağlamda, evliliğin biliniyor olması salt bir bilgidir. TBK m. 49/II' de “bilinçli bir kast” şartı aranmaktadır¹⁰⁸. Biyolojik babanın çocuk yaparak başkasına zarar verme kastı ile hareket ettiğini düşünmek, hayatın olağan akışına aykırı olur. Sonuç olarak biyolojik babanın hukuka aykırı bir eylemde bulunduğundan bahsedilemez.

Haksız fiilin diğer şartı ise, zararın meydana gelmesidir. Maddi ve manevi tazminatlar haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir. Fakat çalışmamızın konusunu maddi zararlar oluşturmaktadır. Zarar, bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹. Maddi zararlar kapsamında vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan, ölüme neden olan ve mala gelen zararlar yer almaktadır¹¹⁰. Kanuni babanın çocuk için yaptığı bakım, eğitim ve nafaka giderleri neticesinde mal varlığında bir azalma meydana gelmiştir¹¹¹. Bu durumun maddi zarar olarak değerlendirilebilmesi için, malvarlığının bulunması, bu malvarlığında azalmanın gerçekleşmesi ve de azalmanın zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bilindiği üzere malvarlığı, hem aktiflerden hem de pasiflerden oluşmaktadır. Dolayısıyla ekonomik değer taşıyan, para ile ölçülebilen hukuki varlıklar, mal varlığını oluşturur. Bu tür varlıklarda bir azalmanın meydana gelmesi maddi zararın meydana geldiğine işaret eder. Azalma, aktiflerde eksilmenin veya pasiflerde artışın olması şeklinde görülebilir. Doğal, tabii hizmetlerin görülmesi iade edilmesi gerekli zararlar olarak görüldüğünden paraya çevrilerek

¹⁰⁶ YHGK, 07.06.2022, E. 2019/814, K. 2022/833, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, Erişim Tarihi 21 Eylül 2023).

¹⁰⁷ Förster, Rn. 104; Yargıtay HGK, 07.06.2022, E. 2019/814, K. 2022/833, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->>, ayrıca Yargıtay 4. HD, 11.02.2019, E. 2016/10102, K. 2019/561, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e->>, Erişim Tarihi 21 Eylül 2023.

¹⁰⁸ Förster, Rn. 104.

¹⁰⁹ Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-II Maddi Zarar Olarak “Çocuk”“, BATİDER, 21 (3), 2002, s. 34.

¹¹⁰ Maximillian Fuchs/Alex Baumgartner, “Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung”, JuS, Heft 12, 2011, s. 1061; Antalya, s. 81.

¹¹¹ Reinken, Rn. 29; Alman Federal Yargıtay’ının 18.03.1980 ve 16.12.1993 tarihli kararları için bkz. Zeytin, s. 40, 42.

hesaplanmalıdır¹¹². Söz konusu azalmanın da zarar görenin iradesi dışında gerçekleşmiş olması gerekir. İrade dışından kasıt, zarar görenin ya rızasının hiç olmamasıdır ya da rızasına aykırılıktır¹¹³. Genel olarak kanuni baba tüm giderleri yasal yükümlülüğünü yerine getirdiği düşüncesi ile iradi olarak, bilinçli yapmıştır. Dolayısıyla ne rızanın hiç olmaması ne de rızaya aykırılık söz konusudur. Aynı şekilde rızayı etkileyebilecek zarar veren tarafından gerçekleştirilen bir korkutma veya aldatma hali de mevcut değildir. Nitekim kanuni babanın malvarlığındaki azalma, iradi olarak gerçekleştiğinden bir zarardan bahsedilemez.

Diğer bir şart, hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun bir nedensellik (illiyet) bağının varlığıdır. Hukuka aykırı fiilin hayatın normal akışına ve tecrübelerine uygun olarak söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli olması nedensellik bağının mevcut olduğunu gsterir¹¹⁴. Buna göre zararın meydana gelmesine hukuka aykırı fiil sebep olmuş olmalıdır¹¹⁵.

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için kusurlu bir eylemin varlığı şarttır. Kusur, bir kimsenin hukuka uygun davranma konusunda gerekli zen ve dikkati göstermemesi olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶. Kanuni babanın ocuk için giderler yaptığı dönemde biyolojik baba çocuğun varlığından haberdar değildir. Bundan dolayı kendisinin hukuka uygun davranma noktasında özensiz ve dikkatsiz davrandığından bahsedilemez. şayet biyolojik babanın evli bir kadınlı birlikte olması özensiz ve dikkatsiz davrandığı yönünde bir kanaat oluşturuyor ise, bu davranış yukarıda değinildiği üzere hukuka aykırı bulunmadığı için biyolojik baba kusurlu bir eylemde bulunmamıştır.

Bundan başka, ananın evlilik birliği içinde başka biri ile birlikte olması ve bunun neticesinde çocuğun dünyaya gelmesi ve de bu durumu kocadan gizlemesi, kadına karşı tazminat talebinde bulunma düşüncesini oluşturabilir. Fakat bu durum, yani kadının evlilik birliği içindeki sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak ocuk dünyaya getirmesi, haksız fiil olarak kabul edilmemektedir¹¹⁷. Bundan dolayı kanuni baba, yükümlü olmadığı nafaka

¹¹² Reinken, Rn. 29; Seiler/Niepmann, Rn. 286.

¹¹³ Oğuzman/z, s. 39 vd.; Eren, s. 545; Antalya, s. 88.

¹¹⁴ Antalya, s. 209.

¹¹⁵ Eren, s. 565 vd; Antalya, s. 39.

¹¹⁶ Oğuzman/z, s. 54 vd; Antalya, s. 21.

¹¹⁷ Alman Anayasa mahkemesi 24 şubat 2015 yılında verdiği bir kararda ananın çocuğun biyolojik babası hakkında bilgi verme yükümlüğünün olmadığına hükmetmiştir, BeckRS

masraflarını karşılamak suretiyle kendi malvarlığında azalma meydana geldiği iddiasıyla anaya karşı haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunamaz¹¹⁸.

Yargıtay, kanuni babanın çocuk için yaptığı masrafları haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd.) dayanarak biyolojik babadan talep edilebileceğini savunmuş olsa da ilgili kararlarda haksız fiil hükümlerinin şartlarının oluşup oluşmadığına değinilmemiştir. Yukarıda haksız fiilin şartları tek tek incelenmiş ve bu şartlarının çalışma konumuz bakımından gerçekleşmediği tespit edilmiştir. Nitekim Yargıtay kararları, kanuni babanın tazminat talebine ilişkin olarak açık ve kesin bir çözüm sunamamaktadır¹¹⁹.

SONUÇ

Bir kimsenin kendi fiilinin sonucuna katlanması gerektiği ilkesi, sorumluluk hukukunun temelini oluşturmaktadır. TMK m. 335/I' den kaynaklanan ergin olmayan çocuk hakkında velayete ilişkin sorumluluk hem ana hem baba için bağlayıcıdır ve belli bir süre ile sınırlıdır. Velayet sorumluluğunun doğabilmesi için çocuk ile ana ve baba arasında soybağının kurulmuş olması gerekir. Doğum, ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulması için tek şarttır ve çocuğu kim doğurduysa anası da o kişidir. Babalık karinesi gereği, TMK m. 285' ye göre evlilik birliği devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Söz konusu karine, TMK m. 286'ya göre açılacak soybağının reddi davası ile çürütülebilir. Çürütülen babalık karinesi ile birlikte kocanın (kanuni babanın) çocuğun bakım, eğitim ve koruma giderlerini karşılama ve nafaka yükümlülüğü sona ermiş olur. Bu hâlde, kanuni babanın, kendi çocuğu sanarak çocuğun doğumundan soybağının reddi davasının kesinleşmesine kadar geçen sürede yaptığı bütün harcamaların iadesini ve de soybağının reddi davasına ilişkin mahkeme masraflarını, TBK m. 77, TBK m. 78 veya TBK m. 527 vd maddelerine göre ya da TBK m. 49 gereğince biyolojik babadan talep etme imkânı gündeme gelir. Yargıtay, kanuni babanın çocuk için yaptığı masrafları, ancak haksız fiil hükümlerine göre biyolojik babadan talep edebileceğine hükmetmiştir. Fakat bizce haksız fiil hükmünün şartları oluşmamıştır. Zira

2015, 42671; Aynı şekilde: OLG Brandenburg, Beschluss vom 28. 3. 2013 – 9 UF 148/12 NJW-RR 2013,1282; Karş. BGH, Beschluss vom 2.7.2014 – XII ZB 201/13 NZFam 2014, 839.

¹¹⁸ Seiler/Niepmann, Rn. 286; Berndt, Rn. 101; Schwab, s. 306.

¹¹⁹ Akçaal, s. 442.

biyolojik baba, kanuni babaya zarar verme kastı ile hareket etmemiş ve kanuni babanın malvarlığındaki azalma iradi olarak gerçekleşmiştir. Bundan dolayı ne hukuka aykırı bir fiilin ne de zararın varlığından bahsedilecektir. Doktrinde ise, zenginleşmenin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iade edilebileceği yönünde bir görüş mevcuttur. Kanuni baba, çocuğun gerçek babası olmadığını öğrendiği ana kadar çocuğun bakım, eğitim, koruma ve nafaka giderlerini karşılarken kanuni yükümlülüğünü yerine getirmekte olduğunu düşünüp işin yabancılık unsurunda yanılmıştır. Buna bağlı olarak her ne kadar gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumunun şartları oluşmuş olsa da, TMK m. 530' da yer alan “zenginleşme” lafzı gereği kanuni baba iş gören sıfatı ile ocuk için yaptığı masrafları vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak TBK m. 77'e göre biyolojik babadan talep edebilecektir. Doktrinde diğer bir görüşe göre kanuni baba, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak yaptığı masrafları biyolojik babadan talep edebilir. Nafaka yükümlülüğünün kanuni baba tarafından yerine getirilmesiyle biyolojik babanın malvarlığında artış ve de kanuni baba aleyhine zenginleşme gerçekleşmiştir. Soybağının reddi davası neticesinde yasal nafaka yükümlülüğünün ortadan kalkmış olması, biyolojik babanın zenginleşmesinin sona eren bir sebebe dayandığına işaret etmektedir. Böylece sebepsiz zenginleşmenin tüm şartları gerçekleşmiştir. Buna göre kanuni baba sonradan ortadan kalkan sebebe dayanarak sebepsiz zenginleşmeye yönelik talebini iyi niyetli biyolojik babaya karşı yöneltebilir. Bunun sonucunda iyi niyetli biyolojik baba, zenginleştiği miktarı kanuni babaya iade etmekle yükümlüdür.

Kanaatimizce haksız fiil hükümlerinin şartları oluşmamış ve her ne kadar gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları oluşmuş ise de TBK m. 530 gereği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat talep edilebilecektir. Sebepsiz zenginleşmede talep, zarar miktarı ile sınırlı olmadığından, zenginleşme miktarının zarardan daha fazla olması halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılması, zarar göreni daha fazla koruyacaktır. Aynı şekilde haksız fiilde kusur şartı aranırken sebepsiz zenginleşmede kusur şartı aranmamaktadır. Netice itibariyle kanuni baba sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak biyolojik babadan zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Böylece ikincil hüküm niteliğindeki hükümlere müracaat edilmiş olacaktır. Oysa Alman hukukunda olduğu gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu aşıkardır. §§ 1607 III 2 BGB' de kanuni babanın biyolojik babaya karşı açacağı iade davasını düzenlediği şekilde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda müstakil, bağımsız bir kanuni düzenlemeye gidilmesi daha pratik olacak ve tartışmalara mahal vermeyecektir.

KAYNAKÇA

- Althammer C, *Schuldrecht III, Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhaeltnisse*, W. Kohlhammer, 2015.
- Akçaal M, “Evlilik Birliği İçinde Doğan Çocuklar İçin Koca Tarafından Yapılan Giderlerin Biyolojik Babadan Talebinin Hukuki Dayanağı”, *ABÜHFD*, (14), 2019, s. 433-457.
- Akıntürk T/Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Cilt: II, Aile Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayınları, 2017.
- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 2, Legal Yayıncılık, 2018.
- Aydoğdu M/Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Baş E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı*, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, 2023.
- Berndt J C, *Familienrecht*, 4. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Bilge N, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Yeni Desen Matbaası, 1962.
- Brox H/Walker Wolf D, *Besonderes Schuldrecht*, 47. Auflage, C. H. Beck, 2023.
- Dural M/Öğüz M T/Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt: III, Aile Hukuku*, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 2015.
- Emmerich V, *BGB- Schuldrecht Besonderer Teil.*, 16. Auflage, C. F. Müller, 2021.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- Ernst R, “Abstammungsrecht – Die Reform ist vorbereitet! Eine tour d’horizon zum Beginn der Legislaturperiode”, *NZFam*, Heft 10, 2018, s. 443-447.
- Eusani G, “Selbstvornahme des Bestellers trotz Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei verweigerter Sicherheitsleistung gem, § 648a BGB nach Abnahme“, *NZBau* Heft 11, 2006, s. 676- 681.
- Förster C, *§ 826 BGB, BeckOK*, 63. Edition, C. H. Beck, 2022.
- Fuchs M/Baumgartner A, “Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung”, *JuS*, Heft 12, 2011, s. 1057-1063.

- Gehrlein M/Hau W/Poseck R, § 677 BGB, BeckOK, 63. Edition, C. H. Beck, 2022.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku zel Hükümler*, Cilt:2, 3. Baskı, Vedat Yayınevi, 2014.
- Gutzeit M/Kaiser D/Schnitzler K/Schilling R/Sanders A, *Familienrecht*, 4. Auflage, Nomos Verlag, 2022.
- Hahn D/Hau W/Poseck R, § 1591 BGB, BeckOK, 63. Edition, C. H. Beck, 2022.
- Hatemi H/Gökyaylar K E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Heiss H/Heiss B/Born W, *Unterhaltsrecht*, 61. Ergaenzungslieferung, C. H. Beck, 2022.
- Helvacı S/Aydın G S, “Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranamayacağı Sorunu”, MÜHF-HAD, 23 (1), 2017, s. 265-302.
- Hirsch C, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Auflage, Nomos Verlag, 2020.
- Huber C, “Unterhaltsverpflichtung des nichtehelichen Vaters gegenüber Kind und Mutter”, FPR, Heft 5, 2005, s. 189-192.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, (“Borçlar Genel”).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku zel Hükümler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- Kılıçoğlu E, “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması”, MÜHF – HAD, 16(3-4), 2010, s. 279- 307.
- Klinkhammer F/Schnitzler K, *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2020.
- Knahn T/Siede W/Grandel M/Stockmann R, *Familienrecht*, 3. Auflage, Nomos Verlag, 2021.
- Kutlu Sungurbey A, *Yetkisiz Temsil zellikle Culpa in Contrehendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, Yasa*

Yayımları,1988.

Lettmacierer S, *Familienrecht*, Vahlen, 2022.

Löhnig M, “Abstammungsrecht: Sozialer, rechtlicher Vater vs. leiblicher, nicht rechtlicher Vater?” NZFam, Heft 4, 2017, s. 141-143.

Mansel H P/Stürner R, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, H.C. Beck, 2021.

Mayr M, “Rechte am Embryo“– Zivil- und familienrechtliche Fragestellungen im Rahmen der in-vitro-Fertilisation”, NZFam, Heft 20, 2018, s. 913-920.

Medicus D/Lorenz S, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 18. Auflage, H.C. Beck, 2018.

Meyer-Götz K, *Familienrecht*, 4. Auflage, Nomos, 2018.

Nomer N H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayınları, 2021.

Oldenburger M, “Abstammungsrecht 2.0?”, NZFam, Heft 22, 2020, s. 985 – 991.

Oğuzman M K/ Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 2, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016.

Özdemir H/Ruhi A C, *Çocuk Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2012.

Özdemir, H G, *Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)*, Seçkin Yayıncılık, 2001.

Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015.

Rauscher T, *Familienrecht*, 2. Auflage, C. F. Müller, 2008.

Reinken W, § 1607 BGB, BeckOK, 63. Edition, C. H. Beck, 2022.

Reuss P/Gsell B/Krüger W/Lorenz S/Reymann C, § 1598a BGB, BeckOGK, C. H. Beck, 2022.

Schmidt C, “Regress des Scheinvaters gegen die Mutter?” NJW, Heft 37, C.H. Beck, 2015, s. 2693- 2695.

Schmidt R, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 9. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, 2014.

Schwab D, *Familienrecht*, 31. Auflage, C. H. Beck, 2023.

- Seiler C/Niepmann B, *Die Rechtsprechung zur Hohe des Unterhalts*, 14. Auflage, C. H. Beck, 2019.
- Selg U/Gsell B/Kruger W/Lorenz S/Reymann C, § 1601 BGB, *BeckOGK*, C. H. Beck, 2022.
- Sonat K. A, “Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri”, MÜHF-HAD 19 (3), 2013, s. 324-377.
- Spickhoff A/Fenger H, *Medizinrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck, 2018.
- Sprau H/Gruneberg C (vormals Palandt), *Beckische Kurz Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, 81. Auflage, C H. Beck, 2022.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri*, C. 2, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tosun Y/Baş E, “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sreler İlişkin
- Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, BAHFD, 9(123-124), 2014, s. 99-115.
- Uygur T, *Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, 8. Cilt, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Uğur A, *Milletlerarası zel Hukukta Vekaletsiz İş Görme*, Legal Yayınları, 2022.
- Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınları, 2014, (“zel Hükümler”).
- Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku Dersleri zel Hükümler*, 8. Bası, Beta Yayınları, 2009.
- Weinreich G/ Klein M, *Familienrecht Kommentar*, 6. Auflage, Luchterhand Verlag, 2019.
- Wellenhofer M, § 1599 BGB, *MüKoBGB*, 8. Auflage, C. H. Beck, 2020.
- Wellenhofer M, *Familienrecht*, 5. Auflage, C. H. Beck, 2019.
- Wiese V, § 818 BGB, *SchulzeHK-BGB*, 11. Auflage Nomos Verlag, 2021.
- Wolf A, “*Kleinmachnow, Biologische Abstammung und rechtliche Zuordnung- Eine Annherung mit Hindernissen*”, NJW, Heft 34, 2005, s. 2417-2421.

- Zimmerman M J, “*Der Unterhaltsregress des Scheinvaters bei inzidenter Vaterschaftsfeststellung*”, FPR Heft 7, 2008, s. 327-331.
- Zeytin Z, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-II Maddi Zarar Olarak “Çocuk”, BATİDER, 21(3), Haziran 2002, s. 33-45.
- Zeytin Z/Ergün Ö, *Türk Medeni Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Zevkliler A/Ertuş Ş/Havutçu A/Gürpınar D, *Medeni Hukuk*, Temel Bilgiler, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.
- Zevkliler A/Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2010.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

SUSTAINABILITY AND EU COMPETITION LAW: GREEN REGULATIONS

SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK VE AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU:
YEŞİL DÜZENLEMELER

Cemal Mert TÜZEMEN*  

ABSTRACT

Environmental considerations in the enforcement of competition regulations have recently become one of the most controversial debate topics in the European Union after the adoption of the new Horizontal Guidelines. There are serious competition law concerns that are deemed to surface with the relaxation of the competition enforcement, and any amendment to the enforcement of competition regulations shall be made with prudence. Environmental considerations in the enforcement of competition regulations shall be necessary to some extent for creating more room for particular sustainability agreements where there is no way of doing so by other means. The amendments made to the European Horizontal Guidelines show prudence while satisfying the need for environmental considerations for particular sustainability agreements. However, some amendments shall be revised to relieve serious competition law concerns.

Keywords: Competition law, Sustainability, Enforcement, Cooperation, Environment.

* **Doktora Öğrencisi**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı/ ESKİŞEHİR, **E-posta:** cmt@anadolu.edu.tr, **ORCID:** 0009-0003-0742-1529, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1449204.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Tüzemen M. C., “Sustainability and Eu Competition Law: Green Regulations”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s.271-300.
- **İntihal/ Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ÖZET

Rekabet düzenlemelerinin çevresel düşünceler çerçevesinde esnek olarak uygulanması, Avrupa Birliği yatay anlaşmalarına dair mevzuatının ve rehberinin güncellenmesinden sonra en tartışmalı konulardan biri haline gelmiştir. Rekabet mevzuatının uygulanmasının gevşetilmesiyle ciddi rekabet hukuku endişelerinin ortaya çıkacağı bir gerçek. Bu bakımdan rekabet düzenlemelerinde yapılacak herhangi bir güncelleme etraflıca düşünülmesi gereken bir mevzu olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabet düzenlemelerinin uygulanmasında çevresel düşüncelerin, belirli sürdürülebilirlik anlaşmaları için daha fazla alan yaratmak adına başka yollar olmadığında gerekli olduğunu söylemek gerekmektedir. Avrupa Birliği yatay anlaşmalarına dair mevzuat ve rehberde yapılan değişiklikler, belirli sürdürülebilirlik anlaşmaları için çevresel düşüncelerin gerekliliğini ortaya koymaktadır, ancak bazı değişiklikler ciddi rekabet hukuku endişelerini hafifletmek için gözden geçirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, Sürdürülebilirlik, AB mevzuatı, İşbirliği anlaşmaları, Çevre.

INTRODUCTION

The limited and scarce resources and unlimited desires of humankind have come together to form a recipe for disaster. Unions, states and individuals have taken considerable steps towards postponing the outcomes of these environmental problems to leave a sustainable future for the next generations. The approach to be taken is not yet fully agreed upon by scholars. Some argue that cooperation between businesses is the key to resolve environmental problems, while others argue that competition will be the drive for a greener tomorrow. Those who believe that cooperation shall be encouraged to diminish environmental harm argue that leniency in competition enforcement -particularly towards agreements with environmental objectives- is imperative¹. On the other hand, some think that the lenient approach to sustainability agreements will bring about several competition law concerns that shall not be disregarded².

¹ Suzanne Kingston, "Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special", *European Law Journal*, 16(6), 2010, p. 780–805; Giorgio Monti, "Four Options for a Greener Competition Law", *Journal of European Competition Law & Practice*, 11(3-4), 2020, p. 124–132.

² Simon Holmes, "Climate Change, Sustainability, and Competition Law", *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 2020, p. 354–405; Cento Veljanovski, "The Case Against Green Antitrust", *European Competition Journal*, 18(3), 2022, p. 501-513.

This article will specifically centre on the debate concerning the relaxation of competition enforcement to relieve environmental concerns. It will be argued that deviating from fundamental competition principles gives rise to various concerns in theory and in practice, hindering long-term environmental welfare. Yet, it will be demonstrated how some specific types of sustainability agreements are worth encouraging for.

I. BACKGROUND

The European Commission announced the “European Green Deal” in December 2019, that constitutes a commitment to climate neutrality by 2050³. To achieve this objective the Commission decided to take initiatives in several policy areas, however the competition policy was not addressed in the earlier stages of “European Green Deal”. In September 2020, Executive Vice President Margrethe Vestager who is responsible for the competition aspect at the Commission, evoked the debate about the interplay of sustainability and competition regulations⁴. Vestager pointed out that competition policies and environmental policies go hand in hand and induced a discussion on how can these policies work together.

Of course, the aims of the environmental and competition policy are in harmony, as all public policies should be⁵. Furthermore, it is crucial to tackle environmental concerns by maintaining sustainable consumption and production so that social welfare maximization can be achieved⁶. To do so, there has not been a consensus about how competition and environmental policies are going to work together. In response to the evolving dynamics within the European Union (EU), a significant step towards a greener antitrust was witnessed on June 1, 2023, with the adoption of new Horizontal Block

³ European Commission, “The European Green Deal sets out how to make Europe the first climate-neutral continent by 2050, boosting the economy, improving people’s health and quality of life, caring for nature, and leaving no one behind”, *Press Corner*, 2019, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6691>, Accessed 20 February 2024, p. 1.

⁴ European Commission, “The Green Deal and competition policy”, *Press Corner*, 2020, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2913>, Accessed 20 February 2024, p. 1.

⁵ OECD, “Environmental Regulation and Competition”, *OECD Journal of Competition Law & Policy*, 9, 2007, 9 p. 167.

⁶ Lewis Akenji / Magnus Bengtsson, “Making Sustainable Consumption and Production the Core of Sustainable Development Goals”, *Sustainability*, 6(2), 2014, p. 513.

Exemption Regulations and Horizontal Guidelines (Guidelines)⁷. This regulatory shift introduced a rather more lenient stance towards cooperative agreements, although shows signs of prudence as well. The massive steps taken by the European Commission have not yet prompted the advocates of a greener antitrust to collectively breathe a sigh of relief⁸. While some argue for a deviation from fundamental competition principles to accommodate greater collaboration in the realm of sustainability⁹, this article contends that any amendments in the enforcement of competition regulations should be approached with great prudence.

II. CONCERNS ON ALLOWING MORE ROOM FOR COOPERATION

Consumers that are buying or producers that are selling any product are responding to a price signal¹⁰. This communication sets out the basis of the principle, as the price mechanism moves the consumers and producers to the optimum level and provides efficiency. The cost of a product may not be perfectly demonstrated at all times due to externalities¹¹. Thus, there occur miscommunications in the price mechanism. This may be caused from a negative externality like environmental harm¹². In line with Article 101(3), agreements that reduce this externality shall be permissible if they provide social welfare that offsets the negative effect of potential restriction in competition. If the assessment of such agreements' societal benefits is calculated with small margins of error and if it is recognized that the efficiencies are not likely to

⁷ European Commission, "Antitrust: Commission adopts new Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines", *Press Corner*, 2023, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2990>, Accessed 20 February 2024, p. 1.

⁸ David Little / Werner Berg / Clément Pradille / Axelle Aubry, "The European Commission's Draft Guidelines on Sustainability Agreements—a Legal Analysis and Practical Implications", *European Competition Law Review*, 43(9), 2022, p. 410.

⁹ ACM, "Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law", 2021, <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>> Accessed 20 February 2024, p. 8.

¹⁰ Erik Bækkeskov, "market failure", *Encyclopedia Britannica*, 2023, <<https://www.britannica.com/money/topic/market-failure>>, Accessed 20 February 2024, p. 1.

¹¹ Joseph E. Stiglitz / Jay K. Rosengard, *Economics of the Public Sector*, 4th Ed., WW Norton & Company, 2015, p. 86-87.

¹² Keith N. Hylton, "The Economic Theory of Nuisance Law and Implications for Environmental Regulation", *Case Western Reserve Law Review*, 58(3), 2008, p. 677.

happen absent the agreement, then such agreements shall increase welfare¹³. However, it is not plausible to assume that the authorities are perfectly able to assess the efficiencies of a sustainability with small margins of error since there is no metric for sustainability¹⁴.

One reason for this is that the efficiencies of the sustainability agreements are not always directly related to consumer welfare or the use-value of a product. In addition, the benefit of the sustainability agreements is not expected in the same market that the agreement in question is affecting in some cases¹⁵. Generally, sustainability agreements are aiming to bring societal welfare or efficiencies of the non-use value of a product such as reducing its negative environmental externalities¹⁶. However, the question that shall be examined is: is there a need for more cooperation agreements in addressing environmental concerns? It is evident that introducing leniency towards sustainability agreements in the Guidelines is going to weaken the enforcement of competition regulations. This leniency might inadvertently open the door to potential misuse of provisions under the guise of promoting environmental interests¹⁷. Therefore, any amendments to the Guidelines shall be handled with prudence. Considering the potential risks that are brought by welcoming more cooperation agreements, which will be elaborated below, the necessity of a greener antitrust is in doubt.

A. Cartel Activities

The main concern that a “greener” Article 101(3) is deemed to bring is an increase in cartel activities¹⁸. In any medium where communication between

¹³ Roman Inderst / Eftichios Sartzetakis / Anastasios Xepapadeas, “Competition and Co-Operation When Consumers’ Sustainability Preferences Depend on Social Norms”, *Deos Working Papers Athens University of Economics and Business*, No 2109, 2021 p. 3.

¹⁴ Roman Inderst / Stefan Thomas, “Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment—How Can We Measure Them?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(9), 2021, p. 706.

¹⁵ European Commission, “Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements”, *Official Journal of the European Union*, C 259, 2023, p. 119, para. 575. [Hereinafter Horizontal Guidelines]

¹⁶ Roman Inderst / Felix Rhiel / Stefan Thomas, “Sustainability Agreements and Social Norms”, *Social Science Research Network*, 2021, p. 5.

¹⁷ Jurgita Malinauskaite, “Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(5), 2022, p. 339.

¹⁸ Veljanovski, p. 51; Monti, p. 124-132.

rivals is allowed, there is a high risk of cartel activities being practised¹⁹. When it comes to sustainability agreements, the risk of cartel activities being exercised appears to be higher than that of other kinds of horizontal agreements. This is because sustainability agreements provide a perfect front for cartel activities due to the positive objectives they seem to have at first glance. In addition, the benefits a sustainability agreement promises to bring are non-quantifiable and thus can be easily manipulated. For instance, striving for more sustainable products is a positive objective however, firms tend to use it to force excessive prices on consumers – as it is extremely difficult for the authorities to determine the sustainability efficiencies. Nevertheless, strictly combatting cartels that pose threats to both competition and environmental goals through vigorous enforcement of Article 101 of the TFEU appears to be the least controversial way towards a greener tomorrow²⁰.

B. Cooperation and Innovation

There is a growing trend globally in the average premium consumers are willing to pay for sustainable products²¹. If consumers are willing and able to pay extra for more sustainable products, then firms have the incentive to practice anticompetitive activities, which guarantees an increase in profitability. This incentive, combined with an extended room for cooperation agreements, poses a great risk. Firms may participate in lobbying activities, which would relieve firms' future competitive concerns. Furthermore, it could also cause firms to stagger innovation. Thus, it shall be emphasized that allowing more room for cooperation agreements may raise serious concerns, as its presumed advantages are based on the faulty assumption that firms are willing to cooperate for a greener tomorrow but are disincentivized by the strict enforcement of competition regulations.

On a further note, cooperation in this sense does not foster innovation, it rather causes it to stagger. Competition is positively correlated with innovation²². In a purely competitive market, a firm has to invest in innovation

¹⁹ Maximilian Andres / Lisa Bruttel / Jana Friedrichsen, "The Leniency Rule Revisited: Experiments on Cartel Formation with Open Communication", *International Journal of Industrial Organization*, 76, 2021, p. 1.

²⁰ Birgit Peters / Eva Julia Lohse, *Sustainability Through Participation?*, Brill, 2023, p. 264.

²¹ Shanshan Li / Zein Kallas, "Meta-Analysis of Consumers' Willingness to Pay for Sustainable Food Products", *Appetite*, 2021, p. 163.

²² Jianmin Tang, "Competition and Innovation Behaviour", *Research Policy*, 35(1), 2006, p. 81.

in order to compete with its rivals, which in the end, increases efficiency and reduces the prices for the consumers. On the other hand, cooperation does not likely lead to innovation because it diminishes the producers' expected profits²³. In the case of cooperation the firms have more incentive to practice cartel activities and they have less incentives to innovate. It is evident that companies have the incentive to stagger innovation, because it decreases a lot of the pressure of the unforeseen competitive atmosphere that would be present if not for the collusion. That is why a lenient Article 101(3) brought about by across-the-board relaxations of the competition enforcement poses a great risk. It simply gives the operators in the market more medium to practice lobbying against the rather normal supply of technology and innovation – because slowing down the introduction of greener technologies eases a significant amount of future competitive pressure. Hence, the enforcement of competition regulations shall not be relaxed imprudently for the sake of relieving environmental concerns, as it would contradict both competition and environmental policies.

C. Cooperation and Corporate Social Responsibility

The firms in a competitive market have small to no incentive to cooperate in the name of environmental concerns. The main reasoning behind the need for more lenient Guidelines on the application of the Article 101(3) is the concern that the firms in the market are willing to form such agreements but are disincentivized by the possibility of fouling the competition regulations²⁴. However, this concern is unfounded. A firm's incentives to cooperate for sustainability are expected to be less than its incentives for increasing its profit. For instance, production agreements that benefit consumers will not increase a firm's profitability, and thus, a firm will not voluntarily form such an agreement²⁵. It is given that, in the long run, it is better for a firm to be more sustainable or environmental-friendly to increase its profitability²⁶.

²³ Maarten Pieter Schinkel / Leonard Green Treuren, "Corporate Social Responsibility by Joint Agreement", *Journal of Environmental Economics and Management*, 123, 2024, p. 13.

²⁴ Maarten Pieter Schinkel / Leonard Treuren, "Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change", *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2020-07*, 2020, p. 10.

²⁵ Maarten Pieter Schinkel / Yossi Spiegel / Leonard Treuren, "Production Agreements, Sustainability Investments, and Consumer Welfare", *Economics Letters*, 216, 2022, p. 5.

²⁶ Fanny Hermundsdottir / Arild Aspelund, "Sustainability Innovations and Firm Competitiveness: A Review", *Journal of Cleaner Production*, 280, 2021, p. 12.

However, this in itself is not enough of an incentive for a firm to cooperate with its rivals, aiming for green objectives. Because there is an easier path to achieving the same goal – self practiced Corporate Social Responsibility (CSR). No evidence supports the idea that firms engaged in anti-competitive cooperative agreements will generate innovation in the area of sustainability faster than when they act on their own²⁷.

The effect of cooperation and competition on CSR shall be analysed in order to determine the extent of the necessity for creating more room for cooperation. First of all, the incentive for CSR for a firm is mainly profit, as sustainable products allow firms to attract more consumers at a higher price level²⁸. In a study done by Schinkel and Treuren it is highlighted that cooperation agreements may look friendly at first glance, however, after considerable analysis of the company's incentives, it has become clear that the opposite is the case²⁹. When consumers prefer to buy from firms with a higher CSR profile, cooperative CSR agreements tend to lower CSR activities. This is because, by demonstrating CSR, companies steal consumers from their competitors, and when companies decide together on their costly CSR activities, this aspect of competition is abolished³⁰. In other words, CSR investments are made because creating a more sustainable profile widens the consumer portfolio of the firm by deterring consumers from firms that are putting out less CSR efforts. This finding proves that market operators do not have enough incentive to participate in cooperative agreements because it does not increase the firm's profitability. That is why competition is a better drive in CSR efforts, as it will enable the companies to have a competitive advantage over their rivals. The cooperation agreements highlight the possibility of the firms to steal consumers from less sustainable firms, hence diminishing the incentives to invest in CSR activities.

One may ask: if not for the profitability why would a firm would want to cooperate with its rivals in the name of sustainability? One possibility is that a firm might genuinely want to address environmental concerns and invest for a greener tomorrow. Where this is not the case -which happens to be the more common- the cooperation agreements provide a perfect front for cartel

²⁷ Veljanovski, p. 513.

²⁸ Schinkel / Treuren, *Corporate Social Responsibility*, p. 12.

²⁹ Schinkel / Treuren, *Corporate Social Responsibility*, p. 25.

³⁰ Schinkel / Treuren, *Corporate Social Responsibility*, p. 25.

activities, price-fixing and abusing market power. Overall, the consumers are left with higher prices and the firms are left with more room to engage in anti-competitive activities, decreasing the social welfare in the long run.

As explained above the incentives for a firm to cooperate are insufficient to justify the need for a more lenient Article 101(3). On the contrary, in a competitive market, a firm is more likely to engage in CSR activities because competition is likely a better drive for CSR than cooperation. According to the study of Fernandez-Kranz and Santalo, where the empirical link between product market competition and CSR is investigated, doubling market competition boosts an average company's CSR ratings from 184 per cent to 800 per cent, assuming all other factors remain equal³¹. The results of the study show that businesses operating in highly competitive markets are more socially responsible, and thus, the necessity of relaxing competition enforcement to increase CSR activities is called into question.

D. Cooperation and Willingness to Pay

When assessing the effects of a sustainability agreement, a parameter to be pointed out is a willingness to pay. This parameter is used to gauge the effects of a cooperation agreement in a national decision of The Netherland Authority of Consumers and Markets (ACM)³². ACM has elaborated that the actors in the market of poultry are not allowed to make cooperative agreements about the production and supply of more sustainable chicken meat in the “Chicken of Tomorrow” analysis. The initiative “Chicken of Tomorrow” aims to replace regular chicken meat on the shelves with a more sustainable alternative³³. ACM pointed out that this initiative restricts competition and therefore raises concerns under Article 101 of the TFEU. After an investigation that ACM does, it is concluded that the initiative does not bring efficiencies that outweigh the negative effects of the restriction of competition³⁴. Thus, it is elaborated that the “Chicken of Tomorrow” initiative is not qualified for an exemption. In

³¹ Daniel Fernández-Kranz / Juan Santaló, “When Necessity Becomes A Virtue: The Effect of Product Market Competition on Corporate Social Responsibility”, *Journal of Economics & Management Strategy*, 19, 2010, p. 453.

³² The Netherland Authority of Consumers and Markets, “ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’”, *ACM/DM/2014/206028* <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf> Accessed 20 February 2024.

³³ The Netherland Authority of Consumers and Markets, *Chicken of Tomorrow*, p. 2.

³⁴ The Netherland Authority of Consumers and Markets, *Chicken of Tomorrow*, p. 8.

the research and analysis that is done by the ACM, willingness to pay has been put into the spotlight to determine whether the initiative's advantages offset the negative effects of the restriction of competition. In the surveys that are conducted, it is evident that the consumers of chicken meat are willing to pay only slightly more for the more sustainable alternative. Hence, the amount that the consumers are willing to pay more is not enough to offset the costs that are brought with the implementation of the initiative³⁵. This implies that the consumers will be worse off after the implementation of the initiative because they will be charged more than they are willing to pay for the internalization of the externality.

However, even if the willingness to pay was sufficiently greater than the costs that are to be carried by the initiative, there are other aspects to be investigated in order to determine the necessity of such cooperation agreements. If the willingness to pay is positive, firms are naturally incentivized to produce more sustainable products because it will enable them to charge higher prices and not lose consumers to less expensive alternatives. Thus, their profitability will increase. If the willingness to pay is negative on the other hand, then firms will have no incentive to invest in green -whether through cooperation or competition- because their investments will not be compensated by the per unit profit³⁶. At this point, the question that shall be raised is why would firms want to cooperate if the willingness to pay is positive? When willingness to pay is positive then the competition will be a better drive for investing in green than cooperation³⁷. This is because, willingness to pay in its essence is an opportunity to steal consumers from rivals by offering a greener alternative. If all the operators in a market cooperated to supply a more sustainable product they would all increase their costs and the end price of their products but there would be no reward for the investments because there is no less-green alternative to attract customers from. Thus, there is less incentive for the firms operating in a market to cooperate where willingness to pay is positive. In that case, firms are better off investing on their own to offer a greener product into the market to both charge higher prices and steal consumers from their rivals.

³⁵ The Netherland Authority of Consumers and Markets, *Chicken of Tomorrow*, p. 8.

³⁶ Pablo Ibanez Colomo, "Relaxing whilst doing Competition Law is not an Oxymoron Sustainability agreements and antitrust: none of the above (by Maarten Pieter Schinkel)", (Chilling Competition, 2021) <<https://chillingcompetition.com/2021/09/15/sustainability-agreements-and-antitrust-none-of-the-above-by-maarten-pieter-schinkel/>> Accessed 20 February 2024, p. 1.

³⁷ Colomo, p. 1.

If, on the other hand, firms choose to cooperate in such conditions, there is the possibility of colluding to produce less sustainable products because the producers simply want to avoid competition³⁸.

III. CREATING ROOM FOR COOPERATION BY OTHER MEANS

There may be some sectors, in which the characteristics of the market require more cooperation agreements. This might be because of the existence of serious environmental damage risk directly caused by the operators in that market. In other cases, there might be unique hindrances to the cooperation agreements in a given sector. Sector-specific problems require sector-specific solutions. Thus, rather than an across-the-board solution which applies to all sectors, more room for sustainability agreements can be created by sector-specific regulations. By doing so, the floodgates for the risks that some sustainability agreements might bring would not be opened and the concerns of the advocates of a greener antitrust would be addressed as well. It is proposed that the revised version of the Horizontal Guidelines does not pose as the perfect solution for a greener tomorrow, and environmental concerns are better addressed with sector-specific regulations.

Article 210a of Regulation (EU) 1308/2013 (CMO Regulation), exempts restrictions of competition in agreements that are indispensable to achieving sustainability standards in the agriculture sector. Initiatives aimed at (a) environmental objectives, (b) improvement of the production of agricultural products or (c) animal health and animal welfare are eligible for the exemption³⁹. If Article 210a of the CMO Regulation is complied with, it will no longer be necessary to rely on an efficiency defence for certain sustainability initiatives in the agri-food sector.

Thus, there is the way of implementing regulations in specific sectors to create more room for sustainability agreements that are worth encouraging. Compared to a general relaxation of Article 101 of the TFEU brought by the newly adopted Horizontal Guidelines, this seems to be a better approach in

³⁸ Edith Loozen, “Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability”, *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 1286.

³⁹ The European Parliament and the Council of the European Union, “Regulation (EU) 2021/2117 of the European Parliament and of the Council of 2 December 2021”, *Official Journal of the European Union*, (L 435), 2021, p. 298.

creating more room for cooperation agreements in the name of environmental concerns. Evidently, there is a substantial opportunity for legitimate collaborative endeavours concerning sustainability issues⁴⁰.

There are other examples around the world where certain sectors are excluded from the requirements of the antitrust law so that the companies in that sector can benefit from being freely involved in sustainability agreements without the fear of falling foul of competition regulations. For instance, the Capper-Vostead Act that was adopted in the United States in 1922 allows certain associations to be exempt from the antitrust laws in the agriculture sector⁴¹. Although these kinds of regulations do not bring full immunity to the undertakings in terms of being exempt from the antitrust law, it is important to acknowledge that firms' incentives to be involved in sustainability activities can be increased through such specific regulations. This appears to be a better solution for the low incentives of the firms in involving sustainability agreements because it substantially diminishes the legal uncertainty that is induced by competition regulations. Since sustainability agreements are more practised or need to be encouraged in specific sectors, the specific regulations provide a better solution. Although proponents of a greener antitrust suggest that an "all-hands-on deck" approach shall be taken⁴², it seems rather more sensible that sector-specific are addressed with sector-specific solutions. Therefore, the newly adopted Horizontal Guidelines will not address the sector-specific problems as efficiently as the specialized regulations. Hence, it is suggested that prior to considering the relaxation of competition enforcement, an examination of sector-specific characteristics should be conducted to ascertain the impediments faced by sustainability agreements. The main concern here is that the newly adopted Horizontal Guidelines, motivated with a green aim of allowing more room for sustainability agreements, might also allow room for cartel activities or several other concerns that are mentioned in this article. Therefore, it is hereby proposed that the European Commission shall "re-revise" the Horizontal Guidelines and consider sector-specific solutions to be the main instrument in transitioning to greener competition enforcement. Thus, the effects of the amendment on across-the-board relaxation are minimized prior to the point of no return.

⁴⁰ Birgit, p. 262.

⁴¹ Frank Robotka, "Capper-Volstead and the Cooperatives", *Journal of Farm Economics*, 49, 1959, p. 1213.

⁴² Malinauskaite, p. 348.

IV. NECESSARY COOPERATION

Sustainability agreements that are covered in Chapter 9 of the new Horizontal Guidelines will not bring about an increase in CSR activities of the firms operating in a market. Plus, the necessity of the cooperation agreements is rather questionable when firms and consumers are better off when competition is a drive for sustainability efforts rather than cooperation. However, it is also important to elaborate on the fact that there may be certain types of sustainability agreements to be made in certain markets that are worth encouraging. These agreements, illustrated below, bring about enough incentives for firms to invest in a greener tomorrow and do not result in charging excessive prices to consumers. Thus, allowing room for some specific types of sustainability agreements appears to be requisite.

A. Market Expansion and Cooperation

A study illustrates various parameters that shall be considered in assessing sustainability agreements and lays out two possible effects of cooperation. It is pointed out that when the sustainable product allows firms to expand their market "...firms' coordination is more likely to result in more sustainable production and consumption."⁴³. On the other hand, it is also suggested that when the firms that are cooperating cover most of the relevant market there appears to be an incentive for the firms to cooperate not to introduce a more sustainable alternative⁴⁴. Thus, it can be deduced that when firms expect an expansion of the market they are likely to cooperate to introduce more sustainable alternatives. When there is an expectation for the market to expand, it is plausible that the cooperation agreements in the name of sustainability will foster innovation because firms then have the incentive to cooperate for offering a more sustainable alternative. However, it shall not be disregarded that there is a risk of cooperation in the name of staggering innovation and avoiding competition if the market is not expected to expand and if the cooperating firms cover most of the relevant market. Thus, it would simply be incorrect to blindly relax the competition enforcement to allow more room for cooperation agreements in the name of sustainability⁴⁵. It is proven by empirical studies that analyse consumer behaviour and firms' strategic choices, that in some cases sustainability agreements that allow cooperation between

⁴³ Inderst, p. 27.

⁴⁴ Inderst, p. 27.

⁴⁵ Inderst, p. 27.

companies may bring about efficiencies that outweigh the negative effects of the restriction of competition – and absent the agreement the introduction of a sustainable alternative into the market becomes slower. Thus, there shall be more clarification of the assessment of the efficiencies of such agreements -addressing the expansion of the market- in the Horizontal Guidelines.

B. Solving First Mover Disadvantage When Necessary

1. Welfare Benefit Disguised as an Avoidance of Welfare Cost

Although it is illustrated above how cooperation to overcome first mover disadvantage results in a decrease in consumer welfare there might be cases in which first mover disadvantage poses a great disincentive for greener production and consumption and there is no other way to achieve sustainability aims absent cooperation. This situation is illustrated in the Vision Document of the ACM with the example of overfishing. “An individual fisherman who, on his own, adopts a fishing quota cannot solve the bigger problem, and may price himself out of the market. This means that individual fishermen do not have any incentive for conservative fishing, unless other fishermen do the same. Only a joint initiative might solve the problem.”⁴⁶.

In this case, if the overfishing problem is not addressed the scarce resources will come to an end and thus there will be no fish left for the future consumers. Thus, the welfare benefit that is introduced by the sustainability agreement here is the avoidance of the welfare cost of the market failure in the future⁴⁷. In assessing the efficiencies of such cooperation agreements there is this obstacle of not accounting the avoidance of a welfare cost in the future. As illustrated above allowing more room for cooperation agreements to compensate for mover disadvantages result in a decrease in consumer welfare. However, in certain cases there might be no room for the operators in the market to handle the burden of such externalities. In the fisherman case, if consumers are not charged with prices over the amount they are willing to pay, then there remains no other solution in which the overconsumption of a scarce resource can be prevented. Thus, it is hereby suggested that in the situations in which the welfare benefit is disguised as an avoidance of a welfare cost,

⁴⁶ The Netherland Authority of Consumers and Markets, “Vision Document ‘Competition & Sustainability’”, <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf>, Accessed 20 February 2024, p. 12.

⁴⁷ The Netherland Authority of Consumers and Markets, *Vision Document*, p. 12.

cooperation agreements appear to be the viable solution, and thus more room for such agreements shall be created by addressing them in the Guidelines.

2. First Mover Disadvantage and Free Riding

When a firm invests in sustainable production and consumption and its rivals benefit from it at no cost, there appears to be a competition problem⁴⁸. Even though a firm wants to invest in sustainable production and consumption with the probable incentive of gaining a competitive edge, its rivals benefit from the investments of that firm without any investments and thus the firms who do not invest in sustainable production and consumption gain the competitive edge. This causes a remarkable obstacle in front of environmental advances and sustainability efforts of the firms, since not investing in sustainability efforts in some cases comes with the benefit of having competitive advantage on firms who did invest.

In such cases, sustainability agreements that allow firms to cooperate in financing the costs of a sustainability investment are worth encouraging. Firms might want to avoid fines and thus be involved in environmentally friendly activities. If firms in a market are willing to offer a sustainability solution but are disincentivized from the free-riding problem, then they have an incentive to cooperate in order to avoid future government intervention.

Therefore, sustainability agreements designed to mitigate free-riding issues should be encouraged in certain cases, as without such agreements, there is little to no incentive for firms to provide individual solutions to externalities. If firms were to prove that involvement in a sustainability effort will result in a free-riding problem and allow their rivals to gain a competitive edge and thus there is no other way to solve an externality absent a cooperation agreement. Then, authorities shall consider this fact in the assessment of that agreement for an exemption because it outweighs the adverse effects of the restriction of competition. Thus, it is acknowledged that the Horizontal Guidelines have explicitly addressed the issue of free-riding through examples⁴⁹, enabling authorities to conduct a more precise assessment of sustainability agreements.

⁴⁸ Directorate-General for Competition (European Commission), *Glossary of terms used in EU competition policy Antitrust and control of concentrations*, EU Publications, 2002, p. 21.

⁴⁹ Horizontal Guidelines, p. 118, para. 566.

V. AN ASSESSMENT OF THE NEW HORIZONTAL GUIDELINES

European Commission is putting forward recognizable efforts to create more room for sustainability agreements. It seems to be the case that Commission considers cooperation as an instrument to address environmental concerns. The revised Guidelines constitute a concrete example that the European Commission is taking substantial steps towards tackling the disincentivising legal uncertainty obstacle brought about by strict enforcement of competition regulations. One of the key changes in the revised Guidelines appears to be about further guidance about sustainability agreements addressed under “*Chapter 9*”.

This article strongly advocates exercising caution in implementing any across-the-board relaxation of competition enforcement, emphasizing instead the use of sector-specific amendments as the primary instrument for addressing environmental concerns. Nevertheless, an assessment of the modifications made in the Guidelines will help determine whether the amendments have been implemented prudently or if they give rise to the competition law concerns put forth in this article.

A. Soft Safe Harbour

A “*Soft safe harbour*” for sustainability standardisation agreements is offered in the revised Guidelines⁵⁰. It is illustrated that sustainability standardisation agreements are unlikely to fall foul of Article 101 if certain cumulative conditions are satisfied⁵¹. It is pointed out that the sustainability standard developing process shall be transparent and all interested operators in the market can take place in the process⁵². The standard shall not pose any obligations on the operators unwilling to participate⁵³. Plus, willing operators in the market shall be able to adopt higher standards than the agreed standard through the cooperation agreement⁵⁴. Furthermore, the undertakings shall not exchange sensitive information that is more than necessary for the course of the standardization⁵⁵. Non-discriminatory access to the requirements for

⁵⁰ Horizontal Guidelines, p. 115-116, para. 549-553.

⁵¹ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵² Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵³ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵⁴ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵⁵ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

obtaining the proposed label for non-participants shall be established in the future⁵⁶. In addition, “The standard must not lead to a significant increase in the price or a significant reduction in the quality of the products concerned”⁵⁷ and that, “[t]he combined market share of the participating undertakings must not exceed 20% on any relevant market affected by the standard.”⁵⁸.

These conditions are set out so that the standardisation agreements do not restrict competition more than necessary and do not hinder further innovation. It seems that the revised Guidelines provide for better clarification for sustainability standardisation agreements, which shall reduce the concerns of the greener antitrust advocates in terms of the disincentivizing legal uncertainty claims. Since specific conditions are set out in the revised Guidelines for sustainability agreements that will not fall in the scope of Article 101, then firms shall act upon their incentives towards cooperating in the name of sustainability with less fear of getting caught by Article 101 of the TFEU. The revised Guidelines do not imply that agreements failing to meet all the conditions outlined for the “safe harbour” will violate Article 101. Nonetheless, if an agreement does not adhere to these requirements, a comprehensive assessment will be conducted to evaluate whether the standardization agreement will impede competition⁵⁹. Thus, adhering to specific requirements allows firms to bypass additional assessments of the sustainability agreement, leading to an increased incentive for engaging in further sustainability efforts. After the adoption of the new Horizontal Guidelines, there shall remain fewer justifications for advocating a more relaxed competition enforcement in the context of sustainability, given the expanded scope for certain sustainability agreements that are anticipated not to impede competition. The meticulous delineation of cumulative conditions within the horizontal guidelines exemplifies a prudent approach to safeguarding fundamental competition principles.

B. Assessment of Sustainability Agreements under Article 101(3)

The new Horizontal Guidelines suggest that when the undertakings cannot meet the “Soft safe harbour” conditions because the agreement is likely to cause a significant increase in price or a decrease in the freedom of choice, then

⁵⁶ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵⁷ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵⁸ Horizontal Guidelines, p. 115, para. 549.

⁵⁹ Horizontal Guidelines, p. 116, para. 552.

the undertakings shall seek for the exemption provided under Article 101(3)⁶⁰. Further clarification is offered on the assessment of sustainability agreements under Article 101(3)⁶¹. An analysis will be conducted to evaluate the necessity of the amendments through a detailed examination of the clarification provided in the new Horizontal Guidelines regarding the assessment of sustainability agreements under Article 101(3).

1. Efficiency Gains

As previously discussed in this article, evaluating the efficiency gains of sustainability agreements presents challenges, especially with respect to those agreements that do not translate into direct consumer benefits. It seems like the clarification of the assessment under Article 101(3) relieves concerns that suggest, sustainability agreements are deemed not passable under Article 101 of the TFEU, because firms fear that there are not enough efficiency gains to outweigh the anti-competitiveness the agreement is going to bring. The new Horizontal Guidelines provide for further elements that shall be considered as efficiency gains so that there will be more incentive for the firms to be involved in certain sustainability cooperation agreements⁶². It is stated in the new Horizontal Guidelines that Article 101(3) allows for a broad spectrum of sustainability benefits resulting from the use of specific ingredients, technologies, and production processes to be considered as efficiency gains⁶³. However, as argued in this article, a general relaxation of the competition enforcement shall be avoided due to certain risks and characteristics of the firms. The new Horizontal Guidelines address the concerns raised by this article by saying that “[s]uch efficiencies cannot simply be assumed; they must be capable of being substantiated.”⁶⁴. This decreases the risk of an across-the-board exemption of sustainability agreements that merely put forward generic claims that there will be environmental benefits. The new Horizontal Guidelines specifically suggest that the efficiencies shall be “concrete”, “objective” and “verifiable” which provides for prudence in the substantiation of the said efficiencies and relieves some of the concerns raised in this article.

It is deduced that, the sustainability agreements that the European

⁶⁰ Horizontal Guidelines, p. 116, para. 555.

⁶¹ Horizontal Guidelines, p.117-122, para. 556-596.

⁶² Horizontal Guidelines, p.117, para. 557-559.

⁶³ Horizontal Guidelines, p.117, para. 558.

⁶⁴ Horizontal Guidelines, p.117, para. 559.

Commission is willing to create room for, are the ones that will not get in the way of innovation. The revised Guidelines read: "...if the claimed efficiency consists of product improvement, the parties have to demonstrate the exact characteristics of the product improvement."⁶⁵ Requiring concrete, objective and verifiable efficiency claims then, draws specific boundaries for the introduction of a greener alternative and thus limits the risk of cartel activities to some extent.

2. Indispensability

Of course, there is another possibility that firms may collude to slow down the process of product improvement so that they can diminish future competition. However, this is further avoided by clarification of the assessment of the indispensability of sustainability agreements⁶⁶. The indispensability condition under Article 101(3) suggests that, "...the parties must be able to demonstrate that their agreement as such, and each of the restrictions of competition that it entails, are reasonably necessary for the claimed sustainability benefits to materialise, and that there are no other economically practicable and less restrictive means of achieving those benefits."⁶⁷.

Therefore, parties are also to provide evidence that absent the collaboration agreement product improvement is less practicable. This way the undertakings that are involved in the cooperation agreement are obliged put in the sufficient effort in order to introduce the greener technology to the market, otherwise the indispensability condition will not be satisfied.

There are certain sustainability agreements that allow firms to achieve environmental goals by collaborating and there is no other way of achieving that same environmental goal when firms act independently. As it has been illustrated how free riding and first mover disadvantage can get in the way of firms achieving environmental goals individually, it is concluded that in such cases sustainability agreements shall be encouraged. That falls parallel with the indispensability condition of Article 101(3) of the TFEU, because cooperation is avoided in cases where firms are better off absent the agreement. Thus, this clarification also reimburses the idea that rather than an across-the-board relaxation on the competition enforcement, a prudently allowed leniency

⁶⁵ Horizontal Guidelines, p.117, para. 559.

⁶⁶ Horizontal Guidelines, p.117-118, para. 560-568.

⁶⁷ Horizontal Guidelines, p. 117, para. 561.

towards specific types of sustainability agreements under specific conditions shall be strived for.

3. Assumption of Future Willingness to Pay

The new Horizontal Guidelines also suggest that there might be instances in which consumers are in a difficult situation to objectively balance the future benefits that they will enjoy from the agreement against the direct harm they go under as a result of the agreement. It is stated that this might be due to a lack of sufficient knowledge about the product; hence, if firms can prove that consumers are overestimating the price increase, then the agreement shall be considered necessary⁶⁸. This approach rather seems non-parallel with the provided clarification of recognizing sustainability benefits as efficiency gains. It is suggested in the Guidelines that the efficiency gains shall not be “assumed”, but rather shall be “substantiated”⁶⁹. It is not plausible, thus, to give firms room to claim that the consumers are in a difficult position to balance the price increase against the welfare benefits an agreement promises to bring. Furthermore, this suggestion in the new Horizontal Guidelines creates further difficulties in assessing sustainability agreements under Article 101(3). Permitting firms to collaborate based on the assumption that consumers are overestimating the price increase fails to consider consumer welfare as an inherent concern. Allowing firms to collaborate based on the assumption that consumers are overestimating the price increase could create a loophole that firms could exploit to engage in anti-competitive behaviour. This presents a significant risk that must not be overlooked for the sake of speculation. On a further note, considering future willingness to pay creates ambiguity in the assessment of sustainability agreements, as there is no tangible way for a firm to prove such a claim. The new Horizontal Guidelines read: “...possible benefits to consumers could be shown using evidence of their willingness to pay”⁷⁰, which appears to be a relatively modest endeavour on the part of the Commission.

Moreover, the suggestion that consumers are overestimating the price increase is somewhat paternalistic. It assumes that consumers are not capable of making informed decisions about the value of sustainability agreements. This is not always the case. Modern consumers are increasingly conscious of

⁶⁸ Horizontal Guidelines, p. 118, para. 563.

⁶⁹ Horizontal Guidelines, p. 117, para. 559.

⁷⁰ Horizontal Guidelines, p. 118, para. 563, fn. 395.

the significance of sustainability. Consumers are often willing to pay a premium for products that align with their environmental concerns⁷¹. This phenomenon raises further competition concerns because asymmetric information could incentivise firms to practice excessive pricing. The concept of “signalling” will be explained to elaborate that the solution proposed in the Horizontal Guidelines lacks thorough consideration.

“The decision to post a price is a strategic decision.”⁷². “A firm can signal the environmental affinity of its product by a high price.”⁷³. “Competition among firms in a market can be thought of as a process whereby firms, through their prices and product attributes, submit consumer surplus ‘bids’ to consumers. Consumers then choose the firm that offers the greatest amount of consumer surplus.”⁷⁴. This concept poses a challenge in practical application, because price is frequently used as a component of the value proposition, leading to a complex interplay between price and willingness to pay⁷⁵. A significant aspect of the value proposition of environmentally friendly goods is a high price, which indicates “green”. Prosocial consumer behaviour typically involves a self-sacrifice for the good of others or of society⁷⁶. The relatively high price of a sustainable product enables consumers to make a conscious sacrifice for the benefit of the environment. Thus, the prosocial consumer will be willing to pay for a “green premium”, which presents a substantial opportunity for firms to collect revenue⁷⁷. Nevertheless, this opportunity shall be reserved for firms presenting a sustainable alternative, a condition inherently reliant upon maintaining a competitive market that fosters innovation. Absent such conditions, there exists the potential for collusive behaviour among firms,

⁷¹ Paul H. Luehr, “Guiding the Green Revolution: The Role of the Federal Trade Commission in Regulating Environmental Advertising”, *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 10, 1992, p. 313.

⁷² Michael Spence, “Signaling in Retrospect and the Informational Structure of Markets”, *The American Economic Review*, 92, 2002, p. 455.

⁷³ Hyoshin Ki / Jeong-Yoo Kim, “Sell Green and Buy Green: A Signaling Theory of Green Products”, *Resource and Energy Economics*, 67, 2022 p. 9.

⁷⁴ David Besanko, *Economics of Strategy*, 6th Ed., Wiley, 2013, p. 298.

⁷⁵ Geoffrey Lewis / Tatiana Zalan, “Strategic Implications of the Relationship Between Price and Willingness to Pay: Evidence from a Wine-Tasting Experiment”, *Journal of Wine Economics*, 9, 2014, p. 118.

⁷⁶ Deborah A. Small / Cynthia Cryder, “Prosocial Consumer Behavior”, *Current Opinion in Psychology*, 10, 2016, p. 107.

⁷⁷ Luehr, p. 313.

camouflaged under the guise of indispensable sustainability agreements. With this potential risk considered, this inclusion in the revised Guidelines is hereby criticised, as it lacks a prudent approach to the relaxation of competition enforcement.

4. Pass on to Consumers

The newly introduced Horizontal Guidelines proceed to provide elucidation on a highly pivotal subject – pass-on to consumers⁷⁸. Article 101(3) requires that consumers receive a “fair share” of the benefits that the agreement claims to bring. This is required from the agreements so that overall the effect on the market will at least be neutral. The Guidelines successfully clarify which positive externalities shall be considered as benefits in the assessment of a sustainability agreement. This further clarification provides for better guidance for the use-value and non-use-value debate of a product when assessing a sustainability agreement’s benefits. It is pointed out that consumer benefits that are caused by a sustainability agreement can be direct and also indirect. It illustrates how sometimes consumers opt for a greener product that has a lower use value compared to its competitors. “Hence, indirect, non-use value benefits accrue to consumers within the relevant market via their individual valuation of the effect on others, including on non-users outside the relevant market.”⁷⁹. Because of the benefits to others, consumers who are willing to pay extra for such products regard them to be of greater quality. In other terms sustainability is considered to be a quality element by the consumers. As a result, such non-use value benefits are not very distinct from the use value benefits. This clarification concerning the non-use value in the “benefit” assessment of a sustainability agreement alleviates concerns about claims that sustainability agreements encounter obstacles in the Article 101(3) exemption assessment, primarily because they often provide non-use value benefits for consumers.

On the other hand, this clarification does not provide for an across-the-board relaxation of the “fair share” condition of Article 101(3) because the willingness to pay of the consumers still plays a role in regarding the non-use value benefits as efficiencies of a sustainability agreement. Consequently, the competition concerns that this article puts forward are addressed, so that, not all proclaimed non-use benefits will be regarded as a “fair share” to the consumers

⁷⁸ Horizontal Guidelines, p. 119, para. 569-574.

⁷⁹ Horizontal Guidelines, p. 120, para. 577.

but only those which customers are willing to pay for. It is further clarified in the Guidelines that “[s]uch indirect, non-use value benefits can in some cases be measured by investigating consumers’ willingness to pay, for instance, through customer surveys.”⁸⁰ It is also suggested that, the undertakings of the agreement shall submit convincing proof of customers’ true choices in order to prove the efficiencies of the agreement. This amendment also provides for a more lenient but rather prudent approach towards sustainability agreements. The clarification in which the non-use value benefits are presented to be more recognizable, will certainly create more room for sustainability agreements. However, it shall only create room for sustainability agreements that ought to bring non-use value benefits that the consumers are willing to enjoy.

5. Collective Benefits

Another aspect of the “fair share” condition laid out in Article 101(3) is that this “fair share” shall be observed in the market that the agreement is affecting. Benefits of cooperation agreements are then, typically assessed under Article 101(3) in the context of a single relevant market. Thus, the net effect of the agreement on the consumers in a specific market will at least be neutral⁸¹. Generally, sustainability agreements are constructed to bring about broader benefits which are not always observed in the market that they are affecting. However, as mentioned above, beneficiaries of out-of-market benefits of sustainability agreements may overlap with the consumers in certain cases. Only then, the “collective benefits” can be considered in the assessment of an agreement for the exemption.

Parallely, the new Horizontal Guidelines provide that the out-of-market benefits shall only be regarded in the assessment if there is an overlapping⁸². The new Horizontal Guidelines offer concrete examples of sustainability agreements with out-of-the-market benefits and illustrate how, in certain cases where there is an overlap, the out-of-market benefits of sustainability agreements can be recognized as efficiencies. The Guidelines further clarify in the section “*Collective Benefits*”⁸³ by setting out conditions for the parties of a sustainability agreement to satisfy in order to prove the overlapping out-of-market-benefits. According to those conditions, the undertakings of an

⁸⁰ Horizontal Guidelines, p. 120, para. 578.

⁸¹ Horizontal Guidelines, p. 119, para. 569.

⁸² Horizontal Guidelines, p. 121, para. 584.

⁸³ Horizontal Guidelines, p. 120-121, para. 582-589.

agreement shall provide a description of the benefits and prove that they have occurred or are likely to occur⁸⁴. Plus, the undertakings are to provide a clear definition of the beneficiaries of the collective benefits⁸⁵. Penultimately, it shall be proven that there is a substantial overlap between the beneficiaries and the consumers in the market that the agreement is affecting⁸⁶. Most importantly, the new Horizontal Guidelines require undertakings to demonstrate that "... the share of the collective benefits that accrue to the consumers in the relevant market, (...), outweighs the harm suffered by those consumers as a result of the restriction."⁸⁷. The conditions provide for better clarification on which types of collective benefits shall be considered in the assessment of sustainability agreements and do a pretty good job of illustrating why all collective benefits cannot be counted in the assessment of such agreements. Overlapping effect both relieves the concerns of greener antitrust advocates as it allows greater room for sustainability agreements, and the concerns raised by this article.

CONCLUSIONS

The above discussion brings forth the conclusion that environmental considerations in competition enforcement shall be handled with prudence. An across-the-board relaxation of the competition enforcement is likely to open the floodgates for agreements which are neither beneficial to the consumers nor the environment. The risks of incautious leniency towards sustainability agreements are illustrated in order to stress the necessity of thorough prudence in implementing environmental considerations to the enforcement of competition regulations. Furthermore, the interplay between cooperation and several parameters in the market equilibria is pointed out in order to determine the extent to which sustainability agreements are necessary to relieve environmental concerns. Moreover, notable situations in which cooperation agreements are worth encouraging are recognized to point out the frontiers of environmental considerations in competition enforcement.

In addition, an assessment of the newly adopted Horizontal Guidelines is provided, in which several key solutions from the European Commission are acknowledged, and certain aspects are criticized. Ultimately, it is hereby proposed that there are certain risks in adopting greener antitrust enforcement

⁸⁴ Horizontal Guidelines, p. 121, para. 587.

⁸⁵ Horizontal Guidelines, p. 121, para. 587.

⁸⁶ Horizontal Guidelines, p. 121, para. 587.

⁸⁷ Horizontal Guidelines, p. 121, para. 587.

that shall be strictly avoided in order to better tackle environmental problems. While the recent adoption of the Horizontal Guidelines signifies a positive stride in the direction of accomplishing environmental objectives, caution is warranted in further relaxing competition enforcement due to the manifold risks associated with such actions. Consequently, any amendments to the Guidelines should rather prioritize caution than a heightened relaxation of competition enforcement. Prudence must serve as the guiding principle in the integration of environmental goals within the enforcement of competition – as grass might not always be greener on the other side.

REFERENCES

- ACM, “Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law”, 2021, <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf>> Accessed 20 February 2024, p. 8.
- Akenji L / Bengtsson M, “Making Sustainable Consumption and Production the Core of Sustainable Development Goals”, *Sustainability*, 6(2), 2014, p. 513.
- Andres M / Bruttel L / Friedrichsen J, “The Leniency Rule Revisited: Experiments on Cartel Formation with Open Communication”, *International Journal of Industrial Organization*, 76, 2021, p. 1.
- Bækkeskov E, “market failure”, *Encyclopedia Britannica*, 2023, <<https://www.britannica.com/money/topic/market-failure>>, Accessed 20 February 2024, p. 1.
- Besanko D, *Economics of Strategy*, 6th Ed., Wiley, 2013, p. 298.
- Colomo P I, “Relaxing whilst doing Competition Law is not an Oxymoron Sustainability agreements and antitrust: none of the above (by Maarten Pieter Schinkel)”, (Chilling Competition, 2021) <<https://chillingcompetition.com/2021/09/15/sustainability-agreements-and-antitrust-none-of-the-above-by-maarten-pieter-schinkel/>> Accessed 20 February 2024, p. 1.
- Directorate-General for Competition (European Commission), *Glossary of terms used in EU competition policy Antitrust and control of concentrations*, EU Publications, 2002, p. 21.
- European Commission, “Antitrust: Commission adopts new Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines”, *Press Corner*, 2023, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2990>, Accessed 20 February 2024, p. 1.
- European Commission, “The European Green Deal sets out how to make Europe the first climate-neutral continent by 2050, boosting the economy, improving people’s health and quality of life, caring for nature, and leaving no one behind”, *Press Corner*, 2019, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6691>, Accessed 20 February

2024, p. 1.

- European Commission, “The Green Deal and competition policy”, *Press Corner*, 2020, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_20_2913>, Accessed 20 February 2024, p. 1.
- Fernández-Kranz D / Santaló J, “When Necessity Becomes A Virtue: The Effect of Product Market Competition on Corporate Social Responsibility”, *Journal of Economics & Management Strategy*, 19, 2010, p. 453.
- Hermundsdottir F / Aspelund A, “Sustainability Innovations and Firm Competitiveness: A Review”, *Journal of Cleaner Production*, 280, 2021, p. 12.
- Holmes S, “Climate Change, Sustainability, and Competition Law”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 2020, p. 354–405.
- Hylton K N, “The Economic Theory of Nuisance Law and Implications for Environmental Regulation”, *Case Western Reserve Law Review*, 58(3), 2008, p. 677.
- Inderst R / Rhiel F / Thomas S, “Sustainability Agreements and Social Norms”, *Social Science Research Network*, 2021, p. 5.
- Inderst R / Sartzetakis E / Xepapadeas A, “Competition and Co-Operation When Consumers’ Sustainability Preferences Depend on Social Norms”, *Deos Working Papers Athens University of Economics and Business*, No 2109, 2021 p. 3.
- Inderst R / Thomas S, “Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment—How Can We Measure Them?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(9), 2021, p. 706.
- Ki H / Kim J, “Sell Green and Buy Green: A Signaling Theory of Green Products”, *Resource and Energy Economics*, 67, 2022 p. 9.
- Kingston S, “Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn’t Special”, *European Law Journal*, 16(6), 2010, p. 780–805.
- Lewis G / Zalan T, “Strategic Implications of the Relationship Between Price and Willingness to Pay: Evidence from a Wine-Tasting Experiment”, *Journal of Wine Economics*, 9, 2014, p. 118.

- Li S / Kallas Z, “Meta-Analysis of Consumers’ Willingness to Pay for Sustainable Food Products”, *Appetite*, 2021, p. 163.
- Little D / Berg W / Pradille C / Aubry A, “The European Commission’s Draft Guidelines on Sustainability Agreements—a Legal Analysis and Practical Implications”, *European Competition Law Review*, 43(9), 2022, p. 410.
- Loozen E, “Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability”, *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 1286.
- Luehr P H, “Guiding the Green Revolution: The Role of the Federal Trade Commission in Regulating Environmental Advertising”, *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 10, 1992, p. 313.
- Malinauskaite J, “Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(5), 2022, p. 339.
- Monti G, “Four Options for a Greener Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 11(3-4), 2020, p. 124–132.
- OECD, “Environmental Regulation and Competition”, *OECD Journal of Competition Law & Policy*, 9, 2007, 9 p. 167.
- Peters B / Lohse E J, *Sustainability Through Participation?*, Brill, 2023, p. 264.
- Robotka F, “Capper-Volstead and the Cooperatives”, *Journal of Farm Economics*, 49, 1959, p. 1213.
- Schinkel M P / Spiegel Y / Treuren L, “Production Agreements, Sustainability Investments, and Consumer Welfare”, *Economics Letters*, 216, 2022, p. 5.
- Schinkel M P / Treuren L G, “Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change”, *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2020-07*, 2020, p. 10.
- Schinkel M P / Treuren L G, “Corporate Social Responsibility by Joint Agreement”, *Journal of Environmental Economics and Management*, 123, 2024, p. 13.

- Small D A / Cryder C, “Prosocial Consumer Behavior”, *Current Opinion in Psychology*, 10, 2016, p. 107.
- Spence M, “Signaling in Retrospect and the Informational Structure of Markets”, *The American Economic Review*, 92, 2002, p. 455.
- Stiglitz J E / Rosengard J K, *Economics of the Public Sector*, 4th Ed., WW Norton & Company, 2015, p. 86-87.
- Tang J, “Competition and Innovation Behaviour”, *Research Policy*, 35(1), 2006, p. 81.
- The Netherland Authority of Consumers and Markets, “ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’”, *ACM/DM/2014/206028* <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf> Accessed 20 February 2024.
- The Netherland Authority of Consumers and Markets, “Vision Document ‘Competition & Sustainability’”, <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13077_vision-document-competition-and-sustainability-2014-05-09.pdf>, Accessed 20 February 2024, p. 12.
- Veljanovski C, “The Case Against Green Antitrust”, *European Competition Journal*, 18(3), 2022, p. 501-513.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

YİNELENEN KONKORDATO TALEPLERİNİN HUKUKİ VE FİNANSAL YÖNLERİYLE DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF LEGAL AND FINANCIAL ASPECTS OF
REPEATED CONCORDAT REQUESTS

Yavuz TOPÇU*  

ÖZET

Borçlunun finansal ve hukuki menfaatinin gerektirmesi halinde, kurumun amacına ve ruhuna uygun olduğu müddetçe birden fazla kez konkordato talep edilebilmesi mümkündür. İcra ve İflas Kanunu'nda aynı borçlu için birden fazla kez konkordato talep edilmesini engelleyen bir hüküm de yoktur. 7101 sayılı Kanundan sonra konkordatoya sıklıkla başvurulmasıyla birlikte, uygulamada ilk başvurduğu konkordatodan istediği neticeyi alamayan borçluların yinelediği konkordato talepleriyle karşılaşmaya başlanmıştır. Bu durum birtakım sorunları beraberinde getirmiş, özellikle ardışık konkordato başvuruları neticesinde borçluların kurumun amacını aşar şekilde uzun sürelerle mühletin koruyucu etkilerinden faydalanabilmesi menfaat dengesini alacaklılar aleyhine bozmuştur. Yinelenen konkordato talebiyle karşılaşan mahkemece, konkordatonun amacına aykırı kullanıma ihtimali her zamankinden daha ciddi şekilde dikkate alınmalı ve önceki konkordato talebine ilişkin yargılamanın nasıl sonuçlandığıyla bağlantılı olarak farklı değerlendirme yapılabilir. Kanun koyucu, birden fazla kez konkordato talebinde bulunulması şartlarının ve önceki konkordatonun sonraki konkordato talebine etkisinin bilimsel ve kazai içtihatlarla uygulamada gelişmesini tercih etmiştir. Ancak Türk hukukundaki genel nitelikli işlevsel tek iyileştirme hukuku kurumu olan konkordatonun iflas

* **Doktora Öğrencisi**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** av.yavuztopcu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3486-8786, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1468594.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Topçu Y, "Yinelenen Konkordato Taleplerinin Hukuki ve Finansal Yönleriyle Değerlendirilmesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s.301-362.
- **İntihal/ Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



erteleme kurumuna benzer bir akıbeta uğramaması için birden fazla kez konkordato talep edilebilmesinin belirli ölçüde disipline edilmesi gerekmektedir. Çalışmada önceki konkordato talebi üzerine mahkemece verilen kararların borçlunun yeniden yaptığı konkordato taleplerinin değerlendirilmesine olan etkisinin çerçevesi çizilmeye çalışılmış ve konunun disipline edilmesi ihtiyacına yönelik bazı öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yinelenen konkordato talebi, İkinci konkordato, Geçici mühlet, Kesin mühlet, Derdestlik*

ABSTRACT

The financial and legal interests of the debtor may necessitate multiple requests for concordat. There is no provision in the Execution and Bankruptcy Law preventing the submission of multiple concordat request for the same debtor. Following the enactment of Law No. 7101, there has been a discernible increase in the concordat applications. In practice, debtors who could not achieve the desired outcome from their initial concordat application started repeated concordat requests. This situation has led to some problems, particularly due to consecutive applications, as debtors have been able to benefit from the protective effects of the respite for extended periods, surpassing the intended purpose of the concordat, to the detriment of creditors. Faced with repeated concordat applications, the court should scrutinize the possibility of concordat being used contrary to its purpose more carefully than ever. Additionally, the court should be able to make different evaluations depending on the outcome of the previous concordat application. The legislator preferred that the conditions for repeated concordat and the effect of the previous concordat on the next concordat request be developed in practice through scientific and judicial jurisprudence. However, legal regulation should be enacted regarding repeated concordat requests. This study aims to outline the impact of the court's decisions on the previous concordat request on the evaluation of the debtor's new concordat requests, and suggests some legal amendments on the subject.

Keywords: *Repeated concordat request, Second concordat, Temporary respite, Peremptory respite, Lis pendens*

EXTENDED ABSTRACT

The financial and legal interests of the debtor may necessitate multiple requests for concordat. Notably, there exists no provision within the Execution and Bankruptcy Law that explicitly prohibits the submission of multiple concordat requests for the same debtor. Following the enactment of Law No. 7101, there has been a discernible increase in the concordat applications. In practice, debtors who could not achieve the desired outcome from their initial concordat application started repeated concordat requests. This situation has led to some problems, particularly due to consecutive applications, as debtors have been able to benefit from the protective effects of the respite for extended periods, surpassing the intended purpose of the concordat, to

the detriment of creditors. It is not legal to benefit from the comprehensive protection provided by the respite contrary to the purpose of the concordat in total exceeding the legally stipulated period.

In the literature, repeated concordat requests have been examined in a limited manner, especially in cases where the concordat application is rejected or the concordat is completely terminated. However, the possibility of repeated concordat requests is not confined solely to these circumstances. Due to the going concern principle and the dynamic nature of debt-receivable situations, it is possible to request a new concordat for debts that were not included in the approved concordat and occurred subsequently.

In our opinion, lis pendens, as a procedural law institution, is not applicable in the evaluation of repeated concordat requests. Because, considering the purpose of the lis pendens, it is not possible to say that identity of the previous and subsequent concordat requests. However, it should be noted that having two different concordat projects confirmed for the same debtor is against the principle of legal security. If there are two separate concordat applications pending for the same debtor, the subsequent concordat request should be given importance and priority.

Faced with repeated concordat requests, the court should scrutinize the possibility of concordat being used contrary to its purpose more carefully than ever. Additionally, the court should be able to make different evaluations depending on the outcome of the previous concordat request. Previous concordat application: a) If it is rejected procedurally, concordat may be requested again for the same debtor. b) In case of rejection due to recovery or waiver, concordat requests made again for the same debtor within 12 months from the date of rejection must be rejected without even giving a temporary respite decision, unless there are force majeure reasons that cause insolvency again. c) In case of rejection due to violation of the rule of honesty, it is not correct to accept that the debtor cannot request re-concordat indefinitely. In this case, the period during which the debtor cannot demand re-concordat must be determined by the judge, depending on the severity of the actions that violate the rule of honesty in the concrete case and whether the financial effects of these actions continue. d) In case of rejection due to violation of the principle of proportionality, the judge should consider it as if it was rejected due to violation of the rule of honesty. e) If it is rejected due to failure to meet the guarantee requirement or non-payment of expenses despite financial means, the debtor must be deemed to have acted contrary to the rule of honesty.

The legislator preferred that the conditions for repeated concordat and the effect of the previous concordat on the next concordat request be developed in practice through scientific and judicial jurisprudence. However, amendments need to be made in the Execution and Bankruptcy Law regarding repeated concordat requests. In our opinion, this legal regulation should include the following amendments: a) Documents related to the previous concordat application should be counted among the documents that must be attached to the petition during the concordat application.

b) *When deciding on a temporary respite upon repeated concordat request, the court should also consider the result of the previous concordat request.* c) *When the court decides a temporary respite upon the concordat application, the pending concordat proceedings for the same debtor, if any, must end.* d) *The court should be able to set a shorter temporary or preemptory respite for repeated concordat requests.*

GİRİŞ

İcra hukukunda gözetilmeye çalışılan temel ilkelerin başında alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulması ve korunması gelir¹. Menfaat dengesi, icra takip yollarında olduğu kadar özel borç ilişkilerine belirli ölçüde hâkimin müdahalesini öngören iyileştirme (yeniden yapılandırma) hukuku kurumlarında da gözetilmelidir. Çünkü icra ve iflas hukukundan doğan, borçluların içinde bulunduğu ekonomik zorlukları aşarak ticari varlıklarını devam ettirmeleri için ortaya çıkan çareleri inceleyen iyileştirme hukuku², zaman içerisinde bağımsız bir interdisipliner alan olarak şekillenmeye başlamışsa da icra ve iflas hukukundan tamamen ayrı şekilde düşünülmemelidir.

“Borçlu” ve “alacaklı” sıfatlarını haiz kimselerin birlikte yer aldığı her hukuki işlemde taraflar arasında menfaat çatışması gündeme gelir ki, hukukun temel amacı zıt menfaatleri hakkaniyete uygun şekilde denkleştirmektir. Nitekim iyileştirme hukuku kurumlarının temel amacı da çatışan menfaatlere sahip borçlu ve alacaklı arasındaki dengenin gözetilerek, hem borçlunun finansal olarak hayatta kalmasını hem de borçların azami ölçüde ödenmesini sağlamaktır.

İcra ve İflas Kanunu’nda 2003 yılında yapılan değişiklikten³ sonra yoğun rağbet gören iflasın ertelenmesi kurumunun uygulamasında menfaat dengesinin alacaklılar aleyhine ciddi derecede bozulduğu tecrübe edilmiş⁴,

¹ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2013, s. 47; İcra hukukunda gözetilmesi gereken temel ilkelerden olan menfaat dengesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2010.

² Çağatay Serdar Şahin, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 1.

³ 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. T.C. Resmî Gazete, Sayı:25184, 30 Temmuz 2003. Bu kanunla İcra ve İflas Kanunu’nun 179. maddesi değiştirilmiş, 179/a ve 179/b şeklinde iki yeni madde eklenmiştir.

⁴ Bu husus, iflasın ertelenmesi kurumunda iyileştirme yapan ancak uygulanma imkânı bulamayan 15.07.2016 tarihli 6728 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “İflasın ertelenmesi kurumu borçlu ile alacaklıların menfaatleri ve hatta milli

amacından uzaklaşılması⁵ sebebiyle eleştirilen kurum 2018 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. İflasın ertelenmesinin yürürlükten kaldırılmasıyla doğacak boşluğu doldurmak üzere konkordato kurumu İcra ve İflas Kanunu'nda 7101 sayılı Kanun⁶ ile yapılan kapsamlı değişikliklerle işlevsel hale getirilmiştir. Yeni düzenlemelerle birlikte uygulamada ortaya çıkan ihtiyaca binaen 7155 ve 7327 sayılı Kanunlar⁷ ile konkordato hükümlerinde bir kısım değişiklik daha yapılmıştır.

Diğer iyileştirme hukuku kurumu olan uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmanın (İİK md.309m-309ü) neredeyse hiç uygulanmamış⁸ olması dikkate alındığında, Türk hukukunda ödeme güçlüğüne düşen veya düşme tehlikesi bulunan borçluların hâlihazırda başvurabileceği genel nitelikli mahkeme içi toplu iyileştirme hukuku kurumu olarak yalnızca konkordato kalmaktadır⁹. Bu fiili duruma, genel ekonomik konjonktürden kaynaklı mali ve ekonomik problemler de eklenince, konkordato -çalışmada konkordato ile kastedilen adi konkordatodur- son yıllarda sıklıkla müracaat edilen bir kurum haline gelmiştir. Nitekim tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de ekonomik sıkıntıların baş gösterdiği dönemlerde konkordato sayılarında artış gözlemlenmektedir¹⁰.

ve bölgesel menfaatler arasında hassas bir dengeye dayanmaktadır. Ancak, bu kurum son yıllarda tamamen borçlunun menfaatlerini gözeten ve alacaklıların menfaatlerini dikkate almayan bir görünüme büründüğünden, dengenin tekrar kurulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.” “6728 sayılı Kanun Gerekçesi”, TBMM, <, Erişim Tarihi 19 Ağustos 2023.

⁵ İflas erteleme kurumunun amacından saptırılmasının nedenleri için bkz. Selçuk Öztekin, “İflasın Erteleme”, *Bankacılar Dergisi*, (59), 2006, s. 39 vd.; Oğuz Atalay, “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, Muhammet Özkes (Ed.), *7101 Sayılı Kanun’la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 113-114.

⁶ 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. T.C. Resmî Gazete, Sayı: 30361, 15 Mart 2018.

⁷ 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun. T.C. Resmî Gazete, Sayı: 30630, 06 Aralık 2018; 7327 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. T.C. Resmî Gazete, Sayı: 31516, 19 Haziran 2021.

⁸ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 1. Bası, Legal Yayıncılık, 2016, s. 710; Ayhan Akyürek/Remziye Akyürek, *Konkordato Hukuku*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 145; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 719; Şahin, s. 2.

⁹ Yavuz Topçu, *Kredi Alacaklarının Tahsil ve Tasfiye Yöntemleri (Sorunlu Kredilerin Çözülmesi)*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2023, s. 26; Akyürek/Akyürek, s. 145.

¹⁰ Ejder Yılmaz, “İflas ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”,

Vurgulamak gerekir ki kendisini konkordato talep etmeye götüren sebepleri ve işletmesini düzlüğe çıkaracak finansal çözüm yollarını en iyi bilen olarak borçlu, konkordato teklifini özenli şekilde hazırlamalı, alacaklıların karşısına tüm iyi niyeti ve ödeme gayretiyle çıkmalıdır. Ancak bu şekildeki gerçekçi bir projeye konkordato kendisinden beklenen iyileşme fonksiyonunu yerine getirebilir. Aksi halde borçlu tekrar konkordato talep etmek zorunda kalabilir. Nitekim uygulamada, konkordatonun rağbet görmesiyle birlikte ilk başvurduğu konkordatodan istediği neticeyi alamayan borçluların yinelediği konkordato talepleriyle karşılaşmaya başlanmıştır. Bu durum birtakım sorunları beraberinde getirmiştir. Özellikle ardışık konkordato başvurularıyla, borçluların kurumun amacını aşar şekilde uzun sürelerle mühletin koruyucu etkilerinden faydalanabilmesi, menfaat dengesinin alacaklılar aleyhine bozulmasına sebebiyet vermiştir. İflas erteleme kurumunun uygulanma süreci ve akıbeti dikkate alındığında, kanaatimizce birden fazla kez konkordato talep edilebilmesinin belirli ölçüde disipline edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda konu incelenmeye değer bulunmuştur. Çalışmada önceki konkordato talebi üzerine mahkemece verilen kararların borçlunun yeniden yaptığı konkordato taleplerinin değerlendirilmesine olan etkisinin çerçevesi çizilmeye çalışılmış ve konunun disipline edilmesi ihtiyacına yönelik bazı öneriler getirilmiştir.

I. AYNI BORÇLU İÇİN BİRDEN FAZLA KEZ KONKORDATO TALEBİNDE BULUNULABİLMESİ

A. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu'nda aynı borçlu için birden fazla kez konkordato talep edilmesini engelleyen bir hüküm yoktur¹¹. Kanun koyucu, birden fazla kez konkordato talep edilebilmesine ilişkin olarak iflas içi konkordatoda yaptığı düzenlemenin¹² aksine, adi konkordato başvuru sayısına herhangi bir sınır getirmemiştir. Belirtmek gerekir ki kurumun amacına ve ruhuna uygun olduğu müddetçe birden fazla kez konkordato talep edilerek mühlet kararı

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (1995/1), 1995, s. 93.

¹¹ Süha Tanrıver/Adnan Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 1996, s. 152; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 147; Mehmet Ünsal Candemir, "Adi Konkordato Talebinden Feragat", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (49), 2022, s. 341; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 540; Ali Cem Budak/Serdar Kale, "Madde 308", Bilgehan Yeşilova (Ed.), *Yeni Konkordato Hukuku (Öztek-Konkordato Şerhi)*, Yetkin Yayınları, 2023, s. 637-638.

¹² İcra ve İflas Kanunu md.309/6 uyarınca iflas içi konkordatoya yalnız bir defa başvurulabilir.

alınmasında hukuki ve finansal açıdan herhangi bir sakınca yoktur. Hatta ekonomik ve ticari hayatın döngüsü içerisinde borçlunun hukuki ve finansal menfaati birden fazla kez konkordato talep etmesini gerekli de kılabilir. Ancak borçluların ilk talep ettikleri konkordatodan umdukları neticeyi alamamaları üzerine, kurumun amaç ve ruhuna aykırı olarak icra takibinden kurtulma, borç ödememek için zaman kazanma gibi saiklerle mühletin sağladığı kapsamlı korumadan tekraren ve toplamda kanunda öngörülen sürelerden daha uzun olacak şekilde faydalanmasını hukuk düzeni korumaz.

İlk veya yinelenen talep olup olmadığına bakılmaksızın konkordato talebi üzerine mahkemenin vereceği ilk karar geçici mühlete ilişkindir. Doktrinde “*süper geçici hukuki koruma*” olarak da nitelendirilen¹³ geçici mühlet, uzatımla birlikte beş aylık bir süreyi kapsayabilmektedir (İİK md.287/4). Geçici mühlet içinde verilen kesin mühletin etkileri ise uzatımlarla beraber yirmi dokuz ay sürebilmektedir (İİK md.289/3-5 ve md.304/2). Geçici mühlet, kesin mühletle aynı sonuçları doğurduğundan (İİK md.288/1) toplamda yirmi dokuz ay boyunca devam edebilen mühlet süresince borçlu aleyhine takip yasağı söz konusudur¹⁴ ve konkordatoya tabi alacaklılara da kural olarak ödeme yapılamamaktadır¹⁵. Üstelik geçici mühlet verilmesi, geçici mühletin

¹³ M. Serhat Sarısözen, *Konkordato*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 194; Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 277.

¹⁴ İcra ve İflas Kanunu md.294/1’de “*Mühlet içinde borçlu aleyhine 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatı tedbir ve ihtiyatı haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zaman aşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.*” şeklinde ifadesini bulan borçlu aleyhine takip yasağı kapsamında borçlunun belirli bir süre icra takiplerinden korunması, iyileştirme hukuku kurumlarının mahiyeti gereği elzemdir. Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 276.

¹⁵ İcra ve İflas Kanunu’nda mühlet içerisinde konkordato alacaklılarına ödeme yapılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamasıyla beraber bu husus doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulmasına sebebiyet vereceğinden bahisle borçlunun mühletten önce doğan borçları ödememesi gerektiğini savunmaktadır: bkz. Zeynel Abidin Bükem, *Tatbikatta Konkordato*, 1. Bası, Kocamanoğlu Yayınevi, 1963, s. 10; Sümer Altay/Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 177-178; Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, 1. Bası, On İki Levha, 2020, s. 9-11. *Tunç Yücel’e göre bu durum konkordato mühletinin doğasından kaynaklanmaktadır. Diğer görüş ise mühlet içerisinde komiser tarafından yasaklanmayan ödemelerin yapılabileceği yönündedir: bkz. İlhan E. Postacıoğlu, Konkordato (538 Sayılı Kanun Hükümleri Göz Önünde Tutularak Yazılmıştır)*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 65; Atalay, s. 127; Sarısözen, *Konkordato*, s. 420; Serdar Kale, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 374-375; Mesut Köksoy, “Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

uzatılması ve kesin mühlet verilmesi kararlarına karşı herhangi bir kanun yolu da öngörülmemiştir (İİK md.287/6 ve md.293/1). Mühletin bu sonuçları menfaat dengesini alacaklılar aleyhine bozabilecek mahiyettedir.

Konkordatonun amacına aykırı başvuruların ilk veya yinelenen başvuru olduğuna bakılmaksızın hukuken korunmaması gerekmele birlikte, yinelenen bir talep söz konusu olduğunda konkordatonun amacına aykırı kullanılma ihtimalinin her zamankinden daha ciddi şekilde göz önünde bulundurulması gerekir. Kanun koyucu, başvuru sayısında yasal bir sınırlama öngörmeyerek, birden fazla kez konkordato talebinde bulunulması şartlarının ve önceki konkordatonun sonraki konkordato talebine etkisinin nasıl ve ne ölçüde olacağını bilimsel ve kazai içtihatlarla uygulamada gelişmesini tercih etmiş görünmektedir. Bu bölümde öncelikle çalışma konusuna ilişkin tespit edilebilen bilimsel görüşler ve yargı kararları özetlenecek, akabinde kendi değerlendirmemiz yapılacaktır.

B. Bilimsel Görüşler

Doktrinde, birden fazla kez konkordato talep edilebilmesinin konkordato talebinin reddi ve konkordatonun tamamen feshi kararlarından sonra yeniden yapılacak taleplere özgü olarak sınırlı bir çerçevede ele alındığı görülmüştür. Tespit edilebilen görüşler aşağıda özetlenmiştir.

1. 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Önceki Dönem

Buruloğlu ve Reyna'ya göre, borçlunun teklif ettiği konkordatonun ibraz edilen evrakta eksiklik bulunması gibi mahkemece şekle ilişkin sebeplerden dolayı reddedilmesi halinde bunların düzeltilmesinden sonra yeniden teklifte bulunulmasında yasal bir engel yoktur. Ancak talep borçlunun dürüstlüğü ve iyi niyete aykırı davranışları sebebiyle reddedilmişse yeniden konkordato talep edilemez. Çünkü artık borçlu konkordatoya layık olmadığını göstermiştir. Yazarlar ayrıca konkordatosu tasdik edilmiş bir borçlunun sonradan mali olarak yeniden zor duruma düşerse tekrar konkordato isteyip isteyemeyeceği hususuna da değinmişlerdir. Yazarlar, borçlunun tasdik edilen önceki konkordatoya tabi borçlarının tümüyle ödenmiş olması kaydıyla sonradan gerçekleşen ticari faaliyetleri sebebiyle oluşan yeni borçlarını kapsayacak şekilde yaptığı konkordato talebinin, konkordatonun tasdiki için gerekli diğer

Dergisi, 5(2), 2022, s. 598. Belirtmek gerekir ki uygulama, mühlet içerisinde konkordatoya tabi alacaklılara ödeme yapılmaması yönünde gelişmiştir.

şartların da varlığı halinde olumlu karşılanması gerektiği görüşündedir¹⁶.

Kuru, Tanrıver ve Deynekli'ye göre, konkordato borçlunun dürüst olmamasından dolayı tasdik edilmeyerek reddedilmişse, borçlunun yeniden konkordato mühleti talebinin de reddedilmesi gerekir. Ancak önceki konkordato talebi, dürüstlük dışındaki diğer konkordato tasdik şartlarından¹⁷ birinin yokluğu sebebiyle reddedilmişse, borçlu yeniden konkordato talep edebilir. Fakat mahkeme önceki konkordatonun reddedilmiş olmasını göz önünde bulundurmalı ve mühlet kararı verirken daha dikkatli davranmalıdır¹⁸.

2. 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Dönem

Atalay, Pekcanitez ve Erdönmez'e göre, konkordatonun tasdiki talebinin reddi halinde, borçlu yeniden konkordato talebinde bulunabilir. Örneğin, imtiyazlı alacaklılar için gerekli teminatı gösteremeyen borçlu, bu koşulu sonradan sağladığında yeniden konkordato talep edebilir. Konkordato talebinin reddi üzerine verilen kararların kesin hüküm etkisi, davalardaki gibi geniş kapsamlı olmayıp sınırlıdır. İlk konkordato talebinde esaslı bir değişiklik olmadan aynı talep, aynı şartlarla yenilenirse, ilk kararın kesinliği nedeniyle ikinci talep mahkemece reddedilmelidir. Dolayısıyla önceki konkordato talebinin reddini gerektiren şartlarda bir değişiklik olmadıkça, reddedilen proje ile tekrar konkordato talebinde bulunulamayacaktır¹⁹. *Pekcanitez ve Erdönmez* ayrıca aynı koşullarla yeniden konkordato talebinde bulunulmasının çoğu durumda dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edeceği, mahkemenin her ne kadar geçici mühlet kararı verirken şekli bir inceleme yapsa da talebin, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını resen dikkate alarak dürüstlük kuralına aykırı hallerde geçici mühlet kararı dahi vermemesi gerektiği görüşündedir²⁰. Aynı yazarlar konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinden sonra borçlunun yeniden konkordato talep etmesinin ise hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini, böyle bir talebin kabul edilerek geçici

¹⁶ Enver Buruloğlu/Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, 1. Bası, Yörük Matbaası, 1968, s. 92.

¹⁷ 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önceki dönemde dürüstlük dışındaki diğer konkordato tasdik şartları; teklif olunan paranın borçlunun kaynakları ile orantılı olması, konkordatonun kanunda öngörülen çoğunlukla kabul edilmiş olması, teminat gösterilmesi, yargılama gider ve harçlarının depo edilmesidir. *Kuru, El Kitabı*, s. 1490-1497.

¹⁸ *Kuru, El Kitabı*, s. 1508; *Tanrıver/Deynekli*, s. 152.

¹⁹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes*, s. 539-540; *Pekcanitez/Erdönmez, Konkordato*, s. 147-148.

²⁰ *Pekcanitez/Erdönmez, Konkordato*, s. 148.

mühlet kararı verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir²¹.

Özekes'e göre, konkordato tasdik talebinin reddedilmesi halinde, ret gerekçesi de dikkate alınmak suretiyle eksikliğin tamamlanmasından sonra aynı borçlu için yeniden konkordato talep edilebilir. Önceki talebe göre hiçbir değişiklik olmadan yeniden yapılan konkordato talebi ise baştan reddedilmelidir²².

Budak ve Kale'ye göre, adi konkordatoya başvuru sayısı bakımından kanun koyucunun bir sınır getirmemesi, konkordato talebi reddedilen borçlunun kolaylıkla yeniden konkordatoya başvurabileceği olarak anlaşılmalıdır. Önceki talebi reddedilen borçlunun yeniden talepte bulunabilmesi için ilk talebinden farklı önemli bir değişikliğin meydana gelmesi gerekir. Durum ve koşullarda değişiklik olmadan yapılan ikinci başvuru, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden mahkemece geçici mühlet kararı dahi verilmemelidir²³.

Simil'e göre, konkordato talebinden feragat eden veya talebini geri alan iflâsa tabi olmayan borçlu, sonradan tekrar konkordato talep edebilir. Önceki taleple sonraki talep arasında belirli bir sürenin geçmesi de zorunlu değildir. Ancak yinelenen konkordato taleplerinde mahkeme, geçici veya kesin mühlete karar verirken, hakkın kötüye kullanımını engellemek adına borçlunun daha önce konkordato talebinden feragat ettiğini veya talebini geri aldığını dikkate almalıdır²⁴.

Sarısözen'e göre, konkordatonun tasdiki talebinin reddi halinde, borçlu farklı bir sebeple yeniden konkordato talep edebilir. Ancak hiçbir değişiklik yokken aynı talebin yinelenmesi halinde, tasdik talebinin reddi kararının kesin hüküm gibi geniş bir etkisi olmasa da talep reddedilmelidir. Borçlunun hiçbir değişiklik olmadan yeniden konkordato talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırıdır. Dolayısıyla mahkeme, şekli yönden yapacağı inceleme ile tedbir kararı vermeden geçici mühlet talebini reddetmelidir²⁵. Yazar, konkordatonun tamamen feshinden sonra borçlunun yeniden konkordato

²¹ Pekcanitez/Erdönmez, *Konkordato*, s. 174.

²² Muhammet Özekes, "Konkordato Eğitim Sunumu (20.01.2019)", 52, <>, Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

²³ Ali Cem Budak/Serdar Kale, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 673-638.

²⁴ Cemil Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 229 ve 236.

²⁵ Sarısözen, *Konkordato*, s. 523.

talep etmesi halinde ise borçlunun yeniden geçici mühletten faydalanmasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağı, böyle bir durumda mahkemenin geçici mühlet kararı vermemesi gerektiği görüşündedir²⁶.

Akil'e göre, önceki konkordato talebinin reddinden sonra koşullarda hiçbir değişiklik olmadan yeniden konkordato talep edilirse başvuru mahkemece reddedilmeli ve geçici mühlet kararı verilmemelidir. Çünkü koşullarda hiçbir değişiklik olmadan yapılan yeniden konkordato talebi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder²⁷. Konkordatonun tamamen feshi²⁸ kararından sonra borçlunun yeniden konkordato talep etmesi durumunda ise borçlunun yeniden geçici mühletin sonuçlarından yararlanması hakkın kötüye kullanımı teşkil eder ve mahkemenin geçici mühlet kararı vermemesi gerekir²⁹.

Ercevahir de konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinin ardından borçlunun yeniden konkordato talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği, bu sebeple talebin reddedilmesi gerektiği görüşüne katılmaktadır. Ancak yazar, yeniden konkordato talep eden borçlunun önceki konkordato tecrübesinin hangi koşullar altında ve ne zaman gerçekleştiğinin, bu süreçten sonra borçlarını ödeyip ödeyemediğinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmekte, bu değerlendirmeler yapılmaksızın salt kötü niyetle sakatlanmış ve başarısız bir konkordato geçmişi sebebiyle sonraki konkordato talebinin reddini isabetli bulmamaktadır³⁰.

Doğan, konuyu konkordato talebinin kanunen çekişmesiz yargı işi sayılması ve çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi bağlamında ele almakta ve aynı taleple yeniden konkordatoya başvurularak mühletten faydalanılmasının alacaklıların zararına sonuç doğurabileceğini, dolayısıyla konkordatonun tasdikine ilişkin verilen kararların salt maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesinin, borçluya her koşulda yeniden konkordato talebinde bulunma imkânı tanımayacağını, bu durumda hukuki yararın varlığının aranacağını, hukuki yararı bulunmadığının

²⁶ Sarısözen, *Konkordato*, s. 573-574.

²⁷ Cenk Akil, *Sorularla Adi Konkordato*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2019, s. 215.

²⁸ Akil, konkordatonun “*feshi*” yerine konkordatonun “*iptali*” ifadesini tercih etmektedir. Sarısözen ve Ercevahir’e göre de “*fesih*” yerine “*iptal*” kavramının kullanılması daha doğrudur. bkz. Akil, *Adi Konkordato*, 248; Sarısözen, *Konkordato*, s. 558; Mine Ercevahir, “Türk Hukukunda Konkordatonun Feshi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (1), 2023, s. 248.

²⁹ Akil, s. 248.

³⁰ Ercevahir, s. 278.

tespiti halinde yinelenen konkordato talebinin reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir³¹. Yazar ayrıca tasdik talebinin reddedildiği durumlarda yinelenen konkordato talebinin değerlendirilebilmesinin, önceki konkordatonun reddine neden olan hususların yeni talepte düzeltilmiş veya tamamlanmış olmasına bağlı olduğu, mahkemenin önüne gelen konkordato taleplerinde takdir yetkisi çerçevesinde, başvurunun sadece mühletin sonuçlarından yararlanmak amacıyla yapılan mükerrer bir başvuru olduğuna kanaat getirmesi halinde geçici mühlet kararı vermeksizin başvurunun usulden reddine karar vermesi gerektiği görüşündedir³².

Karakaş'a göre, konkordato başvurusu açıkça hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise örneğin art arda konkordato teklifinde bulunulup daha sonra feragat edilerek mühletin sağladığı korumadan kanunun öngördüğü sınırlı süreler aşılacak şekilde yararlanılmasına imkân tanımamak gerekir. Yazar ayrıca katılmadığını ifade ettiği bir mahkeme kararına konu olay özelinde, mühletin koruyucu hükümlerinden uzunca bir süre faydalanan borçlunun, mühletin sonuna doğru hakkında iflas kararı verilmesini engellemek amacıyla iyileştirdiğini ileri sürerek konkordato talebinden feragat etmesinden sonra borçlarını tam ve derhal ödeyemediği için maruz kaldığı icra takipleri sebebiyle yeniden konkordato talep etmesini dürüstlük koşuluna aykırılıktan ziyade hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmiştir³³.

Candemir, önceki konkordato talebi iyileşme ya da sair bir sebeple tasdik edilmeyerek reddedilmiş borçlunun sonradan tekrar ödeme güçlüğüne düşebileceği, dolayısıyla böyle bir borçlunun konkordatoya yeniden başvuru hakkından peşinen yoksun kılınmasının isabetli olmayacağı, bu bakımdan önceki konkordatonun talepten feragat nedeniyle reddi halinde de aynı borçlu için kural olarak yeniden konkordato talep edilebileceği, ancak feragat sonrası yeniden konkordatoya başvurma hakkının sınırsız şekilde kabul edilmesinin mümkün olmadığı, tasdikle sonuçlanmayan önceki konkordato sebebiyle alacaklıların zaten belli bir süre alacaklarını tahsil edememiş olmalarının dikkate alınarak yinelenen talepte mühlet kararı verilirken daha titiz davranılması gerektiği, bu aşamada başvurulacak kurumun dürüstlük kuralı olduğu, yeni konkordato başvurusunun salt mühletten yararlanma amacı

³¹ Emsalgül Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 233-234.

³² Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 312.

³³ Cemal Fazıl Karakaş, "Konkordatodan Vazgeçme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(195), 2020, s. 1650.

taşıyıp taşımadığına dikkat edilmesi gerektiği görüşündedir³⁴.

Ercan Özler'e göre, konkordato talebini geri alan ve hakkında iflas kararı verilmeyen borçlu, aciz hali veya tehlikesi devam ettiği sürece yeniden konkordato talep edebilmeli, yinelenen taleplerde mahkeme başvurunun dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını kendiliğinden dikkate almalı ve dürüstlük kuralına aykırı talepleri reddetmelidir. Yazar, başvuruda sunulması gereken evrakın eksiksiz olması üzerine sınırlı bir incelemeyle geçici mühlet kararı verildikten sonra borçlunun talebini geri alması ve sonrasında aynı ya da küçük değişiklikler yapılmış proje ile yeniden konkordato talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği, ayrıca konkordato talebinin reddi kararından sonra aynı talebin aynı şartlarla, ilk talepte önemli bir değişiklik olmaksızın yenilenmesi halinde de ilk kararın kesinliği nedeniyle mahkemece ret kararı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu anlamda kıstas hukuki yarar olmalıdır. Konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinden sonra borçlunun yeniden konkordato talep etmesi halinde ise bu talep geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir. Çünkü bu halde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur³⁵.

Yavaş ve Daşlıçay'a göre, borçlunun sonraki konkordato başvuru tarihindeki mali durumunun, ilk konkordato başvuru tarihinden farklı olması, dolayısıyla iki talebin vakıalar yönünden aynı olmaması sebebiyle konkordato talebinden feragat edildikten ya da talep herhangi bir sebeple reddedildikten sonra yeni bir konkordato projesi ve farklı gerekçelerle yeniden konkordato talebinde bulunulabilir. Bu ihtimalde derdestlikten de söz edilemez. Ancak yazarlar, konkordato tasdik talebinin reddinden sonra kararın kesinleşmesi beklenilmeden ikinci konkordato başvurusunun alacaklılar tarafından yapılması halinde ise borçlunun korunmaya değer hukuki yararının bulunmadığı, bu ihtimalde çelişkili kararların önüne geçmek adına derdestliğin dikkate alınmasının faydalı olacağı görüşündedir³⁶.

C. Yargı Kararları

7101 sayılı Kanundan sonraki dönemde, birden fazla kez konkordato talep edilmesine ilişkin tespit edilebilen ve çalışma konumuz bakımından

³⁴ Candemir, s. 343-344.

³⁵ Meltem Ercan Özler, "Konkordato Talebinden Feragat Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 19(54), 2023, s. 104-105 ve 120.

³⁶ Murat Yavaş/Pınar Daşlıçay, *Konkordatonun Tasdiki ve Tasdik Olunan Konkordatonun Hüküm ve Sonuçları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 22, 23, 206 ve 208.

önemli olduğu değerlendirilen kararlar, konunun derdestlik itirazı bakımından ele alınıp alınmamasına göre iki başlık halinde aşağıda özetlenmiştir:

1. Konuya Derdestlik İtirazı Açısından Bakılmayan Kararlar

Borçlunun önceki konkordato başvurusu, yaklaşık iki yıl devam eden ilk derece yargılaması sonrasında 24.03.2021 tarihinde reddedilmiştir. Ret kararına karşı istinaf yoluna başvurulmuş, istinaf yargılaması devam ederken, iflasa tabi olan borçlu için bu defa alacaklılardan biri konkordato talep etmiştir. İkinci konkordato talebinde borçlu hakkında 28.04.2021 tarihinde yeniden geçici mühlet kararı verilmiştir. İlk derece mahkemesince borçlunun sunduğu projenin ilk konkordato talebindeki projeye aynı olduğu, ilk talebi inceleyen mahkemece projenin yeterli ve inandırıcı bulunmadığı da dikkate alınarak ikinci talepteki projenin de gerçekçi olmadığı ve somut verilere dayanmadığı gerekçesiyle geçici mühlet içerisinde olmak üzere talebin reddine karar verilmiştir. Borçlu ve konkordato talep eden alacaklının yaptığı istinaf başvurusu reddedilmiştir³⁷.

Borçlunun önceki konkordato talebi, şirketin komisere gerekli bilgileri vermediği, şirket kayıtlarının gerçeği yansıtmadığı, şirketin herhangi bir gelirisinin bulunmadığı, sermaye artırımının inandırıcı olmadığı, borca batık olmayan şirketin tenzilat konkordatosu talep edemeyeceği şeklindeki gerekçelerle reddedilmiş, ret kararı istinaf yoluna başvurulmaksızın 17.05.2019 tarihinde kesinleşmiştir. Borçlu ret kararından sonra şirket merkezi adresini değiştirerek yeni adresine göre yetkili olan başka mahkemede tekrar konkordato talebinde bulunmuştur. İkinci başvuruda borçluya 04.07.2019 tarihinde geçici mühlet kararı verilmiştir. Mahkemece geçici komiser raporundaki tespitler de dikkate alınarak borçlunun ikinci konkordato talebinin alacaklılara zarar verme amacını taşıdığı gerekçesiyle İİK md.292/1/c uyarınca talebin reddine, geçici mühletin kaldırılmasına ve borçlu şirketin iflasına karar verilmiştir. Borçlu tarafından yapılan istinaf başvurusu reddedilmiş, karar Yargıtay tarafından da onanmıştır³⁸.

Önceki konkordato başvurusunda 07.07.2021 tarihinde geçici mühlet, 10.11.2021 tarihinde kesin mühlet kararı verilmiş; daha sonra borçlu, projenin

³⁷ İstanbul BAM 17.HD, T.24.2.2022, E.2021/1701, K.2022/220, <>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024.

³⁸ İstanbul BAM 17.HD, T.09.7.2020, E.2019/3951, K.2020/1521, <>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024; Yargıtay (Kapatılan) 15.HD, T.25.02.2021, E.2021/1386, K.2021/510, <>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

gerçekleşmesinin mümkün olmadığını anlaşılması üzerine 09.09.2022 tarihinde konkordato talebinden feragat etmiş, feragat sebebiyle ret kararı verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Borçlu bu defa 16.09.2022 tarihinde malvarlığının terki suretiyle konkordato talebinde bulunmuş, ikinci konkordato başvurusunda borçluya 19.09.2022 tarihinde üç ay süre ile geçici mühlet kararı verilmiştir. İkinci konkordato başvurusunda mahkeme, borçlunun ilk konkordato talebinin üzerinden yaklaşık on beş ay geçtiği, borçluya kesin mühlet verilmesi halinde sürecin en iyi ihtimalle on iki ay daha süreceği, borçlunun konkordato tedbirlerinden bu kadar uzun süre faydalanmasının menfaat dengesinin alacaklılar aleyhine bozduğu gerekçesiyle konkordato talebini reddetmiştir. Borçlunun karara karşı istinafa başvurması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, konkordato talebinden feragat eden borçlunun yeniden konkordato başvurusunda bulunmasının dürüstlük kuralı ile sınırlandırıldığı, böyle bir başvurunun salt mühletin olumlu etkilerinden yararlanılması amacıyla yapılması halinde talebin reddedilmesi gerektiği, ilk konkordatoda komiser raporuna göre borçlunun alacaklılar arasında eşitliğe aykırı hareket ettiği ve komiserlik talimatlarına aykırı olarak bir kısım ticari varlığını aynı dosyadaki diğer davacıya devrettiği de dikkate alınarak, borçlunun ikinci konkordato talebinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının usul ve kanuna aykırı olmadığına karar verilerek istinaf başvurusu reddedilmiş, istinaf başvurusunun reddi kararı Yargıtay tarafından da onanmıştır³⁹.

Borçlunun ilk konkordatoda iyileştigini ileri sürerek talebinden feragat etmesi üzerine mahkemece talebin reddine karar verilmiştir. Ret kararından yaklaşık bir ay sonra borçlu tekrar konkordato talep etmiş, bu talep ilk derece mahkemesince, borçlunun uzun süre konkordato korumasından faydalandığı, iyileşmeden kısa bir süre sonra hangi sebeple yeniden borçlarını ödeyemez hale geldiğinin ispatlanamadığı, bu şekilde sürekli olarak mühletin korumasından faydalanılmasının hakkın kötüye kullanımı sayılacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Borçlunun kararı karşı istinafa başvurması üzerine Bölge Adliye Mahkemesince kötü niyetli davranışın ispatlanamadığı, konkordatonun mahiyeti gereği alacaklıların teklife yönelik tutumlarına değer verilmesi gerektiği gerekçesiyle borçlu hakkında kesin mühlet kararı verilmiştir⁴⁰.

³⁹ İzmir BAM 17.HD, T.01.3.2023, E.2023/174, K.2023/371; Y6.HD, T.03.7.2023, E.2023/1976, K.2023/2547, <, Erişim Tarihi 11 Mart 2024.

⁴⁰ Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, T.03.10.2020, E.2019/545, K.2019/834; Ankara BAM

Borçlu ilk önce malvarlığının terki suretiyle konkordatoya başvurmuş, talep alacaklılar toplantısında kabul edilmediği için mahkemece 03.03.2022 tarihinde ret kararı verilmiştir. Karar henüz kesinleşmemiş iken borçlu bu defa 31.05.2022 tarihinde vade talep etmek suretiyle adi konkordato talebinde bulunmuştur. Mahkeme, borçlunun ilk konkordato talebinin reddinden iki gün sonra 05.03.2022 tarihinde üzerinde çok sayıda haciz bulunan taşınmazı için harici gayrimenkul satış sözleşmesi yapması, bu sözleşme kapsamında satış bedelinin bir kısmını elden tahsil etmesi, elden tahsil ettiği bedel ile aile yakınlarına olan borçlarını ödemesi şeklindeki eylemlerini dürüstlük kuralına aykırı kabul ederek, ikinci başvuruda geçici mühlet kararını kaldırıp talebin reddine karar vermiştir. Ret kararına karşı yapılan istinaf başvurusu reddedilmiş, istinaf başvurusunun reddi kararı Yargıtay tarafından da onanmıştır⁴¹.

Borçlunun önceki konkordato talebi mahkemece tasdik edilmiş ancak Bölge Adliye Mahkemesince projenin alacaklılar arasında eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle tasdik talebinin reddine karar verilmiştir. Ret kararından sonra icra takiplerine maruz kalan borçlu ikinci konkordato talebinde bulunmuş, yapılan yargılamada tasdik talebi adi alacaklılar yönünden 23.12.2021 tarihinde kabul edilmiştir. Tasdik kararı bir kısım alacaklı tarafından ikinci başvurunun yapıldığı sırada borçlunun önceki konkordato talebinin derdest olduğu, borçlunun 27.08.2018 tarihinden itibaren konkordato hükümlerinden faydalandığı ve iyiniyetli olmadığı gerekçeleriyle istinaf edilmişse de istinaf başvurusu Bölge Adliye Mahkemesince reddedilmiş, istinaf başvurusunun reddi kararı Yargıtay tarafından da onanmıştır⁴².

Borçlu daha önce iki kez konkordato başvurusunda bulunarak toplamda üç yıl beş ay süreyle mühletin koruyucu hükümlerinden faydalandıktan sonra alacaklılar tarafından borçlu hakkında üçüncü kez konkordato talebinde bulunulmuştur. İlk derece mahkemesince, iflase nazaran elverişli olacağı gerekçesiyle bekleyen alacaklıların üçüncü konkordatonun sonucunu da beklemeleri halinde iflas ertelemeye kıyasla daha uzun süre beklemiş olacaklarını, başvurulardaki projelerin ve alacak miktarının her defasında

23.HD, T.16.10.2019, E.2019/2267, K.2019/1660, kararların ilgili kısımlarının metni için bkz. Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1648-1649.

⁴¹ İzmir BAM 17.HD, T.12.1.2023, E.2022/1888, K.2023/6; Y6.HD, T.26.04.2023, E.2023/1388, K.2023/1515, <, Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

⁴² Ankara BAM 23.HD, T.20.4.2022, E.2022/508, K.2022/657,<, Erişim Tarihi 21 Ağustos 2023; Y6.HD, T.02.11.2022, E.2022/3163, K.2022/5110, <, Erişim Tarihi 11 Mart 2024.

değiştğini, amacın zaman kazanmaya yönelik olduğu gerekçesi ile üçüncü talebin reddine ve borçlu şirketin iflasına karar verilmiştir. Karara karşı konkordatosu talep edilen şirket tarafından yapılan istinaf başvurusu reddedilmiş, ret kararı Yargıtay tarafından da onanmıştır⁴³.

2. Konuya Derdestlik İtirazı Açısından Bakılan Kararlar

Yukarıda özetlenen kararlardan başka birden fazla kez konkordato talebinde bulunulabilmesinin derdestlik itirazı kapsamında ele alındığı yüksek mahkeme kararları da söz konusudur. Derdestlik itirazı çalışma konumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü önceki konkordato talebi hakkında verilen karar henüz kesinleşmemişse, yinelenen konkordato talebinin değerlendirilmesinde derdestlik dava şartının söz konusu olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Konkordato başvurularında derdestlik dava şartının uygulanacağı kabul edilirse, önceki başvuruya ilişkin konkordato yargılaması kanun yolu aşamasında olsa dahi devam ederken aynı borçlu için borçlu veya alacaklısı tarafından yeni bir konkordato talebinde bulunulması söz konusu olmayacak, yapılacak sonraki başvuru derdestlik dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilecektir. Konkordato başvurularında derdestlik dava şartının uygulanmayacağı kabul edilirse, önceki konkordatonun yargılamasının devam etmesi, sonraki konkordato başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır.

Konkordato mühleti verilmesi, komiser atanması ve konkordatonun tasdiki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.382/2'de çekişmesiz yargı işi olarak sayılmıştır. Mühlet verilmesi ve komiser atanması, uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka dayanan hakkın yokluğu, yenilik doğuran etki ve resen araştırma ilkesi kıstaslarına göre, konkordatonun tasdiki ise uyuşmazlık yokluğu kıstasına göre takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işidir⁴⁴. Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil

⁴³ Adana BAM 9.HD, T.07.4.2023, E.2022/1666, K.2023/73 (yayınlanmamıştır); Y6.HD, T.09.11.2023, E.2023/3485, K.2023/3779, <, Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

⁴⁴ Ali Cem Budak, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV*, TBB Yayınları:108, 2005, s. 142; Aslı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2017, s. 66; Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1640-1641; Mehmet Kodakoğlu, "Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(2), 2022, s. 75.

etmez (HMK md.388)⁴⁵.

Doktrinde, dava niteliği taşınamaması sebebiyle çekişmesiz yargı işlerine konu taleplerin mahkeme önüne getirilmesi halinde derdestlik ve onun usul hukuki bakımından etkisi olan derdestlik itirazının söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir⁴⁶. Ancak çekişmesiz yargı işi olmasına rağmen konkordato özelinde konuya ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında birlik yoktur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin kararlarında, konkordatonun tasdiki prosedürünün bir dava olmayıp çekişmesiz yargı işi olduğu, dava niteliğinde olmayan konkordato için HMK md.385/1’de ifade edildiği şekliyle niteliğine uygun düşmediğinden HMK md.114/1/1 bendinin uygulanamayacağı, ayrıca HMK md.388/1’de çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinin hüküm altına alındığı, aksi düşünülse bile konkordatonun derdestlik dava şartı koşullarını içermediği gerekçeleriyle konkordato başvurularında derdestlik dava şartının uygulanmaması gerektiği, bunun yerine yinelenen konkordato taleplerinde hukuki yarar ölçütünün dikkate alınacağı, farklı dönemler için farklı projelerle konkordato talep edilmiş ve sonraki konkordato projesinde alacaklılar lehine iyileştirme yapılmışsa hukuki yararın da bulunduğu ifade edilmiştir⁴⁷.

Trabzon, İzmir ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında ise çekişmesiz yargı işlerinde derdestlik dava şartının uygulanmasının işin niteliğine uygun ve HMK md.385/1 uyarınca mümkün olduğu, konkordato başvurularında derdestliğin dava şartı olarak kabul edilmemesi halinde konkordato talebi reddedilen veya reddedilmesi kuvvetle muhtemel olan borçluların derhal ikinci bir konkordato başvurusu yaparak İİK md.294 vd. yer alan korumalardan tekrar faydalanabilmesinin hakkın kötüye kullanılması sonucu doğuracak uygulamalara sebebiyet vereceği, konkordato dinamik bir süreç olduğundan borçlunun yeni başvurusunda ileri sürebileceği taleplerini derdest dosyada da sunabileceği, bu sebeple derdest başvuru varken borçlunun yeniden konkordato talep etmesinde korunmaya değer bir hukuki yararının söz konusu olamayacağı, aynı anda iki konkordato başvurusunun birlikte

⁴⁵ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 596.

⁴⁶ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:531, 1998, s. 46-47.

⁴⁷ Ankara BAM 23.HD, T.03.06.2020, E.2020/722, K.2020/662 (yayınlanmamıştır); Ankara BAM 23.HD, T.14.09.2022, E.2022/1319, K.2022/1280; Ankara BAM 23.HD, T.12.3.2024, E.2023/2312, K.2024/427, <, Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

görülmesi halinde birbirine aykırı kararlar verilebileceği, bu durumun da hukuki güvenilirliği zedeleyeceği gerekçeleriyle konkordato başvurularında derdestlik dava şartının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸.

Yargıtay'ın görüşü ise Trabzon Bölge Adliye Mahkemesinin kararını onamak suretiyle konkordato başvurularında derdestlik dava şartının uygulanması gerektiği istikametinde olmuştur⁴⁹.

D. Değerlendirme ve Ara Sonuç

1. Genel Olarak

Birden fazla kez konkordato talebinde bulunulmasına ilişkin yukarıda yer alan bilimsel görüşler -Buruloğlu ve Reyna ile Candemir'in istisnai tespitleri hariç olmak üzere- konkordatonun reddi ve konkordatonun tamamen feshi kararlarından sonra yinelenen taleplere ilişkin olup, aşağıda özetlenen esaslarda görüş birliği olduğu sonucuna ulaşılmaktadır:

i. Önceki konkordato talebi salt şekli eksikliklerle reddedilmişse, eksikliklerin giderilmesi akabinde yeniden konkordato talebinde bulunulabilir.

ii. Önceki konkordato talebi dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı reddedilmişse, yinelenen konkordato talebinin reddedilmesi gerekir.

iii. Önceki konkordato talebinin reddedilmesinden sonra koşullarda hiçbir değişiklik olmadan aynı taleple yeniden konkordato başvurusunda bulunulması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden yinelenen talep mahkemece reddedilmeli ve geçici mühlet kararı verilmemelidir.

iv. Önceki konkordatonun tasdik edilip sonradan tamamen feshine karar verildikten sonra borçlunun yeniden konkordato talep etmesi halinde borçlunun yeniden geçici mühletin sonuçlarından yararlanması hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden mahkemece yinelenen talep reddedilmeli ve geçici mühlet kararı verilmemelidir.

v. Önceki konkordato talebinin reddinden sonra yinelenen konkordato taleplerinde, mahkemece önceki konkordatonun reddedilmiş olması hususunu

⁴⁸ Trabzon BAM 4.HD, T.15.01.2021, E.2021/9, K.2021/59 (yayınlanmamıştır); İzmir BAM 17.HD, T.10.3.2022, E.2021/2234, K.2022/472; İstanbul BAM 17.HD, T.30.6.2022, E.2022/865, K.2022/857, <, Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

⁴⁹ Y6.HD, T.31.01.2022, E.2021/2585, K.2022/365 (yayınlanmamıştır), vatandasilam.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

dikkate alınmalı ve yeniden mühlet kararı verirken daha titiz davranılmalıdır.

vi. Yinelenen konkordato talebi dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise mahkemece reddedilmelidir.

Birden fazla kez konkordato talebinde bulunulmasına ilişkin bilimsel görüşlerin daha çok ilk talebin reddi haline özgü olmasını hukuk pratiği açısından doğal karşılamak gerekir. Çünkü uygulamada yinelenen konkordato taleplerinin daha çok ilk konkordato talebi reddedilen borçlular hakkında yapıldığı ve mahkemelerce tekraren mühlet kararı verilebildiği tecrübe edilmektedir.

İlk başvuru konkordatoyu borçlu talep etmişken sonraki konkordatoyu borçlu iflasa tabi kişilerden olmak şartıyla alacaklısı da talep edebilir (İİK md.285/2) veya bunun tersi de söz konusu olabilir. Yinelenen konkordato talebinin usulü bakımından talebin kimden geldiği ile ilgili olarak ayrı bir düzenleme söz konusu değildir. Başvuru usulü, mahkemeye sunulacak belgeler de dahil olmak üzere ilk veya yinelenen başvuru olduğuna bakılmaksızın tüm konkordato talepleri için aynıdır.

Belirtmek gerekir ki yeniden konkordato talep edilebilmesi sadece önceki konkordatonun reddi veya tasdik edilen konkordatonun tamamen feshi hallerine özgü değildir. İşletmelerin sürekliliği ilkesi ve borç-alacak durumunun ticaret hayatının olağan seyri içerisinde sürekli değişebilen dinamik yapısı sebebiyle, kanaatimizce başvuru ilk konkordatonun tasdik edilip proje kapsamında ödemeler kısmen veya tamamen tamamlandıktan sonra da yeniden konkordato talep edilebilir. Dahası, teorik olarak kanaatimizce önceki konkordato talebi neticesinde tasdik edilen proje kapsamında ödemeler devam ederken bile tasdik olan konkordato dışında kalan ve sonradan oluşan borçlar için de ayrı bir konkordato talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle eldeki işlevsel tek iyileştirme hukuku kurumu olan konkordatonun yürürlükte kalacağı süre boyunca birden fazla kez talebe ilişkin saydığımız hallerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır.

Bilimsel görüşlerde konkordatoda borçlunun dürüstlüğüne ayrı bir önem verildiği görülmektedir. Gerçekten de “dürüstlük” yinelenen konkordato taleplerinin mahkemelerce değerlendirilmesi aşamasında başvurulacak en önemli kriter olmalıdır. Konkordatonun tasdikinin şartlarından olan “borçlunun işlerindeki doğruluğu” koşulu İcra ve İflas Kanunu’nda 4949 sayılı Kanun⁵⁰

⁵⁰ 4949 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. T.C. Resmî Gazete,

ile yapılan değişiklikle kaldırılmışsa da doktrinde 7101 sayılı Kanun ile değişiklikten önceki ve sonraki dönemde de dürüstlük kuralının konkordato uygulanmaya devam edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵¹. Kanaatimizce de Türk Medeni Kanunu'nda ifadesini bulan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, her davada olduğu gibi ilk veya yinelenen talep olup olmadığına bakılmaksızın tüm konkordato başvurularında gözetilmesi gereken temel ilkelerdendir. Bu ilkeler, bilimsel görüşlerde de ifade edildiği üzere yinelenen konkordato taleplerinde daha nitelikli ve ayrıcalıklı bir önemi haizdir. Bu nedenle yeniden yapılan konkordato başvurusu, olması gereken hukuk bakımından, mahkemece dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık bağlamında özellikle incelenmelidir. İnceleme elbette ki her vakanın kendine özgü mali ve hukuki şartları çerçevesinde yapılmalıdır.

Yukarıda değinildiği üzere mahkemelerin dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yinelenen konkordato taleplerinin reddine ilişkin karar verebildiği örnekler olmakla birlikte, yinelenen konkordato taleplerinin daha sürecin başında yani geçici mühlet verilmesi aşamasında, mahkemece dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilebilmesini pratikte zorlaştıran iki husus vardır:

Birincisi, konkordato başvurusunu inceleyen mahkeme, önüne gelen talebin yinelenen bir talep olduğu hakkında -özellikle üçten fazla asliye ticaret mahkemesi olan yerlerde⁵²- ilk aşamada genellikle bilgi sahibi değildir. Mahkeme en erken geçici mühlet kararına alacaklıların yapacağı itirazlar üzerine

Sayı: 25184, 30 Temmuz 2003.

⁵¹ Süha Tanrıver, "4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (51), 2004, s. 71-72; Kuru, *El Kitabı*, s. 1450; Altay/Eskiocak, s. 338; Selçuk Öztekin, *Öztekin-Konkordato Şerhi*, s. 198-199; Ali Cem Budak/Serdar Kale, *Öztekin-Konkordato Şerhi*, s. 600; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 643-644; Sarısözen, *Konkordato*, s. 106-109; Mesut Köksoy, *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, s. 80-81; İsmet Mazlum, "Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının "Derhal" Verilmesi Sorunu", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2021, s. 416; Ercan Özler, s. 104; Levent Börü, *İflas Dışı (Adi) Konkordatoda Alacaklılar Toplantısı*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2023, s. 121; Ayrıca bkz. M. Serhat Sarısözen, "Konkordatoda Dürüstlük Kuralına Genel Bir Bakış", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(18), 2023, 211 vd.

⁵² Hakimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesinin 03.03.2018 tarih ve 538 sayılı kararı ile tüm konkordato türlerinden kaynaklı talepler için üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesinin, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak belirlenmesine karar verilmiştir. T.C. Resmî Gazete, Sayı: 30382, 05 Nisan 2018.

durumdan haberdar olabilmektedir. Mahkemenin borçlunun daha önceki konkordato geçmişi hakkında sürecin başında bilgi sahibi olmasının, önüne gelen başvuruyu menfaat dengesi anlamında daha doğru değerlendirmesine yardımcı olacağı şüphesizdir. Bu bakımdan konunun disipline edilmesine yönelik ilk önerimiz, konkordato başvuru sırasında mahkemeye sunulacak belgeleri düzenleyen İcra ve İflas Kanunu 286. maddenin birinci fıkrasına ekleme yapılarak, borçlunun önceki konkordato başvurularına ilişkin belgeleri de mahkemeye sunmasının sağlanmasıdır. Kanuna eklenecek fıkra sonrası Konkordato Talebine Eklenerek Belgeler Hakkında Yönetmelik'te de değişiklik yapılarak önceki konkordatoya ilişkin belgelerin asgari olarak başvuru dilekçesi, itiraz eden alacaklıların beyanları, ön proje ve mahkemece verilen kararları içermesi gerektiği düzenlenmelidir. Bu noktada, geçici mühlete alacaklıların yapacağı itiraz üzerine, mahkemenin talebin yinelenen bir başvuru olduğu hakkında zaten bilgi sahibi olacağı, kanunda ayrıca yer almasına gerek olmadan mahkemenin önceki konkordato başvurularına ilişkin belgeleri de isteyebileceği, dolayısıyla böyle bir değişikliğe gerek olmadığı iddia edilebilir. Ancak bu seçenekte halihazırda verilmiş bir geçici mühlet kararı söz konusu olacaktır. Belirtmek gerekir ki uygulamada, bir kere geçici de olsa mühlet kararı verilmesiyle artık konkordatonun devam etmesi yönünde çabaya girildiği ve geçici mühlet süresinin uzatımı da dahil tamamının kullanılması yönünde eğilim olduğu tecrübe edilmektedir. Dolayısıyla mahkemenin önceki konkordato başvurusuna ilişkin belgeleri geçici mühlet kararını vermezden evvel incelemesinin menfaat dengesine daha uygun olduğu düşünülmektedir.

İkincisi ise İcra ve İflas Kanunu md.287/1'deki "*Konkordato talebi üzerine mahkeme, 286'ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhal geçici mühlet kararı verir*" şeklindeki hükümdür. Söz konusu hükmün lafzına ilişkin doktrindeki hâkim görüş; mahkemenin geçici mühlet yargılamasında salt sayılan evrakın varlığına ilişkin şekli bir inceleme yapacağı ve esasa giremeyeceği şeklindedir⁵³.

⁵³ Atalay, s. 123; Muhammet Özeker, "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı", Muhammet Özeker (Ed.), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 72; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 2. Bası, Bilge Yayınevi, 2019, s. 40; Akil, s. 64; Akyürek/Akyürek, s. 234; Altay/Eskiocak, s. 145; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 570; Sarısözen, *Konkordato*, s. 206-207; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 656; Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 277-278; Köksoy, *Adi Konkordato*, s. 94; Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 58; Aksi yöndeki görüş için bkz. Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 48-49; Mazlum, s. 417 vd.

Mahkeme uygulamaları da sadece sayılan evrakın mevcudiyeti açısından şekli inceleme yapılması ve eksiklik yoksa geçici mühlet kararı verilmesi yönünde gelişmiştir.

Bu bağlamda mevzuat değişikliğine ilişkin ikinci önerimiz, önceki konkordato talebinin sonraki konkordato talebine etkisinin belirli bir ölçüde kanunda düzenlenmesidir. Düzenlemenin nasıl olacağıyla ilgili akla gelen ilk seçenek konkordato talebinin reddedilmesinden sonra aynı borçlu hakkında konkordato talebinin yinelenebilmesi için belirli bir süre geçmesinin beklenilmesidir. İyileştirme hukuku kurumlarından tekraren faydalanabilmek için belirli bir süre geçmesinin gerekmesi şeklindeki yasal düzenleme aslında icra ve iflas hukukumuzda yabancı değildir. İcra ve İflas Kanunu'na 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle eklenen md.329/a'da bir sermaye şirketi veya kooperatifin fevkalade mühlet elde etmesi halinde, mühletin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe iflasın ertelenmesine başvuramayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca iflasın ertelenmesi kurumunu disipline eden ancak uygulanma fırsatı bulamayan 6728 sayılı Kanunla yeniden kaleme alınan md.179/a'nın son fıkrasında da daha önce iflasın ertelenmesinden yararlanmış bir sermaye şirketi veya kooperatifin, uzatma dahil erteleme süresinin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe yeniden iflasın ertelenmesi talebinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi olarak da borçluların birden çok başvuru yapmak suretiyle aslında bir lütuf olan iflasın ertelenmesi kurumunu istismar etmesini engellemek olduğu ifade edilmiştir⁵⁴. Aynı gerekçeyle yinelenen konkordato taleplerinde de belirli süre geçmesi gerektiği şeklindeki bir düzenleme, kanaatimizce konkordatonun mahiyetine uygun düşmez. Çünkü önceki konkordatonun talebinin nasıl sonuçlandığının, reddedilmişse ret gerekçesinin ne olduğundan bağımsız olarak borçluyu belirli süre konkordato başvurusundan mahrum bırakmak kurumun amacıyla örtüşmez. Öte yandan önceki konkordatonun reddedilmesi halinde her bir ret gerekçesinin yinelenen talebe etkisini kazuistik şekilde düzenlemek de uygulamada farklı sorunlara sebebiyet verir. Bu konuda önerimiz mahkemenin tekrarlanan konkordato başvurularında geçici mühlet kararını verirken önceki konkordato sürecini de göz önünde bulunduracağına ilişkin İcra ve İflas Kanunu md.287'ye fıkra eklenmesidir. Kanunda mahkemenin önceki konkordato sürecini dikkate alacağını vurgulanması kanaatimizce gerekli ve yeterlidir. Önceki konkordatonun ne şekilde sonlanmış olduğunun sonraki konkordatoya etkisi kazai ve bilimsel içtihatlarla uygulamada gelişecektir.

⁵⁴ TBMM, “6728 sayılı Kanun, md.1 gerekçesi”, <>, Erişim Tarihi 11 Nisan 2024.

Böylece mahkeme, önceki konkordato talebinin sürecini ve sonucunu serbestçe değerlendirerek yinelenen başvuruya etkisini kendisi takdir edecektir. Bu bağlamda kurumun amacına aykırı olarak yinelenen konkordato taleplerinde belgelerin eksiksiz sunulduğu gerekçesiyle sadece şekli bir incelemeyle geçici mühlet kararı verilmesi de engellenebilecektir.

2. Konkordato Talebi ve Derdestlik

Konkordato talebinde derdestlik dava şartının uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ile ilgili olarak ise kanaatimiz, Yargıtay'ın görüşünün aksine derdestliğin müessese olarak konkordato taleplerinde uygun olmadığı yönündedir. Derdestlik dava şartının amacı, tarafları, talep sonucu ve dava sebebi aynı olan birden fazla davanın açılmasını engellemek, böylece aynı konuda farklı mahkemelerce farklı kararlar verilme ihtimalini bertaraf ederek hukuki istikrarı temin etmektir⁵⁵. Aynı taraf, aynı talep ve aynı dava sebebi kriterleri konkordatoya uyarlandığında şu tespitleri yapmak mümkündür:

Davada taraflar davacı ve davalıdır. Konkordatoda ise teknik olarak bir dava olmadığı için davadaki gibi davacı ve davalı taraflar değil ilgililer söz konusudur. Konkordatoda ilk başta ilgili olarak sadece “talep eden” (borçlu veya alacaklı) vardır⁵⁶. Alacaklılar da konkordato talebine itiraz etmeleri halinde ilgili sıfatıyla, *itiraz eden* olarak yargılamaya dahil olurlar⁵⁷. Önceki ve sonraki konkordato tarihleri itibarıyla alacaklı sayısı ve alacak miktarı değişebileceğinden, ayrıca alacaklıların bir kısmının önceki konkordatoya itiraz etmez iken sonraki konkordatoya itiraz edebileceği veya tam tersinin söz konusu olabileceği dikkate alındığında önceki konkordato ile sonraki konkordatonun itiraz eden alacaklılarının birebir aynı olması çok düşük ihtimaldir.

Davada talep, mahkemeden istenen hukuki korumanın tam ve açık olarak ne olduğudur. Talep sonucu açılan davanın türüne göre değişir. Örneğin eda davalarında bir şeyin verilmesine veya yapılmasına karar verilmesi talep edilirken, tespit davasında bir hakkın ya da hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının tespiti istenir⁵⁸. Konkordatoda ise borçlu konkordato projesinin

⁵⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medeni Usul*, s. 382.

⁵⁶ Özekes, *Konkordatoya Başvuru*, s. 57; Selçuk Öztekin, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 161-162.

⁵⁷ Ankara BAM 23.HD, T. 26.4.2022, E.2022/427, K.2022/688, <>, Erişim Tarihi 17 Kasım 2023.

⁵⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medeni Usul*, s. 363; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2023, s. 233-234.

tasdikini talep eder. Konkordato projesi de en basit anlatımla, borçların hangi şartlarda ve nasıl ödeneceğini öngören bir ödeme planı teklifidir. Ödeme planı genel hatlarıyla alacak miktarı, varsa tenzilat miktarı, öngörülmüşse faiz, vade, ödeme periyodu (aylık, üç ayda bir, altı ayda bir vb.) şeklinde çeşitli unsurlardan oluşur. Bu unsurlardan herhangi birinin değişmesi halinde teknik olarak talebin aynılığından bahsedilemez.

Dava sebebi ise dava konusunun temelini oluşturan hayat olayları, yani maddi vakialardır⁵⁹. Borçlunun konkordato talep etmesinin gerekçesi en genel anlamda borçlunun vadesi geldiği halde ödeyememesi veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunması olduğuna göre sebep de ödeme güçlüğü durumunu yaratan olaylardır. Bir ticari işletme çok farklı sebeplerle ödeme güçlüğü içerisine düşebileceğinden sebebin de farklı olması en azından çeşitlenmesi pekâlâ mümkündür.

Dolayısıyla önceki ve sonraki konkordato taleplerinin her açıdan birebir aynı olması ticari tecrübe kurallarına uygun düşmediğinden, derdestlik dava şartının amacı anlamında, önceki ve sonraki konkordato taleplerinin aynılığından bahsedilemeyecektir. Esasında konunun yargı içtihatlarında derdestlik bakımından ele alınmasının temelinde de birden fazla kez konkordato talep edilebilmesinin getirdiği sorunlara çözüm arayışı yatmaktadır. Kanaatimizce konunun derdestlik gibi teknik ve nispeten dar kapsamlı bir usul hukuku müessesesi üzerinden çözümlenmeye çalışılması isabetli değildir. Öte yandan derdestlik dava şartının kabul edilmediği hallerde, farklı iki mahkeme kararı söz konusu olabileceğinden uygulamada karşılaşılabilecek sorunları⁶⁰

⁵⁹ Ahmet Cahit İyilikli, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2012, s. 87.

⁶⁰ Konkordatoda derdestlik dava şartının kabul edilmediği hallerde uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara ilişkin İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2021/808 Esas, 2021/893 Karar ve 09.11.2021 tarihli kararındaki şu ifadeler dikkat çekicidir: “...Her ne kadar davacı vekili Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin 03.06.2020 tarihli 2020/722 Esas 2020/662 Karar sayılı kararına dayanılarak HMK 114 maddesindeki derdestliğe ilişkin dava şartının çekışmesiz yargı işinde uygulanamayacağını ileri sürmüş ve söz konusu kararda derdestlik dava şartının niteliğine uygun düşmediğinden, dava niteliğinde olmayan konkordato talebinde uygulama olanağının bulunmadığı kabul edilmiş ise de, konkordato müessesinin amacı dikkate alındığında bu karara ve bu düşünceye katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira bu durum konkordato talebi reddedilen borçlunun, henüz önceki karar kesinleşmeden yeniden, yeniden istediği sayıda yeni konkordato talepli davaları açmasının yolunu açar ki, bu durum İİK Konkordato hükümlerine uygun düşen bir yorum değildir. Örneğin; konkordato talebi reddedilen ve sonrasında iflasına karar verilen borçlu şirket bu karar kesinleşmeden derdestlik dava şartı uygulanamayacağını ileri sürerek, yeni bir konkordato talebinde bulunursa hukuki durumu ne olacaktır. Veya borçlu şirket derdestlik uygulanamayacağını ileri sürerek aynı

da görmezden gelmemek gerekir. Belirtmek gerekir ki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin yinelenen konkordato taleplerinde hukuki yarar ölçütüne bakılması gerektiği şeklinde özetlenebilecek görüşü de sorunu tam olarak çözmektedir. Çünkü önceki konkordato başvurusu derdest iken yinelenen konkordato taleplerinde borçlunun hukuki yararı varsa ikinci başvuru da kabul edilebilecek ve süreç yeniden başlayacaktır. Dolayısıyla hukuki yarar ölçütünün uygulanması, derdestlik dava şartının kabul edilmediği seçenekteki uygulama sorunlarına çare olmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, birbirinden farklı şartlarda tasdik edilen iki ayrı konkordato projesinin olması ihtimalinde uygulamada ciddi problemler ortaya çıkar. Borçlunun tek bir konkordato tasdik kararı kapsamında ödemelere başlaması hukuki istikrar ilkesine en uygun olanıdır. Dolayısıyla aynı borçlu hakkında devam eden iki ayrı konkordato talebinin varlığı halinde, taleplerden birine öncelik ve önem vermek gerekir. Kanaatimizce çözüm olarak bu öncelik zaman bakımından sonraki yapılan konkordato talebine tanınmalıdır. Çünkü konkordatonun finansal yönü dikkate alındığında borçlunun mali durumunun mümkün olan en güncel haliyle ortaya konulması gerekmektedir. Bu sebeptendir ki Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmelik md.7/3'te konkordato talebine eklenmesi gereken belgelerden ara bilanço, duran varlıklar ile alacak ve borçlara ilişkin listelerin tarihinin en geç başvuru tarihinden geriye dönük doksan gün içinde olması gerektiği düzenlenmiştir. Sonraki konkordato talebi borç-alacak durumu bakımından borçlunun en güncel mali durumunu yansıtır. Sonraki konkordato talebine öncelik verilmesi gerektiği yönündeki görüşümüzün bir diğer gerekçesi de borçlunun iradesinin son konkordato talebinde ifade bulmasıdır. Burada önceki konkordato talebinin şartlarının alacaklıların daha lehine olmasının da bir önemi yoktur. Zira alacaklılar her halükârda oylama ile konkordatonun tasdik olup olmamasında söz sahibi olacaktır. Aslolan borçlunun hangi şartlarda konkordato teklif

anda birden fazla sayıda konkordato talebinde bulunduğu ve her birinden farklı kararlar (mühlete ilişkin veya tedbire ilişkin) verildiğinde lehine olamı uygulayacak, bu durumda alacaklıların durumu ne olacaktır. Kaldı ki, davamıza konu olayda 22.10.2019 tarihinde İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde konkordato talebinde bulunan ve en son iki yılı aşkın bir süreçten sonra 03.11.2021 tarihinde konkordato talep eden şirketin yeniden konkordato ve bu kapsamda tedbir talep edebileceği kabul edildiğinde, konkordatonun kesin nitelikteki süreleri ihlal edilmiş olmayacak mıdır. Alacaklılar böylece muhtemel bir tedbir kararı ile zararlandırılmış olmayacak mıdır. Dolayısı ile yukarıda belirtilen tüm bu örnekler karşısında konkordato müessesinin amacı; İİK'ndaki kesin ve takdire bağlı olmayan konkordato süreleri dikkate alındığında derdestlik dava şartının konkordato talebinde uygulanması gerektiği kanaatine varılmıştır."

ettiği, başka bir ifadeyle borçlunun konkordato teklifindeki son iradesinin ne olduğudur. Konkordatoda amaç, borçlunun önerdiği bir proje dahilinde, alacaklılarının da mutabakatıyla borçların ödenmesi olduğuna göre, zamansal olarak sonraki konkordato başvurusuna, önceki konkordato başvurularına göre finansal anlamda önem vermek kurumun amacına ve ruhuna daha uygun bir yaklaşımdır.

Sonraki konkordato talebine önem ve öncelik verilmesi gerektiği tespitinden sonra, yeniden yapılan konkordato başvurusu sebebiyle, kanun yolu aşamasında bile olsa önceki konkordato talebine ilişkin devam eden yargılamaların bir şekilde sona ermesi gerekecektir. Kanaatimizce derdest bir konkordato talebi varken, yeniden konkordato talebinde bulunan borçlu, talebinde samimi ise önceki konkordato yargılamasının sona ermesini göze alabilmelidir. Aksi durumda sonraki konkordato talebinin salt mühletin koruyucu hükümlerinden bir süre daha faydalanabilmek amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu noktada, devam eden önceki konkordato yargılamasının hangi gerekçeyle ve sonraki konkordato talebinin hangi aşamasında sona ereceği sorusuna cevap aramak gerekmektedir. Kanaatimizce önceki konkordato yargılamasının sona ermesi sonraki konkordato talebinde geçici mühlet kararı verilmesiyle olmalıdır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere geçici mühlet kararıyla birlikte konkordato sürecindeki ilk önemli eşik aşılmış ve borçlu korumadan faydalanmaya başlamıştır. Önceki konkordato talebinin hangi gerekçeyle sona ereceği konusunda ise yargılamayı sona erdiren taraf tasarrufları bağlamında önceki konkordato talebinin geri alınmış veya talepten feragat edilmiş sayılması, teknik olarak karşılımsız da davanın açılmamış sayılması ya da davanın konusuz kalması seçenekleri akla gelmektedir. Burada da kanaatimizce sonraki konkordato talebine önem ve öncelik verildikten sonra, önceki konkordato talebine ilişkin yargılamaların konusuz kalmış sayılması uygun bir seçenektir.

Görülmekte olan bir davanın konusuz kalabilmesi için davanın açılmasından sonra esasa ilişkin haklılığı veya usule ilişkin caizliği ortadan kaldıran bir olayın gerçekleşmesi gerekir⁶¹. İşte sonraki konkordato talebinde geçici mühlet kararı verilmesi de bu niteliktedir. Doktrinde davanın konusuz kalması temelde hukuki yarar yokluğuyla ilişkilendirilmektedir⁶². Yargıtay da

⁶¹ Melih Işık, “Tasarrufun İptali Davasının (İİK m. 277 vd.) Konusuz Kalması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 2022, s. 1197.

⁶² Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, 1. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2011, s. 225 vd.; Işık, s. 1197; Şanal/Börü/Kodakoğlu, s. 612.

bir kararında, dava konusunun ortadan kalkmasını, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararın kalmaması olarak yorumlamıştır⁶³. Çoğu zaman basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü altında olan borçlunun hakkında devam eden bir konkordato yargılaması varken, ikinci konkordato talebinde bulunması halinde, ilk konkordato talebinin karara bağlanmasında hukuki yararının olmadığını kabul etmek gerekir. Bu açıklamalardan sonra mevzuat değişikliğine ilişkin üçüncü önerimiz, konkordato başvurularında mahkemece geçici mühlet kararı verilmesiyle, varsa aynı borçlu için kanun yolu aşaması dahil derdest konkordato yargılamalarının konusuz kalacağına ve konusuz kalması sebebiyle kanun yolu başvurusu kapalı olacak şekilde “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesine ilişkin İcra ve İflas Kanunu’na hüküm eklenmesidir. Nitekim çekişmesiz yargı işinin konusuz kalması sebebiyle de sona ermesi mümkündür⁶⁴. Böylece konkordato başvurularında derdestlik dava şartının uygulanıp uygulanmayacağı meselesi de çözüme kavuşmuş olacaktır.

II. ÖNCEKİ KONKORDATO TALEBİ ÜZERİNE VERİLEN KARARLARIN SONRAKİ KONKORDATO TALEBİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu md.304 uyarınca, komiserin gerekçeli raporunu ve dosyayı tevdi alan mahkeme, konkordato hakkında karar vermek üzere yargılamaya başlar ki bu süreç tasdik yargılaması olarak adlandırılmaktadır. Tasdik yargılaması neticesinde mahkeme her hâlükârda kesin mühlet içerisinde olmak üzere konkordato talebinin esası hakkında bir karar verir. Mahkemenin kararı “ret” veya “tasdik” olmak üzere iki türdür⁶⁵. Mahkeme, tasdik yargılaması kapsamında yaptığı inceleme sonucunda İcra ve İflas Kanunu md.305’te sayılan tasdik için gerekli şartların tamamının somut olayda eksiksiz olarak mevcut olduğu kanaatine varırsa konkordatonun tasdikine; tasdik şartlarından herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde ise konkordatonun reddine karar verir⁶⁶.

Konkordatonun sistematığı içerisinde aslolan, kesin mühlet kararıyla birlikte dosya kendisine tevdi edilen komiserin (İİK md.289/3) konkordatonun

⁶³ Y10.HD, T.13.11.2018, E.2018/5009, K.2018/9254, <>, Erişim Tarihi 7 Mart 2024.

⁶⁴ Aras, s. 213.

⁶⁵ Akyürek/Akyürek, s. 496; Pekcanitez/Erdönmez, *Konkordato*, s. 139.

⁶⁶ Altay/Eskiocak, s. 352-354; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 537-538.

tasdiki için gerekli tüm iş ve işlemleri tamamladıktan sonra gerekçeli raporunu ve dosyayı mahkemeye tekrar iade etmesi (İİK md.302/son) ve mahkemenin de tasdik yargılamasına başlayarak talep hakkında nihai kararını vermesidir. Ancak kanun koyucu, İcra ve İflas Kanunu md.292’de kesin mühlet içerisinde ve fakat henüz tasdik yargılamasına geçilmemişken kanunda sayılan bazı hallerin varlığı halinde kesin mühletin kaldırılması gerektiğini düzenlemiştir. Mahkemece mühletin kaldırılması, işin mahiyeti gereği konkordato talebinin de reddedilmesi demektir⁶⁷.

Mahkemece tasdik talebinin esastan reddi iki farklı şekilde gerçekleşebilir: Konkordato talep eden borçlu hakkında iflasa hükmedilmeksizin sadece ret kararı (iflassız ret) verilmiş olabileceği gibi borçlunun iflasa tabi kişilerden olması şartıyla bazı hallerde ret kararıyla birlikte iflasın açılmasına da (iflaslı ret)⁶⁸ karar verilmesi gerekir. İcra ve İflas Kanunu’nda tasdik talebinin reddedilmesiyle birlikte hangi hallerde iflas kararı verileceği md.292’de ve md.308/1’de düzenlenmiştir. İflas tabi borçlular bakımından kesin mühlet içerisinde, henüz tasdik yargılamasına geçilmemiş iken:

- i. Borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa,
- ii. Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa,
- iii. Borçlu, mühletin kendisi bakımından getirdiği yükümlülüklerle (İİK md.297) aykırı hareket eder veya komiserin talimatlarına uymazsa,
- iv. Borçlu alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ediyorsa,
- v. Sermaye şirketi veya kooperatif niteliğini haiz olup da borca batık olduğu anlaşılan borçlu konkordato talebinden feragat ederse,

komiserin yazılı raporu üzerine, mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına resen karar verir (İİK md.292). Ayrıca tasdik yargılaması neticesinde konkordatonun tasdik edilmeyerek talebinin reddine karar verildiği hallerde, borçlu iflâsa tabi şahıslardansa ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden biri mevcutsa mahkemece borçlunun iflâsına da resen karar verileceği hüküm altına alınmıştır (İİK md.308/1).

⁶⁷ Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 350.

⁶⁸ Borçlunun iflasa tabi kişilerden olmaması halinde talebin reddi seçeneği elbette ki iflassız ret olacaktır.

İflasa tabi kişiler bakımından, İİK md.292 veya İİK md.308 uyarınca talebin reddiyle birlikte iflasa da hükmedilmişse borçlu artık sadece “iflas içi konkordato” talep edebilir. Teknik olarak bu durumda da birden fazla kez konkordato talep edilmiş olmakla birlikte, konkordato türlerinin farklı olması ve İcra ve İflas Kanunu md.309/6 uyarınca iflas içi konkordatoya yalnız bir defa başvurulabilmesi sebebiyle bu ihtimal inceleme konumuzun dışında tutulmuştur.

Konkordatonun tasdik kararından sonra ise genel olarak iki ihtimal söz konusudur: Birincisi, tasdik edilen konkordato projesi kapsamında tüm ödemeler yapılır ve konkordato talep eden yönünden konkordatoya tabi borçlar -İİK md.308/e uyarınca konkordatonun alacaklı özelinde kısmen feshi halinde lehine fesih kararı verilen alacaklıya olan borç hariç olmak üzere-sona erer. İkinci ihtimalde ise İcra ve İflas Kanunu’nda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde alacaklılardan birinin başvurusu üzerine mahkemece konkordatonun tüm alacaklılar bakımından tamamen feshine (İİK md.308/f) hükmedilebilir. Belirtmek gerekir ki İcra ve İflas Kanunu md.293 ve md.308 uyarınca, konkordato talebi üzerine mahkemece verilen ve yukarıda sayılan kararlar için kanun yolu başvurusu açıktır.

Önceki konkordatonun sonraki konkordato talebine etkisini, sadece ilk konkordatoda verilen ret veya tamamen fesih hallerinde değil, tasdikten sonraki ihtimaller için de ele almak gerekmektedir. Öte yandan konkordatonun her reddi kararının sonraki konkordato talebine etkisinin aynı ölçüde olacağını söylemek de mümkün değildir. Bu bakımdan hangi gerekçeyle İcra ve İflas Kanunu’nun hangi maddesi uyarınca ret kararı verildiği önem arz eder. Dolayısıyla önceki konkordatonun reddi halleri kategorize edilmiş ve her bir ret gerekçesinin sonraki konkordatoya olası etkisi ayrı ayrı ele alınmış ve etkinin çerçevesi genel hatlarıyla çizilmeye çalışılmıştır.

B. Konkordato Talebinin (İflassız) Reddi Kararından Sonra Yeniden Konkordato Talebi

Mahkemece konkordato talebinin esastan reddi kararı; talepten feragat, amaçlanan iyileşmenin gerçekleşmesi (İİK md.291) veya tasdik şartlarının yokluğu (İİK md.305 ve md.308) sebepleriyle verilebilir. Ayrıca şekli eksikliklerden dolayı usulden ret kararı da verilmiş olabilir. Her bir durum ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. Usulden Ret

Davanın usulden reddi, mahkemenin işin esası hakkında bir karar vermeksizin dosyadan elini çekmesi sonucu doğuran ve uyuşmazlığı çözüme kavuşturmayan nihai bir karardır⁶⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, mahkemece dava şartı noksanlığı tespit edilirse (HMK md.115/2), teminat gösterilmesine karar verilen hallerde hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse (HMK md.88/1), yapılan tahkim itirazı mahkemece kabul edilirse (HMK md.413) davanın usulden reddedileceği hüküm altına alınmıştır.

Bir dava olmayıp çekişmesiz yargı işi olmakla beraber konkordatoda da mahkemece usulden ret kararı verilebilmektedir. Tasdik talebinin usulden reddi, henüz geçici mühlet kararı verilmeden önce olabileceği gibi geçici veya kesin mühlet içerisinde de verilmiş olabilir. Geçici mühlet kararı dahi verilmeden talebin usulden reddi sebebine örnek olarak, görevsizlik ve yetkisizliğin⁷⁰ yanı sıra konkordato talebine eklenmesi gereken belgelerde eksiklik bulunması⁷¹, gider avansının yatırılmamış olması⁷² gösterilebilir. Konkordatonun sistematik bir düzen içerisinde işlemesine yönelik İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen kesin sürelerle aykırılık hali ise mühletten sonra talebin usulden reddi sebebine örnek teşkil edebilir⁷³.

⁶⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medeni Usul*, s. 555.

⁷⁰ Ayşe Duygu Özalp, *Adi Konkordato Talebi*, T.C. Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 113.

⁷¹ İcra ve İflas Kanunu md.256 ve Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmelik md.5'te konkordato başvurusunda dilekçeye ek yapılacak belgeler tek tek sayılmıştır. Bunlar: a) Konkordato ön projesi b) Borçlunun malvarlığının durumunu gösterir belgeler c) Alacaklı ve alacak listesi ç) Karşılaştırma tablosu d) Makul güvence veren denetim raporudur. Borçlunun konkordato talebinde bu belgelerden herhangi birinin eksik olması halinde mahkemenin talebi doğrudan ret mi edeceği ya da eksik belgenin tamamlanması için bir süre mi vereceği hususunda kanunda açıklık yoktur. Ancak doktrinde belge eksikliği halinde mahkemenin hemen ret kararı vermemesi, eksik belgenin tamamlanması için kısa bir süre vermesinin daha isabetli olacağı ifade edilmektedir. bkz. Özkes, *Konkordatoya Başvuru*, s. 67; Selçuk Öztekin, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 222-223; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 656; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 570; Sarisözen, *Konkordato*, s. 211-213; Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 57.

⁷² Uyar, s. 30; Özalp, s. 113.

⁷³ Komiserin tasdike esas dosya ve gerekçeli raporunu süresinde tevdi etmemesi ile mahkemenin tasdik talebine ilişkin süresi içinde karar vermemesinin sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Emsalgül Doğan, "Konkordatonun Tasdiki Sürecinde Gerekçeli Raporun Tevdi ve Tasdik Kararı Verilmesi Bakımından Öngörülmiş Sürelere Uyulmamasının Sonuçları", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 3(2), 2023, s. 403-431.

Kanaatimizce, muhtelif sebeplerle gerek geçici mühlet kararından önce gerekse mühlet içerisinde tasdik talebinin usulden reddi kararı verilmesinden sonra aynı borçlu hakkında tekraren konkordato talep edilmesinde herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemez. Özellikle mahkemenin geçici mühlet vermeksizin konkordato talebini usulden reddi halinde, borçlunun usulden redde sebebiyet veren aksaklığı gidermek suretiyle aynı belgelerle yeniden konkordato talep edebilmesinde de tereddüt etmemek gerekir. Ancak bu durumda Konkordato Talebine Ekleneyecek Belgeler Hakkında Yönetmelik md.7/3'te hüküm altına alınan belgelerin düzenlenme sürelerine dikkat edilmelidir⁷⁴. Öte yandan mühlet içerisinde usulden ret kararı verilmişse, başka bir ifadeyle borçlu belirli bir süre mühletin koruyucu etkilerinden faydalanmışsa, ikinci konkordatoda bu durumun mahkemece dikkate alınması ve konkordato tasdik yargılamasının mümkün mertebe hızlı sonuçlandırılmaya çalışılması menfaat dengesinin korunması için yerinde olacaktır.

2. Amaçlanan İyileşmenin Gerçekleşmesi Sebebiyle Ret

Konkordato mühletinin borçluya tanıdığı “soluklanma” imkânı, tek başına talepte bulunan borçlunun mali durumunun düzelmesini sağlayabilir⁷⁵. Kanun koyucu kesin mühletin sona ermesinden önce konkordato başvurusuyla amaçlanan iyileşmenin gerçekleşmesi ihtimalini gözeterek, iyileşme halinin komiserin raporuyla bildirilmesi üzerine mahkemece resen kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verileceğini hüküm altına almıştır (İİK md.291). Mahkeme bu gerekçeyle kesin mühletin kaldırılmasına karar vermeden önce borçlu ve varsa konkordato talep eden alacaklı ve alacaklılar kurulunu da duruşmaya davet edip dinlemelidir (İİK md.291/2). Belirtmek gerekir ki iyileşme sebebiyle konkordato talebinin reddi, kesin mühlete münhasır değildir. İcra ve İflas Kanunu md.287/5 hükmünün yönlendirmesiyle, iyileşmenin geçici mühlet içinde gerçekleşmesi halinde de mahkemece İİK md.291 uyarınca konkordato talebinin reddine karar verilmelidir.

⁷⁴ Özalp, s. 116.

⁷⁵ Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 342; Sarısözen, *Konkordato*, s. 285; Simil, borçlunun mühlet içerisinde alacaklılara ödeme yapmak durumunda olmamasını ve takiplerden korunmasını; mali durumunun iyileşmesi için feshedilen sürekli borç ilişkileri veya ilave kredi imkânı sayesinde kaynak yaratılabilmesini; hükümsüz sayılan temlik işlemlerine konu müstakbel alacakların mühlet içerisinde doğmuş olmasını, mühletin borçlunun mali durumunun iyileşmesine imkan sağlayacak olumlu sonuçlarına örnek olarak göstermektedir. Simil, s. 212-213.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus iyileşmeden ne anlaşılması gerektiğidir. Madde gerekçesinde “*İyileşme kavramı, borçlunun alacaklılara tam ve zamanında ödeme yapabilecek şekilde ödeme gücünü kazanması şeklinde anlaşılabilir ise de bu madde çerçevesinde özellikle açıklanmamakta, konu kazai içtihatlarla bırakılmaktadır*” denilerek, kanun maddesinde özellikle bir tanım yapılmadığı ifade edilmiştir⁷⁶. Doktrinde İcra ve İflas Kanunu md.291 anlamında iyileşmeden bahsedebilmek için konkordatoya tabi alacakların tam olarak ödenmesi veya bu alacakların ödenmesi konusunda alacaklılarla mahkeme dışı tasfiye sözleşmeleri yapılmış olması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Ancak konkordato kurumunun işleyişi ve genel esasları çerçevesinde mühlet öncesinde doğan alacaklarla ilgili olarak borçlunun alacaklılara ödemedede bulunması ya da harici görüşmelerle alacaklılarla tasfiye sözleşmesi yapması uygulamada pek olası değildir. İcra ve İflas Kanunu md.291 anlamında borçlunun iyileşmiş sayılması için konkordato talep edilmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmış olması⁷⁸ başka bir ifadeyle borçlunun borçlarını ödeyebilmek için herhangi bir tenzilata ya da vadeye ihtiyacının kalmaması gerekir. Dolayısıyla iyileşmeden ne anlaşılması gerektiğini borçlunun hangi gerekçeyle konkordato talep ettiğine göre ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu’nda konkordato sebepleri olarak borçlunun vadesi gelmiş borçlarını ödeyememesi ile borçlarını vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunması sayılmıştır. Borçların vadesinde ödenememesi şeklinde ortaya çıkan ödeme güçlüğü doktrinde aciz hali olarak adlandırılmaktadır⁷⁹. Bu bakımdan aciz hali, borçlunun derhal ödenmesi gereken para borçlarını gerekli ödeme araçlarına sahip olmaması sebebiyle ödeyemez durumda olmasıdır⁸⁰. Ödeme araçları, borçlunun kasasında veya banka hesaplarında

⁷⁶ TBMM, “7101 sayılı Kanun Gerekçesi”, <>, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

⁷⁷ Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 343; Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1647; Ercan Özler, s. 97-98.

⁷⁸ Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 343-344; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, “7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Bankacılar Dergisi*, (105), 2018, s. 123.

⁷⁹ Ali Cem Budak, “Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku”, Ali Cem Budak (Ed.), *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, Sanat Matbaacılık, 1993, s. 70; Pekcanitez/Erdönmez, *Konkordato*, s. 112; Uyar, s. 19; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 653.

⁸⁰ Bilge Umar, “Aciz Hali – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık (MK m. 605 f. II, 618)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk*

bulunan nakit parası, tahsis edilmiş ve kullanıma hazır banka kredisi, ticari işlemlerden doğmuş müşteri çekleri vb. olabilir. Doktrinde konkordato sebebi olan aciz halinin, doğrudan doğruya iflas nedeni olan aciz haline kıyasla finansal problem anlamında daha hafif düzeyde olduğu, konkordato talep edebilmek için içinde bulunan aciz halinin ödeme araçlarından sürekli yoksunluk gerektirmediği, geçici olarak yaşanan likidite problemlerinin de konkordato sebebi anlamında aciz hali sayılacağı ifade edilmektedir⁸¹.

Kanunda borçların zamanında ödenmeme yani aciz haline düşme tehlikesi de konkordato sebebi olarak sayılmıştır. Borçlu mevcut imkanlarıyla vadesi gelmiş borçlarını ödeyebilmekte iken ilerde sahip olacağı gelirlerle vadesi gelecek borçların ödenemeyeceği öngörülüyorsa aciz hali tehlikesinden söz etmek gerekir. Belirtmek gerekir ki aciz haline göre daha soyut bir durumu ifade eden⁸² aciz hali tehlikesinin varlığı noktasında yaklaşık ispat yeterlidir⁸³.

Aciz hali ve aciz hali tehlikesinden başka Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye şirketleri ve kooperatifler için özel bir konkordato sebebi olarak borca batık olma hali yer almıştır⁸⁴. Borca batık olma durumu esas olarak Türk Ticaret Kanunu md.376'da düzenlenmiştir. İlgili madde gerekçesinde borca batık olma, gerçek değerleriyle değerlemeye tabi tutulan şirket aktiflerinin, şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması olarak tanımlanmıştır⁸⁵. Doktrinde ise borca batıklık, kanun gerekçesindeki benzer şekilde, en genel tanımıyla şirketin mevcut ve alacaklarının toplamının borçlarının toplamını karşılamaya yetmemesi olarak ifade edilmektedir⁸⁶.

İcra ve İflas Kanunu md.291 anlamında iyileşmeden bahsedilmek için aciz hali veya aciz hali tehlikesi sebebiyle konkordatoda talep edilmişse, borçlu vadesi gelmiş ve öngörülen bir zaman dilimi için vadesi gelecek

Fakültesi Dergisi, 1(1), 2004, s. 320; Sarısözen, *Konkordato*, s. 119; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 657; Karakaş, *Tenzilat Konkordatosu*, s. 782.

⁸¹ Özkes, *Konkordatoya Başvuru*, s. 58-59; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 653; Sarısözen, *Konkordato*, s. 119-120.

⁸² Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 654.

⁸³ Selçuk Öztekin, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 182.

⁸⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 654 vd.; Uyar, s. 19.

⁸⁵ TBMM, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, md.376 gerekçesi", <> Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.

⁸⁶ Umar, s. 317; Kuru, *El Kitabı*, s. 1159; İbrahim Ermenek, "Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordato Geçici Mühletin Kaldırılması", *Adalet Dergisi*, (64), 2020, s. 509; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 654.

borçlarını eksiksiz olarak ödeyebilecek mali yapıya kavuşmuş olmalı; borca batıklık sebebiyle konkordato talep edilmişse borca batıklığın sona erdiği ispatlanmalıdır⁸⁷. Kanaatimizce, ikinci durumda sadece borca batıklığın sona erdiğinin kanıtlanması yetmez. Ayrıca aciz halindeki iyileşmede olduğu gibi borçlu vadesi gelmiş ve öngörülen bir süre boyunca vadesi gelecek borçlarını da ödeyebilecek hale gelmiş olmalıdır. Belirtmek gerekir ki borçlunun mühlet içerisinde iyileşebilmesi ihtimali, konkordatonun borca batıklıktan ziyade aciz hali veya aciz hali tehlikesi sebebiyle talep edildiği hallerde daha yüksektir. Çünkü borca batık durumda olan borçlunun salt mühletin sağladığı korumalar sayesinde iyileşebilmesi için artık geç kalınmış olabilir⁸⁸.

Borca batık olma ve konkordato sebebi olarak aciz hali, her ikisi de finansal bir probleme işaret ettiği için ilişkili olmakla beraber farklı kavramlardır. Borca batıklık, hesaplandığı tarih itibarıyla borçlunun toplam mevcut ve alacaklarının, toplam borçlarını karşılamaya yetip yetmediğini gösteren matematiksel bir oranla ifade edilir. Aciz halinde ise ödeme araçlarından yoksunluk sebebiyle likidite problemi şeklinde açığa çıkan fiili bir durum söz konusudur. Borçlu likidite problemi sebebiyle açıkça vadesi gelmiş borçlarını ödeyememektedir veya vadesi gelecek borçlarını da finansal veriler ışığında ödeyemeyeceği şimdiden bellidir⁸⁹. Borca batıklık, tüm malvarlığının dikkate alınması ve malvarlığı unsurlarının değerlendirilmesini gerektirmesi sebebiyle kapsamlı mali analiz gerektiren bir gösterge iken; konkordato sebebi olan aciz hali, borçlunun nakit parası ve nakde dönüşmesi daha kolay varlıklarla doğrudan ilgili olan likidite durumu⁹⁰ ve nakit akışıyla ilişkili olması sebebiyle daha sınırlı bir analizle tespit edilebilir. Çünkü aciz halinde ödeme zafiyeti olarak kendini gösteren fiili bir durum vardır. Bu anlamda borçlu, borca batık olmasına rağmen istisnai olarak aciz halinde olmayabileceği gibi aciz halinde olan borçlu da borca batık olmak zorunda değildir⁹¹. Son olarak aciz hali doğrudan borca batıklığa sebep olmazken,

⁸⁷ Köksoy, *Adi Konkordato*, s. 382 vd.; Simil, s. 213.

⁸⁸ Selçuk Öztekin, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 182-183.

⁸⁹ Cemal Fazıl Karakaş, “Konkordato Başvurusu ve Başvuruya Eklenenecek Belgeler”, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 30.

⁹⁰ Likidite durumunun analizi “*cari oran*”, “*asit-test oranı*” ve “*nakit oranı*” başta olmak üzere çeşitli likidite oranlarından faydalanılarak yapılır. Oran hesaplama formülleri için bkz. TCMB, “Oran Formülleri”, [↗](#), Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.

⁹¹ Budak, *Ödeme Güçlüğü*, s. 70; Umar, s. 321; Cemal Fazıl Karakaş, “Borca Batık Olmayan Borçlunun Tenzilat Konkordatosu İstemi ve Seçenekli Konkordato Projesi”, *Medeni Usul ve*

borca batıklık devam ettiği müddetçe borçlunun ilerleyen süreçte aciz haline düşmesi elbette ki kaçınılmazdır.

Finansal anlamda iyileşme, anlık bir değişim değil alınan idari ve mali tedbirlerin sonuçlarının görülmesine kadar geçecek zaman dilimini kapsayan bir süreçtir. İyileşme sürecinin hızı ve tamamlanması, her borçlunun kendine özgü koşulları çerçevesinde farklılık gösterebilir. İyileşme anlık bir değişim olmadığı gibi finansal durumu “iyi” olan bir borçlunun aciz haline düşmesi de çok kısa sürede olmaz. Bu bakımdan borçlunun muhtelif gerekçelerle aciz haline düşmesi de bir süreci kapsar⁹². Burada borçların ödenebilirlik halinin ne kadar süreyle devam etmesi gerektiği, başka bir ifadeyle finansal olarak iyileşmiş borçlunun ileriye dönük olarak hangi tarihe kadar borç ödeme kapasitesine kavuşması gerektiği, bu anlamda yukarıda ifade edilen öngörülebilir sürenin ne olduğu üzerinde durmak gerekmektedir. Doktrinde bu sürenin konkordato talebinin reddedilmesinden sonraki on iki aylık zaman dilimini kapsayacağı ifade edilmiştir⁹³. Bu anlamda mühlet içerisinde finansal olarak iyileşen borçlunun vadesi gelmiş ve bir yıl içinde vadesi gelecek borçlarını da ödeyebilmesi beklenir. Bu sonuç, iyileşme nedeniyle konkordatosu reddolan borçlunun yeniden aciz haline sebebiyet verecek olağanüstü bir sebep⁹⁴ olmadıkça, asgari hangi sürede yeniden konkordato talep edilebilecek duruma düşmemesi gerektiği konusunda fikir verir. Kanaatimizce, önceki konkordato talebi İİK md.291 uyarınca iyileşme sebebiyle reddedilen borçlu için ret tarihinden itibaren on iki aylık süre geçmeden yeniden yapılan konkordato taleplerinde, mahkemece bilirkişi görevlendirilmesi yapılarak borçlunun aciz halinde veya aciz hali tehlikesinde olup olmadığı tespit edilmeli, böyle bir durum söz konusu değilse konkordato talebi geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir.

3. Talepten Feragat Sebebiyle Ret

Feragat, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307 ilâ 312'nci maddeleri arasında, davaya son veren taraf işlemleri üst başlığı altında “*davadan feragat*” şeklinde ifade edilerek düzenlenmiştir. Feragat, davacının

İcra İflas Hukuku Dergisi, 16(47), 2020, s. 785.

⁹² Budak, *Ödeme Güçlüğü*, s. 71 vd.

⁹³ Simil, s. 214.

⁹⁴ Aciz haline sebebiyet veren beklenmedik bir duruma örnek olarak, borçlunun üretiminde kullandığı hammaddelerin yasaklı hale gelmesi, doğal afet, savaş vb. olağanüstü faktörler gösterilebilir.

talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK md.307). Feragat davacının yargılamayı yürüten mahkemeye yapacağı tek taraflı bir irade beyanıyla gerçekleştirilir. Davadan feragat için karşı tarafın iznine veya mahkemenin onayına ihtiyaç bulunmamaktadır (HMK md.309/f.2). Davadan feragat yargılamanın devam ettiği aşamada davacı tarafından gerçekleştirilebilir. Zamansal olarak, hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın her aşamasında davadan feragat edilebilir (HMK md.310/f.1). Davadan feragat, kayıtsız ve şartsız olmalıdır (HMK md.309/4).

Doktrinde konkordato talebinden feragat edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuş, çekişmesiz yargı işlerinde, resen araştırma ilkesinin geçerli olması ve ilgililerin üzerinde tasarruf edebileceği bir talep veya talep sonucu bulunmaması gerekçeleriyle davadaki gibi teknik anlamıyla bir feragatten söz edilemeyeceği belirtilerek, çekişmesiz yargı işi olan konkordato talebinin “geri alınmasından” veya “talepten vazgeçilmesinden” bahsetmenin daha doğru olduğu ifade edilmiştir⁹⁵. İcra ve İflas Kanunu md.292/1/d’de geçen “...konkordato talebinden feragat ederse...” ibaresi sebebiyle, çalışmamızda terminoloji tartışmalarına değinilmeksizin feragat teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu’nda konkordato talebinden feragatin usulüne ilişkin bir düzenleme olmadığından, konkordato talebinden feragat halinde usul bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen davadan feragate ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Ancak konkordato talebinden feragatin usulünde, davadan feragate kıyasla bazı farklılıklar söz konusudur. Bu durum konkordatonun kendine özgü, davaya göre çok yönlü ve daha karmaşık bir prosedür olmasından kaynaklıdır. Söz konusu farklılıklar şu şekilde özetlenebilir:

Davadan feragat, tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak davacı tarafın yapabileceği bir usul işlemidir. Konkordatoda ise “davacı” yerine “talepte bulunan” söz konusudur⁹⁶. Konkordato talebinde bulunan “borçlu”

⁹⁵ Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1643; Simil, s. 226-227; Candemir ise bu terimlerden geri almanın kurumu tam olarak karşılamadığı ancak konkordatoda feragat yerine vazgeçme teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindedir. bkz. Candemir, s. 331; Ercan Özler, konkordato talebinden feragatin mümkün olduğu ancak bu feragatin teorik anlamda yargılamayı sona erdirmeye amacı taşıyan bir “talepten vazgeçme” olduğu görüşündedir. bkz. Ercan Özler, s. 129.

⁹⁶ Sarısözen, *Konkordato*, s. 196; Özekes, *Konkordatoya Başvuru*, s. 57; Yavaş/Daşılıçay, s. 207.

olabileceği gibi iflas talebinde bulunabilecek “alacaklı” da olabilir. Talep edenin borçlu olduğu hallerde konkordato talebinden feragatin borçlu tarafından yapılabileceğinde tereddüt yoktur. Talep edenin alacaklı olması durumuyla ilgili olarak ise bir görüşte, alacaklının kendisi için değil borçlu için konkordato talebinde bulunduğu, talep eden alacaklı bakımından tasarruf ilkesinin söz konusu olmayacağı, alacaklı süreci başlatabilse bile sürecin ilerlemesinin borçlunun iradesiyle mümkün olacağı gerekçeleriyle, talep eden alacaklının değil yine borçlunun konkordato talebinden feragat edebileceği ifade edilmektedir⁹⁷. Bir başka görüş ise konkordato alacaklı tarafından talep edilmişse, onun da konkordatodan feragat etmesinin mümkün olduğu yönündedir⁹⁸. Kanaatimizce de alacaklı kanunen talepte bulunma hakkına sahipse, talebinden feragat hakkına da sahip olmalıdır. Ancak konkordato talep eden alacaklının, talebinden her aşamada feragat ederek süreci sonlandırabilmesi de konkordatonun mahiyetine uygun değildir. Konkordato talebinin alacaklı tarafından yapıldığı hallerde, İcra ve İflas Kanunu md.287/2’de, mahkemenin borçluya gerekli evrakın sunulması için makul bir süre vereceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce talepte bulunan alacaklı, mahkemece istenen evrak borçlu tarafından mahkemeye sunulana kadar talebinden feragat edebilmeli, bu feragat neticesinde de mahkemece talebin reddine karar verilmelidir. İstenilen evrakın mahkemeye sunulmasından sonra ise talep eden alacaklı talebinden feragat edememelidir. Çünkü evrakın eksiksiz mahkemeye sunulmasıyla borçlu da talebi sahiplenmiş, başka bir ifadeyle iradesini konkordatonun devamı yönünde göstermiş böylece kendisi de konkordatonun tasdikini zımnen talep etmiş olmaktadır.

Davadan feragat, hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın her aşamasında yapılabilir⁹⁹. Dolayısıyla, kanun yollarına başvuru süresi içinde ve kanun yolları yargılaması devam ederken de feragat mümkündür¹⁰⁰. Konkordatodan feragatin ne zaman yapılabileceğine ilişkin olarak ise *Karakaş*, konkordatonun tasdik kararıyla birlikte alacaklılar dahil tüm ilgililer için bağlayıcı hale geleceği, tek yanlı bir irade beyanıyla alacaklıların hukuki durumunun değiştirilemeyeceği ve mahkeme kararının hükümsüz

⁹⁷ Candemir, s. 333; Ercan Özler’e göre de iflas talebinde bulunabilecekken tercih yaparak konkordato talebinde bulunan alacaklının, bu talebinden feragat etmesi yaptığı tercihin amacıyla örtüşmez. bkz. Ercan Özler, s. 101.

⁹⁸ Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1656.

⁹⁹ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 564.

¹⁰⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medeni Usul*, s. 576-577.

bırakılamayacağı gerekçe gösterilerek, feragatin en geç tasdik kararının verilmesine kadar yapılabileceğini ifade etmektedir¹⁰¹. *Ercan Özler* ise alacaklıların süreçteki etkinliğinin artması halini gerekçe göstererek, feragatin en geç konkordato projesinin oylanacağı alacaklılar toplantısına kadar yapılabilmesi görüşündedir¹⁰².

Mehaz kanunda (SchKG) konkordato talebinden feragat edilmesiyle alakalı olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰³. İcra ve İflas Kanunu'nda ise md.292/1/d'de yer alan düzenlemeyle, 7101 sayılı Kanundan önceki dönemden farklı olarak kesin mühlet içerisinde konkordato talebinden feragat edilmesi, sermaye şirketleri veya kooperatifler özelinde hüküm altına alınmış ve hukuki sonuca bağlanmıştır¹⁰⁴. Mezkûr maddede kesin mühletin içerisinde tasdik yargılamasından önce borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatifin konkordato talebinden feragat etmesi, komiserin yazılı raporu üzerine mahkemece kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına resen karar verilecek hallerden biri olarak sayılmıştır.

7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce İİK md.301/1'de konkordatonun reddi halinde, borçlu iflasa tabi kişilerden olmasa bile, alacaklılardan birinin ilandan itibaren on gün içinde başvurması halinde mahkemece borçlunun derhal iflasına karar verileceği hüküm altına alınmış idi¹⁰⁵. Hem doktrin¹⁰⁶, hem Yargıtay¹⁰⁷ tarafından söz konusu

¹⁰¹ Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1644; Candemir, s. 337.

¹⁰² Ercan Özler, s. 116.

¹⁰³ Ercan Özler, s. 88.

¹⁰⁴ Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1638.

¹⁰⁵ 7101 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce İcra ve İflas Kanunu md.301/1 hükmü şu şekildeydi: “*Konkordato tasdik olunmaz yahut mühlet kaldırılırsa, borçlu iflasa tabi kişilerden olmasa bile, alacaklılardan birinin 300’üncü maddeye göre yapılacak ilandan itibaren on gün içinde vuku bulacak talebi üzerine borçlunun derhal iflasına karar verilir.*”

¹⁰⁶ Kuru, *El Kitabı*, s. 1507; Leyla Akyol Aslan, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2011, s. 319.

¹⁰⁷ “...konkordato hukuku yönünden davanın esastan reddi ile feragat suretiyle reddinin ayrı hukuki sonuçlar doğurduğunu kabul etmek, iyiniyetli borçlu için tanınan konkordato hükümlerinin amaç dışı ve alacaklılar aleyhine kullanılmasına neden olur.” Y19.HD, T.03.07.1992, E.1992/5838, K.1992/3202; “...Yukarıda açıklanan husus ve özellikle konkordatonun hukuki niteliği dikkate alındığında, iyiniyetli borçlular için tanınan bu müessesenin amaç dışı alacaklılar aleyhine kullanımına imkân tanımamak ve feragat sebebiyle de olsa konkordatonun tasdiki isteminin reddedilmesi halinde, 301/1. maddenin uygulanma olanağı bulunduğunu kabul etmek gerekir.” Y19.HD,

hükümün konkordatonun borçlunun feragati sebebiyle reddi halinde de uygulanması gerektiği, aksinin kabulünün mali olarak iflas etmesi gereken borçlunun feragat etmek suretiyle kanunun öngördüğü iflas müeyyidesinden kurtulabileceği, bunun da feragat kurumunun kötü niyetli kullanılmasına yol açacağı ifade edilmekteydi. Kanaatimizce, 7101 sayılı Kanunla İİK md.292/1/d'de hüküm altına alınan belirli şartlarda feragatin iflas sonucu doğurması şeklindeki düzenleme, doktrin ve Yargıtay'ın bu konudaki haklı çekincesinin yansımalarıdır. Dahası doktrin ve Yargıtay'ın bu görüşü kanaatimizce 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonraki dönem için İcra ve İflas Kanunu md.308'in uygulanması bakımından da geçerli olmalıdır. Nitekim İİK md.308'te tasdik yargılaması neticesinde konkordato tasdik edilmez ise mahkemece konkordato talebinin reddine karar verileceği, borçlunun iflasa tabi kişilerden olması ve doğrudan doğruya iflas sebeplerinden birinin mevcut olması halinde ise mahkemece konkordato talebinin reddiyle birlikte ayrıca borçlunun iflasına da resen karar verileceği hüküm altına alınmıştır¹⁰⁸. Bu hüküm konkordatonun feragat sebebiyle reddi halinde de uygulanmalı "tasdik yargılaması sonucu ret" ile "feragat sebebiyle ret" aynı sonucu doğurmalıdır¹⁰⁹. Başka bir ifadeyle iflasa tabi borçlunun konkordato talebi kendisinin feragati sebebiyle reddedilmişse, doğrudan doğruya iflas sebebinin varlığı halinde mahkemece iflasın açılmasına da karar verilmelidir¹¹⁰. Böylece borca batıklık dışında başkaca bir doğrudan doğruya iflas sebebi bulunan borçlu, feragat etmek suretiyle kanunun öngördüğü iflas müeyyidesinden kaçamayacaktır.

Belirtmek gerekir ki feragatin tasdik yargılamasından önce kesin mühlet içerisinde yapılmasıyla, tasdik yargılaması sırasında yapılması arasında İİK md.292 ve md.308 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekliliği bakımından bir fark yoktur. Çünkü İcra ve İflas Kanunu md.304 uyarınca tasdik yargılamasının kesin mühlet içerisinde yürütülmesi ve tamamlanması esastır.

T.07.10.1993, E.1993/6712, K.1993/6307; , Erişim Tarihi 27 Kasım 2023.

¹⁰⁸ İİK md.308'in açık düzenlemesine rağmen konkordatonun tasdik edilmemesi hâlinde borçlunun iflâsına karar verilmesi için doğrudan doğruya iflâs sebeplerinin aranıp aranmayacağına ilişkin farklı görüşler için bkz. Şefika Memiş, *Konkordato Sürecinde Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilmesi*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 87 vd.

Candemir, s. 332.

¹⁰⁹ Sarisözen, *Konkordato*, s. 519; Akyol Aslan, s. 320; Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 306.

¹¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, *İcra İflas*, s. 539; Memiş, s. 86; Candemir, s. 341; Ercan Özler, s. 118.

Konkordato talebinden feragat edilmesiyle, borçlu mahkemeye yönelttiği tek taraflı irade beyanıyla tasdik talebinden ve mühlet kararının sağladığı hukuki korumadan vazgeçmiş olur¹¹¹. Borçlunun konkordato talebinden feragat etmesi halinde artık konkordatonun tasdiki için gerekli olan şartlara ilişkin başkaca bir inceleme yapılmasına gerek olmayıp, mahkemece feragat sebebiyle konkordatonun reddine karar verilecektir¹¹². Feragat talebinde bulunan borçlunun iflasa tabi kişilerden olmadığı hallerde mahkemece sadece ret kararıyla yetinilmelidir. Feragat talebinde bulunan borçlu iflasa tabi kişilerden ret kararıyla birlikte iflasın açılmasının da gerekip gerekmediği noktasında İİK md.292 ve md.308 hükümleri uyarınca borçlunun “borca batık olan bir sermaye şirketi veya kooperatif” olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekmektedir.

Feragat talebinde bulunan borçlu, borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatif ise mahkeme İİK md.292/1/d uyarınca hareket etmeli ve ayrıca borçlunun iflasına karar vermelidir. Bu anlamda borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin konkordato talebinden feragati, iflas talebi niteliğindedir¹¹³. Her ne kadar İİK md.292/1’de sayılan durumların, kesin mühletin verilmesinden sonra ortaya çıkması halinde konkordatonun reddine ve iflasın açılmasına karar verileceği hüküm altına alınmışsa da İİK md.287/4 gereği, İİK md.292’nin uygulanması bakımından borçlunun geçici ya da kesin mühlet içerisinde olması bir fark yaratmamaktadır. Bir başka ifadeyle, geçici mühlet içerisinde bile olsa İİK md.292/1’de sayılan haller söz konusu ise mahkemece konkordatonun reddine ve iflasın açılmasına karar verilmelidir. Feragat talebinde bulunan iflasa tabi borçlunun “borca batık olan bir sermaye şirketi veya kooperatif” olmadığı diğer seçeneklerde ise mahkemece İİK md.308 kapsamında işlem yapılmalı, doğrudan doğruya iflas sebeplerinden herhangi biri varsa konkordatonun reddiyle beraber borçlunun iflasına karar verilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu’nun md.292 ve md.308 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, iflasa tabi borçlunun konkordato talebinden feragat etmesi halinde mahkemenin, borçlunun borca batık olup olmadığını¹¹⁴ ayrıca

¹¹¹ Candemir, s. 332.

¹¹² Kuru, *El Kitabı*, s. 1507; Sarısözen, *Konkordato*, s. 519; Akyol Aslan, s. 320.

¹¹³ Köksoy, *Adi Konkordato*, s. 401; Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 356.

¹¹⁴ Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 356.

başkaca doğrudan doğruya iflas sebebinin olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Borca batıklık veya başkaca doğrudan doğruya iflas sebebinin tespiti konusunda mahkeme, komiser raporlarını dayanak gösterebileceği gibi ayrıca bilirkişi incelemesi de yaptırabilir. Yapılan inceleme neticesinde iflasa tabi olup da konkordato talebinden feragat eden borçlunun borca batık olmadığı veya başkaca doğrudan doğruya bir iflas sebebinin de bulunmadığı tespit edilirse, mahkemece sadece feragat sebebiyle ret kararıyla yetinilmeli ayrıca iflas kararı verilmemelidir.

Davadan feragatin kayıtsız ve şartsız yapılması kuralı, konkordato talebinden feragat için de geçerlidir. Ancak bu durum feragat için sebep gösterilmesine engel değildir. Konkordato talebinden farklı gerekçelerle feragat edilebilir. Feragat gerekçesi lafız olarak nasıl ifade edilmiş olursa olsun ya iyileşme ya da konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinin kalmaması şeklinde iki temel sebebe işaret eder¹¹⁵. Uygulamada borçlunun konkordato talebinden “iyileşme” gerekçesiyle feragat ettiği örneklere daha sık rastlanmaktadır. Öte yandan borçlu feragat dilekçesinde herhangi bir gerekçe göstermemiş de olabilir. Borca batık olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin feragat dilekçesinde gerekçe gösterilip gösterilmemesinin pratikte bir önemi yoktur. Zira bu durumda İİK md.292 son fıkra hükmü uyarınca mahkeme, feragat üzerine borçlunun da davet edildiği bir duruşma yapacaktır. Duruşmaya borçlunun katılmasındaki amaç elbette ki feragatin gerekçesinin açıklatılmasıdır. Ancak feragatin hangi gerekçeyle yapıldığının mahkemenin vereceği ret kararında ve İİK md.292 ile md.308 uyarınca aynı zamanda iflasa da karar verip vermeyeceği konusundaki yapacağı işlemlere bir etkisinin olmaması gerekir¹¹⁶.

Kanaatimizce, borçlunun konkordato talebinden feragat etmesi sonrası, şartları oluşmadığı için iflas kararı verilmeksizin sadece ret kararı verildiği hallerde, ret kararının üzerinden belli bir süre geçmedikçe aynı borçlu için yeniden yapılan konkordato talepleri mahkemece geçici mühlet kararı verilmeden reddedilmelidir. Ne kadar bir süre geçmesi gerektiği konusunda ise iyileşme sebebiyle ret halindeki ulaştığımız sonuç burada da geçerlidir. Zira feragat üzerine borca batık olmadığı veya başkaca bir doğrudan doğruya iflas sebebi bulunmayan borçlunun finansal olarak iyileşmiş sayıldığını kabul etmek, kanaatimizce ticari tecrübe kurallarına ve alacaklı-borçlu arasındaki

¹¹⁵ Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1647 vd.

¹¹⁶ Karakaş, *Konkordatodan Vazgeçme*, s. 1657.

menfaat dengesinin gözetilmesi gerekliliğine uygun düşmektedir.

4. Tasdik Şartlarının Yokluğu Sebebiyle Ret

Kesin mühlet içerisinde yapılacak yargılamada, mahkemece tasdik kararı verilebilmesi için tasdik şartlarının tamamının birlikte sağlanması gerekmektedir. Konkordatonun tasdiki şartları İİK md.305/1’de sayılmış olup bunlar:

- i. Proje kapsamında ödenecek tutarın borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel tutardan fazla olması,
- ii. Teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması,
- iii. Konkordato projesinin yeterli çoğunlukla kabul edilmiş olması,
- iv. İmtiyazlı alacaklar ile mühlet içerisinde komiserin izniyle doğan borçların ödenmesinin yeterli teminata bağlanmış olması,
- v. Tasdik için gerekli giderlerin ve harcın depo edilmiş olması,

şeklinde. Kanun’da sayılan bu şartların dışında doktrinde ayrıca yukarıda değinildiği üzere, her ne kadar İcra ve İflas Kanunu’nda 4949 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle kaldırılmış olsa da dürüstlük kuralının konkordatoda uygulanmaya devam edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla konkordatonun tasdik edilebilmesi için borçlunun hem konkordato talebi öncesinde hem de konkordato sürecinde dürüstlük kuralına aykırı hareket etmemiş olması gerekir.

Örneğin İcra ve İflas Kanunu md.308/f uyarınca konkordatonun tamamen feshi hallerinden birinin tasdik yargılaması sırasında mevcut olduğu anlaşılırsa mahkeme tasdik talebini reddetmelidir. Mahkeme yapacağı inceleme neticesinde tasdik şartlarının tamamının gerçekleştiğine kanaat getirirse projeyi tasdik eder. Bu aşamada resen araştırma ilkesi geçerli olup mahkeme başta tasdik şartları olmak üzere konkordato sürecini yapılması gereken işlemler bakımından bir bütün olarak denetleyecektir¹¹⁸. Şartlardan herhangi biri gerçekleşmemiş olursa mahkeme konkordato talebinin reddine kadar verir. Konkordato talebinin reddine karar veren mahkeme ayrıca iflasa tabi şahıslardan olan borçlu hakkında herhangi bir doğrudan doğruya iflas sebebinin bulunup bulunmadığını da araştırmalıdır. Bu sebeplerden birinin

¹¹⁷ bkz. dipnot 51.

¹¹⁸ Ali Cem Budak/Serdar Kale, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 611.

mevcut olması halinde mahkeme ayrıca borçlunun iflasına da resen karar verir (İİK md.308/1).

İflasa tabi kişiler bakımından tasdik talebin reddiyle birlikte iflasa da hükmedilmişse borçlu artık sadece “iflas içi konkordato” talepebilir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu durumda da birden fazla kez konkordato talep edilmiş olmakla birlikte, konkordato türlerinin farklı olması ve İcra ve İflas Kanunu md.309/6 uyarınca iflas içi konkordatoya yalnız bir defa başvurulabilmesi sebebiyle bu ihtimal inceleme konumuzun dışındadır. Dolayısıyla bu bölümde tasdik yargılaması neticesinde şartların yokluğu sebebiyle talebinin reddedildiği ancak herhangi bir doğrudan doğruya iflas sebebi de bulunmadığı için borçlu hakkında ayrıca bir iflas kararının verilmediği hallere özgü olarak açıklama yapılmıştır. Birden fazla tasdik şartının birlikte yokluğu sebebiyle ret halinde ise her bir şartın yokluğunun etkisinin mahkemece ayrıca dikkate alınması gerekir.

a. Dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi

Doktrinde ifade edildiği üzere konkordato tasdik talebinin dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle reddedilmesini takiben yeniden yapılan konkordato talepleri geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir¹¹⁹. Çünkü bu halde ikinci başvurunun kendisi doğrudan dürüstlük kuralını ihlal eden bir davranış niteliğindedir. Nitekim çoğu zaman basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü olan borçlunun ilk konkordato başvurusundaki dürüstlük kuralına aykırı eylemlerinin¹²⁰ sonuçlarına katlanması gerekir.

Kanaatimizce, konkordato talebinin dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle reddinden sonra borçlunun ilanihaye yeniden konkordato talep edemeyeceğini kabul etmek kurumun amaçlarıyla örtüşmemektedir. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı konkordato talebi reddedilen borçlunun yeniden konkordato talep edemeyeceği süreyi sınırlandırmak gerekir. Bu süre kanaatimizce her olay özelinde önceki konkordatonun reddedilmesine sebebiyet veren ve dürüstlük koşuluna aykırılık teşkil eden eylemlerin ağırlığına ve bu eylemlerin finansal etkilerinin devam edip etmediğine göre mahkemece belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle, önceki konkordatonun reddine sebebiyet veren dürüstlük kuralına aykırı eylemlerin olumsuz etkisi

¹¹⁹ bkz. dipnot 16 ve 18.

¹²⁰ Uygulamada karşılaşılan ve Yargıtay kararlarına konu olan dürüstlük kuralına aykırı eylemler için bkz. Uyar, s. 127 vd.

borçlunun güncel mali tabloları ve ikinci başvurusundaki projesi üzerinde devam ediyorsa borçlu hakkında yapılan yeniden konkordato talepleri geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir. Aksi halde diğer şartlar da varsa önceki konkordatonun dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı reddi ikinci başvurunun kabulü için önemli olmamalıdır. İlk konkordato talebinin reddine sebebiyet veren dürüstlük kuralına aykırı eylemler olmasaydı, borçlunun güncel mali durumu daha iyi olacak, bunla bağlantılı olarak proje teklif edilen tutar ve vade bakımından alacaklıların daha lehine olarak hazırlanabilecek idiye dürüstlük kuralına aykırı eylemlerin olumsuz etkisinin devam ettiğini kabul etmek gerekir.

Finansal anlamda dürüstlük kuralına aykırı eylemlerin güncel mali tablolara olumsuz etkisinin süresi eylemlerin ağırlığına göre değişir. Örneğin konkordato talebi öncesi malvarlığı unsurlarının tamamının mal kaçırma amacıyla üçüncü kişilere devredilmesi şeklindeki dürüstlük kuralına aykırı eylemin olumsuz etkileri birden fazla bilanço dönemi geçmesine rağmen devam edebilir. Mali tablolarda mevzuata aykırı işlemler yapılarak şirketin mali durumunun olduğundan daha kötü gösterilmesi şeklindeki eylemlerin etkisi ise kayıtların düzeltilmesiyle daha kısa süreli olabilir.

b. İflasa nazaran daha avantajlı ödeme teklif edilmemesi ve teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olmaması

Konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için projede teklif edilen tutarın olası bir iflas halinde alacaklıların eline geçebilecek tutardan daha yüksek olması (İİK md.305/1/a) ve borçlunun beklenen hakları da dahil edilerek belirlenecek kaynakları ile orantılı olması gerekmektedir (İİK md.305/1/b). Doktrinde teklif edilen tutarın borçlunun kaynaklarıyla orantılı olması ve iflasa göre alacaklılar için daha avantajlı olması şartlarının ortak amacının alacaklıların iflastan daha kötü bir noktaya düşmemesi olduğu¹²¹, iflasa göre avantajlı olma şartı varken, zaten bu şartın içerisinde yer alan orantılılık halinin ayrıca düzenlenmesinin isabetli olmadığı¹²² ifade edilmektedir. Ancak bu iki şart ilişkili olmakla beraber aynı mahiyette değildir ve işlevleri farklıdır¹²³. İflasa göre alacaklılar için daha avantajlı bir teklif sunulmasının amacının alacaklıları iflastan daha kötü bir duruma sokmamak olduğu izahıtan varestedir. Konkordato, alacaklıları asgari olarak olası iflas halinden daha

¹²¹ Ali Cem Budak/Serdar Kale, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 601-602.

¹²² Sarısözen, *Konkordato*, s. 506; Pekcanitez/Erdönmez, *Konkordato*, s. 130.

¹²³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 640.

fazla oranda tatmin etmelidir. Bu anlamda konkordatoda alacaklılara teklif edilecek ödeme bakımından bir alt sınır getirildiği söylenebilir. Borçlunun mali imkanları bu alt sınırdan fazlasını ödemeye yetiyorsa, o zaman borçlu elbette ki teklif tutarını artırmalıdır¹²⁴. Dolayısıyla orantılılık şartının amacı alacaklıların mümkün mertebe yüksek oranda tatmin edilmesini sağlamak olup bu şart iflasa göre avantajlı olma şartının bir unsuru olarak değerlendirilemez.

Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse: Konkordato talep eden firma, projesinde toplam borcunu %80 oranında ödemeyi teklif etmekte iken, olası bir iflas halinde alacaklıların tatmin oranı %70'de kalacaksa birinci şart gerçekleşmiştir. Ancak projesinde alacaklılarına %80 oranında ödeme teklif eden bu firma, kaynaklarına göre alacaklılarına projesinde önerdiğinden daha yüksek, örneğin %90 oranında ödeme yapabilecek durumda ise orantılılık şartını sağlamamış demektir. Bu durumun tersi de söz konusu olabilir. Örneğin, borçlu %80 oranında ödeme teklif etmiş ve bu ödeme kaynaklarıyla orantılı iken; borçlunun normal şartlarda paraya çevirmeyeceği dolayısıyla teknik anlamda kaynak unsuru olmayacak malvarlığının fazla olması sebebiyle iflas halinde alacaklıların %80'den fazla oranda tatmin edilmesi söz konusu ise birinci şart sağlanmamış olur.

Orantılılığı sadece ödenmesi teklif edilen tutar üzerinden de anlamamak gerekir. Borçlu 36 ay vadede faizsiz olarak %90 oranında bir ödeme öngörmüşken, kaynakları dikkate alındığında %90 oranındaki ödemeyi daha kısa vadede örneğin 24 ay vadede yapabilecekse bu defa vade bakımından orantılılık şartının sağlandığından bahsedilemez. Çünkü enflasyonist ortamlarda faiz öngörülmeyen aynı tutardaki ödemenin daha kısa vadede yapılması halinde alacaklıların finansal olarak reel anlamda tatmin düzeyi daha yüksek olacaktır¹²⁵.

Her iki şart da alacaklılarla borçlu arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesine hizmet eder ve finansal anlamda birbirlerini tamamlar. Özellikle konkordatoya olumlu oy kullanmayan alacaklıların hakları da bu şartlar

¹²⁴ Baki Kuru, *İflas ve Konkordato Hukuku*, 1. Bası, Sevinç Matbaası, 1971, s. 415.

¹²⁵ Benzer şekilde Karakaya, konkordatoda teklif edilen tutarın, borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktardan fazla olacağıın anlaşılması şartı için de incelemenin tutara indirgenmemesi gerektiği, enflasyonist ortamda paranın tahsil edileceği vadenin de önemli olduğu görüşündedir. bkz. Ahmet Karakaya, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordatonun Tasdiki*, T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 12.

sayesinde korunmaktadır¹²⁶. Burada “kaynak” ifadesinden de ne anlaşılması gerektiğini açıklamakta fayda görülmektedir. Konkordatoda “orantılılık”, İcra ve İflas Kanunu’nun 19.06.1932 tarihli Resmî Gazete yayımlanan ilk halinde talebin dikkate alınması şartı olarak md.286’da “*projenin...borçlunun mevcuduyla mütenasip olup olmadığı*”, tasdik şartı olarak da md.298/2’de “*teklif olunan para borçlunun serveti ile mütenasip bulunmak*” şeklinde iki ayrı yerde hüküm altına alınmıştır¹²⁷. 2003 yılında 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle md.286’da ayrıca bir orantılılık ifadesine yer verilmemiş, tasdik şartı olan ifade ise “*teklif edilen meblağın borçlunun kaynakları ile orantılı olması*” şeklinde değiştirilmiş ve bu hüküm 7101 sayılı Kanunla da korunmuştur. Doktrinde “kaynak” ifadesinin, borçlunun mevcudundan daha geniş bir anlam ifade ettiği belirtilmiştir¹²⁸. Kaynak ifadesi ayrıca muhasebe terimi olarak borçlunun aktifinden ve varlığından da farklı bir kavramdır. Kaynağın esaslı unsuru borç ödeme aracı olmasıdır. Bu anlamda kaynağın kapsamına mevcut nakit para, tahsil edilebilir alacaklar, nakde dönüştürülmesi planlanan maddi duran varlıkların satışlarından elde edilecek tutarlar, finans kuruluşlarından kullanılacak krediler, ticari faaliyetlerden elde edilecek gelirler vb. ile beklenen haklar girer. Dolayısıyla “kaynak” ifadesi, borçlunun borç ödeme imkân ve araçlarının tamamı olarak anlaşılmalıdır¹²⁹.

Dolayısıyla orantılılık şartı en genel ifadeyle, borçlunun mali imkanlarını en iyi şekilde kullanarak alacaklılarına elinden gelen en yüksek oranda ödeme gayreti ve niyeti içerisinde olmasını gerektirir. Nitekim bu şartın amacı, borçlunun ödeme gücünü sonuna kadar kullanarak, ödeyebileceğinin azamisini ödemesini temin etmektir¹³⁰. Bu bakımdan gerek iflase nazaran daha avantajlı ödeme teklif edilmesi gerekse orantılılık şartı, borçlunun samimiyeti ve konkordatoya layık olup olmadığı bağlamında dürüstlük kuralıyla da

¹²⁶ Ali Cem Budak/Serdar Kale, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 601-602; Karakaya, s. 12 ve 22; Yavaş/Daşlıçay, s. 72; Madde gerekçesinden: “...Çünkü konkordato ile alacaklılar, muhtemel bir iflastan daha kötü duruma düşürülmemelidir. Bu husus, konkordato projesini kabul etmeyen, ancak Kanunda öngörülen nisapla konkordato projesinin alacaklılar tarafından kabul edilmesi halinde, azınlıkta kalan alacaklıların korunması bakımından önemlidir.”

¹²⁷ Kuru’ya göre “servet” ve “mevcut” eş anlamlıdır. bkz. Kuru, *İflas ve Konkordato Hukuku*, s. 466; Buruloğlu ve Reyna’ya göre servet, mevcuda göre daha geniş kapsamlı bir anlama sahiptir. bkz. Buruloğlu/Reyna, s. 67.

¹²⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 535; Sarısözen, *Konkordato*, s. 506.

¹²⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 535; Sarısözen, *Konkordato*, s. 506; Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 98; Karakaya, s. 23.

¹³⁰ Buruloğlu/Reyna, s. 67-68; Karakaya, s. 22.

yakından ilgilidir. Kanaatimizce bu iki şartın yokluğu halinde mahkemece direkt ret kararı verilmemeli İcra ve İflas Kanunu md.305/2’te yer alan yetki kullanılmalıdır¹³¹. Mezkûr maddede konkordato projesini yetersiz bulan mahkemenin kendiliğinden veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmelerin yapılmasını isteyebilmesi hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce mahkemece öncelikle iflasa nazaran daha avantajlı olma ve orantılılık şartlarının yerine gelmesini sağlamak amacıyla alacaklılar lehine olmak üzere konkordato projesinde vade ve ödenecek tutar bakımından gerekli değişiklikleri istemelidir. Mahkemece bu değişikliklerin yapılması için borçluya kesin bir süre verilmeli, verilen süre içerisinde projenin revize edilmemesi halinde ret kararı verilmelidir.

Kaynakları elvermesine rağmen, vade ve tutar anlamında kaynaklarının çok altında ve daha uzun vadede ödeme teklif eden, yeterli malvarlığı bulunmasına rağmen iflas tasfiyesine göre alacaklılarına daha az ödeme yapmak isteyen ve mahkemenin uyarısına rağmen iyileştirme anlamında projesinde gerekli revizyonu yapmayan borçlunun dürüst olduğundan bahsedilemez. Çünkü borçlunun bu şartlara riayet etmeyerek vade ve tutar bakımından alacaklılarının aleyhine olacak şekilde kapasitesinin altında ödeme yapması halinde konkordato bir ucuz finansman enstrümanı¹³² ya da borçlunun zenginleşmesine hizmet eden bir araç olarak kullanılmış olur ki hukuk düzeni bunu korumaz¹³³.

Sonuç olarak, borçlunun konkordato talebinin bu iki şarttan herhangi birinin sağlanmamış olması sebebiyle reddedilmesi halinde, konkordato talebi dürüstlük kuralına aykırılıktan reddedilmiş sayılmalıdır. Önceki konkordato talebi bu sebeple reddedilen borçlunun yeniden konkordato talebinde bulunması halinde ise yukarıda ifade edildiği üzere mahkemece dürüstlük kuralına aykırı eylemlerin etkisinin devam edip etmediğine bakılmalıdır. Bu ihtimalde ikinci başvuru üzerine mahkeme derhal bir bilirkişi incelemesi yaptırarak projede teklif edilen tutarın iflasa nazaran daha avantajlı ve borçlunun kaynakları ile orantılı olup olmadığını araştırması yerinde olur. Mahkeme bu şartlardan

¹³¹ Aynı yönde Yavaş/Daşlıçay, s. 75.

¹³² “Konkordato ucuz kredi temini yolu olarak kullanılmamalıdır.” Y6.HD, T.05.10.2023, E.2023/2780, K.2023/3149; T.05.10.2023, E.2023/3061, K.2023/3144; T.20.9.2023, E.2023/2104, K.2023/2854; T.14.9.2023, E.2023/2455, K.2023/2733; 12.6.2023, E.2023/2057, K.2023/2310; T.12.6.2023, E.2023/1668, K.2023/2312; T.10.4.2023, E.2023/1319, K.2023/1351; T.22.12.2022, E.2022/3698, K.2022/5991, , Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

¹³³ Karakaya, s. 22.

birinin sağlanmadığına kanaat getirirse yeniden konkordato talepleri geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir.

c. Projenin yeterli çoğunlukla kabul edilmemesi

Konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için projenin İcra ve İflas Kanunu md.302'de öngörülen çoğunlukla kabul edilmiş olması gerekir (İİK md.305/1/c). Mezkûr maddede *“Konkordato projesi; a) Kaydedilmiş olan alacaklıların ve alacakların yarısını veya b) Kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini, aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılır.”* denilerek iki farklı çoğunluk öngörülmüştür (İİK md.302/3).

Projenin yeterli çoğunlukla kabul edilmemesi, diğer tasdik şartlarına kıyasla doğrudan borçludan kaynaklı bir ret sebebi değildir. Borçlunun daha iyi şartlarda proje sunmak suretiyle bu riski bertaraf edebileceği, dolayısıyla bu şartın gerçekleşmemesinin sebebinin de borçludan kaynaklı olduğu ifade edilebilir. Ancak borçlunun kaynaklarıyla orantılı bir şekilde elinden gelenin en iyisi yapmak suretiyle teklif ettiği proje de alacaklılar tarafından kabul görmemiş olabilir. Bu sebeple kanaatimizce önceki konkordato başvurusunun salt projenin yeterli çoğunlukla kabul edilmemesi sebebiyle reddedilmesi halinin, istisnai bir durum hariç aynı borçlu hakkında yeniden yapılan konkordato taleplerinin değerlendirilmesinde olumsuz etkisi olmamalıdır. Bu istisnai durum ise ikinci konkordato talebinin aynı projeye ilk konkordato talebinin reddinden çok kısa bir zaman sonra yapılmış olmasıdır. Başka bir ifadeyle ikinci başvuruya esas proje, teklif edilen tutar ve vade bakımından ilk başvuruya göre alacaklılar lehine iyileştirilmemiş ise başvuru geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir. Çünkü aynı şartlardaki proje alacaklılar önüne bir kez gelmiş ve kabul görmemiştir. Bu projenin alacaklılar lehine bir değişiklik olmadan kısa süre içerisinde tekrar sunulması dürüstlük koşuluyla da bağdaşmaz.

d. Gerekli teminat şartının sağlanamaması ve giderlerin depo edilmemesi

Konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için İcra ve İflas Kanunu md.206'da birinci sırada yer aldığı belirtilen imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının yeterli teminata bağlanmış olması (İİK md.305/1/d) ve konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama giderleri ile konkordatonun tasdiki durumunda alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para

üzerinden alınması gereken harcın tasdik kararından önce borçlu tarafından mahkeme veznesine depo edilmesi (İİK md.305/1/e) gerekmektedir.

Konkordato projesinin gerekli teminat şartının sağlanamaması ve giderlerin depo edilmemesi sebeplerinden biriyle reddedilmesi borçlunun mali anlamda ciddi problemlerinin olduğunu gösterir. Teminat şartını ve giderlerin depo bedelini bile karşılayamayan borçlunun borca batık olması kuvvetle muhtemeldir. Borca batıklık söz konusu olduğunda ise bu gerekçelerle verilecek ret kararıyla birlikte borçlunun iflasına da karar verilecektir. Başka bir ifadeyle borçlunun gerekli teminat şartını sağlamaması ve giderleri depo etmemesi sebebiyle ret halinde borçlunun iflasına hükmedilmemesi çok düşük bir ihtimaldir. Borçlu borca batık olmadığı, imkanları elverdiği halde gerekli teminatı ve depo bedelini yatırmamış ise o zaman borçlunun dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesinden bahsetmek gerekir.

C. Değerlendirme ve Ara Sonuç

Önceki konkordato talebinin hangi gerekçeyle reddedildiğinden bağımsız olarak, yinelenen konkordato taleplerinde alacaklı-borçlu arasındaki menfaat dengesini alacaklılar aleyhine bozan en önemli hususlardan biri birden çok kez mühlet kararı verilmesiyle, borçlunun toplamda konkordato kurumunun amacına aykırı olacak şekilde uzunca bir süre mühletin koruyucu etkilerinden faydalanabilmesidir¹³⁴. Bu bakımdan konunun disipline edilmesine yönelik dördüncü önerimiz, geçici mühlet ve kesin mühlet sürelerini belirleyen İİK md.287/4 ve md.289/3'te değişiklik yapılarak, mahkemeye, hangi gerekçeyle sona ermiş olursa olsun önceki konkordatoda geçirilen mühlet süresinin dikkate alması suretiyle gerekmesi halinde yinelenen konkordato taleplerinde daha kısa süreli geçici veya kesin mühlet süresi belirlenebilmesi imkânı verilmesidir.

D. Konkordatonun Tasdiki Kararından Sonra Yeniden Konkordato Talebi

1. Tasdik Edilen Proje Kapsamında Ödemeler Devam Ederken veya Tamamlandıktan Sonra Yeniden Konkordato Talebi

İşletmenin sürekliliği ilkesi ve ticaret hayatının dinamik yapısı dikkate alındığında ticari faaliyetlerin devam etmesinin olağan sonucu, yeni borç-alacak ilişkilerinin kurulmasıdır. Bu bakımdan konkordatosu tasdik edilen

¹³⁴ bkz. dipnot 33.

borçlunun ticari faaliyetleri devam ettiği sürece yeni borçlarının doğması kaçınılmazdır. Konkordato tasdik kararıyla birlikte, borçlunun sadece o konkordatoya tabi borçları mahkeme kararıyla ödeme planına bağlanır. Başka bir ifadeyle tasdik edilen konkordato projesi kapsamında ödenecek borç, borçlunun toplam borcunun yalnızca bir kısmını oluşturur.

Başvurduğu ilk konkordato tasdik edilip, proje kapsamında ödemeler kısmen veya tamamen tamamlandıktan sonra aynı borçlu için yeniden konkordato talep edilmesinde yasal bir engel yoktur. Bu durumda kanaatimizce *Buruloğlu ve Reyna*'nın görüşünün¹³⁵ aksine tasdik edilen önceki konkordato projesi bir veya birkaç alacaklı özelinde fesih edilmiş, başka bir ifadeyle tasdik edilen projedeki ödemeler tümüyle yapılmamış olsa bile yeniden konkordato talep edilebilmelidir. Çünkü önceki konkordatoya tabi borçların eksiksiz ödenmiş olmasını şart koşturmak, borçlunun güncel finansal ve hukuki menfaati dikkate alındığında konkordatonun amaç ve ruhuna uygun düşmez.

Konkordato projesi tasdik edilmiş ve proje kapsamında ödemeleri devam eden borçlu hakkında, ilk konkordato kapsamında olmayan borçlar için ikinci bir konkordato talep edilmesinde de yasal bir engel yoktur. Tasdik edilen proje kapsamındaki ödeme planının ayakta kalması finansal anlamda daha lehe olacaksa, borçlu mali kaynaklarını proje kapsamındaki ödemelere öncelik vermek suretiyle kullanmayı tercih edebilir. Bu tercih sebebiyle borçlunun konkordatoya tabi olmayan sonraki borçları için ödeme güçlüğüne düşmesi ihtimal dahilindedir. Borçlu, tasdik edilmiş konkordatoya tabi olmayan ve sonradan doğan bu borçları için de ayrı bir konkordato talep edilebilmelidir.

Tasdik edilmiş ve proje kapsamında ödemeleri devam eden konkordatonun, sonraki konkordatoya etkisi kanaatimizce iki noktada önemlidir. Birinci olarak sonraki konkordato kapsamında geçici mühlet kararı verilebilmesi için devam eden konkordato projesi kapsamındaki ödemelerin düzenli yapılıyor olmasını aramak isabetli olur. Çünkü tasdik edilen proje kapsamında ödemelerin aksaması, alacaklıların projeyi kısmen fesih ettirmesine sebep olabilir. Kısmen fesih halinde de ilgili alacaklı faizler dahil tüm alacağı üzerinden borçlu hakkında yasal takip yapabilir. Borçlunun yasal takibe maruz kalması ise sonradan talep edeceği konkordatonun başarıya ulaşması ihtimalini azaltır. İkinci olarak ise devam eden konkordato kapsamında tenzilat sebebiyle dışarda kalan alacak miktarı birinci konkordatonun kısmen veya tamamen fesih olma ihtimaline binaen sonraki konkordatoda belirsiz şarta bağlı alacak

¹³⁵ bkz. dipnot 16.

olarak kaydedilebilmelidir.

Önceki konkordato tasdik edilip proje kapsamında ödemeler devam ederken veya tamamlandıktan sonra yinelenen konkordato taleplerinde tenzilat talep edilmişse, önceki konkordato mühleti sırasında komiserin izniyle doğan ve İİK md.308/c/4 uyarınca projeye tabi kabul edilmeyerek tam olarak ödenmesi gereken borçların akıbeti gündeme gelmektedir. Anılan hükümle konkordato mühleti içerisinde komiserin izniyle borçluyla iş yapan alacaklılar korunmak istenmiştir. Dolayısıyla yinelenen ve tenzilat talep edilen konkordato başvurularında, İİK md.308/c/4 hükmünün işlevsiz kılınmasına müsaade edilmemeli, bu madde kapsamındaki alacaklar yinelenen konkordatonun tasdik edilmesi halinde de konkordatoya tabi sayılmaksızın tam olarak ödenmelidir.

2. Konkordatonun Tamamen Feshi Kararından Sonra Yeniden Konkordato Talebi

İcra ve İflas Kanunu md.308/f'de her alacaklının tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun feshini talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Alacaklılardan birinin konkordatonun tamamen feshini isteyebilmesi için borçlunun dürüst kuralına aykırı davranışlarla konkordatonun tasdik edilmesini sağlaması veya tasdikten sonra konkordatonun sakatlanmış olması gerekir¹³⁶. Alacaklının bu başvuruyu yapabilmesi için alacağını kaydettirmiş olması gerekmez, alacak bildiriminde bulunmayan alacaklılar da konkordatonun tamamen feshini isteyebilir¹³⁷.

Konkordatoyu sakatlayan eylemlere örnek olarak: Borçlunun mali tablolarını gerçeğe aykırı olarak düzenlemesi, alacaklı çoğunluğunu sağlamak için hayali alacaklılar yaratması, alacaklılarından bazılarına özel yarar sağlaması, borçlarını gizlemesi, aktifini eksik göstermesi, malvarlıklarını değeri hakkında yanlış beyanda bulunması, gelirini eksik göstermesi, malvarlığı unsurlarını kaçırması gösterilebilir¹³⁸.

İcra ve İflas Kanunu md.308/f'nin üçüncü fıkrası, md.308 hükmünün

¹³⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 547; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 702.

¹³⁷ Buruloğlu/Reyna, s. 176; Bükem, s. 54; Postacioğlu, s. 135; Sarısözen, *Konkordato*, s. 569; Uyar, s. 152; Bilgehan Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 734-736.

¹³⁸ Bilgehan Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 741; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 547.

konkordatonun tamamen feshi halinde de uygulanacağını düzenlemiştir. Atıf sebebiyle, konkordatonun tamamen feshi kararı verilen iflasa tabi borçlu hakkında doğrudan doğruya iflas sebeplerinden birinin varlığı halinde mahkemenin ayrıca iflasa da karar vermesi gerekmektedir¹³⁹. Hakkında iflas kararı verilen borçlu yalnızca iflas içi konkordatoya başvurabileceği için, buradaki açıklamalar konkordatonun feshi kararı verilmiş olmakla birlikte borçlu hakkında ayrıca iflas kararı verilmediği haller içindir.

Yukarıda değinildiği üzere doktrinde tasdik edilen önceki konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinden sonra borçlunun yeniden konkordato talep ederek geçici mühletin sonuçlarından tekraren yararlanmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği ve mahkememim yinelenen bu talebi geçici mühlet kararı dahi vermeden reddetmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁰.

Sarisözen ayrıca, hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması konusundaki mahkemelerin uygulamada gösterdiği çekimserlik nedeniyle uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önlenmesi için kanun değişikliği yapılarak İcra ve İflas Kanunu'nu md.287/1'in "*Konkordato talebi üzerine mahkeme, 286'ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde, daha önce yapılmış bir konkordato talebi tamamen feshedilmemiş olmak kaydıyla derhal geçici mühlet kararı verir*" şeklinde düzenlenmesini önermektedir¹⁴¹.

Kanaatimizce, hakkında konkordatonun tamamen feshi kararı verilen borçlunun ilanihaye tekrar konkordato talebinde bulunamayacağını söylemek kurumun amacına ve ruhuna aykırıdır. Konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinden sonra borçlu hakkında yeniden konkordato talep edilmesinin, konkordato tasdik talebinin dürüstlük kuralına aykırılıktan reddedildiği hallerde olduğu gibi süre yönünden sınırlandırması gerekir. Bu süre kanaatimizce her olay özelinde konkordatonun tamamen feshedilmesine sebebiyet veren ve dürüstlük koşuluna aykırılık teşkil eden eylemlerin ağırlığına ve bu eylemlerin finansal etkilerinin devam edip etmediğine göre mahkemece belirlenmelidir.

¹³⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra İflas*, s. 702; Bilgehan Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 743; Sarisözen, *Konkordato*, s. 573; Yavaş/Daşlıçay, s. 248; Atalay'a göre, "...konkordatonun feshi aynı zamanda doğrudan iflas sebebi sayıldığından, diğer doğrudan iflas sebepleri aranmaksızın mahkemece borçlunun resen iflasına karar verilmelidir." Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes, s. 548.

¹⁴⁰ bkz. B. BİLİMSEL GÖRÜŞLER, 2. 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Dönem

¹⁴¹ Sarisözen, *Konkordato*, s. 574.

SONUÇ

Çalışmamız neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Ödeme güçlüğüne düşen veya düşme tehlikesinde bulunan borçlunun finansal ve hukuki menfaatinin gerektirmesi halinde, kurumun amacına ve ruhuna uygun olduğu müddetçe birden fazla kez konkordato talep edilebilmelidir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nda aynı borçlu için birden fazla kez konkordato talep edilmesini engelleyen bir hüküm yoktur.

İcra ve İflas Kanunu'nda 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra konkordatonun rağbet görmesiyle birlikte uygulamada ilk başvurduğu konkordatodan istediği neticeyi alamayan borçluların yinelediği konkordato talepleriyle karşılaşılmaya başlanmıştır. Bu durum birtakım sorunları beraberinde getirmiş, özellikle ardışık konkordato başvurularıyla, borçluların kurumun amacını aşar şekilde uzun sürelerle mühletin koruyucu etkilerinden faydalanabilmesi, menfaat dengesinin alacaklılar aleyhine bozulmasına sebebiyet vermiştir. Şüphesiz ki kurumun amaç ve ruhuna aykırı olarak çeşitli saiklerle mühletin sağladığı kapsamlı korumadan tekraren ve toplamda kanunda öngörülen sürelerden daha uzun olacak şekilde faydalanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Birden fazla kez konkordato talep edilebilmesi, doktrinde konkordato tasdik talebinin reddi veya tasdik olan konkordatonun tümüyle feshinden sonra ikinci kez konkordato talep edilip edilemeyeceğine münhasır olarak sınırlı bir şekilde incelenmiştir. Ancak yeniden konkordato talep edilebilmesi bu hallere özgü değildir. İşletmelerin sürekliliği ilkesi ve borç-alacak durumunun dinamik yapısı sebebiyle, başvuru ilk konkordato tasdik edilip proje kapsamında ödemeler kısmen veya tamamen tamamlandıktan sonra ve hatta önceki tasdik edilen proje kapsamında ödemeler devam ederken bile tasdik olan konkordato dışında kalan ve sonradan oluşan borçlar için ayrı bir konkordato talep edilebilmesi mümkündür.

Derdestlik dava şartının amacı anlamında, önceki ve sonraki konkordato taleplerinin aynılığından bahsedilemeyeceğinden, derdestliğin müessese olarak yinelenen konkordato taleplerinin değerlendirilmesinde dikkate alınması uygun değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, birbirinden farklı projelerin konu edildiği iki ayrı konkordato tasdik kararının bulunması da hukuki istikrar ilkesine zarar verir. Aynı borçlu hakkında devam eden iki ayrı konkordato talebinin ve yargılamanın varlığı halinde, zaman bakımından sonra yapılan konkordato talebine öncelik tanınmalıdır.

Yinelenen konkordato talebiyle karşılaşan mahkemece, önceki konkordato talebine ilişkin sürecin nasıl sonuçlandığıyla bağlantılı olarak farklı nitelikte değerlendirmeler yapılabilir. Bu bağlamda, önceki konkordato talebi:

✓ Gerek geçici mühlet kararından önce gerekse mühlet içerisinde usulden reddedilmişse aynı borçlu hakkında tekraren konkordato talep edilebilir. Mahkemenin geçici mühlet vermeden konkordato talebini usulden reddettiği hallerde, borçlunun usulden redde sebebiyet veren aksaklığı gidererek aynı belgelerle yeniden konkordato talep edebilmesi de mümkündür.

✓ İyileşme veya feragat sebebiyle reddedilmişse, ret tarihinden itibaren on iki aylık süre geçmeden aynı borçlu için yeniden yapılan konkordato talepleri, tekrar aciz haline sebebiyet veren mücbir sebepler söz konusu olmadıkça mahkemece geçici mühlet kararı dahi verilmeden reddedilmelidir.

✓ Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle reddedilmişse borçlunun ilanihaye yeniden konkordato talep edemeyeceğini kabul etmek isabetli değildir. Dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı konkordato talebi reddedilen borçlunun yeniden konkordato talep edemeyeceği süre olay özelinde dürüstlük koşuluna aykırılık teşkil eden eylemlerin ağırlığına ve bu eylemlerin finansal etkilerinin devam edip etmediğine göre mahkemece belirlenmelidir.

✓ Teklif edilen tutarın olası bir iflasa göre alacaklılar lehine olmaması veya orantılılık ilkesine aykırılık sebebiyle reddedilmişse, konkordato talebi dürüstlük kuralına aykırılıktan reddedilmiş sayılmalıdır. Bu ihtimalde ikinci başvuru üzerine mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırarak projede teklif edilen tutarın iflasa nazaran daha avantajlı ve borçlunun kaynakları ile orantılı olup olmadığını araştırmalıdır.

✓ Konkordato projesinin gerekli teminat şartını sağlamaması ve giderlerin depo edilmemesi sebeplerinden biriyle reddedilmişse, borçlunun mali anlamda ciddi problemlerinin olduğu kabul edilmelidir. Bu şartların yokluğu sebebiyle ret halinde borçlunun iflasına hükmedilmemesi düşük bir ihtimaldir. Borca batık olmadığı, imkanları elverdiği halde gerekli teminatı ve depo bedelini yatırmayan borçlu ise dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş sayılmalıdır.

Önceki konkordato talebi hangi gerekçeyle reddedilmiş olursa olsun, bu konkordatoda geçirilen mühlet süreleri yinelenen konkordato talebinde dikkate alınmalı ve mahkemece gerektiğinde daha kısa sürelerle mühlet kararı verilerek tasdik yargılaması mümkün mertebe hızlı sonuçlandırılmalıdır.

Konkordatonun tasdik edilmesinden sonra ödemeler kısmen veya tamamen tamamlandıktan sonra aynı borçlu için yeniden konkordato talep edilmesinde yasal bir engel yoktur. Bunun için tasdik edilen önceki konkordato projesindeki ödemelerin tümüyle yapılmış olması da gerekmez.

Konkordato projesi tasdik edilmiş ve proje kapsamında ödemeleri devam eden borçlu hakkında, ilk konkordato kapsamında olmayan borçlar için ikinci bir konkordato talep edilmesinde de yasal bir engel yoktur. Bu durumda sonraki konkordato kapsamında geçici mühlet kararı verilebilmesi için devam eden konkordato projesi kapsamındaki ödemelerin düzenli yapılıyor olmasını aramak gerekir.

Hakkında konkordatonun tamamen feshi kararı verilen borçlunun ilanihaye tekrar konkordato talebinde bulunamaması kurumun amacına aykırıdır. Konkordatonun tamamen feshine karar verilmesinden sonra borçlu hakkında yeniden konkordato talep edilebilmesinin, konkordato tasdik talebinin dürüstlük kuralına aykırılıktan reddedildiği hallerde olduğu gibi süre yönünden sınırlandırılması gerekir.

Sonuç olarak, yinelenen bir konkordato talebi söz konusu olduğunda, konkordatonun amacına aykırı kullanılma ihtimalinin her zamankinden daha ciddi şekilde göz önünde bulundurulması gerekir. Kanun koyucu, birden fazla kez konkordato talebinde bulunulması şartlarının ve önceki konkordatonun sonraki konkordato talebine etkisinin nasıl ve ne ölçüde olacağına bilimsel ve kazai içtihatlarla uygulamada gelişmesini tercih etmişse de iflas erteleme kurumunun akıbeti dikkate alındığında, birden fazla kez konkordato talep edilebilmesinin belirli ölçüde disipline edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda;

i. Önceki konkordato başvurusuna ilişkin belgelerin de konkordato başvuru sırasında mahkemeye sunulması gereken belgeler arasında sayılması¹⁴²,

ii. Mahkemenin yinelenen konkordato taleplerinde, geçici mühlet kararını verirken önceki konkordato talebine ilişkin süreci de göz önünde bulundurması gerektiği¹⁴³,

iii. Konkordato başvurusu üzerine mahkemece geçici mühlet kararı verilmesiyle, varsa aynı borçlu için derdest konkordato yargılamalarının

¹⁴² İcra ve İflas Kanunu'nun 286. maddenin birinci fıkrasına "*Borçlunun önceki konkordato başvurusuna ilişkin belgeler*" şeklinde ekleme yapılabilir.

¹⁴³ İcra ve İflas Kanunu'nun 287. maddesinin birinci fıkrasının sonuna "*Mahkeme, geçici mühlet kararını vermeden önce, varsa borçlunun önceki konkordato talebinin sonucunu da dikkate alır*" şeklinde ekleme yapılabilir.

konusuz kalması¹⁴⁴,

iv. Mahkemenin yinelenen konkordato taleplerinde, geçici veya kesin mühlet sürelerini daha kısa belirleyebilmesi¹⁴⁵,

Yönünde, İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapılmalıdır.

¹⁴⁴ İcra ve İflas Kanunu'nun 287. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere "Mahkemece geçici mühlet kararının verilmesiyle, aynı borçlu için devam eden konkordato yargılamaları konusuz kalır. Konusuz kalan konkordato talebine ilişkin verilecek kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz." şeklinde fıkra eklenebilir.

¹⁴⁵ İcra ve İflas Kanunu'nun 287. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesi "Geçici mühlet **en fazla** üç aydır." şeklinde; 289. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesi "Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde borçluya **en fazla** bir yıllık kesin mühlet kararı verilir." şeklinde değiştirilebilir.

KAYNAKÇA

- Akil C, *Sorularla Adi Konkordato*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Akyol Aslan L, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2011.
- Akyürek A/Akyürek R, *Konkordato Hukuku*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2019.
- Altay S/ Eskiocak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Aras A, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2017.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Atalay O, “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, Muhammet Özekes (Ed.), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 111-134.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Börü L, *İflas Dışı (Adi) Konkordatoda Alacaklılar Toplantısı*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.
- Budak A. C, “Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku”, Ali Cem Budak (Ed.), *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, Sanat Matbaacılık, 1993, s. 67-89.
- Budak A. C, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV*, TBB Yayınları:108, 2005, s. 128-187.
- Buruloğlu E/ Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, 1. Bası, Yörük Matbaası, 1968.
- Bükem Z. A, *Tatbikatta Konkordato*, 1. Bası, Kocamanoğlu Yayınevi, 1963.
- Candemir M. Ü, “Adi Konkordato Talebinden Feragat”, *Türkiye Adalet*

Akademisi Dergisi, (49), 2022, s. 323–348.

- Çiftçi P, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2010.
- Doğan E, “Konkordatonun Tasdiki Sürecinde Gerekçeli Raporun Tevdii ve Tasdik Kararı Verilmesi Bakımından Öngörölmüş Sürelere Uyulmamasının Sonuçları”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 3(2), 2023, s. 403-431.
- Doğan E, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ercan Özler M, “Konkordato Talebinden Feragat Edilip Edilemeyeceği Sorunu”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 19(54), 2023, s. 83-138.
- Ercevahir M, “Türk Hukukunda Konkordatonun Feshi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (1), 2023, s. 243-283.
- Ermenek İ, “Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordato Geçici Mühletin Kaldırılması”, *Adalet Dergisi*, (64), 2020, s. 507-530.
- Eroğlu O, *Uygulamada Konkordato*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Görgün Ş/Börü L/Kodakoğlu M, *Medeni Usûl Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.
- Işık M, “Tasarıfunun İptali Davasının (İİK m. 277 vd.) Konusuz Kalması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 2022, s. 1193-1216.
- İyilikli A. C, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2012, s. 83-157.
- Karakaş C. F, “Borca Batık Olmayan Borçlunun Tenzilat Konkordatosu İstemi ve Seçenekli Konkordato Projesi”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 16(47), 2020, s. 767-802.
- Karakaş C. F, “Konkordato Başvurusu ve Başvuruya Eklenecek Belgeler”, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 29-40.
- Karakaş C. F, “Konkordatodan Vazgeçme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15(195), 2020, s. 1637–1660.
- Karakaya A, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordatonun Tasdiki*, T.C.

İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Kodakoğlu M, “Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(2), 2022, s. 73-122.

Köksoy M, “Geçici Mühlete Karar Verilmeden Önce Doğan Borcun Borçlu Tarafından Mühlet Esnasında Ödenmesi”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2022, s. 585-602.

Köksoy M, *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2013.

Kuru B, *İflas ve Konkordato Hukuku*, 1. Bası, Sevinç Matbaası, 1971.

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 1. Bası, Legal Yayıncılık, 2016.

Mazlum İ, “Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının “Derhal” Verilmesi Sorunu”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2021, s. 401-423.

Memiş Ş, *Konkordato Sürecinde Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilmesi*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Meriç N, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2011.

Özalp A. D, *Adi Konkordato Talebi*, T.C. Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Özekes M, “Konkordato Eğitim Sunumu (20.01.2019)”, ; Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

Özekes M, “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, Muhammet Özekes (Ed.), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 43-83.

Öztek S, “İflasın Erteleenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, (59), 2006, s. 39-83.

- Öztek S/Budak A. C/ Tunç Yücel M/Yeşilova B/Kale S, *Yeni Konkordato Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.
- Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M/Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Pekcanitez H/Erdönmez G, “7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Bankacılar Dergisi*, 105, 2018, s. 108-156.
- Pekcanitez H/Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Postacıoğlu İ. E, *Konkordato (538 Sayılı Kanun Hükümleri Göz Önünde Tutularak Yazılmıştır)*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1965.
- Sarısözen M. S, “Konkordatoda Dürüstlük Kuralına Genel Bir Bakış”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(18), 2023, s. 207-220.
- Sarısözen M. S, *Konkordato*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Simil C, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Şahin Ç. S, *Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Tanrıver S, “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun’un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (51), 2004, s. 67-90.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:531, 1998.
- Tanrıver S/Deynekli A, *Konkordatonun Tasdiki*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 1996.
- TBMM, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, md.376 gerekçesi”, ; Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.
- TBMM, “6728 sayılı Kanun Gerekçesi”, ; Erişim Tarihi 19 Ağustos 2023.
- TBMM, “7101 sayılı Kanun Gerekçesi”, ; Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

TCMB, “Oran Formülleri”, ; Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.

Topçu Y, *Kredi Alacaklarının Tahsil ve Tasfiye Yöntemleri (Sorunlu Kredilerin Çözümlemesi)*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.

Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Umar B, “Aciz Hali – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlılık (MK m. 605 f. II, 618)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2004, s. 326-333.

Uyar T, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 2. Bası, Bilge Yayınevi, 2019.

Yavaş M/Daşıçay P, *Konkordatonun Tasdiki ve Tasdik Olunan Konkordatonun Hüküm ve Sonuçları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024.

Yılmaz E, “İflas ve Konkordato Uygulamasıyla ilgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (1995/1), 1995, s. 92-109.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

ERKEN AÇILAN DAVANIN DAVA ŞARTI KAVRAMI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AN EVALUATION OF THE PREMATURELY FILED LAWSUIT IN
TERMS OF THE CONCEPT OF PROCEDURAL REQUIREMENT

Furkan ULUGÜN*  

ÖZET

Günümüzde usul kanunları, eda davası, tespit davası ve yenilik doğuran dava yollarıyla farklı hukuki koruma türlerini kabul etmiştir. Maddi hukuk ve usul hukukunun ayrılığının sonucu olarak, alacaklının, borçludan bir şeyi vermesini, yapmasını veya yapmamasını istemek için dava açmasına gerek yoktur. Ancak kişinin bu talebini doğrudan davaya konu etmesi ve alacağını ilamlı icra yoluyla elde etmek istemesi de mümkündür. Kural olarak, ilamlı icranın dayanağı olan ilamı da bir eda davası açarak elde edebilir. Bazı hallerde ise alacaklı, henüz talep hakkı mevcut olmamasına rağmen, eda davası açarak, talep hakkının

doğacağı tarihten itibaren icra edilebilir bir eda hükmü elde etmek isteyebilir. İşte bu durumlarda davanın, mahkemece kabul edilmesine izin verilip verilemeyeceği ve her iki ihtimalde de bunun dayanağının ne olduğu sorusu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu çalışmada bu sorunun cevabı aranacak ve bunun incelenmesinde usul kanunumuzun etkilendiği yabancı hukuk sistemleri de değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Erken açılan dava, Vadeye bağlı alacak, Şarta bağlı alacak, Kabul edilebilirlik haklılık ayrımı, Hukuki yarar, Şarta bağlı hüküm.

* **Doktora Öğrencisi**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-posta:** furkanulugun@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-5569-3751, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1494793.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Ulugün F, “Erken Açılan Davanın Dava Şartı Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s.363-410.
- **İntihal/ Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

Modern procedural law recognizes different types of legal protection through actions for performance, declaratory actions and constructive actions. As a result of the separation of substantive and procedural law, the creditor does not need to file a lawsuit to require the debtor to give, do or refrain from doing something. However, it is also possible for a person to subject this request directly to litigation and seek to obtain his claim through judicial enforcement. In general, the judgment on which the enforcement order served by writ is based can also be obtained by filing an action for performance. In some cases, the creditor may wish to obtain an enforceable judgment as of the date on which the claim arose, even though the claim did not yet exist. The questions of whether the court may accept the claim and what the basis for such acceptance is in such cases are the subject of this study. The study seeks to answer these questions by evaluating the foreign legal systems that influence our procedural law.

Keywords: *Prematurely filed lawsuit, Claim with a due date, Conditional claim, The distinction between admissibility and merits, Legal interest, Conditional judgment.*

EXTENDED ABSTRACT

Oskar Bülow was the first to explain litigation in terms of a legal relationship and to define the conditions that constitute this legal relationship as “conditions of litigation”. Although the author’s concept has been subjected to many criticisms, it forms the basis of the distinction between admissibility and justiciability in Turkish, German and Swiss law. In this distinction, the admissibility phase is regulated only by procedural law, while the justiciability phase is regulated by both substantive and procedural law.

In some cases, this distinction may be difficult to make. One of these cases is the performance action, which is brought for the performance of a future service. The substantive law regulates the creditor’s claim against the debtor. However, if, for example, the creditor requests a performance judgment on the due date, both procedural and substantive law should be taken into consideration. There is no substantive obstacle for the creditor to demand performance on the due date. If a suit is filed in this regard, it can be assumed that the court will accept the suit in any case, since procedural law does not affect substantive law. However, if the debtor is sentenced to such a judgment, he is prevented from exercising his right to wait until the due date in the proceedings. However, the debtor also has the possibility of defending himself. In such a case, the debtor may rely on the grounds for repayment of the debt that arose after the judgment was rendered through the stay of execution. In other words, the debtor may have to go to court later. In this case, it is foreseeable that the workload of the courts will increase significantly.

Therefore, the judgment for future performance is a serious protection for the creditor. The protection of the creditor alone is not enough; the limitation of the defendant’s

defense and the increase of the court's workload should also be explained. A special legal interest of the creditor is used as justification. This interest arises when the creditor has a legitimate concern that the debtor will default when the time comes. This concern acts as a filter, and almost any claim is admissible if it passes through this filter. This is because if there is such a concern, the creditor can be provided with a judgment that allows him to resort to judicial enforcement when the due date arrives. This would strengthen the legal protection of the individual. Another possibility arises in the case of allowing the filing of an action for performance in advance for repeated performances. In this case, instead of filing a separate lawsuit for each performance, filing a single lawsuit would also contribute to procedural economy. There is no need to show a separate legal interest in repeated performance. In other words, the filter is removed. The filter for repeated performances results from the nature of the work. In the first place, this applies only to repeated performances arising from the law. This is because the parties already have the possibility to issue a document in the nature of a judgment when entering into a legal transaction. On the other hand, the judgment here must be a unilateral performance because it provides that the status quo will remain unchanged in the future. The debtor's subsequent remedy against this judgment is an action for modification.

In German law, these possibilities are explicitly regulated in the law. On the other hand, Turkish and Swiss law do not have such regulations. Nevertheless, these situations are accepted in Swiss law. The Code of Civil Procedure has largely adopted the article on the conditions for bringing an action from Swiss law. In addition, there are other basic concepts taken from German law. Therefore, there should be no harm in following the same approach in Turkish law.

Finally, it should be determined how the judgment will be enforced. Problems may arise, especially with regard to the concept of a conditional judgment. There is no clear regulation of conditional judgment in our laws. However, this does not mean that a conditional judgment is prohibited. This is because the provision of a conditional judgment is essentially a requirement of substantive law. Although there was no Federal Code of Procedure in Switzerland, the Federal Court did not consider the absence of a provision on the enforcement of a conditional judgment in a canton to be an obstacle. The same can be accepted for our law.

GİRİŞ

Günümüzde davanın açılmasıyla üçlü bir usul ilişkisinin kurulduğu baskın görüştür¹. Tüm yönleriyle usul hukuku kuralları tarafından düzenlenen

¹ Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2018, § 2 Nr. 2; Hakan Pekcanitez, "Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler", Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (Ed.),

bu ilişki, dava derdest kaldığı sürece varlığını korur². Usul ilişkisi kavramı sayesinde yargılamada ortaya çıkan çeşitli hukuki durumlar ve kararlar hakkında tatmin edici bir şekilde değerlendirme yapılabilmektedir³. Örneğin, objektif dava yığılması ve yargılamada halefiyet usul ilişkisi kavramıyla açıklanabilmektedir⁴. Yargılamanın niteliğinin hukuki ilişkiyle açıklanması hukuki işleme dair kuralların usul işlemlerine uygulanmasını da gerektirmez⁵. Çünkü haksız fiil gibi hukuki kurumlar da hukuk ilişki kavramıyla açıklanmaktadır⁶. Hukuki ilişki, kişiler arasında veya bir kişi ve eşya arasında hukuk kuralları tarafından düzenlenmiş bir bağı ifade eder⁷. Yargılamanın niteliğinin bir bütün olarak hukuki ilişki kavramıyla açıklanması Alman hukukçu Bülow'un eseridir⁸. Yargılamayı hukuki ilişki kavramıyla açıklayan Bülow'un ortaya koyduğu bir diğer kavram ise, yargılama ilişkisinin kurulmasını sağlayan şartlar olarak gördüğü “*dava şartları*”dır⁹. Dava şartlarının bu şekilde tanımlanmasının anlamı, dava şartlarındaki eksikliğin yargılama ilişkisinin kurucu unsurlarında bir eksiklik olduğudur. Başka bir deyişle, dava şartı eksikliği halinde aslında bir dava yoktur.

Dava şartı eksikliğinin yargılama ilişkisinin kurulmasını engellemesi ciddi şekilde eleştirilmiştir. Zira bu şartların olmadığı hallerde de yargılama ilişkisinin kurulduğu ve ortada bir dava olduğu günümüzde tereddütsüz kabul

Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 33; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2024, s. 477; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023, s. 43; Metin Tuluay, “Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 1983, s. 113-114.

² Tanrıver, *Cilt I*, s. 477; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 44.

³ Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 9. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1961, s. 7; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 43.

⁴ Rosenberg, s. 7; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 43.

⁵ Rosenberg, s. 6.

⁶ Bkz. Rosenberg, s. 6.

⁷ Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Verlag von Duncker & Humblot, 1910, s. 123; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku* 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 195.

⁸ Yargılamanın hukuki ilişki kavramıyla açıklayan başka yazarlar olsa da Bülow'un özelliği, hukuki ilişki kavramını kullanarak çeşitli çıkarımlar yapmasıdır. Bu husus yazar tarafından da belirtilmiştir, Oskar Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Scientia Verlag, 1969, s. 1.

⁹ Bülow, s. 6.

edilmektedir¹⁰.

Dava şartı kavramının tanımına bakıldığında gerek Türk¹¹ gerek Alman¹² gerek İsviçre¹³ eserlerinde, davada, esasa ilişkin yargılama yapılmasına ve karar verilmesine engel olup (öncelikli incelenme) re'sen incelenen şartlardır ifadesi kullanılmaktadır. Ancak bu ifadeler bir tanımdan ziyade dava şartı niteliğini haiz olmanın sonuçlarını belirtmektedir; zira bu ifadelerden hangi hukuki kurumların dava şartı niteliğini haiz sayılacağı anlaşılammaktadır. Bunun yanında, dava şartı kavramı zaman içinde değişiklik göstermektedir. Örneğin, 19. yüzyılın sonlarında maddi anlamda kesin hüküm maddi hukuka ait bir kurum olarak ele alınırken, daha sonra dava şartı olarak nitelenmeye başlamıştır¹⁴. Kavramın bu özelliği de dikkate alındığında hangi hukuki kurumun dava şartı olarak nitelendirileceğinde tartışma olması doğal karşılanmalıdır.

Dava şartlarının bu özelliğinin yanında, hukukumuzda bir dava şartı olarak kabul edilen hukuki yarar kavramı da içeriği belirlenmeye muhtaç kurumlardandır. Çerçeve kavram niteliği, hukuki yararın hem diğer dava şartlarını hem de esasa dair diğer şartları yutma tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Gerek bu tehlike gerek hukuki yararın geçmişte hukuki korumayı kısıtlar şekilde kullanılması, hukuki yarar kavramının bazı yazarlarca¹⁵ reddedilmesine

¹⁰ Baki Kuru/ Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 379; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023, s. 323; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 2562; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 317.

¹¹ Kuru/Aydın, s. 379, 396; Yılmaz, *Şerh*, s. 2562; Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 253; Hakan Pekcanitez, “Dava Hakkında Genel Bilgiler”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 927; Atalı/Ermenek/Erdoğan s. 316.

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 94 Nr. 2.

¹³ Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, 2019, § 11 Nr. 1-2.

¹⁴ Bkz. Karl Heinz Schwab, “Die Entscheidung über prozesshindernde Einreden”, Erhard Bökelmann, Wolfram Henckel, Günther Jahr (Ed.), *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1975, s. 414-415.

¹⁵ Andreas Konecny, “Einleitung”, Hans W. Fasching/Andreas Konecny (Ed.), *Kommentar zu Zivilprozessgesetzen*, 1. Band, 3. Auflage, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013, Nr. 185. Ayrıca bkz. Ekkehard Schumann, “Kein Bedürfnis für das Rechtsschutzbedürfnis’ - Zur Fragwürdigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeiner Prozessvoraussetzung”, Richard Holzhammer, Wolfgang Jelinek, Peter Böhm

yol açmıştır. Ancak Türk hukukunda, HMK, hukuki yararı ayrı bir dava şartı olarak kabul ettiği için artık hukuki yararın hukuk düzenimizdeki varlığı değil, sadece uygulama alanı ve sonuçlarının ne olduğunun tartışılması mümkündür. Hukuki yarar, “...davacının talep ettiği şeye bağlanan, hukuki ve meşru, doğrudan ve kişisel, doğmuş ve güncel olması durumunda bu talebi kabule şayan kılan ve yokluğu halinde davacının dava yetkisinin olmadığı değer”¹⁶ olarak tanımlanabilir.

Hukuki yararın uygulama alanına dair tartışmalardan biri de müstakbel alacağın eda davasına konu edilmesidir. Bilhassa Yargıtay’ın erken (zamansız/mevsimsiz) açılan davalar¹⁷ hakkında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁸ sonrasında bu konu daha da tartışmalı hale gelmiştir. Tartışmadaki esas nokta, hukuki yarar “*kabul edilebilirlik*” (davanın mesmu olup olmadığı; *Zulässigkeit*) aşamasında incelenen bir kavramken, müstakbel alacak kavramının “*haklılık*” (*Begründetheit*) aşamasında incelenen bir kavram olmasıdır. Müeccel alacağın ifasına ilişkin davanın, dava şartı alanında değerlendirilmesindeki sorun da burada ortaya çıkmaktadır. Çünkü muacceliyet, unsurları maddi hukuk tarafından belirlenen bir kurumdur¹⁹.

Bu çalışmada, müstakbel alacağın ifasına ilişkin açılan bir davanın dava şartı eksikliğinden reddedilip reddedilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır. Bunun için tartışmanın önemini artıran Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı kısaca özetlenmiştir. Sonrasında eda davasının konusunu teşkil eden maddi hukuk talebi üzerinde durulmuş, bu maddi hukuk talebinin derhal ileri sürülemeyeceği ihtimallere değinilmiştir. Böylece, erken açılan davaya vücut verebilecek müstakbel edimin söz konusu olabileceği haller ortaya konulmuş, ardından, erken açılan davanın kabul edilebilirlik ve haklılık ayırımındaki yeri değerlendirilmiştir. Son olarak, erken açılan davada hukuki

(Ed.), *Festschrift für Fasching*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, s. 447 vd.; Nevhis Deren Yıldırım, “Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış”, *Yargıtay Dergisi*, 21 (3), 1995, s. 232 vd.

¹⁶ Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 345.

¹⁷ Alman hukukunda da benzer şekilde “*Frühklage*” kavramı kullanılmaktadır, bkz. Florian Eichel, *Künftige Forderungen*, Mohr Siebeck, 2014, s. 291.

¹⁸ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, Tarih 18.02.2022, Esas No. 2019/5/, Karar No. 2022/1, Resmi Gazete 04.10.2022, Sayı 32003.

¹⁹ Herberth Roth, “Die Klage auf künftige Leistung nach §§ 257-259 ZPO”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 98 (3), s. 288. Aynı yönde Muhammet Özkes/Nilüfer Boran Güneysu, “Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 81 (3), 2023, s. 866.

yarar bulunup bulunamayacağı sorusu, Alman hukukundaki düzenlemelerden yararlanılıp yararlanılmayacağı sorununa da değinilerek cevaplandırılmıştır. Böylece, müstakbel alacağın ifası talebi ile erken açılan bir davanın dava şartı eksikliğinden reddedilip reddedilemeyeceği, bu soruya olumlu cevap verilebiliyorsa dava şartından reddin hangi koşullar altında söz konusu olabileceği soruları cevaplanmıştır.

I. ERKEN DAVA AÇILMASINA DAİR YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ ÖZETLENMESİ

Erken açılan eda davasına ilişkin (vadesi gelmemiş, muaccel olmayan, müeccel alacak) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın²⁰ konusu, esas olarak, ret halinde vekalet ücretinin nasıl hesaplanması gerektiğiydi. Karar'dan önce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Daireleri arasında bu noktada bir görüş ayrılığı mevcuttu. Farklılığın sebebi, erken açılan davanın hukuki yarar sebebiyle usulden reddedilmesi halinde vekalet ücretinin maktu olarak hesaplanması, erken açılan davanın esastan reddedilmesi halinde vekalet ücretinin nispi olarak hesaplanmasıydı. Görüldüğü üzere, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın erken açılan davayla ilişkisi dolaylıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay oybirliğiyle erken açılan davanın hukuki yarar eksikliğinden reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay erken açılan davaya ilişkin bir konu sınırlamasına gitmiş ve “...borcun ifasının imkansız hale geldiğinin vadeden önce belli olması veya borçlunun vadeden önce borcu ödemeyeceğinin anlaşıldığı durumlar hariç olmak üzere...” ifadesiyle kapsamı belirlemiştir. Dolayısıyla her durumda erken açılan davanın hukuki yarardan reddedileceği gibi bir sonuca varmak mümkün değildir.

İçtihadı Birleştirme Kararı'nın “Gerekçe” başlığı altında yeterli açıklama yapıldığını belirtmenin zor olduğuna işaret edilmiştir²¹. Muacceliyet ve hukuki yarar ilişkisinin kurulması yeterli açıklıkta değildir, sadece “... keza zamanından önce borcun ifasının talep edilemeyeceği, dolayısıyla alacaklının bu durumda doğmuş ve güncel bir menfaatinin bulunmadığı kabul edilmelidir” ifadesi yer almaktadır.

Müstakbel alacağa ilişkin açılan eda davasında ret sebebi olarak hukuki yarara dayanılması, vadeye ilişkin düzenlemeler maddi hukuktan

²⁰ Bkz. Yukarıda 17. dn.

²¹ Özkes/Boran Güneysu, s. 870.

kaynaklandığı için, eleştirilmiştir²². Diğer taraftan, müeccel alacaklar için eda davası açmakta hukuki yarar olmadığı düşüncesi HUMK zamanından beri ileri sürülmektedir²³. Türk hukukundaki bu düşüncenin kaynağı Alman hukukudur. Birinci BGB Taslağı'nın Gerekeşi (buradan sonra özel olarak başka bir kanun gerekeşi belirtilmediği sürece bu Gerekeşe ifade edilmektedir) bu bakımdan önemli bir kaynak oluşturmaktadır²⁴. Alman hukukunda erken açılan davalara ilişkin yapılan teorik kurgu aşağıda aktarılacaktır²⁵.

II. EDA DAVASININ KONUSU OLARAK MADDİ HUKUK TALEBİ

Eda davası, esas itibarıyla, davalının belirli bir edimi yerine getirmeye mahkûm edilmesine yöneliktir²⁶. Dolayısıyla eda davasının, mahkemece kabul edilmesinin en önemli şartı, bir maddi hukuk talebinin bulunmasıdır²⁷. Çalışmanın konusu müstakbel alacaklara ilişkin eda davası olduğuna göre, öncelikle, eda davasının mahkemece kabul edilebilmesi için varlığı gereken talep kavramının (bu çalışma bakımından önemli olduğu ölçüde) incelenmesi gerekir.

Maddi hukukta talep hakkı, doğmuş ve muaccel olan bir alacak hakkını ifade eder²⁸. Alacak hakkı ise, dar anlamda borç ilişkisinde alacaklıya borçludan edimi ifa etmesini isteme yetkisi veren hakkı ifade eder²⁹. Talep hakkı, alacak hakkından daha geniştir; çünkü, aynı hak ihlallerinde de (ayni) talepler gündeme gelirken, bu durumlarda bir alacak hakkından

²² Özeker/ Boran Güneysu, s. 901.

²³ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 1370; Kuru/Aydın, s. 391.

²⁴ Bkz. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Allgemeiner Theil, Band I, Verlag von I. Guttentag, 1888, s. 365-366.

²⁵ Bkz. Aşağıda dn. 117 vd.

²⁶ Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl., Gieseking Verlag, 1975, § 38 II 1; Kuru/Aydın, s. 401-402; Yılmaz, *Şerh*, s. 2297; Pekcanitez, *Dava Hakkında*, s. 960; Tanrıver, *Cilt I*, s. 649.

²⁷ Grunsky, *Grundlagen*, § 38 II 1; benzer yönde Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, s. 40.

²⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, 2023, s. 1074-1075 Nr. 2933; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 14, Nr. 48 vd.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 14 Nr. 48; Serozan, *Medeni Hukuk*, 223.

bahsedilememektedir³⁰. Bu bağlamda, muacceliyet ise, en başta, alacaklının borçludan edimin ifasını isteyebileceği, borçlunun da edimi ifa zorunluluğu olduğu anı anlatır³¹. Maddi hukuka göre bir talebe sahip olan davacının açtığı eda davasında, bu davaya bakılmasında hukuki yararı olduğunu ayrıca göstermesine gerek yoktur³². Davacının talebinin fesih, dönme ya da takas sebebiyle ortadan kaldırılabilir olması da önemli değildir; zira bu haklar borçlu/davalı tarafça ileri sürülmediği sürece talep varlığını sürdürür³³. Aynısı, talebe karşı kesin bir def'i ileri sürülme ihtimalinin bulunduğu durumlar için de geçerlidir³⁴.

Eda davasının konusunu teşkil eden maddi hukuk talebi bu şekilde tanımlandıktan sonra, bu talebin derhal ileri sürülemeyeceği ihtimaller incelenmelidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, hukukumuzda kural “*derhal muacceliyet*”tir (TBK m. 90). Ancak bunun geçerli olmadığı birçok ihtimal vardır.

İlk akla gelen ihtimal, alacağın belirli bir vadeye bağlanmasıdır. Vade gelene dek, alacak doğmuştur ama henüz muaccel değildir³⁵. Böyle bir borç muacceliyetten önce ifa edildiği takdirde, henüz alacaklının ifayı talep hakkı mevcut olmamasına rağmen, yanlışlıkla ifa edildiği gerekçesiyle sebepsiz zenginleşmeden ötürü geri istenememektedir³⁶.

Vadeye bağlanmış alacak ile geciktirici def'i³⁷ ileri sürülmüş talep de birbirine benzemektedir³⁸. Geciktirici def'inin ileri sürülmesi muacceliyetin

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 42; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 224; Oğuzman/Öz, s. 14 Nr. 48.

³¹ Eren, s. 1074 Nr. 2933; Oğuzman/Öz, s. 313 Nr. 994.

³² Bkz. Aşağıda dn. 107.

³³ Konrad Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, U. Deichert'sche VerlagsBuchhandlung, 1924, s. 349.

³⁴ Roth, *künftige Leistung*, s. 290-291. Roth, bu durumda talebin güçsüzleşeceğini ama hakim görüşe göre def'inin temel etkisi olan davanın reddinin ancak bu def'inin kullanılmasıyla ortaya çıkacağını belirtmektedir, Roth, *künftige Leistung*, s. 291.

³⁵ Bkz. yukarıda dn. 31.

³⁶ Serozan, *İfa Engelleri*, s. 54; Oğuzman/Öz s. 313 dn. 214.

³⁷ Geciktirici def'iler, borçluya borçlanılan edimi, alacaklıya karşı geçici bir süre için yerine getirmeme hakkını veren def'ilerdir, Eren s. 74 Nr. 202; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, 2005, s. 93. Bu def'iler belirli bir sürenin dolmasıyla veya def'ie muhatap olan alacaklının bazı fiilleriyle ortadan kalkar, Buz, s. 93.

³⁸ Roth, *künftige Leistung*, s. 292; benzer yönde Urs Leu, “Art. 75 OR”, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.*

ertelenmesi olarak görülebilir³⁹. Böyle bir durumda, alacağın ifası için bir dava açılırsa, hâkim şimdilik ret kararı verir⁴⁰.

Vadeyle yakından ilişkili diğer bir ihtimal de borçluya mehil verilmiş olması; bir başka deyişle, ifa zamanının ertelenmesidir. Bir tasarruf sözleşmesi olarak erteleme sözleşmesi, vadenin ertelenmesi yoluyla alacağın özünde bir değişikliğe yol açar⁴¹. Türk ve İsviçre hukuklarında erteleme sözleşmesinin varlığı halinde hem muacceliyetin erteleneceği hem de bu süre boyunca alacaklının hakkını mahkeme önünde ileri sürmesinin engellendiği kabul edilmektedir: Buna göre, erteleme, teknik anlamda bir def'i teşkil etmeyip hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken, hakkı engelleyen bir vakıa (itiraz) olarak ortaya çıkmaktadır⁴². Alman hukukunda ise bu konu tartışmalıdır. Bir görüş Türk ve İsviçre hukuklarındaki düşünceyi savunurken, bir diğer görüş erteleme sözleşmesinin muacceliyeti ertelemeyip yalnızca mahkeme önünde ileri sürülebilirlik için bu sürenin beklenmesi gerektiğini belirtmektedir⁴³.

Bir başka ihtimal, borcun kendisinin ertelenmiş olması halidir⁴⁴. Bu ihtimalde borç henüz doğmamıştır⁴⁵. Ertelenmiş borç, bilhassa sürekli borç ilişkilerinde henüz zamanı gelmemiş ifa periyotlarındaki borçları ifade eder⁴⁶. Örneğin, gelecek ayın kirası bakımından borç henüz doğmamıştır ve bunun doğması zamana bağlıdır⁴⁷. Yine daha sonra belirli bir anda ifa edilmeye başlanacak olan sürekli borç ilişkilerinin hepsi bu kapsamda

I-529 OR, Helbing Lichtenhahn, 6. Auflage, 2015, Nr. 4.

³⁹ Roth, *künftige Leistung*, s. 292; benzer yönde Leu, Art. 75 OR N 4.

⁴⁰ Roth, *künftige Leistung*, s. 292.

⁴¹ Rolf H. Weber, *Berner Kommentar Obligationenrecht*, Band 6, 1. Abteilung, 4. Teilband, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2005, Art. 75 OR Nr. 106; Eren, s. 1079 Nr. 2951; Ayşe Karaca Öz, İfa Zamanını Ertelene Sözleşmesi, Adalet Yayınevi 2022, s. 59-60.

⁴² Weber Art. 75 Nr. 106; Leu, Art. 75 OR Nr. 5; Eren, s. 1080 Nr. 2952.

⁴³ Bu görüşler hakkında bkz. Roth, *künftige Leistung*, s. 291.

⁴⁴ Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2023, s. 1335 Nr. 79. 17; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Sebepsiz Zenginleşme*, Cilt III, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014, s. 54; Oğuzman/Öz s. 313 dn. 214.

⁴⁵ Koller, s. 1335, 79.17.

⁴⁶ Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. Auflage, C. F. Müller, 2006, Nr. 845; Koller, s. 1336 79.18.

⁴⁷ Serozan, *İfa Engelleri*, s. 54; Oğuzman/Öz s. 313 dn. 214.

değerlendirilebilir⁴⁸.

Alacağın henüz doğmamış olması ve vadeye bağlanmış olması arasındaki fark, esas itibarıyla ifa edilebilirlikte ortaya çıkar⁴⁹. Buna göre, henüz doğmamış bir alacak, doğumundan önce ifa edilirse sebepsiz zenginleşmeyle geri istenebilirken, vadeye bağlanmış alacak için bu imkan söz konusu değildir⁵⁰. Müeccel bir alacağın muaccel olacağı, ertelenmiş bir alacağın ise doğacağı an, belirli (01.01.2025) ya da belirsiz (bir kişinin ölümüne bağlı) şekilde düzenlenebilir⁵¹.

Bir başka ihtimal, şarta bağlı alacaklarda gündeme gelebilir. Burada şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir⁵². Bir başka deyişle, alacağın hiç doğmama ve dolayısıyla edimin de hiçbir zaman ifa edilmeme ihtimali vardır. Bu sebeple, vadeye bağlanmış veya ertelenmiş olan alacaklar ile şarta bağlanmış olan alacak arasındaki en önemli fark, şarta bağlı alacağın iktisadi değerinin daha zor belirlenebilmesidir⁵³. Tıpkı ertelenmiş alacak bakımından geçerli olduğu gibi, şart gerçekleşmeden önce de yanlışlıkla ifa edilen edim, sebepsiz zenginleşmeyle geri istenebilir⁵⁴. Geciktirici şarta bağlı alacak kavramıyla gelecekte doğacak alacak kavramları arasındaki sınırın muğlak olduğu belirtilmelidir⁵⁵.

Müstakbel edimin ortaya çıkabileceği haller bu şekilde kısaca belirtildikten sonra, bu hallerde açılan bir eda davasında ret kararı verilecekse, bu kararın dayanağının ne olması gerektiğinin incelenmesine geçilebilir.

III. ERKEN AÇILAN DAVANIN KABUL EDİLEBİLİRLİK VE HAKLILIK AYRIMINDAKİ YERİ

Erken açılan davanın, kabul edilebilirlik ve haklılık ayrımındaki yerini tespit edebilmek için öncelikle bu ayrım üzerinde durmak gerekir. Bir davanın mahkemece kabul edilebilmesi için hem maddi hukukun hem usul

⁴⁸ Krş. Medicus, Nr. 845.

⁴⁹ Koller, s. 1335 79.17.

⁵⁰ Roth, *künftige Leistung*, s. 293; Serozan, *İfa Engelleri*, s. 54; Oğuzman/Öz s. 313 dn. 214.

⁵¹ Krş. Roth, *künftige Leistung*, s. 293-294.

⁵² Koller, s. 1335 79.17; Ayşe Lâle Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ayyıldız Matbaası, 1992, s. 30; Eren, s. 1313 Nr. 3616; Serozan, *İfa Engelleri*, s. 57.

⁵³ Roth, *künftige Leistung*, s. 294.

⁵⁴ Serozan, *İfa Engelleri*, s. 58; Sirmen, s. 135.

⁵⁵ Grunsky, *Grundlagen*, § 38 II 2.

hukukunun gerektirdiği unsurların gerçekleşmesi gerekir⁵⁶. Usul hukukunun öngördüğü unsurlar olan dava şartları ve ilk itirazlar, tarafların maddi hukuktaki durumunu etkilemeyip maddi hukuktaki durumun yargılamada ileri sürülmesini düzenlemektedir⁵⁷. Bu iki farklı alana dair unsurların tek bir başlık altında toplanmamasının esas sebebi HMK'nın 138. maddesi uyarınca dava şartları ve ilk itirazların öncelikli inceleneceğine dair kuraldır⁵⁸. Başka bir deyişle bir ayırımı⁵⁹ varlığının temel nedeni davanın mahkemece kabulü için gereken usule ilişkin şartların (dava şartları ve ilk itirazların) öncelikli incelenmesidir. Dava şartları ve ilk itirazlar karara bağlandıktan sonra maddi hukuka dair şartların incelenmesine geçilir. İşte bu şekilde oluşan iki ayrı safhayı tanımlamak için kabul edilebilirlik ve haklılık kavramları kullanılır. Dava şartları ve ilk itirazların incelendiği safhaya kabul edilebilirlik safhası, esasın incelendiği safhaya ise haklılık safhası denir. Davanın kabul edilebilirliği ve haklılığı ayırımı hukukumuzda kabul edilmekte olup⁶⁰ çeşitli kanunlarda da kendisine yer bulmuştur. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin başlığı "*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi*"dir. O halde, kabul edilebilirlik aşamasının tamamen usul hukuku tarafından düzenlendiği, haklılık aşamasının ise hem usul hukuku (sadece bazı hallerde ve kabul edilebilirlik safhasındaki kurumlar hariç) hem maddi hukuk tarafından düzenlendiği ifade edilebilir⁶¹. Bu sebeple bir hukuki kurumun kabul edilebilirlik aşamasında

⁵⁶ Grunsky, *Grundlagen*, § 5 II 2; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 316.

⁵⁷ Bkz. Reiner Martin, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, Heymanns Verlag, 1974, s. 40.

⁵⁸ Bkz. ve Krş. Jürgen Blomeyer, "Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81 (1/2), 1968, s. 22 vd.

⁵⁹ Bülow'un çalışması olmasa böyle bir ayırımı günümüzde belki olmayacağı ifade edilmiştir, Wolfgang Grunsky, "Prozess- und Sachurteil", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 80 (1/2), 1967, s. 67.

⁶⁰ Şakir Sabri Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960, s. 202; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 276; Mustafa Serdar Özbek, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 148; Hanağası, s. 286.

⁶¹ Bkz. Rosenberg, s. 433. Aynı yönde Eberhard Wieser, Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 84 (3), 1971, s. 316. Burada dikkat edilmesi gereken nokta haklılık bakımından usul hukuku ve maddi hukukun birlikte ele alınmasının mümkün olduğu hallerdir. Yoksa kabul edilebilirlik aşamasının münhasıran usul hukukuna göre değerlendirileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır, James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Springer Verlag, 1925, s. 394; Grunsky, *Sachurteil*, s. 57; Franz Kälin, *Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht*, Juris Verlag, 1949, s. 22; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 281.

incelenmesi onun salt usul hukuku temelli olmasını gerektirir.

Kabul edilebilirlik safhasının haklılık safhasından farklılık gösterdiği bir diğer nokta, kabul edilebilirlik safhasında incelenen dava şartlarına ilişkin vakıa ve delillerin toplanmasına ilişkindir. Bu inceleme çalışma bakımından önem teşkil etmediğinden, bu incelemenin nasıl yapılacağına dair detaylı açıklama yapılmayacaktır⁶².

Bu noktada derhal incelenmesi gereken bir konu maddi hukuka ait dava şartı kavramıdır. Maddi hukukun HMK'nın 114. maddesi anlamında bir dava şartı öngörüp öngöremeyeceğinin tespiti için maddi hukuk usul hukuku ayırımından yola çıkabilir. Esas itibarıyla, maddi hukuk kuralları, herhangi bir çekişme olmaksızın, özneleri olan gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenler⁶³. Başka bir ifadeyle, maddi hukuk kuralları, özel hukuk kapsamında ve fakat yargılamaya ilişkin olmayan diğer bütün kuralları ifade eder⁶⁴. İstisnai olarak maddi hukuk kuralı tarafından öngörülen hukuki sonucun gerçekleşmesi için mahkemeye başvurulmasının aranması mümkündür⁶⁵; mesela boşanma davası böyledir. Bu durum maddi hukuk kuralının niteliğini etkilemez; yalnızca, kuralın öngördüğü hukuki sonucun mahkeme aracılığıyla ortaya çıkacağına dair hükümde düzenlenen bir koşul vakıa söz konusudur⁶⁶. Maddi hukukun özneleri arasında bir uyuşmazlık çıktığında ve bu uyuşmazlık yargı organlarının önüne geldiğinde, artık usul hukuku kuralları devreye girer⁶⁷. Usul hukuku kuralları, yargı örgütünün kurulmasını ve şartlarını, hukuki korumanın türünü, şeklini ve etkilerini düzenler⁶⁸. Bu anlamda usul hukuku, yargılama sürecini düzenleyen kurallar

⁶² Dava şartlarına dair vakıa ve delillerin incelenmesine dair bkz. Kuru/Aydın, s. 396; Tanrıver, *Cilt I*, s. 701; Özekes/ Boran Güneysu, s. 884; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2009, s. 214; Hanağası, 287 vd.; Fatih Tahiroğlu, *Medeni Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 12 vd. geniş kapsamlı bir çalışma için bkz. Bruno Rimmelspacher, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Verlag Otto Schwartz & Co, 1966, s. 149 vd.

⁶³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 1 Nr. 31; Pekcanitez, *Genel Bilgiler*, s. 33; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 5; Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 68.

⁶⁴ Erdoğan, *Yer Bakımından Uygulanma*, s. 68.

⁶⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 5 dn. 1; Erdoğan, *Yer Bakımından Uygulanma*, s. 68 dn. 274.

⁶⁶ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 5 dn. 1; Erdoğan, *Yer Bakımından Uygulanma*, s. 68 dn. 274.

⁶⁷ Pekcanitez, *Genel Bilgiler*, s. 33.

⁶⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 1 Nr. 32; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 5.

olarak ortaya çıkar⁶⁹. HMK'nın 114. maddesi anlamındaki dava şartlarının maddi hukuktan kaynaklanacağı ifade edilirse, dava şartları usul hukukuna ilişkin olduğundan⁷⁰ ve ancak dava açılması halinde incelenmeleri gündeme geleceğinden, maddi hukukun kendisinin tek başına sonuç doğuramayacağı, mutlaka dava açılması gerektiği çıkarımına varılması gerekir. Bu sonuç iki yönden usul hukuku ve maddi hukuk ayırımına ters düşer: İlk olarak, yargılama sürecini düzenleyen kuralların maddi hukuka ait olabileceği anlamına gelir. İkinci olarak ise maddi hukukun tek başına, özel hukuk öznelerinin dava dışı hukuki durumlarını düzenlemediği anlamına gelir.

Alman hukukunda ise, maddi hukuka ilişkin ve usul hukukuna ilişkin “*dava şartları*”ndan (*die materiellen und prozessualen Klagvoraussetzungen*) bahseden bir görüş vardır⁷¹. Bu görüşün alındığı eserin içindekiler kısmına bakıldığında, maddi hukuka ilişkin “*dava şartları*”nın incelenme yeri gösterilirken, “*Prozessgegenstand*”⁷² (*Anspruch im prozess. Sinn*⁷³), *materielle Klagvoraussetzung*⁷⁴ başlığı kullanılmıştır. *Derhal belirtmek gerekir ki, günümüzde kabul edilen usuli dava konusu kuramı, Rosenberg tarafından 1927 yılında (çift parçalı olarak) ortaya konulmuştur*⁷⁵; oysa maddi hukuka ilişkin “*dava şartı*” kavramının geçtiği eser 1903 yılına aittir. Bu sebeple anılan eserdeki “*dava konusu*” ifadesi okunurken bu farklılığa dikkat edilmelidir. Bu görüşün, maddi hukuka ilişkin “*dava şartları*” kapsamında yaptığı değerlendirmeler aynen şu şekildedir⁷⁶: Dava konusu, tespit davaları bakımından ileri sürülen veya inkar edilen hukuki ilişkidir. Eda davalarında (yükümlü olan tarafın ifa etmeye mahkum edildiği) muaccel veya müstakbel edime dair taleptir; yenilik doğuran davalarda, mahkemenin kararıyla meydana gelecek olan yenilik doğurucu haktır. Eserin ilerleyen sayfalarında da⁷⁷ maddi hukuka dayanan “*dava şartları*” hakkında değerlendirme yapılırken şu ifadeler

⁶⁹ Erdoğan, *Yer Bakımından Uygulanma*, s. 67. Bu süreçte istisnai olarak usuli hak ve yükümlülükler de doğabilir, Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 1 Nr. 32.

⁷⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 316.

⁷¹ Konrad Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, U. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1903, s. 150. Ayrıca bkz. Üstündağ, *Medeni Yargılama* s. 283.

⁷² Dava konusu.

⁷³ Usul hukuku anlamında talep.

⁷⁴ Maddi hukuka ilişkin “*dava şartı*”.

⁷⁵ Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 93 Nr. 10.

⁷⁶ Hellwig, *Lehrbuch*, s. 150.

⁷⁷ Hellwig, *Lehrbuch*, s. 166.

kullanılmaktadır: “... für die materiellen Klagvoraussetzungen (hinsichtlich der Existenz, des Inhalts und der Wirksamkeit des eingeklagten Rechts)...”. Bu ifadenin tercümesi şu şekildedir: “...maddi hukuka dayanan “dava şartları” için (dava edilen hakkın varlığı, içeriği ve geçerliliği bakımından)...”. Dolayısıyla, bu görüşün maddi hukuka dayanan “dava şartları” olarak nitelendirdiği husus, bir hak veya hukuki ilişkinin varlığı için maddi hukukun gerçekleşmesini aradığı koşul vakıalardır. Usul hukukuna dayanan “dava şartları” ise beş başlık altında incelenmektedir⁷⁸: Taraf ehliyeti, yargı yolu, yargı hakkı, dava takip yetkisi ve hukuki koruma temeli. Buna göre, bu görüşün usul hukukuna dayanan “dava şartları” olarak nitelendirdiği kurumlar, HMK’nın 114. maddesindeki kurumların sadece birkaçını kapsamaktadır. Bu görüş, söz konusu maddi hukuka ve usul hukukuna dair “dava şartlarının”, davanın mahkemece kabulü için öngörülen şartlar olduğunu ifade etmektedir⁷⁹. Ayrıca bu görüşün bir de “Prozessvoraussetzungen” (tam tercümesi dava şartı olan) olarak nitelendirdiği, usul hukukuna dayanan “dava şartları”nın dışında bıraktığı ama HMK’nın 114. maddesindeki diğer bazı kurumları dahil ettiği bir kategori vardır⁸⁰: Dilekçenin kanunda öngörülen unsurları haiz olması; caiz dava türünün seçilmesi; görevli ve yetkili mahkemeye başvurulmuş olması; davanın dava ehliyetine sahip biri tarafından veya dava ehliyeti yoksa kanuni temsilcisi tarafından açılması; dava dilekçesinin dava ehliyetine sahip birine veya dava ehliyeti yoksa kanuni temsilcisine tebliğ edilmesi; avukatla temsil zorunluluğunun olduğu hallerde avukatla dava açılması. Dolayısıyla bu görüş, HMK’nın 114. maddesinde sayılan dava şartlarını bölüp bunları farklı kategoriler altında ele almaktadır. Ayrıca, söz konusu iki ayrı kategorideki usuli “dava şartları”nın, eksiklikleri halinde farklı kararlar verileceğini belirtmektedir⁸¹. Bu görüşün yaptığı şekilde, HMK’nın 114. maddesi anlamında dava şartlarının bölünmesinin ve eksiklikleri halinde farklı kararlar verilmesinin, Türk hukukunda kanuni bir temeli yoktur. Bu görüşün Almanya’da da günümüz maddi hukuk usul hukuku ilişkisine ters düştüğü ifade edilerek reddedildiği belirtilmelidir⁸².

Kabul edilebilirlik aşamasının münhasıran usul hukuku tarafından

⁷⁸ Hellwig, *Lehrbuch*, s. 151 vd.

⁷⁹ Hellwig, *Lehrbuch*, s. 146.

⁸⁰ Hellwig, *Lehrbuch*, s. 144.

⁸¹ Konrad Hellwig, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Zweiter Band, U. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung, 1907, s. 17-18.

⁸² Rosenberg, s. 434, bu görüşe yönelik diğer eleştiriler için bkz. Rosenberg, s. 435 vd.

düzenlendiği belirtildikten sonra, yine bu aşama içerisinde yer alan hukuki yararın kapsamına müstakbel alacak için dava açılması halinin girip girmediği incelenmelidir. Çünkü müstakbel alacak için dava açılmasına ilişkin açıklama yapılırken maddi hukuk ve usul hukuku arasındaki sıkı bağ, böyle bir davada nasıl karar verileceği konusunda soru işaretleri doğurmaktadır⁸³. Bir diğer eleştiri, maddi hukuk taleplerinin hukuki korumadan yararlanma şartlarını düzenlemenin, yalnızca maddi hukukun konusu olduğudur⁸⁴. Bir başka deyişle, erken dava açılmasına izin veren şartlar (ZPO'nun 257-259. maddelerindeki şartlar⁸⁵) maddi hukuka dairdir⁸⁶. Bu eleştiriye verilecek cevap, bir talep için dava açılmasının yalnızca maddi hukukla düzenlenmiş olmadığıdır⁸⁷. Dava açılması en başta hak arama özgürlüğüne ilişkindir⁸⁸. Dolayısıyla, maddi hukuk talebine ilişkin dava açılmasında sadece maddi hukuku belirleyici yapmak mümkün değildir. Sorunlu bir kısım da dava şartlarının öncelikli inceleniyor olmasıdır. Çünkü bu halde örneğin, ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu belli olan bir sözleşmeye dayanarak açılan davada, dava “erken” açıldığı için hukuki yarardan ret kararı verilmesi gerekecektir⁸⁹. Dava şartı niteliğini haiz olmanın sonucu olarak, o kurum re'sen incelenecektir. Ancak HMK'nın 25. maddesi uyarınca medeni usul hukukunda kural olan ilke taraflarca getirilme ilkesidir ve bu ilkeden ayrılmak için teorik bir gerekçe ortaya konulması gerekir. Erken açılan davada da taraflarca getirilme ilkesinden ayrılma ve re'sen dikkate alınmanın gerekçesinin açıklanması elzemdir⁹⁰.

Haklılık değerlendirmesinde olduğu gibi kabul edilebilirlik değerlendirmesinde de ilgili şartların varlığı aranır⁹¹. Bunların ispatı ise bir bakımdan farklılık göstermektedir. O farklılık bir vakıanın çifte önemi haiz olması halinde (davanın hem kabul edilebilirlik hem haklılık aşamalarını ilgilendirdiği takdirde) ortaya çıkar⁹². Böyle bir durumda vakıaların tutarlı bir

⁸³ Krş. Roth, *künftige Leistung*, s. 307; Özkes/ Boran Güneysu, s. 901.

⁸⁴ Herberth Roth, “§ 257 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, Nr. 3.

⁸⁵ Bkz. Aşağıda dn. 130.

⁸⁶ Roth, *künftige Leistung*, s. 312.

⁸⁷ Eichel, s. 311.

⁸⁸ Krş. Eichel, s. 309-310.

⁸⁹ Krş. Roth, *künftige Leistung*, s. 307.

⁹⁰ Krş. Roth, *künftige Leistung*. 307; Özkes/Boran Güneysu, s. 901.

⁹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 94 Nr. 34-35.

⁹² Nadja Erk, *Prozessvoraussetzungen*, Helbing Lichtenhahn, 2022, s. 113.

şekilde ileri sürülmesi kabul edilebilirlik yargısına ulaşılması için yeterlidir⁹³. Hakklılık aşamasında incelenen sorun hakkında ise artık usule ilişkin bir karar verilmez ve esas hakkındaki kararlar ilk derece yargılaması sona erdirilir⁹⁴.

Çifte önemi haiz vakıaların incelenme özelliği de dikkate alındığında müstakbel alacak için iki ihtimalin gündeme gelmesi söz konusu olabilir: İlk ihtimalde davacı, aslında öyle olmamasına rağmen, talebinin muaccel olduğunu ileri sürerek bir eda davası açabilir. İşte bu halde talebin gerçekten muaccel olup olmadığı ancak esasa ilişkin yargılama sonucunda belli olur. İkinci ihtimalde davacı, açıkça müeccel olan bir alacağının vade tarihinde ifasına hükmedilmesi için bir eda davası veya sadece bir tespit davası açabilir.

İlk ihtimalde, alacağın muaccel olup olmaması hukuki yarar bakımından önem taşısa da muacceliyet çifte önemi haiz vakıa olduğu için davacının salt tutarlı iddiası sonucu varsayılır. Alacağın muacceliyeti hakkında hüküm anında bir karar verilir, bir başka deyişle, hüküm anında muaccel olmadığı ortaya çıkan alacak için şimdilik esastan ret kararı⁹⁵ verilir⁹⁶.

İkinci ihtimalde, davalı borçlunun, borcunu ciddi bir şekilde inkar etmesi halinde ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin belirli hale getirilmesinde menfaat varsa müeccel alacak tespit davasının ve hükmünün konusu olabilir⁹⁷. Davacının, müeccel olduğu açık bir alacağın, muaccel olduğu tarih itibariyle ifasını talep ettiği bir davada ise durum biraz daha karmaşık hale gelmektedir.

⁹³ Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 39 Nr. 3.

⁹⁴ Erk, s. 113 vd.

⁹⁵ Şimdilik esastan ret kararıyla böyle bir kayıt içermeyen esastan ret kararı arasında fark yoktur. Çünkü her iki durumda da muacceliyet, sonraki bir vakıa olarak maddi anlamda kesin hükmün zaman bakımından sınırının dışındadır. Böylece önceki maddi anlamda kesin hüküm muacceliyetten sonra dava açılmasını engellemez, Wolfgang Grunsky, "Rechtskraft von Entscheidungsgründen unnd Beschwer", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 76 (3), 1963, s. 166.

⁹⁶ Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, "Art. 84 ZPO", Thomas Sutter-Somm, Benedikt Seiler (Ed.), *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (CHK), Art. 1-408 ZPO*, Schulthess, 2021, Nr. 2. Benzer yönde Roth, *künftige Leistung*, s. 287-288.

⁹⁷ Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 14 Nr. 13; Paul Oberhammer/Philipp Weber, "Art. 84 ZPO", Paul Oberhammer, Tanja Domej, Ulrich Haas (Ed.), *Kurzkommentar ZPO*, Helbing Lichtenhahn, 3. Auflage, 2021, Nr. 14. benzer yönde Ulrich Foerste, "§ 259 ZPO", *Zivilprozessordnung*, Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Ed.), 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2024, Nr. 1; Ekkehard Becker-Eberhard, "§ 259 ZPO", Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Ed.) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020, Nr. 15; Sirmen, s. 133; Üstündağ, *Medeni Yargılama* s. 284; Hanağası, s. 236; Ali Cem Budak/Mustafa Okan Yağcı, "Mevsimsiz Dava: Davanın Vaktinden Önce Açılması", *Adalet Dergisi*, 70, 2023, s. 26.

Çünkü burada davacı, kendi hakkı olan bir şeyi talep ettiği için bu davanın haksızlığından bahsedilemez⁹⁸. Bu sebeple kabul edilebilirlik ve haklılık ayırımından bakıldığında, böyle bir davanın, maddi hukuk izin verdiği için, haklılık aşamasında reddi mümkün değildir. O halde ilk bakışta bu durumların hepsinde eda davası açılması mümkün görülebilir. Ancak kabul edilebilirlik safhası için de bir değerlendirme yapılmadan bir davanın mahkemece kabul edilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, muacceliyete ilişkin bir değerlendirmenin dava şartları kapsamında yapılıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkar. Hukuki yarar bakımından da alacaklının bu davayı açmaktaki yararıyla, mahkemelerin iş yükü ve davalının ise tekrar mahkemeye başvurma zorunluluğu bağdaştırılmalıdır. Çünkü dava açılması mahkemeyi harekete geçirici bir taraf usul işlemi⁹⁹ olduğu için mutlaka mahkeme bu taraf işlemi hakkında bir karar vermelidir¹⁰⁰. Usulden ret kararı da bu açıdan yeterlidir¹⁰¹. Usulden ret kararı için gereken hukuki temeli ise hukuki yararlar sağlamak mümkündür¹⁰².

Erken açılan dava esas itibarıyla eda davalarında sorun olduğu için buradan sonra eda davalarında hukuki yarar incelenecektir. Çünkü tespit davasının açılması bakımından öğretide bir tartışma yoktur ve tespit davası açılabileceği kabul edilmektedir¹⁰³. Yenilik doğuran davalar bakımından ise erken açılan bir dava olamayacağı ve tüm unsurların tamamlanmış olması gerektiği hakkındaki görüşe katılıyoruz¹⁰⁴.

⁹⁸ Othmar Jauernig/Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2011, § 35 Nr. 10; Wolfgang Lücke, *Zivilprozessrecht*, Band I, 11. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2020, § 13 Nr. 12; Weber, Art. 75 Nr. 41; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, 2020, Nr. 2158; Buna göre sadece, davada alacağın kendisi ispat edilmemişse, esastan ret kararı verilmesi gerekir, Christian Seiler, “§ 257 ZPO”, Heinz Thomas/ Hans Putzo (Ed.), *Zivilprozessordnung*, 42. Auflage, 2021, Nr. 1.

⁹⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 7.

¹⁰⁰ Goldschmidt, s. 371-372. Karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemleri için ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, *Islah*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 135 vd.

¹⁰¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr.10.

¹⁰² Kuru/ Aydın, s. 390.

¹⁰³ Bkz. Yukarıda dn. 97.

¹⁰⁴ Özekes/ Boran Güneysu, s. 872.

IV. ERKEN AÇILAN EDA DAVALARINDA HUKUKİ YARAR

A. Genel Olarak

Günümüz usul kanunları, istenen hukuki korumanın niteliğine göre davaları üçe ayırmıştır¹⁰⁵: Eda davaları, tespit davaları ve yenilik doğuran davalar. Bu üç dava türü arasında, hukuki yararın mevcudiyetinin aranması bakımından fark yoktur¹⁰⁶; ancak, kanun gereği eda davalarında ve yenilik doğuran davalarda bu yararın özel olarak gösterilmesine gerek yokken, tespit davaları bakımından, tespit davası açmakta hukuki yarar olduğunun özel olarak gösterilmesi gerekir. Konumuz bakımından önem taşıyan ise, eda davalarındaki hukuki yararadır.

Eda davalarında, kural olarak hukuki yararın varlığı kabul edilir¹⁰⁷. Eda davaları, davada varlığı iddia edilen ve hükümde tespit edilen bir edimin ifasına dair talebin yerine getirilmesine hizmet eder¹⁰⁸. Böylece açtığı eda davası mahkemece kabul edilen davacı, ilamlı icraya koyabileceği bir hüküm elde etmiş olur. Normal şartlarda davacı yalnızca bu ilamla, ilamlı icra yoluna başvurabileceği için de davacının eda davası açmakta kural olarak hukuki yararı vardır¹⁰⁹.

Eda davaları bakımından Türk¹¹⁰, Alman¹¹¹ ve İsviçre¹¹² hukuklarında ayrıca muacceliyete ilişkin değerlendirmelere işaret edilmiştir. Ayrıca hemen belirtmek gerekir ki, haklı endişeye dayanarak müstakbel alacak için eda davasının açılabilmesi hallerde tespit davasının açılabilmesi (baskın görüş¹¹³), eda davası açılmasını engellemez¹¹⁴. Zira kural olarak, eda davasının açılabilmesi

¹⁰⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 299; Pekcanitez, *Dava Hakkında*, s. 960; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 271 vd.

¹⁰⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 330 vd.; Pekcanitez, *Dava Hakkında*, s. 946-947; Tanriver, *Cilt I*, s. 531-532.

¹⁰⁷ Eichel, s. 325; Kuru/Aydın, s. 390; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 330; Tanriver, *Cilt I*, s. 531; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 328.

¹⁰⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 1.

¹⁰⁹ Grunsky, *Grundlagen*, § 39 II.

¹¹⁰ Kuru/ Aydın, s. 390; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası s. 330.

¹¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 90 Nr. 14; Grunsky, *Grundlagen*, § 39 II.

¹¹² Sutter-Somm/ Seiler, Art. 84 ZPO Nr. 2; Oberhammer/Weber, Art. 84 ZPO Nr. 11 vd.

¹¹³ Bkz. yukarıda dn. 97.

¹¹⁴ Richard Zöllner/Reinhard Greger, “§ 259 ZPO”, Christoph Althammer, Christian Feskorn, Reinhold Geimer *et. al.* (Ed.), *Zöllner Zivilprozessordnung: ZPO*, 34. Auflage, Otto Schmidt,

hallerde tespit davası açmakta hukuki yarar yoktur¹¹⁵. İşte bu düşünceye uygun şekilde, tekrarlanan edimlere ilişkin eda davasının açılabilirdiği durumlarda, tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur denilebilir¹¹⁶.

Davanın açılmasıyla kurulan usul ilişkisinin üç öznesi vardır¹¹⁷: Davacı, davalı ve mahkeme. Erken açılan dava söz konusu olduğunda bu üç öznenin durumunun değerlendirilmesi gerekir. Günümüzde genel kabulün¹¹⁸ maddi anlamda kesin hükmün maddi hukukta değişikliğe sebep olmadığı da dikkate alındığında, vadeye kadar bekleyebilme hakkı olan borçlunun, bu hakkı elinden alınamaz; dolayısıyla bu yönde eda hükmü almış olan alacaklı ilamı icraya koymak için vadenin dolmasını beklemek zorundadır¹¹⁹. Böylece alacaklı maddi hukuk, alacağın talep edilebilir olduğunu kabul ettiği anda, ilamlı icraya başvuru imkanını haiz olacaktır; aksi takdirde, borcunu ödemeyeceği şüphesi olan borçluya karşı ilamlı icra yoluna başvurmak için gerekli olan ilam ancak vade sonrasında açılan bir dava ile sağlanabilecektir¹²⁰. Bir başka deyişle, vadeden önce eda davası açılması, vade tarihinde davacının elinde icra edilebilir bir ilam olmasını sağlayarak, davacıyı, hukuki korumaya erişmesinin gecikmesi ihtimalinden korumaktadır¹²¹. Böylece alacak daha hızlı elde edilmekte ve etkin hukuki koruma güçlendirilmektedir¹²². Verilen hükmün

2022, Nr. 4.

¹¹⁵ Kuru/Aydın, s. 406; bkz. Atalı/Ermenek/Atalı, s. 320.

¹¹⁶ Herberth Roth, “§ 256 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, Nr. 64; Ekkehard Becker-Eberhard, “§ 258 ZPO”, Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Ed.) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020, Nr.10.

¹¹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 2 Nr. 4.

¹¹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 152 Nr. 5, 6; Murat Atalı, “Karar ve Hüküm”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 2058; Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 66-67.

¹¹⁹ Eichel, s. 293.

¹²⁰ Eichel, s. 293.

¹²¹ Wolfram Henckel, “Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 174, (2/3), 1974, s. 105.

¹²² Ekkehard Becker-Eberhard, “§ 257 ZPO”, Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Ed.) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020, Nr. 2; Ulrich Foerste, “§ 257 ZPO”, *Zivilprozessordnung*, Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Ed.), 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2024, Nr. 1; Ulrich Foerste, “§ 258 ZPO”, *Zivilprozessordnung*, Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Ed.), 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2024, Nr. 1; Foerste, § 259 ZPO Nr. 1.

icra kabiliyeti muacceliyete bağılı olduğundan usul hukukunun, aslında maddi hukukun cevaz vermediğı bir koruma sağladığı da söylenemez¹²³. Ancak bu durumda, alacaklının lehine (henüz maddi hukuk, alacaklının alacağını talep edilebilir kabul etmemişken) bir eda hükmü verilmiş olur¹²⁴. Dolayısıyla vadesi gelmemiş alacak için eda davası açılması ve eda hükmü alınmasında, ilk planda alacaklı avantajlı konumdadır.

Yukarıda erken açılan davanın kabul edilmesinin davacı bakımından yararı belirtildikten sonra davalının nasıl korunacağı incelenmelidir. Müstakbel alacağın konu olduğu her davada, dikkat edilmesi gereken, müstakbel alacağın hüküm altına alınması halinde aslında davalının savunma imkanın daraltılacak olduğudur¹²⁵. Davalı, mevcut davada, örneğın henüz vadenin dolmadığını ileri sürse de edaya mahkum edilebilir. Hükümde vadenin ne zaman dolacağı belirtileceğı için zaten bundan önce ilamlı icraya başvuru mümkün değıldir. Vadeden önce borcun ifa edilmesine rağmen, alacaklının ilamlı icraya başvurması düşünülebilir. Bu durumda, davalının savunma imkanı olmadığı söylenemez çünkü müstakbel alacaklar hakkında hüküm anından sonra ortaya çıkan itirazların İİK'nın 33. maddesi çerçevesinde, tekrarlanan edimlere ilişkin hükümlerin ise değışiklik davası yoluyla ileri sürülmesi mümkündür¹²⁶. Buna göre “*İcra emrinin tebliğı üzerine borçlu yedi gün içinde dilekçe ile icra mahkemesine başvurarak borcun zamanaşımına uğradığı veya imhal veya itfa edildiğı itirazında bulunabilir*”. Dolayısıyla, örneğın, hükmün verildiğı tarihten sonra, ilam konusu borcun itfa edilmiş olduğu ileri sürülebilir. Davalının savunma imkanı daralsa da, dava konusu edimi ifa ettiği savunmasında bulunma imkanı baki kalmaktadır. Davalının bu yollara başvurmasıysa tek başına icra faaliyetlerini durdurmayacaktır. Davalı icranın durdurulmasını, şartları varsa İİK'nın 36. maddesi uyarınca sağlayabilir.

Usul ilişkisinin son öznesine gelindiğinde, tarihsel açıdan, müstakbel edimin ifası için dava açılmasından çekinilmesinin nedeni davalının yararının korunması değıldir; onun yerine mahkemelerin iş yükünün artmasının

¹²³ Eichel, s. 311; Verilen hükümle muacceliyetin önceye çekilmesi gibi bir durum da söz konusu değıldir, Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 2.

¹²⁴ Krş. Eichel, s. 293.

¹²⁵ Mot. I, s. 366.

¹²⁶ Krş. Mot. I, s. 366.

önlenmesi ve görünüşte davaların önüne geçilmesidir¹²⁷. Müeccel alacağın söz konusu olduğu her durumda davanın esastan bir kararla sona erdirilmesi, mahkemelerin iş yükünün aşırı derecede artmasına sebebiyet verecektir¹²⁸. İşte müstakbel edimin ifasının bir eda davası ile erken istenmesinin hukuki yarar eksikliği kapsamında değerlendirilerek (tarafarca getirilme ilkesinden ayrılarak) re'sen incelenmesinin teorik temeli buradadır. Çünkü, erken davada re'sen incelenme imkanını veren “hukuki yarar” kavramına başvurulması, usul ilişkisinin üçüncü öznesi mahkemelerin iş yükünün artmamasında rol oynayabilecektir. Mahkemelerin aşırı iş yükü altında kalmamasında bir kamusal yarar olduğu kuşkusuzdur.

Sonuç olarak, erken dava açılmasının kabulü ve sonucunda mahkemelerin iş yükünün ciddi ölçüde artma olasılığı ile davalının daha sonra tekrar mahkemeye başvurma zorunluluğuyla karşı karşıya bırakılması; ancak alacaklının davada ortaya koyacağı hukuki yararıyla meşru kılınabilir¹²⁹.

Alman hukukunda ZPO'nun 257., 258. ve 259. maddelerinde düzenlenen hükümler de tam olarak bu düşüncenin ürünüdür. Bu hükümlerin düzenleme konuları Kuru'dan doğrudan aktarılabilir¹³⁰: “*Alman hukukunda, gelecekte tekrarlanacak edimler için önceden eda davası açılmasına imkan veren genel bir hüküm vardır (ZPO §258). Bundan başka, Alman hukukuna göre, şu davalar da önceden açılabilir: Karşı bir edime bağlı olmayan bir para alacağının (sözleşme, ihtar veya kanun gereğince) belli bir takvim gününde ödenmesi gerekiyorsa, bu alacağın (vadesinde) ödenmesi için vadeden önce eda davası açılabilir (ZPO § 257). Bir gayrimenkulün belli bir takvim gününde tahliyesi gerekiyorsa, o tarihte tahliye edilmesi için, şimdiden tahliye davası açılabilir (ZPO § 257). Yukarıdaki hallerden başka, borçlunun borcunu zamanında yerine getirmeyeceği endişesini haklı gösteren durumların varlığı halinde, gelecekteki edimin (o zaman) yerine getirilmesi için, şimdiden eda davası açılabilir (ZPO § 259). Mesela, borçlu (iyi niyetle de olsa) edim yükümlülüğünü (borcunu) ciddi olarak inkar etmekte ise, borçluya karşı, vadeden önce (vadede ödenmek üzere) eda davası açılabilir*”. 257. madde İsviçre hukukunda da tartışılmamıştır. Türk hukukunda da tartışılmasına gerek olmadığını düşünüyoruz. Gerekçe’de de bu hükmün o zamanki durum dikkate

¹²⁷ Bkz. Eichel, s. 295.

¹²⁸ Eichel, s. 295; aynı yönde Jauernig/ Hess, § 35 Nr. 10.

¹²⁹ Mot. I, s. 366.

¹³⁰ Kuru, s. 1370.

alınarak düzenlendiği ifade edilmektedir¹³¹.

Üç hükmün de amacı alacaklıya sağlanan hukuki korumayı güçlendirmektir¹³². Borçlunun, vadesi geldiğinde borcu ifa etmeme tehlikesi doğmuşsa, alacaklının bir eda davası açması oldukça öngörülebilir bir sonuçtur. Böyle bir durumda, artık alacaklının dava açmak için vadeyi beklemeden hemen dava açmasına ve hızlı bir icra faaliyeti için hazırlanmasına izin vermek gerekir¹³³.

B. Alman Hukukundaki Düzenlemelerden Yararlanılıp Yararlanılamayacağı Sorunu

Müstakbel edimin ifası için dava açılması halinde, ZPO'daki anlayıştan hukukumuz bakımından da yararlanılması mümkündür. Zaten HMK'nın genel gerekçesinde de Alman hukukundan yararlanıldığı belirtilmiştir. Kaynağı Neuchâtel Kantonu Usul Kanunu olup 1927 yılında yürürlüğe giren HUMK, ZPO'yla aynı hukuk ailesine mensuptur ve Alman kaynakları Türk hukuku için vazgeçilmezdir¹³⁴. Ayrıca yukarıda aktarılan ve ZPO'daki hükümlere temel oluşturan düşüncenin kabulünü engelleyen açık bir hüküm olmadığı gibi yine yukarıda belirtildiği üzere maddi hukukunun izin verdiği bir hususu¹³⁵, usul hukukunun engellemesi mümkün değildir. Türk hukukunda erken dava açılmasına izin veren açık düzenleme olmaması, böyle bir davanın açılmasına tek başına engel teşkil etmez. Zira Türk hukukunda dava şartlarını düzenleyen HMK'nın 114. maddesinin gerekçesinde açıkça “*Bu düzenleme, büyük ölçüde İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısının 57 nci maddesinde yer alan kuraldan esinlenilmek suretiyle oluşturulmuştur...*” denilmektedir. İsviçre hukukunda da müstakbel edimin ifasına ilişkin Alman hukukundaki gibi düzenlemeler yoktur. Ancak erken bir eda davasının açılabilmesi hukuki yarar olmak koşuluyla (İsviçre’de bu bağlamda ele alınan haller esasen Alman hukukunda öngörülen ihtimallerdir) kabul edilmektedir¹³⁶.

¹³¹ Bkz. Mot. I s. 366-367.

¹³² Foerste, § 259 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 257 ZPO Nr. 1; Klaus Bacher, “§ 257 ZPO”, Volkert Vorwerk, Christian Wolf (Ed.), *Beck’scher Online Kommentar ZPO*, 52. Edition, Stand: 01.03.2024, Nr. 1 (beck-online.beck.de, E. T. 12.05.2024).

¹³³ Foerste, § 259 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 257 ZPO Nr. 2.

¹³⁴ Yavuz Alangoya, “Grußwort”, *Im Gedenken an Karl Heinz Schwab*, Erlanger Universitätsreden, 3. Folge, Nr. 78/2012, s. 60.

¹³⁵ Bkz. Yukarıda dn. 98.

¹³⁶ Bkz. Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 14 Nr. 13; Oberhammer/Weber, Art. 84 ZPO Nr. 6.

Türk hukukunda bir görüş¹³⁷, Alman hukukunun ilgili hükümlerinin Türk hukuku bakımından emsal teşkil edemeyeceğini söylemektedir. Görüşe göre bu hükümler gerek uygulanma şartları gerekse hükmün icrası bakımından çeşitli yorum güçlüklerine sebebiyet verebilir. Söz konusu hükümlerin olmadığı İsviçre hukukunda da aynı çözümlerin benimsendiği hemen yukarıda belirtilmiştir. Öte yandan yorum zorluklarının tek başına bir engel olması aşılabilir bir sorundur. Zira çok daha karmaşık yorum sorunları olan dava konusu kuramının hukukumuzda ele alınış biçimi incelenebilir. Dava konusu teorisi bakımından, Alman hukukçu Schwab tarafından tüm dava türleri için geçerli şekilde ortaya konulan tek parçalı dava konusu teorisi¹³⁸ Türk hukukunda kabul edilmektedir¹³⁹ ve herhangi bir soruna sebep olmamıştır.

Müstakbel edimin ifasına yönelik davalara ilişkin Alman hukukunda bulunan düzenleme, ZPO'nun ilk halinde bulunmama ile birlikte, yine ilk halinde 664. ve 672. maddeler müstakbel edimin ifasına yönelik bir eda kararının nasıl icra edileceğini düzenlemekteydi¹⁴⁰. Aynı içerikteki düzenlemeler günümüzde ZPO'nun 726. ve 751. maddelerinde yer almakta olup alacaklının ancak maddi hukukun, o alacağın talep edilmesine izin verdiği anda, icraya başvurabilmesi yönündedir¹⁴¹.

Derhal belirtmek gerekir ki, bu hükümlere, ilgili hukuk düzenlerinde de, daha ziyade medeni hukuktan yararlanılarak bir anlam verildiği belirtilmiştir¹⁴². Yine de konunun dava şartları bağlamında değerlendirilmesinden vazgeçilmemiştir¹⁴³.

C. Tekrarlanan Edimlerin İfası İçin Dava Açılması

Müstakbel edimin ifasına ilişkin açılacak dava bağlamında incelenmesi gereken ilk ihtimal tekrarlanan edimlere ilişkin olarak açılacak davalardır.

¹³⁷ Budak/ Yağcı, s. 31.

¹³⁸ Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, s. 199.

¹³⁹ Yılmaz, *Islah*, s. 192; Tanrıver, *Cilt I*, s. 551 vd.; Hanağası, s. 124-125.

¹⁴⁰ Bkz. Eichel, s. 292. Krş. Budak/Yağcı, s. 31-32.

¹⁴¹ Eichel, s. 292.

¹⁴² Bkz. Hellwig, *Lehrbuch*, s. 160, 192 dn 1., 370 vd.

¹⁴³ Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 15; Jauernig/Hess, § 35 Nr. 10 vd.; Lücke, § 13 Nr. 12.

Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda ZPO'nun 258. maddesi, gelecekte tekrarlanacak edimler¹⁴⁴ için önceden eda davası açılmasına imkan veren genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir.

Müstakbel edimin ifasının maddi hukuk tarafından öngörüldüğü hallerde, herhangi bir sorun olması mümkün değildir. Buna örnek olarak maddi hukukun tekrarlanan edimler için eda davası açılmasını öngördüğü haller verilebilir¹⁴⁵: TMK'nın 176., 182., 364-365. ile TBK'nın 615. ve 617. maddeleri.

Bakıldığında bu tip talepler genellikle aylık bazda doğmaktadır ve her ay doğan talepleri ayrı birer dava konusu yapmak pratik bir yöntem olmaz¹⁴⁶. İsviçre hukuku ve Alman hukuku bu noktada birbirine yakınlaşmaktadır. ZPO'nun 258. maddesinin gerekçesinde¹⁴⁷ de hükmün amacının, konusu aynı olan uyuşmazlıkların sürekli tekrar edilmesinden kaçınılması olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla tekrarlanan edimler için muacceliyetten önce dava açılması usul ekonomisine de hizmet etmektedir¹⁴⁸. Günümüzde de davacının tekrar tekrar dava açma zorunluluğunun olmaması ve vadenin gelmesiyle derhal icra yoluna başvurabilme imkanı tanınması düşünceleri, hükmün açıklanmasında kullanılmaktadır¹⁴⁹. İsviçre hukukunda, tüm bir nafaka sürecine istinat ederek, bilhassa alacağın esas itibariyle doğduğu ama bu kapsamdaki münferit alacakların yalnızca gerekli sürenin geçmesine dair bir vadeye bağlandığı gelecekteki edimler hakkında eda davası açılmasının caiz olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰. Buradaki kabul edilebilirlik, kısmen maddi

¹⁴⁴ İfa edilecek edimin mutlaka para alacağı olması gerekmez, Klaus Bacher, “§ 258 ZPO”, Volkert Vorwerk, Christian Wolf (Ed.), *Beck'scher Online Kommentar ZPO*, 52. Edition, Stand: 01.03.2024, Nr. 4 (beck-online.beck.de, E. T. 12.05.2024); Ingo Saenger, “§ 258 ZPO”, Ingo Saenger (Ed.), *Zivilprozessordnung*, Nomos, 10. Auflage, 2023, Nr. 2.

¹⁴⁵ Kuru/Aydın, s. 390.

¹⁴⁶ Lukas Bopp, Balthasar Bessenich, “Art 84”, Thomas Sutter Somm/Franz Hasenböhler/ Christoph Leuenberger (Ed.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Schulthess, 2016 Nr. 12.

¹⁴⁷ Bkz. Roth, *künftige Leistung*, s. 297.

¹⁴⁸ Eichel, s. 295.

¹⁴⁹ Richard Zöllner/Reinhard Greger, “§ 258 ZPO”, Christoph Althammer, Christian Feskorn, Reinhold Geimer *et. al.* (Ed.), *Zöllner Zivilprozessordnung: ZPO*, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022, Nr. 1.

¹⁵⁰ Bopp/Bessenich, Art. 84 Nr. 12. Alman hukukunda da mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı ve alacağın doğumunun yalnızca zaman bağlı olabileceği, başka bir şart olamayacağı kabul edilmektedir, Bacher, § 258 ZPO Nr. 3; Eichel, s. 305. Bunun belirli veya belirsiz bir olaya bağlanıp bağlanamayacağı tartışmalı. Borcun kapsamının en baştan belli olması gerekmemektedir, Bacher, § 258 ZPO Nr. 3.

hukuktan kaynaklanmaktadır¹⁵¹.

İlgili kurumun amacının, bireyin etkin hukuki korunması yanında, konusu aynı olan uyuşmazlıkların sürekli olarak tekrarlanmasından kaçınmak olmasından hareketle¹⁵² tekrarlanan edimin karşı bir edime bağlı olmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁵³. Hakimin, gelecekte de vakıaların sabit kalacağı yönünde bir öngöründe bulunarak bu öngörüye dayanan bir karar vermesi sebebiyle, karşı edime bağlı olmama durumu kabul edilmelidir¹⁵⁴.

Gerçekten de böyle bir davanın sonunda elde edilen hüküm; davanın mahkemece kabul edilmesi için gerekli olan şartların gelecekte de var olacağına dair hakimin öngörüsüne dayanır¹⁵⁵. Örneğin, TMK'nın 176. maddesinin beşinci fıkrasına göre “*Hakim, istem halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir*”. Dolayısıyla verilen hükmün maddi anlamda kesin hüküm etkisi normal bir eda davasının aksine gelecekteki edimin kapsamı ölçüsünde geleceğe uzanır¹⁵⁶. Söz konusu hukuki ilişkide meydana gelecek değişikliklerin dikkate alınması ancak daha sonra açılacak bir değişiklik davası yoluyla mümkün olur¹⁵⁷. Örneğin TMK'nın 176. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre belirli hallerde nafakanın artırılması, azaltılması ve kaldırılması söz konusu olabilmektedir.

¹⁵¹ Bopp/Bessenich, Art. 84 Nr. 12.

¹⁵² Bkz. Eichel, s. 296.

¹⁵³ Bacher, § 258 ZPO Nr. 5; Herberth Roth, “§ 258 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, Nr. 1; Foerste, § 258 ZPO Nr. 2. Örneğin, kira alacakları için bu şekilde bir dava açılması kabul edilebilir değildir, Roth, § 258 ZPO Nr. 4; Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 9. Eğer karşı edime bağlılık söz konusuysa, ZPO 259'a gidilebilir, Roth, § 258 ZPO Nr. 4.

¹⁵⁴ Bkz. Eichel, s. 296.

¹⁵⁵ Roth, § 258 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 257 ZPO Nr. 3; Foerste, § 258 ZPO Nr. 1; Eichel, s. 296. Hâkimin karar verirken böyle bir öngöründe bulunma zorunluluğu davalının korunması içindir. Davalının ediminin, gelecekte, hükmedilen miktarın altında kalabileceğine dair salt teorik olasılık bir önem teşkil etmez. Ancak eda hükmü verilebilmesi edimin miktarının belirlenmesinde önem taşıyan durumların tespiti gereklidir. En azından, gelecekte eda hükmü için gerekli olan durumların ortaya çıkacağına dair ağır basan bir olasılığın bulunması gerekir, Roth, § 258 ZPO Nr. 6; aynı yönde Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 12. Bilhassa edimin kapsamının burada belirlenebilir olması gerekir, Saenger, § 258 ZPO Nr. 3. Bu belirleme yapılamıyorsa o zaman sadece tespit davası açılabilir, Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 10.

¹⁵⁶ Roth, § 258 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 2; Foerste, § 258 ZPO Nr. 1.

¹⁵⁷ Roth, § 258 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 2; Foerste, § 258 ZPO Nr. 1.

Tekrarlanan edimlerin yeknesak bir talebe dayanması gerekmez¹⁵⁸. “*Tekrarlanan*” ifadesiyle kastedilen, bir hukuki ilişkinin yeknesak bir sonucu olan, aynı veya farklı, belirli veya belirsiz zaman aralığıyla, yaklaşık olarak aynı edimin ifa ediliyor olmasıdır¹⁵⁹. Bir görüşe göre¹⁶⁰, tekrarlanan edimin ifasına yönelik dava açılabilmesi için tekrarlanan edime dair maddi hukuk talebinin bir bütün olarak doğmuş olması ancak münferit edimlerin vadesinin, (sadece) zamana bağlanmış olması gerekir. Bir diğer görüşe göre¹⁶¹, ertelenmiş, hatta şarta bağlı alacaklar hakkında da tekrarlanan edimin ifası için dava açılabilir. Öte yandan, davalının henüz ifa etmediği muaccel edimlerin varlığının, bu gelecekte tekrarlanacak edimlere ilişkin eda davası açılmasını engellememesi, bahsi geçen hukuki kurumun amacı gereğidir¹⁶².

Tekrarlanan edimler için açılacak davalarda, ek olarak davalının edimi ifa etmeyeceği yolunda bir endişenin gösterilmesine de gerek yoktur¹⁶³. Gerekeç'e göre, endişeyle temellendirilen hukuki yarar burada zaten mündemiç haldedir¹⁶⁴. Dolayısıyla davalı edimleri, kendiliğinden, düzenli, zamanında ve tam bir biçimde yerine getirse bile açılan davanın ZPO'nun 259. maddesindeki gibi hukuki yarardan reddi mümkün değildir¹⁶⁵. Bunun önemi HMK'nın 312. maddesinin ikinci fıkrası düzleminde gündeme gelir ve davalı “...*davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez*”¹⁶⁶. Talep temelinin bu dava bakımından bir önemi olmayıp yabancı hukuktan dahi kaynaklanması mümkündür¹⁶⁷.

Tekrarlanan edimlerin ifasına ilişkin dava açılması, bu talebin kanundan doğmuş olması hali içindir; yoksa hukuki işlemten doğan bu talepler için böyle bir dava açılmayacağı Gerekeç'te de belirtilmiştir. Örneğin, bir yıl boyunca

¹⁵⁸ Mot. s. 366.

¹⁵⁹ Roth, § 258 ZPO Nr. 3.

¹⁶⁰ Saenger, § 258 ZPO Nr. 2; Zöllner/Greger, § 258 ZPO Nr. 1.

¹⁶¹ Krş. Roth, § 258 ZPO Nr. 2; Foerste, § 258 ZPO Nr. 2.

¹⁶² Roth, § 258 ZPO Nr. 9; Bacher, § 258 ZPO Nr. 10.

¹⁶³ Roth, § 258 ZPO Nr. 10; Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 15; Saenger, § 258 ZPO Nr. 5.

¹⁶⁴ Mot. s. 366.

¹⁶⁵ Roth, § 258 ZPO Nr. 10; Bacher, § 258 ZPO Nr. 12; Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 15.

¹⁶⁶ Roth, § 258 ZPO Nr. 10.

¹⁶⁷ Roth, § 258 ZPO Nr. 3.

her ay belirli miktarda bir para bağışlanacağına dair sözleşmeye dayanılarak tekrarlanan edim ifası için dava açılmaz. Bunun sebebi tarafların, hukuki işlemi gerçekleştirirken, ilam niteliğinde bir belge hazırlayarak, doğrudan ilamlı icraya başvurma ihtimallerinin olmasıdır¹⁶⁸. Gerekçe’de yer alan bu ifadeden başka sonuçlar çıkarılması da mümkündür. Buna göre tekrarlanan edime ilişkin talebin kanundan kaynaklanması halinde, alacaklının elinde “*halihazırda*” ilam niteliğinde belge varsa eda davası açmakta hukuki yararı yoktur¹⁶⁹. Dava esnasında, böyle bir belge düzenlenirse de artık hukuki yararın varlığından bahsedilemez¹⁷⁰. Öte yandan borçlunun, yalnızca ilam niteliğinde bir belge düzenlemeyi önerdiği halde de eda davası açılmasında hukuki yarar olup olmadığı tartışılabilir. Bu konuda bir görüş, hukuki yarar eksikliğini reddetmekte ve eda davası açılmasını kabul etmektedir¹⁷¹. Bir diğer görüş ise¹⁷², bu halde hukuki yarar eksikliği vardır ve dava usulden reddedilmelidir. Hukuki işlemde doğan ve art arda ifanın öngörüldüğü hallerde, bu başlık altında incelenen ZPO’nun 258. maddesi kapsamında bir dava açılmasa da hukuki yarar varsa (davalının ifa zamanı geldiğinde ifadan kaçınacağı öngörülüyorsa), ZPO’nun 259. maddesine dayanılarak gelecekteki edimin ifası için dava açılabilir¹⁷³.

Tekrarlanan edimin en baştan itibaren zamansal bir sınırı varsa, kurulan eda hükmünün o zaman aralığıyla sınırlı olması gerekir¹⁷⁴. Örneğin, süreli nafaka talepleri bakımından, hangi süre için bu talebin kabul edildiği hükümde belirtilmelidir.

Dava dilekçesinde açık talep sonucu bulunması gereği olarak, burada da talebe ilişkin zaman aralığı, hangi tarih için istendiği ve hangi miktarda istendiği belirtilmelidir¹⁷⁵. Yine alacağın vade tarihi de belirli olmalıdır¹⁷⁶.

¹⁶⁸ Mot. s. 366.

¹⁶⁹ Roth, § 258 ZPO Nr. 10; Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 15; Bacher, § 258 ZPO Nr. 12.

¹⁷⁰ Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 15.

¹⁷¹ Roth, § 258 ZPO Nr. 10; Bacher, § 258 ZPO Nr. 12.

¹⁷² Zöllner/ Greger, § 259 ZPO Nr. 5.

¹⁷³ Herberth Roth, “§ 259 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, Nr. 1; Bopp/Bessenich, Art. 84 Nr. 12; Staehelin/Staehelin/Grolimund § 14 Nr. 13; Oberhammer/Weber, Art. 84 ZPO Nr. 13.

¹⁷⁴ Roth, § 258 ZPO Nr. 8.

¹⁷⁵ Roth, § 258 ZPO Nr. 11; aynı yönde Bacher, § 258 ZPO Nr. 11.

¹⁷⁶ Eichel, s. 305.

Paralel olarak verilen hükümde de (böyle bir hükmün verilmesi Türk hukuku bakımından yenilik veya farklılık arz etmez, zaten örneğin nafaka talepleri hakkında bu şekilde karar verilmektedir) bu bilgilerin yer alması gerekir¹⁷⁷. Dava sonunda verilen hükümle muacceliyetten önce ilamlı icra başvuru imkanı veren bir dayanak elde edilmiş olur ama muacceliyet tarihinden önce ilamlı icra yoluna başvurulamaz¹⁷⁸.

D. Borçlunun Borcunu Yerine Getirmeyeceğinin Belli Olması Halinde Erken Eda Davası Açılması

Bu başlık altında incelenen ZPO'nun 259. maddesindeki hüküm gelecekteki edimlere ilişkin genel bir düzenleme öngörerek davacının daha etkin bir hukuki korumaya ulaşması amacını gütmektedir¹⁷⁹. 259. maddenin kapsamına tüm müstakbel alacak halleri dahildir¹⁸⁰. Yalnız burada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Borca aykırı davranılacağından önceden belli olduğu hallerde, maddi hukukun, ifadan önce öngördüğü sonuçların kullanılması ve bunlara dair dava açılması bu başlık altında değerlendirilemez. Zira maddi hukuk, zaten o ana ilişkin sonuçlar öngörmüştür ve açılacak eda davası, klasik bir eda davası olacaktır. Örneğin TBK'nın 473. maddesine göre *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir”*.

Böyle bir hükmün bulunmadığı İsviçre hukukunda da davalının edimi yerine getirmeme endişesi söz konusu olduğunda, miktarın ve vade tarihinin belli olması halinde muacceliyetten önce de eda davası açılması pek çok yazar tarafından kabul edilmektedir¹⁸¹. Dolayısıyla mehazdaki yorumların Türk hukukunda da yapılmasında herhangi bir kanuni engel yoktur. Kuru/Aydın¹⁸²

¹⁷⁷ Becker-Eberhard, § 258 ZPO Nr. 17.

¹⁷⁸ Krş. Roth, § 258 ZPO Nr. 11.

¹⁷⁹ Roth, § 259 ZPO Nr. 1; Foerste, § 259 ZPO Nr. 1.

¹⁸⁰ Roth, § 259 ZPO Nr. 1; Zöllner/Greger, § 259 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 3; Foerste, § 259 ZPO Nr. 1; Eichel, s. 300. Sadece bir irade beyanının verilmesine yönelik eda davalarının bu kapsama girip girmeyeceği tartışmalıdır, Foerste, § 259 ZPO Nr. 2.

¹⁸¹ Bopp/Bessenich, Art. 84 ZPO Nr. 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 14 Nr. 13; Oberhammer/Weber, Art. 84 ZPO Nr. 14.

¹⁸² Kuru/Aydın, s. 390.

da “*Fakat, davacının, bazı hallerde gelecekteki edimler (müeccel alacaklar) için, şimdiden dava açmakta hukuki yararı olabilir. Borcunu vadesinde ödemeyeceğini şimdiden bildiren borçlunun alacaklısını, buna rağmen vade tarihine kadar bekletmekte (dava açmasını önlemekte) bir yarar yoktur*”, ifadelerini kullanmışlardır. Bu değerlendirmeler yapılırken, her iki hukuk düzeninin de yararlandığı Alman hukuku dikkate alınmalıdır.

Alman hukukundaki düzenlemeye geçmeden önce geçici hukuki koruma tedbirleri olarak ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kurumlarının erken dava açılmasını dışlayıp dışlamadığını incelemek gerekir. Maddi hukuk, alacaklının borçludan vadeden önce, vade geldiğinde edimin ifasını talep etmesine izin vermektedir¹⁸³. O halde sorun, maddi hukukun tanıdığı bu yetkinin korunmasında hangi hukuki koruma aracının kullanılacağına ilişkindir. Kanunlarda hukuki koruma için birden fazla araç öngörüldüğü takdirde hukuki koruma araçlarının yarışmasından bahsedilir¹⁸⁴. Birden çok hukuki koruma yoluna başvurulmasının öngörüldüğü hallerde davacı, kural olarak, hukuki koruma araçları arasında seçim yapmakta serbesttir¹⁸⁵. Seçim imkanının daraltılması yalnızca, temelinde yargılamanın sonucuna denk olan ama basitlik, hız ve masraf bakımından açıkça ve önemli ölçüde ondan ayrılan bir yolun olması halinde kabul edilir¹⁸⁶. Erken dava açılması yerine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz yollarına başvurulması halinde daha sonra tamamlayıcı merasime başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, erken dava açılıp açılmayacağı hususu tamamlayıcı merasime ertelenmiş olmaktadır¹⁸⁷. Bu durumda başlangıçta atlanmış olan erken dava açılıp açılmayacağı tartışması tamamlayıcı merasimde tekrar ortaya çıkar. Vadeden önce ihtiyati haciz istenebilirse de bu halde ihtiyati haciz kararı verilmesi İİK'nın 257. maddesinin ikinci fıkrasındaki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Ayrıca ihtiyati haciz sadece para alacakları için talep edilebilir. Hatta öğretilerde

¹⁸³ Weber, Art. 75 Nr. 41; ayrıca bkz. dn 98.

¹⁸⁴ Bkz. Eberhard Wieser, *Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozess*, Verlag Ernst und Werner, 1971, s. 136 vd.

¹⁸⁵ Herberth Roth, “Vor § 253 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016, Nr. 145; Wieser, *Rechtsschutzinteresse*, s. 138.

¹⁸⁶ Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 32; Wieser, *Rechtsschutzinteresse*, s. 143, 145; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 278; Hanağası, s. 268 vd.

¹⁸⁷ Şarta bağlı alacaklarda ihtiyati haciz bakımından bu hususa işaret eden, Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 146.

Nomer¹⁸⁸, şarta bağlı alacaklar bakımından, tamamlayıcı merasim gerekliliği sebebiyle ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin pratik bir fayda sağlamadığını ifade etmiştir. O halde yargılamanın sonucuna denk olup basitlik, hız ve masraf bakımından ciddi ölçüde bundan ayrılan hallerden bahsedilemez. Bunun sonucu olarak, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin, erken dava açılması ihtimalini dışlamayacağı söylenebilir.

Kapsamı bakımından herhangi bir sınır olmadan müstakbel alacaklar için eda davası açılabilmesi özel bir hukuki yararın varlığını gerektirir; bu yarar, borçlunun borcunu zamanında yerine getirmeyeceğine dair haklı endişenin gösterilmesiyle (alacağın dayandığı hukuki ilişkinin, muacceliyetin veya miktarın davalı borçlu tarafından uyuşmazlık konusu yapılması yeterli olup¹⁸⁹ kötü niyet aranmaz¹⁹⁰) ortaya konulmuş olur¹⁹¹. Haklı endişenin gösterilmesinde ispat bakımından farklılık yoktur. Haklı endişenin varlığı davacı tarafından iddia ve ispat edilmelidir¹⁹². İspat yükünü davacı taşır¹⁹³. Burada aranan özel hukuki yarar, erken açılan davaları önleyici bir işlev üstlenmektedir¹⁹⁴. Bu önleyici işlevin sağladığı koruma sebebiyle, hükmün geniş yorumlanabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁵. Çünkü aksi halde, borcunu ifa edeceğine dair herhangi bir şüpheye sebebiyet vermeyen borçlunun, yine de bir davayla karşı karşıya kalması söz konusu olur¹⁹⁶. Fakat, ifanın zamanında yapılıp yapılmayacağı tehlikesi varsa, bunun tabii sonucu, ileride bir dava

¹⁸⁸ Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Beta Yayınları, 2017, s. 468.

¹⁸⁹ Endişeye sebep veren durumlar arasında bir fark yoktur, Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 90 Nr. 18; Roth, § 259 ZPO Nr. 14. Bu halde tespit davası için aranan hukuki yarar da sağlanmış olur. Dolayısıyla davacının eda davasıyla tespit davası arasında seçim yapma imkânı vardır, Roth, § 259 ZPO Nr. 16.

¹⁹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 18; Foerste, § 259 ZPO Nr. 5.

¹⁹¹ Zöller/Greger, § 259 ZPO Nr. 1; Dorothea Assmann, “§ 259 ZPO”, Bernhard Wiczorek/ Rolf A Schütze (Ed.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Vierter Band, 5. Auflage, Walter de Gruyter, 2023, Nr. 19; Eichel, s. 296; Bopp/Bessenich, Art. 84 ZPO Nr. 12. Türk hukukunda da aynı hususa dikkat çekilmiştir, Kuru/Aydın, s. 390. Alacaklının borçluya mehil verdiği ama sonrasında borçlunun, borcunu uyuşmazlık konusu yapması halinde de (belli bir süre boyunca mahkemeye başvurulmayacağı belirtilmiş olsa da) müstakbel edimin ifası için dava açılabilir. Yine alacaklının sözleşmeye aykırı hareketleri sebebiyle muacceliyetin ertelendiği hallerde de gelecekteki edimin ifası istenebilir, Assman, § 259 ZPO Nr. 29.

¹⁹² Zöller/Greger, § 259 ZPO Nr. 5; Foerste, § 259 ZPO Nr. 5.

¹⁹³ Zöller/Greger, § 259 ZPO Nr. 5; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 12.

¹⁹⁴ Eichel, s. 324.

¹⁹⁵ Eichel, s. 306.

¹⁹⁶ Grunsky, *Grundlagen*, § 39 II.

açılacak olmasıdır; işte burada alacaklıyı, bu sürenin geçmesini beklemek zorunda bırakmak yerine, alacaklının, müstakbel edim için, o tarih itibariyle eda emri içeren bir hüküm almasına müsaade edilmesi haklı bir düşüncedir¹⁹⁷. Bu yarar da bir kabul edilebilirlik şartıdır¹⁹⁸. İcranın sonuçsuz kalacak olması endişesi, edimin sonradan imkansızlaşması endişesi veya borçlunun sonradan ödeme güçlüğü içinde olacak olması endişesi, 259. madde kapsamındaki ifadan kaçınma endişesi için yeterli değildir¹⁹⁹. Mevcut ödeme güçlüğü ise, bu kapsamda değerlendirilebilir²⁰⁰.

Davanın mahkemece kabul edilmesi “*ifadan kaçınma endişesi*”nin varlığına bağlıdır ama tek başına bu endişe yetmez. Davalının bu hükme göre mahkum edilmesi için geçerli bir hukuki işlem şarttır²⁰¹. İleri sürülen talep mevcut değilse, dava direkt olarak esastan reddedilir²⁰². Dava şartlarının öncelikli incelenmesiyle bu ifade arasında bir çelişki söz konusu değildir. Çünkü hukuki yarar, en başta mahkemelerin, gereksiz iş yükünden korunmasına hizmet etmektedir²⁰³. Dava konusu alacağın mevcut olmadığı ortada ise, buna rağmen öncelikle hukuki yarar kapsamında “*ifadan kaçınma endişesini*” değerlendirmek, hukuki yararın bu amacına aykırı olacaktır. Dolayısıyla, bu ihtimalde hukuki yarar incelenmeden doğrudan esastan ret kararı verilebilir²⁰⁴.

Tekrarlanan edimlere ilişkin kuralın amacındaki ve maddi anlamda kesin hükmün zaman bakımından sınırındaki²⁰⁵ farklılık sebebiyle, sinallagma ilişkisi 259. maddenin uygulanmasına engel değildir²⁰⁶. Önemli olan karşı

¹⁹⁷ Foerste, § 259 ZPO Nr. 1.

¹⁹⁸ Zöllner/Greger, § 259 ZPO Nr. 5.

¹⁹⁹ Zöllner/Greger, § 259 ZPO Nr. 5; Roth, § 259 ZPO Nr. 15; Bopp/Bessenich, Art. 84 ZPO Nr. 12; Aksi görüşte Foerste, § 259 ZPO Nr. 5. Ancak her halükârda maddi hukukun öngördüğü diğer imkanlar uygulanabilir, örneğin TBK'nın 98. maddesi uyarınca sözleşmesinin feshi gündeme gelebilir, krş. Bopp/Bessenich, Art. 84 ZPO Nr. 12.

²⁰⁰ Bkz. Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 13.

²⁰¹ Roth, § 259 ZPO Nr. 1.

²⁰² Roth, § 259 ZPO Nr. 1; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 12; Assman, § 259 ZPO Nr. 42. Salt bir malvarlığı değerini elde etme beklentisinin olduğu durumlarda, beklenen haktan da bahsedilmesi mümkün değildir; zira hukuken korunan bir beklenti yoktur, Buz, s. 116. Bu sebeple 259. madde kapsamına zaten girmez, Roth, *künftige Leistung*, s. 289.

²⁰³ Kuru/ Aydın, s. 389; benzer yönde Yılmaz, *Şerh*, s. 2600; Hanağası, s. 255.

²⁰⁴ Bkz. Roth, Vor § 253 ZPO Nr. 162; Jauernig/Hess, § 35 Nr. 2; Grunsky, *Grundlagen*, § 39 I 2; Martin, s. 116.

²⁰⁵ Bkz. Yukarıda dn. 152, 153, 154.

²⁰⁶ Zöllner/Greger, § 259 ZPO Nr. 2; Foerste, § 259 ZPO Nr. 2; Eichel, s. 300.

edimin içeriğinin ve vadesinin belirli veya belirlenebilir olmasıdır²⁰⁷. Yine hükmün kapsamına şarta bağlı alacaklar da girmektedir²⁰⁸. İşte burada aşılması gereken bir engel ortaya çıkmaktadır. Çünkü bir yandan mutlaka doğmuş bir alacağın dava konusu yapılmasından bahsedilirken²⁰⁹; diğer yanda geciktirici şarta bağlı alacağın henüz doğmadığı kabul edilmektedir²¹⁰. Ancak bu durum tek başına bir engel teşkil etmemektedir. Şarta bağlı alacaklara ilişkin dava açılabilmesi için bu alacağın ya önceden bağlayıcılığı haiz bir hukuki işlemde ya da önceden varlık kazanmış bir hukuki ilişkide temelini bulması yeterli sayılır denilebilir²¹¹. Bir başka deyişle, şart hariç geçerli bir edim yükümlülüğü olmalı ve şartın gerçekleşmesinden sonra başka bir şeye gerek kalmaksızın edim istenebilir olmalıdır²¹². Bu düşünce Türk hukuku bakımından da kabul edilmelidir. Çünkü hukukumuz bakımından hukuki işlemin varlık kazanması için hukuki sonuç doğurması aranmamaktadır²¹³. Kurucu olguların varlığıyla

²⁰⁷ Roth, § 259 ZPO Nr. 3; aynı yönde Foerste, § 259 ZPO Nr. 2. Karşı edimin veya şartın, hem dava dilekçesinde açık talep sonucu bulunması gereğine hem de hükümde kayıt altına alınması gereğine uygun olarak açıkça gösterilmesi gerekir, Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 17; Foerste, § 259 ZPO Nr. 2; aynı yönde Assman, § 259 ZPO Nr. 39. Yapıma edimleri bu kapsamda değerlendirilemez, Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 90 Nr. 20.

²⁰⁸ Zöllner/Greger, § 259 ZPO Nr. 2; Foerste, § 259 ZPO Nr. 2; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 4. Hukuki şartın varlığında da yine buradaki eda davasının açılması mümkündür, Rosenberg/ Schwab/ Gottwald § 90 Nr.18. Hukuki şart kavramı, bir hukuki işlemin meydana gelmesi, hukuki sonuçlarını doğurması yahut geçerli olması için kanun tarafından tarafların irade beyanlarına ek olarak varlığı aranan olaylardır, Eren, s. 1315 Nr. 3621; Sirmen s. 84.

²⁰⁹ Foerste, § 259 ZPO Nr. 2.

²¹⁰ Aynı sorun ertelenmiş alacaklar için de geçerlidir. Eren s. 1326 Nr. 3650; Sirmen s. 132. Derhal belirtilmesi gereken husus, bu konuda oybirliği olmadığıdır. Hatta Alman Federal Mahkemesi'nin içtihadı, şarta bağlı alacakların tarafların anlaşmasıyla ortaya çıktığıdır, bu konuda bkz. Eichel, s. 43 vd.

²¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 18; Roth, *künftige Leistung*, s. 303; benzer yönde Foerste, § 259 ZPO Nr. 2. Özkes de, şarta bağlı alacak için ihtiyati haciz istenip istenemeyeceği konusunda değerlendirme yaparken benzer ifadeler kullanmaktadır. Yazara göre, şart henüz gerçekleşmediği için talep edilebilir bir hak yoktur ama hukuki ilişki, şart gerçekleşmemesine rağmen, kendisinin yapıldığı anda doğmuştur. TBK'nın 171. maddesinin ikinci fıkrası da bu düşüncenin sonucudur, Özkes, s. 146.

²¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Nr. 18; benzer yönde Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 4. Şarta bağlı alacakların böyle bir eda davasının konusunu oluşturması eski öğretinin bir kısmı bakımından sorgulanmıştır. Tespit davasının esas uygulanma alanının şarta bağlı alacaklar olduğu, eğer şarta bağlı alacakları için bu şekilde eda davası açılmasına izin verilirse, tespit davasının bir önemi kalmayacağı ifade edilmiştir, Rudolf Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Zweite Auflage, Duncker Humboldt Verlag, 1910, s. 718. Ancak görüldüğü üzere görüş kabul edilmemiştir. Türk hukukunda 259. maddenin işlevinin tespit davası yoluyla sağlanabileceği yönünde bkz. Budak/Yağcı, s. 32.

²¹³ Sirmen, s. 36.

hukuki işlem meydana gelmiş olur²¹⁴. Bunların dışında hukuki işlemin, şart gibi, tamamlayıcı olgulara bağlanmış olması, onun varlığını değil, hukuki sonuçlarını etkiler²¹⁵. Hukukumuzda benzer yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin şarta bağlı alacak haczedilebilir, kefalet veya rehin vasıtasıyla teminat altına alınabilir, iflas masasına kaydedtirilebilir²¹⁶. Uygulamaya bakılacak olursa, şarta bağlı alacaklara ilişkin Alman mahkeme içtihatlarının açıklığından bahsedilmesi zordur²¹⁷.

Müstakbel alacak kavramı içine pek çok hal girmektedir. Önemli olan muacceliyet anında edimin ve karşı edimin hukuken ve fiilen ifa edilebilir olmasıdır, yoksa davalının imkansız bir edimi ifa etmeye mahkum edilmesi mümkün değildir²¹⁸. Elbette gelecek hakkında kesin bir tasavvura sahip olunması mümkün değildir. O halde hüküm verilirken, gelecekte beklenmeyen bir durum meydana gelmezse, borçlunun, edimi ifa zorunluluğundan bahsedilebilir olması yeterlidir²¹⁹. Geçici imkansızlık halinde de buradaki eda davasının açılması kabul edilmelidir²²⁰. Edimin ifasının idari bir makamın onayına tabi olması da hükmün uygulanmasını engellemez²²¹.

Verilecek hüküm bakımından düzenlemenin amacından yola çıkılmalıdır. Düzenlemenin amacı, borçlunun zamanı geldiğinde borcunu yerine getirmeyeceği endişesi olduğu hallerde, alacaklıya o süreyi bekleme zorunluluğundan kurtarmaktır. Bu doğrultuda, alacaklıya, maddi hukuk bakımından alacak talep edilebilir olduğu anda, derhal ilamlı icraya dayanak yapabileceği bir eda hükmü sağlanır. O halde hükmün, mümkün olduğunca doğrudan ilamlı icraya başvuru için elverişli olması gerekir²²². Vadeye bağlanmış alacak için hüküm verildiğinde, bu ek bir vakti incelemesine gerek olmadığı hallerde (örneğin 01.02.2025 gibi açıkça bilinen bir tarih söz konusuysa); kararın icra edilecek kısmı olan hüküm fıkrasında, alacağın

²¹⁴ Eren, s. 1326 Nr. 3650; Sirmen, s. 36; benzer yönde Özeken, s. 135.

²¹⁵ Eren, s. 1326 Nr. 3650; Sirmen, s. 36. Bu durumda borç muaccel değildir, Gauch/Schluep/Emmenegger, Nr. 2164; Eren, s. 1326 Nr. 3650; Sirmen, s. 133.

²¹⁶ Eren, s. 1326 Nr. 3651; Sirmen, s. 133.

²¹⁷ Bkz. Eichel, s. 300.

²¹⁸ Roth, § 259 ZPO Nr. 3.

²¹⁹ Roth, § 259 ZPO Nr. 3; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 3.

²²⁰ Foerste, § 259 ZPO Nr. 2.

²²¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 90 Nr. 18; Zöller/Greger, § 259 ZPO Nr. 2.

²²² Eichel, s. 315.

miktarının belirli olması yeterlidir²²³. Vadenin tespiti için ek bir vakıa incelemesi de gerekebilir. Bu hal aslında şartta bağlı alacakla eş tutulabilir.

Şarta bağlı alacaklar bakımından da erken eda davasının açılabilceği ifade edildikten sonra şartta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Bu konuda İİK’da herhangi bir hüküm yoktur.

Bu konuda bir görüş²²⁴ bilhassa HMK’nın 297. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir*” ifadesinden hareketle hukukumuzda şartta bağlı hüküm verilemeyeceğini ileri sürmektedir. Ayrıca, şartta bağlı hükümlerde maddi anlamda kesin hüküm gücüyle açıklık ve netlikten bahsedilemez²²⁵. Bu görüşe göre Türk hukukunda şartta bağlı hükmün icrasına yönelik bir hüküm de yoktur²²⁶. Dolayısıyla şartta bağlı hüküm verilse bile, bunların icrası hukukumuz bakımından mümkün olmaz. Bu görüşe göre²²⁷, ödemelik def’i halinde de karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkumiyet kararı verilemez. Zira taraflardan birinin, kendi edimini ifa etmeyi teklif edip akabinde karşı edim için dava açması halinde, zaten davalının ödemelik def’inde bulunmasına imkan yoktur. Bu sebeple ancak tek taraflı bir mahkumiyet kararı verilebilir.

Şarta bağlı hükme ilişkin İİK’da herhangi bir hüküm olmamasını engel olarak görmeyen, aşağıda dayanakları belirtilecek ve bu çalışmada kabul edilmiş olan bir diğer görüş şartta bağlı hüküm verilebilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Kuşkusuz şartta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği değerlendirilirken usul ekonomisi ve adil yargılanma hakkı dikkate alınmalıdır²²⁸.

²²³ Eichel, s. 315.

²²⁴ Tanrıver, *Cilt I*, s. 1149; HUMK dönemi için de aynı yönde bkz. Süha Tanrıver, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Süha Tanrıver (Ed.), *Makalelerim I*, Asil Yayınları, 2005, s. 86-87; Cenk Akil, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (4), 2012, 14.

²²⁵ Tanrıver, *Cilt I*, s. 1149; Tanrıver, *Şarta Bağlı Hüküm*, s. 87.

²²⁶ Tanrıver, *Şarta Bağlı Hüküm*, s. 85.

²²⁷ Tanrıver, *Cilt I*, s. 1148-1149.

²²⁸ Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, 2014, s. 129.

Şarta bağlı hükmün usul ekonomisine uygun olduğunu belirten Atalı²²⁹ şu hallerde izin verilmesini önermiştir: Çok geniş anlaşılması, hükmün icrasına elverişli şekilde olması, tereddüt uyandırmaması ve açık olması kayıtlarıyla şarta bağlı hüküm kabul edilmelidir.

Bir diğer dayanak, TBK'nın 171. maddesinin ikinci fıkrasından çıkabilir, buna göre “*Koşula bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı koşula bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak üzere başvurabilecekleri önlemleri alabilir*”. Öğretide buradaki önlemlerden birinin de ihtiyati haciz olduğu belirtilmiştir²³⁰. Burada kuşkusuz ortaya çıkacak soru, şart gerçekleşmediğinden alacak hakkının doğduğu söylenememesine rağmen, ihtiyati haczin tamamlanması için asıl takip veya davanın açılmasının mümkün olup olmadığıdır²³¹. Dava açıldığını düşünürsek, bu davanın henüz şart gerçekleşmediği için reddedilmesi gerekir²³². İşte burada şarta bağlı hükmün kabul edilmesi halinde dava reddedilmeyecek ve usul hukuku, maddi hukukun gerçekleştirilmesine hizmet etmiş olacaktır.

Bazı yazarlarca İİK'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasının, Türk hukukunda şarta bağlı hükmün dayanağı olduğu da ileri sürülmektedir²³³. Ayrıca İİK'daki hüküm eksikliğine ilişkin sorunların uygulama içinde giderilebileceğine dikkat çekilmiştir²³⁴. İcra memurunun da şarta bağlı hükmün icrası sırasında şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini gözetmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir²³⁵. Buna göre şart açık ve belirli olduğu sürece icra memuru şartı gözeterek icra faaliyetini yürütebilir²³⁶.

Türk hukukunda şarta bağlı hükme dair düzenleme olmadığı için davada karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini ifade eden

²²⁹ Atalı, s. 1979.

²³⁰ Gauch/Schluep/Emmenegger, Nr. 3998; Eren s. 1327 Nr. 3652; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 334; Özkes, s. 145 vd.

²³¹ Özkes, s. 146.

²³² Özkes, s. 146.

²³³ İlhan Postacıoğlu, “Şarta Muallak Hükümler”, *Adliye Ceridesi*, 2, 1941, s. 112 vd.; Boran Güneysu, s. 128-129.

²³⁴ Boran Güneysu, s. 129.

²³⁵ Boran Güneysu, s. 129.

²³⁶ Boran Güneysu, s. 129.

görüşte olan yazarlardan bazıları²³⁷ da herhangi bir şekilde böyle bir hüküm verilmişse, hükümde yer alan edimlerin müstakil olarak icra edilmesini kabul etmiştir.

Şarta bağlı hükmün caiziyetinin maddi hukuktan kaynaklanması²³⁸ da önemli bir dayanaktır. Medeni usul hukukunun, maddi hukukun uygulanmasını engellemesi mümkün değildir. Örneğin, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının da böyle bir işlevi olduğu söylenemez. Çünkü yasak dikkate alındığında, taraflara, yasak kapsamındaki işlemleri yapma fırsatı, yargılamanın başında verilmiş olup taraf bu imkanı kullanmasa bile esastan bir karar verilir ve hak arama özgürlüğü yerine getirilmiş olur²³⁹. Şarta bağlı hüküm reddedildiğindeyse tarafın buna etki edebilme imkanı olmayacaktır. İİK’da şarta bağlı hükmün icrasına dair bir düzenleme olmadığı düşüncesi de şarta bağlı hükmün reddi için bir gerekçe değildir. Zira aynı konu daha önce, İsviçre’de Federal Usul Kanunu mevcut değilken, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından değerlendirilmiş ve düzenleme eksikliğinin bir engel oluşturmadığına karar verilmiştir²⁴⁰. Buna göre borçlar hukukunda çeşitli yerlerde şarta bağlı hükümle karşılaşmakta olup şarta bağlı hüküm verilir verilemeyeceği tek başına kantonal usul düzenlemelerine tabi değildir. Yine Federal Mahkeme kararında, böyle düzenlemelerin olmadığı kantonlarda da şarta bağlı hüküm verildiğini ifade etmektedir. Şartın yerine gelip gelmediği veya karşı edimin ifa edilip edilmediği hususlarının tespiti için daha sonra ayrı bir dava açılma olasılığı da şarta bağlı hükmü dışlamamaktadır. Federal maddi hukukun kurallarının şarta bağlı hükmü gerektirmesi halinde, kantonal usul kurallarındaki eksikliğin, bunu engellemesi mümkün değildir.

Şart hakkında ilamlı icra kısmında bir düzenleme olmasa da iflasa ilişkin İİK’nın 250. ve 255. maddelerine bakılabilir. 250. maddeye göre paraların paylaşılması sırasında “*Tâlikî bir şarta veya belirli olmayan bir vadeye bağlı alacaklar için ayrılan paylar hakkında 9 uncu madde hükümleri uygulanır*”.

²³⁷ Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, 2004, s. 360. Postacıoğlu zaten şarta bağlı hükmü kabul ettiği için aynı düşüncüyü savunmaktadır, İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 630.

²³⁸ Miguel Sogo/Georg Naegeli, “Art. 238 ZPO”, Paul Oberhammer, Tanja Domej, Ulrich Haas (Ed.), *Kurzkommentar ZPO*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2021, Nr. 10.

²³⁹ Krş. Martin, s. 126.

²⁴⁰ BGE 94 II 263, 268 vd. ile özellikle 270, www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F94-II-263%3Ait&lang=de&zoom=&type=show_document, (Son erişim tarihi: 01.07.2024).

Daha sonra bu ayrılan payların bağlı olduğu şartın gerçekleşmemesi halinde, “*Evvelce bankaya yatırılmış olupta tasarrufu kabil bir hale gelen paralar hakkında da hüküm böyledir*” şeklindeki 255. maddenin ikinci fıkraya uygulama alanı bulur ve birinci fıkraya yaptığı gönderme yapılır. Birinci fıkraya göre “*İflas kapandıktan sonra tasfiyeden hariç kalmış bir mal bulunduğu haber alınrsa iflas dairesi o mala vaziyed edip sattıktan sonra başka bir merasime hacet kalmaksızın bedelini eksik alan alacaklılara sıralarına göre dağıtılır*”. Bir başka deyişle, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini iflas dairesi değerlendirecektir. Dolayısıyla İİK’nın şarta bağlılığı icra müdürünün incelemesini tamamen yasaklamayı tasavvur ettiği düşünülemez.

Geciktirici def’ilerin²⁴¹ varlığı halinde de 259. maddenin kapsamında bir dava açılabilir. Önemli olan geciktirici def’inin geciktirme niteliğinin belirli bir süre için olup olmamasıdır. Bu geciktirici def’inin ne kadar süreceği belli²⁴² ise herhangi bir sorun olmayacaktır²⁴³. Ne kadar süreceği belirsiz geciktirici def’ilerde önemli olan ise, davacının ilgili def’inin etkilerini, davalıdan bağımsız, kendi başına sona erdirip erdiremeyeceğidir²⁴⁴. Bu halde, davalının, davacının davranışına bağlı bir durumu daha sonra icranın ertelenmesi yoluyla ileri sürmesini kendisinden beklemek makul değildir²⁴⁵. Örneğin, TBK’nın 296. maddesine göre “*Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa...*” bağışlama sözü veren, edimi ifadan kaçınabilir. İşte burada davacının def’inin etkisinin ortadan kaldırılması üzerinde herhangi bir kontrolü yoktur ve borçlu bağışlayan aleyhine müstakbel edim için dava açılabilir²⁴⁶. Dava konusu olacak maddi hukuk talebinin doğması, davacının bir yenilik doğuran hak kullanmasına bağlıysa ve bu hak henüz kullanılmamışsa, o müstakbel edimin ifası için açılan davada hukuki yarar yoktur²⁴⁷. Davacı öncelikle bu hakkını kullanmalıdır.

Tekrarlanan edimlere ilişkin verilen karar gelecekte ortaya çıkacak

²⁴¹ Bkz. yukarıda dn. 37.

²⁴² Bkz. yukarıda dn. 37.

²⁴³ Roth, *künftige Leistung*, s. 305; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 4; Assman, § 259 ZPO Nr. 26.

²⁴⁴ Roth, *künftige Leistung*, s. 305; Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 4; Assman, § 259 ZPO Nr. 27.

²⁴⁵ Roth, *künftige Leistung*, s. 305; aynı yönde Becker-Eberhard, § 259 ZPO Nr. 4.

²⁴⁶ Krş. Roth, *künftige Leistung*, s. 305-306.

²⁴⁷ Assman, § 259 ZPO Nr. 28.

vakıalar hakkındaki öngörüye istinat ederken, ZPO'nun 259. maddesi bakımından karar anında mevcut vakıalara istinat edilerek hüküm verilir²⁴⁸. Sonraki itfa sebeplerinin ileri sürülmesi, İİK'nın 33. maddesine dayanarak gerçekleştirilir²⁴⁹.

Erken dava açılmasına izin verilmesi ve örneğin davalının vade gelmeden, vade tarihi itibarıyla ifaya mahkum edilmesi halinin yargılama giderlerine etkisi incelenmelidir. Yargılama giderleri bakımından davalının davayı kabul etmesi halinde, davalının yine davalının davaya kendisinin sebebiyet verip vermediği incelenir²⁵⁰. Bir başka deyişle, davalı davaya kendisi sebebiyet vermemişse ve ilk duruşmada kabul etmişse, yargılama giderlerini ödemez. Ama davalının, müstakbel alacak için, öncesinde herhangi bir faaliyette bulunma zorunluluğu olmadığından, genel kuralın aksine, davalının davaya sebebiyet verdiğinin ispat yükü davacıya düşer²⁵¹.

SONUÇ

Bu makalede aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Erken açılan davanın reddine dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı aslında HUMK zamanından beri öğretide de savunulan ve kaynağını Alman hukukunda bulan görüşün bir tekrarından ibarettir.

2. Davanın mahkemece kabul edilmesi için hem maddi hukukun hem de usul hukukunun öngördüğü unsurların gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurlar arasındaki farkı, dava şartları ve ilk itirazların öncelikli incelenmesi oluşturur. Esasen öncelikli incelemenin varlığı nedeniyle iki safhaya ayrılan yargılamada, usule ilişkin unsurların incelendiği safhaya kabul edilebilirlik, esasa ilişkin unsurların incelendiği safhaya ise haklılık safhası denilebilir. Dava şartları, tarafların dava dışı durumuna etki etmeyen şartlar olup münhasıran usul hukuku tarafından düzenlenmektedir. Dolayısıyla maddi hukuka dayanan dava şartı şeklinde bir kavram hukukumuzda yabancıdır.

3. Maddi hukuk alacaklıya, borçluya karşı, müeccel bir alacak için alacak muaccel olduğunda ifa edilmesini talep imkanını sunmuştur. Erken açılan

²⁴⁸ Becker-Eberhard, § 257 ZPO Nr. 3; Eichel, s. 296.

²⁴⁹ Foerste, § 259 ZPO Nr. 1; Assman, § 259 ZPO Nr. 5.

²⁵⁰ Roth, § 259 ZPO Nr. 17.

²⁵¹ Richard Zöllner/Reinhard Greger, “§ 257 ZPO”, Christoph Althammer, Christian Feskorn, Reinhold Geimer *et. al.* (Ed.), *Zöllner Zivilprozessordnung: ZPO*, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022, Nr. 6; Zöllner/Greger, § 259 ZPO Nr. 6.

dava sonucunda vade tarihinde ifanın yapılmasını emreden bir hükmün davacı açısından yararı, vade tarihinde ifade bulunulmaması halinde bu hükmü derhal ilamlı icraya koyabilmesindedir. Bu ihtimale karşı davalı gerektiğinde İİK'nın 33. maddesi veya değişiklik davası üzerinden kendisini koruyabilir. Erken açılan davaya izin verilmesi halinde, davalı kendini korumak için mahkemeye başvurma zorunluluğu altına girer. Bu zorunluluğun meşrulaştırması için bir yönünü oluşturur. Bir başka yön ise, erken açılan her davayla mahkemelerin ilgilenmesinin mahkemelerin iş yükünü ciddi ölçüde artıracak olmasıdır. İşte davalının korunması ve mahkemelerin gereksiz iş yüküyle karşılaşmasının önlenmesine karşı erken dava açılmasının kabulü temelini davacının özel bir hukuki yararı olmasında bulur. Bu hukuki yarar, kanundan doğan tek taraflı tekrarlanan edimler bakımından kendinden menkulken, diğer tüm talepler için borçlunun borcunu zamanında yerine getirmeyeceği endişesiyle sağlanır.

4. Müstakbel alacak için eda davasında özel hukuki yararın aranması bir filtre işlevi görmektedir. Bu sebeple, pek çok halde bu davanın açılabilmesi kabul edilmiştir. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi yollara başvurulabilmesi de erken açılan davanın dışlanmasını gerektirmez. İsviçre hukukunda da, Alman hukukundan farklı olarak bu konuda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Alman hukukuna paralel şekilde, erken açılan davaya özel hukuki yarar olması halinde izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır.

5. Erken açılan dava sonunda verilen hüküm, şarta bağlı hüküm kurumuyla bağlantılıdır. Şarta bağlı hüküm konusunda Türk hukukunda tartışma bulunmaktadır. Bu çalışmada şarta bağlı hüküm verilebilmesi gerektiğini kabul eden görüş benimsenmiştir.

KAYNAKÇA

- Akil C, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (4), 2012, s. 1-18.
- Alangoya Y, “Grußwort”, *Im Gedenken an Karl Heinz Schwab*, Erlanger Universitätsreden, 3. Folge, Nr. 78/2012.
- Alangoya Y/Yıldırım K/Deren Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2009.
- Ansay Ş S, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023.
- Assmann D, “§ 259 ZPO”, Bernhard Wieczorek/Rolf A Schütze (Ed.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Vierter Band, 5. Auflage, Walter de Gruyter, 2023.
- Atalı M, “Karar ve Hüküm”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2023.
- Bacher K, “§ 257 ZPO”, Volkert Vorwerk, Christian Wolf (Ed.), *Beck’scher Online Kommentar ZPO*, 52. Edition, Stand: 01.03.2024, Nr. 1 (beck-online.beck.de, E. T. 12.05.2024) (§ 257 ZPO).
- Bacher K, “§ 258 ZPO”, Volkert Vorwerk, Christian Wolf (Ed.), *Beck’scher Online Kommentar ZPO*, 52. Edition, Stand: 01.03.2024, Nr. 4 (beck-online.beck.de, E. T. 12.05.2024) (§ 258 ZPO).
- Becker-Eberhard E, “§ 257 ZPO”, Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Ed.) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020 (§ 257 ZPO).
- Becker-Eberhard E, “§ 258 ZPO”, Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Ed.) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020 (§ 258 ZPO).

- Becker-Eberhard E, “§ 259 ZPO”, Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Ed.) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020 (§ 259 ZPO).
- Blomeyer J, “Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81 (1/2), 1968, s. 20-45.
- Bopp L, Bessenich B, “Art 84 ZPO”, Thomas Sutter Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Ed.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Schulthess, 2016.
- Boran Güneysu N, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, 2014.
- Budak A C/Yağcı M O, “Mevsimsiz Dava: Davanın Vaktinden Önce Açılması”, *Adalet Dergisi*, 70, 2023, s. 17-46.
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, 2005.
- Bülöw, O, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Aalen 1969.
- Deren Yıldırım N, “Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış”, *Yargıtay Dergisi*, 21 (3), 1995, s. 224-243.
- Eichel F, *Künftige Forderungen*, Mohr Siebeck, 2014.
- Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, Yetkin Yayınları, 2016 (Erdoğan, *Yer Bakımından Uygulanma*).
- Erdoğan E, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020 (Erdoğan, *Kesin Hüküm*).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, 2023.
- Erk N, *Prozessvoraussetzungen*, Helbing Lichtenhahn, 2022.
- Foerste U, “§ 257 ZPO”, *Zivilprozessordnung*, Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Ed.), 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2024 (§ 257 ZPO).
- Foerste U, “§ 258 ZPO”, *Zivilprozessordnung*, Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Ed.), 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2024 (§ 258 ZPO).

- Foerste U, “§ 259 ZPO”, *Zivilprozessordnung*, Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Ed.), 21. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2024 (§ 259 ZPO).
- Gauch P/Schlupe W R/Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, 2020.
- Konecny A, “Einleitung”, Hans W Fasching/Andreas Konecny (Ed.), *Kommentar zu Zivilprozessgesetzen*, 1. Band, 3. Auflage, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013.
- Goldschmidt J, *Der Prozess als Rechtslage*, Springer Verlag, 1925.
- Görgün Ş/Börü L/Toraman B/Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Grunsky W, “Prozess- und Sachurteil”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 80 (1/2), 1967, s. 55- 78 Grunsky, *Sachurteil*).
- Grunsky W, “Rechtskraft von Entscheidungsgründen unnd Beschwer”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 76 (3), 1963, s. 165-183 (Grunsky, *Rechtskraft*).
- Grunsky W, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl., Giesecking Verlag, 1975 (Grunsky, *Grundlagen*).
- Hanağası E, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, 2009.
- Hellwig K, *Anspruch und Klagrecht*, U. Deichert’sche VerlagsBuchhandlung, 1924 (*Anspruch*).
- Hellwig K, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, U. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung, 1903 (*Lehrbuch*).
- Hellwig K, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Zweiter Band, U. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung, 1907 (*Lehrbuch II*).
- Henckel W, “Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 174, (2/3), 1974, s. 97-135.
- Jauernig O/Hess B, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2011.
- Kälin F, *Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht*, Juris Verlag, 1949.

Erken Açılan Davanın Dava Şartı Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2023
- Konecny A, “Einleitung”, Hans W. Fasching/Andreas Konecny (Ed.), *Kommentar zu Zivilprozessgesetzen*, 1. Band, 3. Auflage, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2013.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, B/ Aydın B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Leu U, “Art. 75 OR”, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2015.
- Lüke W, *Zivilprozessrecht I*, 11. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2020.
- Martin R, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, Heymanns Verlag, 1974.
- Medicus D, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. Auflage, C. F. Müller, 2006.
- Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Beta Yayınları, 2017.
- Oberhammer P/Weber P, “Art. 84 ZPO”, Paul Oberhammer, Tanja Domej, Ulrich Haas (Ed.), *Kurzkomentar ZPO*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2021.
- Oğuzman K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özbek M S, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- Özekes M/Boran Güneysu N, “Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 81 (3), 2023, s. 861-909.
- Pekcanitez H, “Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017 (Pekcanitez, *Genel Bilgiler*).
- Pekcanitez H, “Dava Hakkında Genel Bilgiler”, Hakan Pekcanitez, Muhammet

- Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017 (Pekcanitez, *Dava Hakkında*).
- Postacıoğlu İ, “Şarta Muallak Hükümler”, *Adliye Ceridesi*, 2, 1941, s. 112-122 (Postacıoğlu, *Şart*).
- Postacıoğlu İ, *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, 1982 (Postacıoğlu, *İcra Hukuku*).
- Rimmelspacher B, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Verlag Otto Schwartz & Co, 1966.
- Rosenberg L, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 9. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1961.
- Rosenberg L/Schwab K H/Gottwald P, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2018.
- Roth H, “Die Klage auf künftige Leistung nach §§ 257-259 ZPO”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 98 (3), s. 287-313 (*künftige Leistung*).
- Roth H, “Vor § 253 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016 (Vor § 253 ZPO).
- Roth H, “§ 256 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016 (§ 256 ZPO).
- Roth H, “§ 257 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016 (§ 257 ZPO)
- Roth H, “§ 258 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016 (§ 258 ZPO).
- Roth H, “§ 259 ZPO”, Friedrich Stein/Martin Jonas (Ed.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2016 (§ 259 ZPO).
- Saenger I, “§ 258 ZPO”, Ingo Saenger (Ed.), *Zivilprozessordnung*, 10. Auflage, Nomos, 2023.

- Schmidt R, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Zweite Auflage, Duncker Humboldt Verlag, 1910.
- Schumann E, “‘Kein Bedürfnis für das Rechtsschutzbedürfnis’ - Zur Fragwürdigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeiner Prozessvoraussetzung”, Richard Holzhammer, Wolfgang Jelinek, Peter Böhm (Ed.), *Festschrift für Fasching*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, s. 439-449.
- Schwab K H, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954.
- Schwab K H, “Die Entscheidung über prozesshindernde Einreden”, Erhard Bökelmann, Wolfram Henckel, Günther Jahr (Ed.), *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1975, s. 413-427.
- Seiler C, “§ 257 ZPO”, Heinz Thomas/ Hans Putzo (Ed.), *Zivilprozessordnung*, 42. Auflage, 2021.
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Sebepsiz Zenginleşme*, Cilt III, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014 (*İfa Engelleri*).
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015 (*Medeni Hukuk*).
- Sirmen A L, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ayyıldız Matbaası, 1992.
- Sogo M/Naegeli G, “Art. 238 ZPO”, Paul Oberhammer, Tanja Domej, Ulrich Haas (Ed.), *Kurzkommentar ZPO*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2021.
- Stahelin A/Stahelin D/Grolimund P, *Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Schulthess, 2019.
- Sutter-Somm T/Seiler B, “Art. 84 ZPO”, Thomas Sutter-Somm, Benedikt Seiler (Ed.), *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (CHK), Art. 1-408 ZPO*, Schulthess, 2021.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2024 (*Tanrıver, Cilt I*).
- Tanrıver S, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Süha Tanrıver (Ed.), *Makalelerim I*, Asil Yayınları, 2005, s. 83-87

(Tanrıver, *Şarta Bağlı Hüküm*).

Tahiroğlu F, *Medeni Usul Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayınları, 2021.

Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993.

Tuluay M, “Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 1983, s. 101-132.

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000 (Üstündağ, *Medeni Yargılama*).

Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, 2004 (Üstündağ, *İcra Hukuku*).

von Tuhr A, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Verlag von Duncker & Humblot, 1910.

Weber R H, *Berner Kommentar Obligationenrecht*, Band 6, 1. Abteilung, 4. Teilband, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2005.

Wieser E, *Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozess*, Verlag Ernst und Werner, 1971 (Wieser, *Rechtsschutzinteresse*).

Wieser E, Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 84 (3), 1971, s. 304-318 (Wieser, *Zulässigkeit*).

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021 (*Şerh*).

Yılmaz E, *Islah*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021 (*Islah*).

Zöller R/Greger R, “§ 257 ZPO”, Christoph Althammer, Christian Feskorn, Reinhold Geimer *et. al.* (Ed.), *Zöller Zivilprozessordnung: ZPO*, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022.

Zöller R/Greger R, “§ 258 ZPO”, Christoph Althammer, Christian Feskorn, Reinhold Geimer *et. al.* (Ed.), *Zöller Zivilprozessordnung: ZPO*, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022.

Zöller R/Greger R, “§ 259 ZPO”, Christoph Althammer, Christian Feskorn, Reinhold Geimer *et. al.* (Ed.), *Zöller Zivilprozessordnung: ZPO*, 34. Auflage, Otto Schmidt, 2022.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

TAM OTOMATİKLEŞTİRİLMİŞ İDARİ İŞLEMLER

FULLY AUTOMATED ADMINISTRATIVE ACTS

Dursun ÇELİK*  

ÖZET

Teknoloji hayatın her alanında olduğu gibi kamu idaresinin işleyişinde de değişime ve gelişime yol açmaktadır. Bu değişimlerden bir tanesi de idari işlemlerin tamamen otomatik sistemler aracılığı ile tesis edilmesidir. Tam otomatikleştirilmiş idari işlemler olarak da anılan bu yöntemde herhangi bir idare ajanının müdahalesine gerek kalmadan, önceden programlanmış sistemler aracılığı ile idari işlemin tesis edilmesi söz konusudur. Bu yolun tercih edilmesinin sebebi etkin, hızlı ve objektif olmasıdır. Bunun için bir kanuni dayanağa ihtiyaç olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Her idari işlem –özellikle bir insan tarafından karar verilmesi gereken karmaşık takdir yetkisi veya yorum gereken idari işlemler- tam otomatikleştirmeye uygun değildir. Bu yöntemle üretilen idari işlemler genel olarak klasik idari işlemler gibi muamele görür ve onların sonuçlarını doğururlar. Ancak doğaları gereği birtakım farklılıkları da bulunmaktadır. Bu farklılıklar özellikle idari usul ve idarenin sorumluluğu alanlarında karşımıza çıkmaktadır

Anahtar Kelimeler: Teknoloji, Dijitalleşme, İdari işlem, Elektronik idare, Yapay zekâ

ABSTRACT

As in all areas of life, technology is also leading to change and further development in public administration. One such novel development is the administrative acts which are issued by fully automated systems. With this method, also known as fully automated administrative acts, administrative procedures are carried out by pre-

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı/ISPARTA, **E-posta:** dursuncelik@sdu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-0568-1653, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1488250.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Çelik D, “Tam Otomatikleştirilmiş İdari İşlemler”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s. 413-452.
- **İntihal/ Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



programmed systems without the intervention of an administrative employee. This method is favoured because it is efficient, fast and objective. Whether a legal basis is required for this is controversial. Not all administrative acts, especially those that require complex judgement or human interpretation, are suitable for full automation. Administrative acts that are created in this way are basically treated like traditional administrative acts and have the same legal consequences. However, they also have some differences due to their nature. These differences occur primarily in the areas of administrative procedure and administrative responsibility.

Keywords: *Technology, Digitalisation, Administrative act, Electronic administration, Artificial intelligence*

EXTENDED ABSTRACT

Digitalisation is taking up more and more space in our lives every day. We are now able to conduct our private and official affairs digitally. One of the most important developments in this regard is the establishment of administrative procedures through fully automated systems. In 2016, the German legislator included provisions on these so-called fully automated administrative procedures in three different laws, namely the Social Code, the Fiscal Code and the Administrative Procedure Act. The most important standard for our study is the provision of Section 35a of the German Administrative Procedure Act. According to this provision, an administrative act can be created using a fully automated, digital procedure if a legal provision provides for this and there is no margin of discretion or judgement for the administration. Our study discusses the legal requirements and consequences of fully automated administrative acts in the context of this provision.

To be considered a fully automated administrative procedure, the administrative procedure must be carried out by means of an automated system pre-programmed by the administration without the need for human intervention. If an administrative act is issued by an official with the help of technology, this is a partially automated administrative action and not a fully automated system. When administrative acts are generated by machine learning, the problem of imputability to the administration may arise, as there is a risk that the administration will generate actions that it cannot foresee in advance. For this reason, we are of the opinion that it will not be possible to issue fully automated administrative acts with artificial intelligence within the meaning of Article 128 of the Turkish Constitution and Article 33 of the German Basic Law. Although fully automated administrative procedures have advantages such as speed, accuracy, effectiveness, efficiency, impartiality and flexibility, they are also associated with risks such as the danger of a large number of administrative procedures being illegal if the system fails, human communication between the administration and citizens, reduced transparency and security.

It is disputed whether an additional legal basis is required for fully automated administrative procedures. According to one opinion, which we agree with, it is sufficient as a legal basis for the fully automated creation of an administrative act that

the administration is legally authorised to issue the administrative act. According to the other opinion, the fully automated creation of administrative acts is only possible if there is a clear legal basis for this. Section 35a of the German Administrative Procedure Act seems to have ended this discussion for German law. In Turkish law, although we are of the opinion that no separate legal basis is required, we believe that the attribution to the administration and the characterisation as an administrative act must be clarified. Section 35a of the German Administrative Procedure Act stipulates that administrative acts that are created by fully automated systems must be prescribed by a legal norm. A legal norm includes not only a Parliament Act, but also other sub-legal norms. However, it is not sufficient for it to be provided for by administrative regulations. The same requirement can also be found in Article 22 of the EU General Data Protection Regulation. The above-mentioned Article 35a requires that the administration must not have discretionary powers or a margin of judgement as a further prerequisite for the creation of a fully automated administrative act. In order for the administration to create a fully automated administrative act, it must have discretionary powers in this matter. However, some authors are of the opinion that even if the administration has a discretionary power, the use of this power can be standardised and this can be fulfilled by fully automated systems, as this power cannot deviate from previous practice due to the principle of equality.

Fully automated administrative acts differ from traditional administrative procedures in terms of procedure and results. Firstly, the practical implementation of the administrative procedure regulations is different. When implementing the fully automated administrative procedure, the problem of hearing the person concerned arises. Section 28 (4) of the German Administrative Procedure Act provides an exception to this. Another rule of administrative procedure that requires specialisation is the determination of the facts of the case. According to Section 24 (1) of the German Administrative Procedure Act, the administration is obliged to establish material facts ex officio. In order to avoid problems in fulfilling this task in fully automated administrative procedures, the programmes must be designed in such a way that they can take all aspects into account and allow the parties involved to upload information/documents. The inspection of files, another rule of the administrative procedure, may not be possible in fully automated administrative procedures, as the initiation of the procedure and the issuing of the administrative act take place almost simultaneously. The disclosure of how the algorithm works is particularly controversial here. In our view, the decision-making mechanism of the system should be explained to the citizen in a comprehensible manner. Here too, it does not appear possible to fulfil the obligation to state reasons with the current technical possibilities. Section 39 (2) of the German Administrative Procedure Act provides for an exception to the obligation to give reasons in such procedures. If the administration is at fault when setting up fully automated administrative procedures, it is liable for fault; if it is not at fault, it is liable for strict liability (liability irrespective of fault).

GİRİŞ

Geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan dijitalleşme, bu yüz yılda her geçen gün daha da gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır. Artık hayatımızda birçok işimizi cep telefonları, bilgisayarlar gibi teknolojik aletler yoluyla gerçekleştirdiğimiz bir realitedir. Bu durum devletle olan münasebetimize de yansımış ve oturduğumuz yerden kamuya dair birçok işlemimizi gerçekleştirebilme imkanını elde etmiş bulunmaktayız. Bu durum elbette bizlere büyük bir kolaylık sağlamakta ve zaman kazandırmaktadır. Kamu idareleri de devletin bir erki olarak bu teknolojinin sağladığı olanaklardan uzunca bir süredir faydalanmaktadır¹. Fakat Türkiye’de teknolojik gelişmelerin getirdiği yeniliklerin idare hukuku bağlamında tartışılmaya ve akademik çalışmalara konu olmaya başlanması daha yeni sayılabilecek bir zamana isabet eder² ve de ne yazık ki henüz bu konularla ilgili akademik çalışmalar görece oldukça düşük düzeydedir³.

Dijitalleşmenin verdiği imkanlardan bir tanesi de idari işlemlerin tamamen otomatik sistemler yoluyla –bir kamu görevlisinin karar alma sürecine müdahalesi olmaksızın– üretilmesidir. Alman kanun koyucu 2016 yılında bu konuda 3 ayrı kanuna hüküm eklemiş, bu hükümler 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴. Bunlar Alman Sosyal Kanunu X Kitabı’na eklenen 31a maddesi, Alman Vergi Kanunu 155. maddesinin 4. fıkrası ve çalışmamıza da esas olan Alman İdari Usul Kanununa (AİUK olarak kısaltılacaktır) eklenen “*Bir İdari İşlemin Tamamen Otomatik Tesis Edilmesi (Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes)*” başlıklı 35a

¹ Tam otomatikleştirilmiş idari işlem olup olmadığı hususunda bazı tereddütler olsa da bilinen en eski olanı trafik lambalarıdır.

² Almanya’da dijitalleşmenin idare hukukuna ilişkin ilk çalışmalar 1950’lilerin sonlarından başlamaktadır. Türkiye’de ise tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda ilk akademik çalışmalar 2000li yılların başlarından itibaren verilmeye başlamıştır; Naci Münci Çakmak, “İdare Hukuku ve İnternet”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1-2) 2004, s. 285-314; Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, 1. Bası, Oniki Lehva Yayınları, 2010.

³ Yararlandığımız Almanya menşei kaynaklara kaynakça kısmından bakılırsa, idare hukukunda dijitalleşme ile ilgili çalışmaların yoğunluğu anlaşılabilir. Belirtmeliyiz ki, bizim yararlanma imkanı bulamadığımız akademik çalışma sayısı çok çok daha fazladır. Bu çalışmalar makale, monografik eser ve doktora çalışması gibi çeşitli düzey ve kapsamda eserlerden oluşmaktadır.

⁴ Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.07.2016, in Kraft getreten am 01.01.2017 BGBl. I S. 1679

maddesidir. Kanun gerekçesinde⁵ AİUK 35a maddesinin ihdasıyla üç tane amaç güdüldüğü anılmaktadır. İlk amaç; tamamen otomatik sistemler yoluyla tesis edilen işlemlerin, AİUK 35. maddesinde tanımlanan klasik idari işlemler gibi muamele görüp görmeyeceğine dair tartışmayı sona erdirmektir. Düzenleme ile tam otomatik tesis edilen işlemlerin de klasik bir idari işlem gibi muamele görmesi hususu ve dolayısıyla idari işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanacağını açıklığa kavuşturmaktadır (Açıklığa kavuşturma fonksiyonu – Klarstellungsfunktion). İkinci olarak; AİUK’un geniş uygulama alanı göz önünde bulundurulduğunda, “sadece tam otomatik işleme uygun işlemlere izin verilmesini” sağlamayı amaçlamakta ve bunun yalnızca bağlı yetki durumunda mümkün olduğunu öngörmektedir. Bir başka deyişle bu yöntemin kullanım alanını sınırlandırmakta ve norm koyucuyu bunun dışına çıkılmaması gerektiği yönünde uyarılmaktadır⁶ (sınırlama ve uyarı fonksiyonu – Begrenzungs- und Warnfunktion). Son olarak hangi idari işlemlerin tam otomatikleştirilmiş tesis edileceğine dair yetkiyi bir norm⁷ koyucuya vermektir (Yetki verici fonksiyonu – Kompetenzzuweisungsfunktion).

AİUK 35a benzeri bir hükmün Avrupa kamu hukuku alanında olmadığı belirtilmektedir⁸. Gerçekten de AB ülkeleri nezdinde bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Ancak Norveç’in bu konuyu yasal çerçeveye oturtmaya çalıştığı bilinmektedir⁹. 27 Nisan 2016 tarihli ve 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Genel Veri Koruma Tüzüğü)¹⁰ de bu hususa yer vermektedir.

Bu çalışma ile tamamen otomatik sistemler aracılığıyla idari işlem tesis edilmesinin idare hukukundaki etki ve sonuçlarının incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle kavramsal çerçeve çizilecek (I), sonrasında fayda ve sakıncaları belirtilecek (II), devamında da hukuki şartları üzerinde durulacak ve son olarak da hukuki sonuçları (IV) ele alınacaktır.

⁵ BT-Drs. 18/8434, 122.

⁶ Bu bir kanun hükmü olduğu için kanun koyucu başka bir kanun ile aksini düzenleyebileceğinden –onun için bir bağlayıcılığı olmayacağından– sadece uyarıda bulunabilmektedir.

⁷ Hukuk normu (Rechtsvorschrift) terimi kullanıldığı için sadece kanunla değil, kanun altı normlarla da düzenlenebilir.

⁸ Diana-Urania Galetta, Herwig C. H. Hofmann, “Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt” *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2024, s. 455.

⁹ Galetta/Hofmann, DVBl 2024, s. 455.

¹⁰ < <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Otomatik Sistem Kavramı

Otomatik sistem kavramı, AIUK'ta 1976 yılından bu yana yer almaktadır¹¹. Bu Kanuna 35a madde olarak eklenen düzenleme ile bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Teknik olarak daha önce programlanmış algoritmadan sonra herhangi bir insan müdahalesi olmadan idari işlem üretme özelliğine sahip olan her türlü araç, otomatik sistem olarak değerlendirilmektedir¹². Burada idari işlem her ne kadar otomatik sistemler aracılığı ile üretilse de karar alma süreci yani irade idareye aittir. Zira idare, sisteme hangi durumda hangi kararı alması gerektiğini önceden programlamaktadır.

Ancak idari işlem tesisinde kullanılan her bilişim sistemi, otomatik sistem olarak kabul edilemez. Örneğin ülkemizde kullanılan, belge akışını elektronik ortama taşıyarak belge oluşturma, paylaşma, düzenleme, depolama, arama gibi işlevleri olan elektronik bilgi yönetim sistemleri (EBYS) bu anlamda bir otomatik sistem değildir. Yine aynı şekilde kamu görevlileri tarafından alınmış kararların çoğaltılmasına yarayan sistemler/makineler de bu anlamda bir otomatik sistem olarak görülmemektedir¹³. Bir sisteme idari işlem tesis edilme sürecinden önce (programlama gibi) ya da sonra (bitirme tuşuna basma gibi) insan müdahalesi olması otomatik sistem olmasına bir halel getirmez¹⁴.

Bu sistemlerin önceden programlanarak çalıştığına değinmiştik. Bu programlar, çoğunlukla idarenin bir iç düzen işlemi olarak muamele görmektedir¹⁵. Bu programların oluşturulmasında özel sektörden faydalanılsa

¹¹ 28. maddenin 2. fıkrasının 4. bendi: *idari işlemin otomatik sistem yardımıyla tesis edilmesi halinde ilgilinin dinlenilmesi zorunlu değildir*; 37. maddenin 5. fıkrası (eskiden 4. fıkraydı): *Otomatik sistem yardımıyla tesis edilen yazılı idari işlemlerde, 3. fıkradan ayrık olarak, imza ve isim yer almayabilir*; 39. maddenin 2. fıkrasının 3. bendi: *idari işlem otomatik sistem yardımıyla tesis edilmesi halinde ve somut olayın şartları çerçevesinde gerekçe gerekli değilse*.

¹² Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 10. Bası, C.H. Beck, 2022, § 35a R.n. 16.

¹³ Nomos Kommentar – Windoffer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, 2. Bası, Nomos, 2019, § 35a Rn. 13.

¹⁴ Knack/Henneke – Berger A, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar*, 11. Bası, 2020, § 35a R.n. 34.

¹⁵ Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, *VwVfG*, § 35a Rn. 19; ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Annette Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung. Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Governments aus rechtlicher Sicht*, 1. Bası,

da nihai sorumluluk yetkili idarede kalmalıdır, çünkü bu program idari işlemin oluşumunda önemli rol oynamaktadır¹⁶.

B. İdari İşlemlerin Tam Otomatik Tesisi Kavramı

1. İdari İşlemin Tesisi Kavramı

İdari işlemin tesisi kavramı; sadece işlemin oluşturulması (karar verilmesi) aşamasını mı yoksa öncesindeki hazırlığı ve usuli süreçleri ve de işlemin duyurulması/tebliği (Bekanntgabe) aşamalarını da kapsayıp kapsamadığının tespiti konumuz açısından önem taşımaktadır. İdari işlemin hazırlık aşamasının (usuli işlemler), bu kavrama dahil olmadığı hususunda görüş birliği vardır¹⁷. Fakat tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerde bu kısmın da otomatik sistemler tarafından –yani insan müdahalesi olmadan– gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Bir başka deyişle çalışmamızın konusunu oluşturan tam otomatikleştirilmiş idari işlemde söz edebilmek için, verilerin değerlendirilmesi ve karar verilmesi işlemlerinin tamamının sistem tarafından yapılması gerektiği görüşü hakimdir¹⁸.

İdari işlemin bildirilmesi/tebliğinin, idari işlemin tesisinin bir parçası olup olmadığı yönünde bir tartışma bulunmaktadır¹⁹. Bir görüşe göre; idari işlem yetkili idarenin etki alanından çıkmasıyla, yani imzalanarak postaya verilmesi ya da başka bir şekilde idareden çıkmış olması ile idari işlemin tesisi tamamlanmıştır. Bir diğer ifadeyle işlemin tesis edilmiş sayılması için ilgiliye bildirilmiş/tebliğ edilmiş olması gerekmez²⁰. Buna karşın diğer bir

Nomos, 2019, Rn. 469 vd.

¹⁶ Ulrich Stelkens, “Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG” Hermann Hill, Dieter Kugelmann, Mario Martini (Ed.), *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, 1. Bası, Nomos, 2018, s. 94.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi ve gerekçeler için bkz. NK VwVfG– Windoffer, § 35a Rn. 15 vd.

¹⁸ Hans Peter Bull, “Der »vollständig automatisiert erlassene« Verwaltungsakt – zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von »E-Government«”, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2017, s. 410; NK VwVfG– Windoffer, § 35a Rn. 20; sistemin kamu görevlisi tarafından çalıştırılması ve geri kalan tüm sürecin otomatik sistem tarafından yürütülmesi halinde de idari işlemin tam otomatik tesis edildiği kabul edileceği yönündeki görüş için bkz. Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, VwVfG, § 35a Rn. 25.

¹⁹ Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 21. Bası, C.H. Beck, 2023, Rn. 540.

²⁰ Carl Hermann Ule, Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht : ein Lehrbuch für Studium und Praxis*, 4. Bası, Heymanns, 1995, § 53 Rn. 1; Obermayer/Funke-Kaiser – Stuhlfauth, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Bası Luchterhand Verlag, 2021, § 41 Rn. 12.

düşünceye göre ise idari işlemin tesis edilmiş sayılabilmesi için ilgilisi/lerine ulaşmış olması gerekir²¹. Her ne kadar idari işlemin ne zaman tesis edilmiş sayılacağı hususunda bir tartışma olsa da iki görüşe göre de idari işlemin bildirilmesi(tebliği)/duyurulması için idarenin etki alanından çıkması gerektiği açıktır. Bu noktada tamamen otomatik sistemlerle üretilen bir idari işlem, sonradan basılarak yazılı şekilde posta yoluyla bildirilir/tebliğ edilir ise bu özelliğini kaybedip kaybetmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya neredeyse öğretinin tamamı²² tarafından bu durumda tam otomatikleştirilmiş idari işlem niteliğinin değişmeyeceği yönünde cevap verilmektedir²³. Ancak burada bazı yazarların²⁴ idari işlemin basılması ve gönderilmesi aşamasında kamu görevlisinin işlem üzerinde herhangi bir kontrol/düzeltilme imkanı olmaması gerektiğine dair bir kayıt düşüklerini, şayet böyle bir kontrol varsa işlemin tam otomatikleştirilmiş vasfını kaybettiği ve artık hemen aşağıda değineceğimiz kısmi otomatikleştirilmiş idari işlem niteliğine dönüştüğünü savunmaktadırlar.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken diğer bir husus tam otomatik sistemler yoluyla üretilen işlemin, idari işlemin şartlarını taşıması gerektiğidir. Özellikle icrai olmayan²⁵ bir işlem olması halinde idari işlem niteliği taşımayacağından, bu kapsamda değerlendirilemez. Farzı misal e-devlet sisteminden alınan yurda giriş çıkış belgesi –tamamen sistem üzerinden oluşturulmasına rağmen– bu anlamda bir idari işlem değildir.

2. Tam Otomatikleştirilmiş–Kısmen Otomatikleştirilmiş İşlem Ayrımı

İdari işlemler tamamen otomatik sistemler yoluyla üretilebileceği gibi, kısmen de otomatik sistemlerden faydalanılabilir²⁶. Tam otomatikleştirilmiş

²¹ Stelkens/Bonk/Sachs – Schmitz, , VwVfG, § 9 Rn. 193 vd.

²² Aksi bir görüşe rastlayamadığımız için ihtiyaten bu ifadeyi kullanıyoruz.

²³ Heribert Schmitz, Lorenz Prell, “Neues zum E-Government Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2016, s. 1275; Knack/Henneke – Berger, VwVfG, § 35a, Rn. 41; Stelkens, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, s. 85, 86; Daniel Busche, *Verwaltungsautomation 2.0 Automatisiert erlassene Verwaltungsakte im Bereich von Spielräumen*, 1. Bası, Duncker & Humblot, 2023, s. 45.

²⁴ NK VwVfG– Windoffer, § 35a Rn. 22; Nadja Braun Binder, “Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale” *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2016, S. 895.

²⁵ Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, 1. Bası, Astana Yayınları, 2014.

²⁶ Annette Guckelberger, “Voll- und teilautomatisierte Entscheidungen der Verwaltung und

idari işlem ile kısmen otomatikleştirilmiş idari işlemler farklı hukuki koşullara tabi olduğundan, bu ikisi arasındaki ayrımın ortaya konulması gerekmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi tamamen sistem tarafından tesis edilen idari işlemlerde, kamu personelinin idari işlem üretim sürecine programlama yapıp sistemi çalıştırdıktan sonra bir müdahalesi olmadan tamamen sistem tarafından tesis edilmesi söz konusudur. Buna karşılık idari karar alma süreci tamamen otomatik sisteme bırakılmadan, sadece o sistemlerden yararlanılması halinde kısmen otomatikleştirilmiş idari işlemde bahsedilir. Bu ikinci türde, idari işlemin oluşumuna yetkili kamu personelinin az ya da çok kısmen dahil olması –örneğin o idari işlem için gerekli olan bilgilerin girilmesi gibi– gerekir²⁷. Bir örnek verecek olursak; yüksek öğretim kurumlarında öğretim elamanının sınavı yapması, değerlendirmesi ve notları sisteme girmesi ve otomasyon sisteminin de harf notunu belirlemesini gösterebiliriz. Bu ikisi arasındaki ayrımı da yine yüksek öğretim sisteminden verebileceğimiz bir örnekle açıklayabiliriz. Öğrencilerin (ülkemizde e-devlet) bir insan onayına gerek olmadan sadece sistem üzerinden üniversitelere kayıtlarını yaptırabilmeleri tam otomatikleştirilmiş idari işlemlere örnektir. Buna karşılık, kamu görevlilerinin maaşlarının sistem üzerinden hesaplanıp, daha sonra görevli tarafından kontrol edilerek ödeme yapılması kısmen otomatikleştirilmiş idari işleme misal olarak gösterilebilir.

Kısmen otomatikleştirilmiş idari işlemlerde süreç tamamen sisteme devredilmediğinden – kamu personelinin kontrol ve düzeltme gibi imkanları bulunduğu– , bu idari işlem türü, tam otomatikleştirilmiş idari işleme göre demokratik meşruiyet ve idari usul kurallarının uygulanması açısından daha az sakıncalıdır ve tam otomatikleştirilmiş idari işlem ile aynı şartlara tabi değildir²⁸. Kısmi otomatik sistemler de idarenin ajanlarının idari işlemin kontrolü ve onayı mümkün olduğundan, aşağıda açıklanacak şartlara tabi değildir.

ihre Auswirkungen auf die verfahrensrechtliche Stellung der Beteiligten”, Julia Iliopoulos-Strangas, Egils Levits, Michael Potacs, Jacques Ziller (Ed.), *Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform | The Challenges of Digital Communication for the State and its Democratic State Form | Les défis de la communication numérique pour l'État et sa forme démo*, 1. Bası, Nomos, 2021, s. 199 vd.; Bull, DVBl, 2017, s. 410.

²⁷ Guckelberger, Voll- und teilautomatisierte Entscheidungen der Verwaltung, s. 199-200; Nadja Braun Binder, “Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung”, Margrit Seckelmann (Ed.), *Digitalisierte Verwaltung, Vernetztes E-Government*, 2. Bası, Erich Schmidt Verlag, 2019, § 12 Rn. 5.

²⁸ Annette Guckelberger, “Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2021, s. 569.

3. Yapay Zekâ

Yapay zekâ yoluyla üretilen idari işlem ile çalışmamızın konusunu oluşturan tam otomatikleştirilmiş idari işlemin aynı olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun için öncelikle yapay zekâ kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekir. Yapay zekanın herkesçe kabul edilen genel bir tanımı bulunmamaktadır²⁹. Bu konuda birçok tanım mevcuttur³⁰. Bir tanıma göre yapay zeka; makinelerin normalde insana mahsus olan vazifelerin yerine getirilmesi ve sorunların çözülmesinin makineler tarafından gerçekleştirilmesidir³¹. Başka bir tanıma göre ise, yapay zeka uygulamalarının ortak noktası, giderek daha belirsiz davranışlar sergileyen, amaca yönelik hareket eden ve kendi öğrenme kapasitesine sahip ve geniş ölçüde kendi karar verebilen yazılım sistemlerini içermesidir³². Avrupa Birliği'nin, "Yapay Zekâya İlişkin Uyumlu Kurallar Koyulması ve Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinin Değiştirilmesi" (Yapay Zekâ Kanunu) *Ek I'de listelenen teknik ve yaklaşımlardan biri veya daha fazlasıyla geliştirilen ve belirli bir insan tanımlı hedef kümesi için etkileşimde oldukları ortamları etkileyen içerik, tahminler, öneriler veya kararlar gibi çıktılar üretebilen yazılım*³³ olarak tanımlanmaktadır.

²⁹ Mutlu Kağıtçıoğlu, "Yapay Zekâ ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)", *Hacettepe HFD*, 11(1) 2021, s. 124; "Annette Guckelberger, Künstliche Intelligenz in der Öffentlichen Verwaltung", Gerald Spindler, José Hernán Muriel Ciceri (Ed.), *Challenges of Law and Technology - Herausforderungen des Rechts und der Technologie - Retos del Derecho y de la Tecnología*, 1. Bası, Universitätsverlag Göttingen, 2023, s. 64; Cannur Ercan, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", *TAAD*, (40), 2019, s. 20.

³⁰ Tanımlar için bkz. ayrıntılı Serkan Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 1. Bası, Oniki Lehva, 2023, s. 11 vd.; Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Yapay Zeka Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, s. 43 vd.

³¹ Thomas Hoeren, Stefan Pinelli, *Künstliche Intelligenz – Ethik und Recht*, 1. Bası, C.H. Beck, 2022, s. 2; Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi'nin benzer tanımı için bkz. Berrin Akbulut, "Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(4), 2023, s. 271.

³² Jürgen Lorse, „Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz,“ *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht ; vereinigt mit Verwaltungsrechtsprechung (NVwZ)*, 2021, s.1658; Mario Martini, "Digitalisierung der Verwaltung", Wolfgang Kahl und Markus Ludwigs (Ed.), *Handbuch des Verwaltungsrechts Bd. I*, 1. Bası, C.F. Müller, 2021, § 28, Rn. 82.

³³ <<https://www.srp-legal.com/tr/2021/04/28/ab-komisyonu-yapay-zeka-ile-ilgili-kurallar-cercevesini-iceren-ilk-yasal-duzenleme-teklifini-acikladi/>>, Erişim Tarihi 31 Mart 2024; Kağıtçıoğlu, s. 125.

Tüm bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere, yapay zekâ az ya da çok bir makine öğrenme sürecine dayanmakta ve insan tarafından geliştirilen algoritmadan öteye kendi karar alabilme yetisine sahip sistemlerden oluşmaktadır.

İdari işlemlerin oluşturulmasının tamamen bu kendi öğrenme yetisine sahip olan sistemlere bırakılıp bırakılamayacağı, bırakılabilirse hangi şartlarda bırakılabileceği tartışılmaktadır³⁴. Yapay zeka sistemleri (makine öğrenmesi), teknik olarak hiç şüphesiz yukarıda açıklanan otomatik sistem kapsamında yer almaktadır. AİUK 35a maddesinin de yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasını engelleyecek bir hüküm barındırmadığı, bu sistemler ile de tam otomatikleştirilmiş idari işlem tesis edilebileceği yönünde görüş bildiren yazarlar vardır³⁵. Fakat bu görüşü savunanlardan bazıları; her ne kadar hukuken mümkün de olsa, klasik IT sistemleri (programlama) yoluyla tam otomatik idari işlemler aynı kalite ve etkide tesis edilebildiği müddetçe, yapay zekâ sistemlerinin tehlikelerinden sakınmak adına tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerin üretilmesinde makine öğrenmesinin kullanılmaması gerektiğini de belirtilmektedirler³⁶. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerin, yapay zekâ sistemleri (makine öğrenmesi) aracılığı ile tesis edilmesi hukuk devleti ilkesi ve demokratik meşruiyet ilkelerinden ötürü mümkün değildir³⁷. Bir kere bir idari işlemde bahsedebilmek için iradenin idareden hasıl olması gerekir, diğer bir söylemle işlemin idareye isnat edilebilir olması icap eder. Makine öğrenmesinde tesis edilen işlemde iradenin idareden hasıl olduğunu söylemek mümkün olmayabilir. Çünkü makine öğrenmesinde sistem tamamen önceden girilmiş veriler çerçevesinde hareket etmek zorunda değildir³⁸, bilakis

³⁴ Guckelberger, *Künstliche Intelligenz* s. 80 vd.; Leonid Guggenberger, “Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung” *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2019, s. 846; Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, *VwVfG*, § 35a Rn. 47; Lorse, s. 1657 vd.

³⁵ Friedrich Schoch/JensPeter Schneider – Hornung, *Verwaltungsrecht - VwVfG : Kommentar*, 4. Bası, C.H. Beck, 2024, § 35a Rn. 27; Thomas Wischmeyer, “Künstliche Intelligenz in der Verwaltung”, in: Martin Ebers, Christian A. Heinze, Björn Steinrötter, (Ed.), *Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz & Robotik*, 1. Bası, C.H. Beck, 2020, § 20 Rn. 65; Guckelberger, *Künstliche Intelligenz* s. 81.

³⁶ Guckelberger, *Künstliche Intelligenz* s. 81; Wischmeyer, “Künstliche Intelligenz”, § 20 Rn. 65.

³⁷ Stelkens, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts*, s. 102.

³⁸ Hasan Çataklı “Sosyal Etik Bir Değerlendirme Olarak Ceza Sorumluluk ve Mevcut Hareket Teorileri Bakımından Ceza Hukukunda Yapay Zekânın Fail ve Sorumluluk Öznesi Olarak Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 513.

kendi algoritmalarını geliştirebilmekte, insan gibi öğrenebilmekte ve kendi tecrübeleri ile her gün gelişebilmektedir³⁹. Bu sistemlerde karar sadece idarenin önceden tanımladığı parametrelere dayanmayacağından, tamamen idarenin iradesine dayalı bir işlem olduğu da söylenemez⁴⁰. Ayrıca idari işlemin yargısal denetimi söz konusu olduğunda, işlemi üreten sistemin tam olarak hangi verilere dayandığı ortaya konulmalıdır. Makine öğrenmesinde bu her zaman mümkün olmayabilir. Tam otonom araçlar üzerinden bu konuyu açıklamak faydalı olacaktır. Bu aracın her bir hareketini idari işlem olduğunu varsayarsak; aracın ne zaman, nerede ve hangi manevrayı yapacağını önceden kamu görevlisinin belirlediğini söyleyemeyiz. Halbuki bunların hepsi bir idari işlem niteliğindedir. Bu yüzden de bu yolla üretilen idari işlemlerin kamu görevlisine isnat edilebilir demek mümkün değildir. Başka bir deyişle de makine öğrenmesi yoluyla üretilen tam otomatik idari işlemlerin, tamamen yetkili idarenin önceden programladığı algoritmaya göre üretildiğini söyleyemeyiz. Bu nedenlerle de kendi öğrenme ve karar verebilme yetisine sahip yapay zekâ sistemlerinin idare tarafından yardımcı olarak kullanılması pekâlâ mümkün görsek de kamu görevlisinin hiçbir müdahalesi olmadan idari işlem tesis edilmesinde kullanılmasına gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁴¹ gerekse de Alman Anayasası⁴² müsaade etmemektedir.

II. FAYDALARI VE SAKINCALARI

İdari işlemlerin tamamen otomatikleştirilmiş şekilde BT sistemleri aracılığıyla tesis edilmesinin bir takım fayda ve sakıncaları bulunmaktadır. Bu kısımda önce faydalarına değinilecek, sonra da sakıncaları ortaya konulacaktır.

A. Faydaları

İdari işlemlerinin herhangi bir insan etkisi olmadan tamamen otomatikleştirilmiş olarak tesis edilmesinin anılan en önemli faydaları hızlılık ve doğruluktur⁴³. Bilgisayar sistemleri, insanlar gibi paydosa ve tatile ihtiyaç

³⁹ Asena Damla Şahin, “Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğunun Türk ve Alman Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza*, (4), 2020, s. 980, 981.

⁴⁰ Busche, *Verwaltungsautomation 2.0*, s. 338.

⁴¹ 128. madde 1. fıkra: Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

⁴² 33. madde 4. fıkra: Egemenlik hak ve yetkilerinin yerine getirilmesi, esas itibarıyla, daimî bir görev olarak idari iş ve sadakat ilişkisinde bulunan kamu görevlilerine bırakılır.

⁴³ Ralf-Michael Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt: Die Verwaltung an der*

duymadıklarından her daim idari işlem üretebilme kapasitesine sahiptirler. İdari işlemlerin, otomatik sistemler yoluyla tam otomatik olarak tesis edilmesi, klasik insana nazaran çok hızlı olduğu tecrübeyle sabittir⁴⁴. Böylece şayet üretilen idari işlem yararlandırıcı bir idari işlem ise, yönetilenlerin idareden istekleri hızlıca karşılanmış olacak ve temel haklar açısından önemli bir pozitif katkı olacaktır⁴⁵. Bu yolla idari işlem tesis edilmesinin diğer bir faydasının da doğruluk olduğuna ilk cümlemizde değinmiştik. Gerçekten de bir sistemin, bir insana nazaran hata yapma olasılığı çok daha düşüktür. Nasıl ki hesap makinesi ile hesaplanan bir işlem, ortalama zekaya sahip bir insanın yaptığı işleme göre doğru olma olasılığı çok çok daha yüksekse, genel anlamda bir IT sistemi ile üretilen idari işlemde hata olma olasılığı da aynı şekilde çok düşük olacaktır.

Tam otomatikleştirilmiş idari işlemler, kanunların uygulanmasını arttırarak kamu düzeninin korunmasına da önemli ölçüde katkı sağlar⁴⁶. Bir örnekle açıklamak gerekirse; trafikte kullanılan elektronik denetleme sistemleri sayesinde hız sınırını aşan sürücüler anında tespit edilerek haklarında Karayolları Trafik Kanunu uyarınca gerekli ceza bu sistem yoluyla düzenlenmektedir. Bu şekilde sürücüler ceza yeme endişesiyle kurallara daha fazla riayet etmektedir.

İdari işlemlerin tam otomatik olarak tesis edilmesinin bir diğer faydası olarak, daha az maliyetli olması –tasarruflu olması– belirtilmektedir⁴⁷. Onlarca belki yüzlerce kamu görevlisinin yapacağı işi bir tek sistem yoluyla yapmak mümkündür. Bu şekilde de kamuda önemli bir maliyet tasarrufu sağlanacaktır.

Bu idari işlem türü ayrıca eşitlik ilkesinin sağlanmasında ve ayrımcılığın önlenmesinde de büyük rol oynamaktadır⁴⁸. Sistem, önceden kendisine tanıtılmış algoritmayı baz alarak aynı durumdakilere, aynı sonucu doğuracak

Schwelle von der Automation zur Informations- und Kommunikationstechnik, 1. Bası, Duncker & Humblot, 1993, s. 41 vd.; Martin Eifert, *Electronic Government: das Recht der elektronischen Verwaltung*, 1. Bası, Nomos, 2006, s. 122.

⁴⁴ Malte von Berg, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, 1. Bası, Grote, 1968, s. 17, 18; Panagiotis Lazaratos, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, 1. Bası, Duncker & Humblot, 1990, s. 115.

⁴⁵ Annette Guckelberger, “Vollständig automatisierte Verwaltungsakte”, Samuel van Oostrom, Stephan Weth (Ed.), *Festschrift für Maximilian Herberger*, 1. Bası, Juris, 2016, s. 400.

⁴⁶ Guckelberger, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, s. 400.

⁴⁷ Von Berg, *Automationsgerechte*, s. 16.

⁴⁸ Lazaratos, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation*, s. 108, 113.

şekilde idari işlemler üreteceğinden eşit muamele ilkesi ve ayrımcılık yasağının sağlanmasında önemli bir katkı sunacaktır.

Bir üstteki avantajı ile de bağlantılı olarak, bu yolla yolsuzluk büyük ölçüde önlenabilir. Uygun şekilde programlanmış ve güvenliği iyi sağlanmış sistemler, insana nazaran hatalara, manipülasyona veya diğer etkilere daha az açıktır⁴⁹. Kamu görevlisi kolay kolay sisteme müdahale ederek bir kişinin lehine idari işlemi değiştiremeyeceği düşünüldüğünde rüşvet vb. sebeplerle idari işlemleri hukuka aykırı olarak bir kişinin lehine değiştiremeyecektir. Bu şekilde de yolsuzlukla mücadeleye fayda sağlayacaktır.

Yine monoton idari işlemlerin otomatikleştirilerek sistemler aracılığı ile tesis edilmesi ile kamu görevlileri daha zor ve karmaşık görevlere (otomatikleştirilemeyecek) odaklanabilirler. Böylelikle etkili bir kamu yönetimine ulaşılabilir⁵⁰.

Son olarak vatandaşlar idarelerin çalışma saatlerine bağlı kalmadan her daim işlerini halletme imkânı elde edebileceklerdir⁵¹. Bir kamu dairesinde işi olan vatandaşın, kendi işinden izin almasına gerek kalmadan ya da bir yerden bir yere gitmesine gerek kalmadan –örneğin bir ilçede yaşayan yönetilenin, il merkezine gitmesi gibi– bilgisayarından ya da telefonundan bu işini halledebilecektir. Bu konuda ülkemizde güzel bir uygulama olarak, bir yüksek öğretim kurumuna kayıt yaptırmaya hak kazanan öğrencilerin, o kurumun bulunduğu ile gitmesine gerek kalmadan doğrudan sistem üzerinden kayıt yaptırabilmesidir.

Tüm bu faydaları göz önünde bulundurulduğunda idari işlemlerin otomatik sistemler yoluyla tamamen otomatik tesis edilmesi iyi yönetim ilkeleri açısından da büyük bir şans olduğunu söyleyebiliriz.

B. Sakıncaları

İdari işlemlerin algoritma sistemleri ile üretilmesi birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi sistemde bir hata oluşması veya siber saldırı olması durumlarda çok fazla sayıda idari işlemin hatalı ve hukuka aykırı tesis edilmesine, böylelikle de idarenin

⁴⁹ Guckelberger, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, s. 400; Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, s. 109.

⁵⁰ Johannes Eichenhofer, “Der vollautomatisierte Verwaltungsakt zwischen Effizienz- und Rechtsschutzgebot”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2023, s.

⁵¹ Guckelberger, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, s. 401.

kanuniliği ilkesinin zedelenmesine yol açacak olmasıdır⁵².

Diğer bir sakıncası ise, bu tür sistemlerle üretilen idari işlemlerde ilgililerin dinlenilme, belgeleri inceleme, maddi vakaların araştırılması gibi bazı idari usule ilişkin hakları tehlikeye girebilir⁵³. Yönetilenlerle, idare arasında birebir iletişim imkanı olmayacağından bazı yanlış ya da eksik anlamaların giderilmesi mümkün olmayacaktır.

Vatandaşlar sisteme bilgileri kendileri girmesi gerektiğinde, bu hem onlar için ek bir yük olacak hem de bazı vatandaşların teknoloji kullanımı konusunda bilgisiz olmalarından dolayı sistemi kullanamamaları ve hizmeti alamamaları söz konusu olabilecektir⁵⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, vatandaşın bilgileri kendisi doldurması klasik idari işlemlerde de genellikle form doldurma şeklinde söz konusudur. Dolayısıyla ek yük getirdiği görüşüne katılmıyoruz. Aksine sistem bilgileri genelde kendisi çekmekte ve bunun kolay bir yöntem olduğu söylenebilir. Fakat vatandaşların tamamının sistemi kullanamayabileceği veya teknolojiye/internete ulaşamayabileceği görüşünde hem fikiriz.

Sistemin nasıl çalıştığı ve neye göre karar verdiğinin anlaşılması vatandaşlar açısından zordur. Bu da idarenin şeffaflığı ilkesinin zarar görmesine yol açmaktadır⁵⁵.

Sistemler tipik olaylar üzerinden karar verdiklerinden, yani kendilerine yüklenen program ile belirli algoritmalara göre davrandıklarından, atipik bir olayla karşılaştıklarında yine tipik olaya göre karar verecektir. Bu da işlemin hukuka aykırı olmasına yol açacaktır⁵⁶.

İdari işlemlerin hukuka uygun tesis edilebilmesi için, algoritmanın doğru ve hukuka uygun oluşturulması gerekir. Bu aşamada yapılacak bir hata pek çok idari işlemin hukuka aykırı tesis edilmesine yol açacaktır. Bunun düzeltilmesi

⁵² Hermann Hill, “Scientific Regulation – Automatische Verhaltenssteuerung durch Daten und Algorithmen”, Hermann Hill, Utz Schliesky (Ed.), *Auf dem Weg zum Digitalen Staat - auch ein besserer Staat?*, 1. Bası, Duncker & Humblot, 2015, s. 275; Guckelberger, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, s. 401.

⁵³ Eifert, *Electronic Government*, s. 121.

⁵⁴ Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, s. 49; Guckelberger, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, s. 401.

⁵⁵ Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, s. 50; Eifert, *Electronic Government*, s. 122.

⁵⁶ Lazaratos, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation*, s. 109, 110.

de ekstra zaman ve para kaybına yol açacaktır⁵⁷.

Diğer bir sakıncası ise bu tür idari işlemler genelde şifre girişi yoluyla üretildiğinden, kişilerin şifrelerini ele geçirmek suretiyle onlar adına işlem yapmak çok daha kolay olacaktır. Bu da vatandaşların mağduriyetine yol açar. Bir başka ifadeyle bu durumlarda işlem güvenliğini sağlamak, klasik memur işlemine nazaran çok daha zordur.

III. HUKUKİ ŞARTLARI

A. Kanuni Dayanak Gerekli mi?

İdare kendisine yüklenen görevleri yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken tesis etmesi gereken idari işlemleri otomatik sistemler yoluyla tesis etmesi için özel olarak kanuni bir dayanağın gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. İdari işlemlerin bu yolla tesis edilmesi de T.C Anayasa 6. maddesi ve Federal Alman Anayasası 20. maddesi 2. fıkrası bağlamında bir devlet egemenliği kullanımıdır⁵⁸. Bu anlamda idari işlemin tesis edilmesinde kanuni dayanağa ihtiyaç olduğu açıktır. Ancak idarenin bir konuda idari işlem tesis edebilmesi için kanun ile yetkilendirilmiş olması yeterli midir, yoksa ayrıca spesifik olarak o idari işlemin otomatik sistemler aracılığı ile tesis edilebileceğine dair kanun gerekli midir? Bu konu uzunca süredir tartışılmaktadır. Yukarıda birkaç yerde değinildiği gibi Alman Hukukunda İdari Usul Kanunu'na eklenen bir 35a maddesi bu tartışma son bulmuştur. Zira bu hüküm, idari işlemin tam otomatikleştirilmiş olarak tesis edilebilmesi için bir hukuki düzenleme (kanun ve kanun altı düzenlemeler) ile bunun öngörülmüş olma şartını barındırmaktadır. Türk Hukukunda böyle bir genel hüküm olmadığı için bu sorun hala geçerliliğini korumaktadır.

Bir yaklaşıma göre; idari işlemlerin tam otomatik tesis edilebilmesi için özel bir kanuni dayanağa (şekli anlamda kanun) ihtiyaç yoktur⁵⁹. Bu görüşü savunanlara göre böyle bir özel dayanak aranması halinde pratikte birçok sorunu beraberinde getirecektir. Zira bu durumda kanuni dayanak olmadan teknolojidenden bu anlamda faydalanmak mümkün olmayacak, dolayısıyla da

⁵⁷ Guckelberger, *Vollständig automatisierte Verwaltungsakte*, s. 401.

⁵⁸ Viktoria Herold, *Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte*, 1. Bası, Duncker & Humblot, 2020, s. 292.

⁵⁹ Martin Stegmüller, "Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2018, s. 356; Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, s. 96; Benno Degrandi, *Die automatisierte Verfügungsverfügung*, 1. Bası, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977, s. 91:

teknolojiden faydalanmanın önünde bir engel olarak duracaktır. Yine çok uzun yıllardan beri kullanılan trafik ışıkları da aslında bir tam otomatikleştirilmiş idari işlemdir. Spesifik bir kanuni dayanak olmadan bu tür idari işlemlerin hukuka uygun olmayacağı varsayımında, bu trafik lambalarının başından bu yana hukuka aykırı olması sonucunu doğurur ki, bu da birçok hukuki soruna yol açar. Bu görüşü savunanların diğer bir argümanı ise; tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerde (makine öğrenmesi yoluyla yapılan işlemleri bunun dışında tutmuştuk), yetkili idare tarafından eksiksiz (tamamen determinist) şekilde önceden programlanması ve sistemin tamamen bu programa yüklenen komutlar çerçevesinde hareket etmesidir. Böylelikle idari işlemlerin tesisi öne alınmış olmakta, gerçek anlamda kamu görevlisinin yerine geçmemektedir. Bir başka deyişle idare komutları verdiği anda – sistem bu komutların dışına çıkamayacağı için – aslında idari işlem tesis edilmiştir. Bu yüzden de idarenin, idari işlemleri tam otomatikleştirilmiş tesis etmesi için ayrıca kanuni dayanağa ihtiyaç yoktur⁶⁰.

Diğer bir görüşe göre ise; idari işlemlerin tamamen otomatik sistemler aracılığı ile tesis edilebilmesi için mutlaka kanuni bir dayanağa ihtiyaç vardır⁶¹. Bu kanaate sahip olanların ilk argümanı; bir idari işlemde bahsedilebilmesi için öncelikle idareden hasıl bir irade açıklaması olması gerekmektedir. İdari işlemlerin tamamen otomatik sistemler yoluyla üretilmiş olması halinde, yetkili idareye isnat edilebilir bir irade açıklamasının olduğu net olarak tespit edilememektedir. Her ne kadar yasa koyucu AİUK 28. maddesi 2. fıkrası 4 numaralı bendi⁶², 37. maddesi 5. fıkrası 1. cümlesi⁶³ ve 39. maddesi 2. fıkrası 3 numaralı bendindeki⁶⁴ düzenlemelerle bu tür idari işlemlerin idareye isnat edilebileceğini kabul etmişse de burada bahsedilen idari işlemler tam otomatikleştirilmiş idari işlemler değil, kısmi otomatikleştirilmiş (otomatik sistemler yardımıyla- mit Hilfe automatischer Einrichtungen) idari işlemlerdir.

⁶⁰ Tüm referanslar için bkz. Busche, Verwaltungsautomation 2.0, s. 42, 43.

⁶¹ Stelkens/Bonk/Sachs – Stelkens P, Stelkens U, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 6. Bası, C.H. Beck, 2001, § 37 R.n. 60; Eifert, Electronic Government, s. 126; Bull, DVBl, 2017, s. 410.

⁶² İdare bir genel karar, aynı nitelikte çok sayıda idari işlem ya da otomatik sistemler yardımıyla idari işlem tesis etmek istediğinde ilgilinin dinlenilmesinden vazgeçilebilir.

⁶³ Otomatik cihazlar yardımıyla çıkarılan yazılı bir idari işlem söz konusu olduğunda, 3. paragraftan istisna olarak imza ve isim bulunmayabilir.

⁶⁴ Yetkili makam çok sayıda benzer idari işlemler veya otomatik cihazlar yardımıyla idari işlem tesis etmesi ve somut olayın koşullarına göre gerekçenin zorunlu olmaması halinde, gerekçe şart değildir.

Dolayısıyla bu hükümlerin varlığı sadece kısmi otomatikleştirilmiş idari işlemlerin, idarenin iradesinin ürünü olduğu sonucuna varmamızı sağlar. Yani bu düzenlemeler tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerde – bunların temel olarak insan müdahalesi olmadan tamamen sistem tarafından üretilen idari işlemler olarak tanımlandığını hatırlamak gerekir – iradenin idareye atfedebilmemizi sağlayan düzenlemeler olarak görülemez. Bu yüzden de tamamen makineler vasıtasıyla üretilmiş işlemlerin, bir idari işlem olarak nitelendirilebilmesi için bu konuda özel şekli anlamda kanununa ihtiyaç vardır⁶⁵. Kanuni dayanak gerektiğine dair görüşün diğer argümanı ise idarenin kanuna dayanması ilkesidir. İdare kanundan tarafından yetkilendirilmediği müddetçe işlem ve eylemde bulunamayacağı tezini içeren bu ilke, idari işlemlerini otomatik sistemlerle tesis edilebilmesi için de geçerlidir. Tamamen otomatik sistemlere dayalı idari işlemlerin temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunabilme olasılıkları olduğundan, bunların kanuni bir dayanağı olmaması halinde hukuka aykırı olacaktır⁶⁶.

Kanaatimizce aşağıda açıklanacak olan diğer şartlara da riayet edilmesi durumunda idari işlemlerin tamamen otomatik sistemler vasıtasıyla tesis edilmesi için özel bir kanuni dayanak zorunlu değildir. Öncelikle bu durumda iradenin idareye isnat edilemeyeceği düşüncesi yerinde değildir. Şayet bu durumda idari işlemlerin tesis edilmesini tamamen idareden bağımsız olduğu – kamu personeli isnat edilememesi – kabul edilecek olursa, kanuni dayanak dahi bu işlemleri hukuka uygun hale getirmez. Zira T.C Anayasa 128. maddesinin 1. fıkrası ve Alman Anayasası 33. maddesinin 4. fıkrası kamu hizmetlerinin görülmesi kamu görevlileri eliyle yürütüleceği hükmünü haizdir. Yukarıdaki varsayımda ise idari işlem bir kamu görevlisinin iradesinin ürünü değil makinenin işlemi olmaktadır. Yani kamu hizmeti insan tarafından değil bir makine tarafından görüldüğü kabul edilmektedir. Bu halde çıkarılacak dayanak kanun, Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olacaktır. Diğer yandan uzun yıllardır özel hukuk alanında otomatik bilgisayar sistemleri tarafından irade açıklaması yapılabileceği ve geçerli bir sözleşme kurulabileceği hususunda artık şüphe yoktur. Sistem tarafından açıklanan irade beyanını özel hukuk kişinin beyanı

⁶⁵ Nadja Braun Binder, “Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2016, s. 963, 964; Schmitz/Prell, *NVwZ* 2016, s. 1274; bu husustaki ayrıntılı değerlendirme ve tartışma için bkz. Stegmüller, *NVwZ* 2018, s. 354 vd.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Herold, *Demokratische Legitimation*, s. 196 vd.

olarak kabul ediliyorsa, aynı sistemin idare hukuku alanındaki beyanı da idareye isnat edilebilmelidir⁶⁷. Hülâsa tamamen otomatik sistemler aracılığı ile idari işlem tesis edilebilmesi için ayrı bir dayanak kanunu, işlemin hukuka uygunluk şartı değildir, idarenin işlem tesis edilecek konuda yetkilendirilmiş olması yeterlidir. Çünkü makine öğrenmesi dışındaki tamamen otomatikleştirilmiş idari işlemlerde de tamamen determinat bir şekilde programlanmaktadır. Bir başka deyişle idare, sisteme tüm olasılıklara göre nasıl bir işlem üreteceğini önceden dikte etmektedir. Bu da tam otomatikleştirilmiş idari işlemin idarenin kararı olmasını sağlamaktadır.

Değınilmesi gereken diğeri bir husus da idari işlemlerin tam otomatikleştirilmiş tesis edilmesi zımni idari işlemlere benzetilerek; nasıl ki orada idareden hasıl olan bir irade beyanı olmamasına rağmen idari işlemin varlığından söz edilebiliyorsa, burada da aynı kabulün olması gerektiğii değeriendirmesidir⁶⁸. Bu benzetmenin isabetli olduğu kanaatinde değeriiz. Çünkü zımni idari işlemlerde kanuni varsayımsal bir irade açıklaması söz konusudur. Bir başka söylemle kanun koyucu idarenin sessiz kalmasına bu sonucu bağlamıştır. Aksi takdirde idare susarak yargısal denetimden kaçması mümkün olurdu. Bizim konumuz bağlamında ise açıkça bir irade açıklaması vardır. Sadece bu irade makineler aracılığı ile açıklanmaktadır. Bu sebeple tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerin zımni idari işlem kategorisine sokulması mümkün değildir. Ayrıca bu işlemleri bir zımni idari işlem kabul edecek olursak, tıpkı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 10. maddesi gibi bir kanuni dayanak zorunlu olması gerekir, ki biz bunun hukuken zorunlu olmadığını dile getirmiştik.

Fakat yine de şartları ve sınırları belirleyen AİUK 35a maddesi benzeri bir kanuni düzenlemenin Türk Hukukunda da bulunması idari mercilere ve yargıya yol göstermesi bakımından gerekli olduğu kanaatindeyiz.

B. AİUK 35a'daki Şartlar

1. Hukuk Normu ile Öngörölme Şartı

AİUK 35a'ya göre; idarenin işlemlerini tam otomatikleştirilmiş sistemlerle tesis edebilmesi için bir hukuk normu (Rechtvorschrift) ile bunun öngörölmiş olması gerekmektedir. Bu zorunluluk aynı zamanda AB

⁶⁷ Stegmüller, NVwZ 2018, s. 355.

⁶⁸ Schmitz/Prell, NVwZ 2016, s. 1273; Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, VwVfG, § 35a Rn. 26 vd.

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 22. maddesinden de kaynaklanmaktadır⁶⁹. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında; “[v]eri öznesinin kendisiyle ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya benzer biçimde kendisini kayda değer şekilde etkileyen, profillemeye de dâhil olmak üzere yalnızca otomatik işlemeye dayalı bir karara tabi olmama hakkı bulunur”, şeklinde ifade edilerek kural olarak bu tür otomatikleştirilmiş işlemler yasaklanmıştır. Bu kuralın istisnaları ise aynı maddenin 2. fıkrasında 3 bent halinde düzenlemiştir. Bu istisnalardan konumuz açısından cari olanı ise b bendinde düzenlenen *veri sorumlusunun tabi olduğu ve veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile meşru menfaatlerinin güvence altına alınması amacıyla uygun tedbirlerin de belirtildiği Birlik veya Üye Devlet hukuku tarafından verilen yetkiye dayanması* halidir.

Kanun gerekçesine⁷⁰ göre bu şartın getirilmesindeki amaç; yalnızca tam otomatikleştirilmeye uygun olan idari işlemlerin tamamen otomatik sistemler aracılığı ile tesis edilmesinin güvence altına alınmasıdır. Yani diğer bir tabirle tam otomatikleştirilecek idari işlemlerin norm koyucu tarafından önceden düşünülerek düzenlenmesi ve böylece idarelerin buna uygun olmayan idari süreçleri tamamen otomatik sistemler aracılığı ile yürütmesinin önüne geçilmek istenilmiştir. Bu yönüyle kanun, bir uyarıcı ve koruyucu fonksiyon barındırmaktadır⁷¹. Şöyle ki; buna uygun olmayan bir idari işlemin tam otomatikleştirilmesi, bu işlemi doğrudan hukuka aykırı yapacağı için önceden uygunluğu çok iyi değerlendirilmeli ve ona göre izin verilmelidir. Aksi takdirde hem zaman kaybına yol açacak hem de idarenin sorumluluğunu da doğuracak sonuçları olabilir.

Stelkens'e göre her idari işlem için ayrı ayrı bir yetki normuna gerek yoktur. İdari işlemlerin otomatikleştirilebileceğine dair hukuk normunda bir hükmün bulunması konu bazlı olması yeterlidir. Örneğin bir hukuk normu ile – kanun veya kanun altı– bir alana ilişkin özel kanunun kapsamına giren hususlarda idari işlemlerin tamamen otomatikleştirilerek tesis edilebileceğine dair bir düzenleme olması yeterlidir. Ancak bizim düşüncemize göre bu hemen yukarıda değinilen Kanunun uyarı ve koruma fonksiyonu ile bağdaşmayabilir. Buradaki amacın, uygun olmayan idari işlemlerin otomatikleştirilerek tesis

⁶⁹ Markus Ludwigs, Annika Velling, “ Vollautomatisierte Verwaltungsakte im deutschen Recht”, Markus Ludwigs, José Hernán Muriel Ciceri, Annika Velling (ed.) *Digitalization as a challenge for justice and administration*, 1. Bası, Würzburg University Press, 2023, s. 45; Guckelberger, DÖV 2021, s. 570.

⁷⁰ BT-Drs. 18/8434, 122.

⁷¹ Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, VwVfG, § 35a Rn. 33.

edilmesinin önüne geçmek olduğunu belirtmiştik. İdareye bu kadar çok fazla alan bırakılması bu fonksiyonun sağlanmasını tehlikeye atacaktır. Bu bağlamda tek tek idari işlem bazlı olmasa da konu bazlı bir yetkilendirme aranmalıdır.

Bu gereklilik, teknolojinin idare tarafından kullanılmasının önünde engel olabilecek resmi formaliteler olması gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir⁷². Cevaz veren özel bir düzenleme olmaması halinde idari makamlar bu fırsattan yararlanamayacaklar ve ne zaman çıkacağı belli olmayan bir normu beklemek zorunda olduklarına dikkat çekilmektedir.

Kanun koyucu burada hukuk normu ibaresini kullandığı için, yalnızca şekli anlamda kanun ile değil idarenin düzenleyici işlemleri ile de bu gerekliliğin sağlanabileceğini belirtmek gerekir⁷³. Ancak idarenin düzenleyici işlemleri ile öngörülmesi yeterli değildir⁷⁴. Hukukumuzda her ne kadar Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bir kanuna dayanması gerekmesede bunun dışındaki idarenin düzenleyici işlemleri için de bir kanuni dayanak gerekmektedir. Bu husus Alman Hukukunda da aynı şekildedir. O halde söz gelimi bir yönetmelik ile bu konu düzenlenecekse ayrıca bu yönetmeliğin kanuni dayanağı olması gerekecektir. Peki bu dayanak kanun açıkça tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerin yönetmelikle cevaz verilebileceğini barındırması gerekecek midir? AİUK 35a kanaatimizce bu konuda yeterli bir yasal dayanaktır, konusal olarak yönetmelik çıkarma yetkisi veren kanunun bunu açıkça tekrardan düzenlemesi gerekmez. Yani bir konuda idareye yönetmelik çıkarma yetkisi verilmişse, o konuya ilişkin yönetmelikle idari işlemlerin tam otomatikleştirilebilmesi öngörülebilir, yeter ki üst normlara aykırı olmasın. Şekli anlamda kanun ile bir konuda tam otomatikleştirme yasaklanmış ise, artık o konuda yasa altı düzenlemelerle bu öngörülemez.

Alman Sosyal Kanunu X. Kitabı'na eklenen 31a ile Alman Vergi Kanunu 155. maddesi 4. fıkra idari işlemlerin tam otomatik tesis edilmesine ilişkin

⁷² Stegmüller, NVwZ 2018, s. 356.

⁷³ Her ne kadar kanun gerekçesinde kanun kaydından (Gesetzvorbehalt) bahsedilmiş olsa da bu ifade yanlış kullanıldığı yönünde görüş birliği vardır. Thorsten Siegel, "Automatisierung des Verwaltungsverfahrens – zugleich eine Anmerkung zu §§ 35a, 24 I 3, 41 IIa VwVfG", - *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2017, s. 26; Lorse, NVwZ 2021, 1659; Schoch/Schneider – Hornung, VwVfG, § 35a, Rn. 4; Guckelberger, Vollständig automatisierte Verwaltungsakte, s. 402.

⁷⁴ Guckelberger, Vollständig automatisierte Verwaltungsakte, s. 402; Stelkens, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, s. 108; Siegel, DVBl. 2017, s. 26.

ihdas edilmiş hükümler olduğunu ifade etmiştik. Bu düzenlemelerde AİUK 35a'dan farklı olarak mevzuat hükmü ile öngörülme şartının olmadığına altını çizmek gerekir⁷⁵.

2. İdarenin Takdir Yetkisi veya Değerlendirme Alanı Sahibi Olmaması (Bağlı Yetki Olması)

AİUK 35a; bir idari işlemin tamamen otomatik sistemlerle tesis edilebilmesi için, o işlem için idareye bir takdir yetkisi (weder ein Ermessen) veya bir değerlendirme alanı (noch ein Beurteilungsspielraum) bahşedilmemiş olmasını aramaktadır. AİUK 35a'dan önce de takdir yetkisi veya değerlendirme alanının varlığı durumunda idari işlemlerin tam otomatikleştirilmesi reddedilmekteydi⁷⁶. Bu bakımdan Alman Kanun Koyucusu genel kabulü yasal olarak pekiştirdiği söylenebilir. Bu bir kanun hükmü olduğu için, alt normların buna aykırı olarak bir düzenleme ile idarenin takdir yetkisi veya değerlendirme alanı sahibi olduğu idari işlemler için bu konuda düzenleme yapılması mümkün değildir. Ancak bir başka kanun ile bu şartın aranmadığı bir yetkilendirme yapılmasına, bu hüküm engel değildir. Ancak bir özel yasa ile bu sağlanacaksa hukuk devleti ve demokrasi ilkelerine uygun hareket edilmesi gerekir⁷⁷.

Bu çalışmada yer darlığı ve konunun özünden sapmaması için idarenin hangi durumlarda takdir yetkisini veya değerlendirme alanına sahip olduğuna ilişkin detaylı bir inceleme yapılmayacaktır. Bu konuda doktrinde yapılmış çok fazla çalışma⁷⁸ bulunmaktadır, bu çalışmalara bakılabilir.

⁷⁵ Ludwigs/Velling, Vollautomatisierte, s. 45, 46.

⁷⁶ Eifert, Electronic Government, s. 140 vd.; Degrandi, Die automatisierte Verfügungsverfügung, s. 77 vd.; Lazaratos, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation, s. 219 vd.; daha fazla kaynak için bkz. Schoch/Schneider – Hornung, VwVfG, § 35a, Rn. 70.

⁷⁷ Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, VwVfG, § 35a Rn. 38; Stelkens, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, s. 111; idarenin takdir yetkisi veya değerlendirme alanı olduğu hallerde kanunla tam otomatikleştirme yetkisi verilmesinin anayasaya aykırı olduğu yönündeki karşıt görüş için bkz. Schoch/Schneider – Hornung, VwVfG, § 35a, Rn. 74.

⁷⁸ Metin Günday, *İdarenin Takdir Yetkisi*, 1982; Dilşat Yılmaz, “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69 (1,2), 2011. s.1019–1032; Cemil KAYA, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 3. Bası, Oniki Levha Yayınları, 2021; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 17. Bası, Seçkin, 2023, s. 148 vd.; R a m a z a n Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Bası, Adalet, 2023, s. 427 vd.; Jülide Gül Erdem, *Danıştay kararları ışığında idarenin takdir yetkisi kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku İdare Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.

Kanun gerekçesinde bu şartın getirilmesinin sebebi olarak; bu durumlarda bir insan iradesinin/faaliyetinin gerekli olması gösterilmektedir⁷⁹. İdareye takdir yetkisi verilmesi veya değerlendirme alanı bırakılmasının nedeni somut olay adaletinin (Einzelfallgerechtigkeit) sağlanmasına hizmet etmesi içindir⁸⁰. Teknolojinin bugünkü haliyle bu tür durumlarda somut olayın tüm özelliklerini göz önünde bulundurarak, bütün menfaatleri hakkaniyetli ve ölçülü bir şekilde tartarak karar vermesi mümkün değildir⁸¹. Bu yüzden de idarenin takdir yetkisi veya değerlendirme alanı bulunan idari işlemlerde, konunun uzmanı bir kamu görevlisi tarafından karar verilmesi gerekmektedir.

İdarenin AİUK 35a anlamında bir hareket alanı (Spielraum) olup olmadığını tespiti için uygulanacak kanun bazlı değil, somut olay bazlı bir inceleme gerekmektedir⁸². İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda da eşitlik ilkesine uygun davranması gerekmektedir. Bu sebeple idarenin eğer önceki olaylarda istikrarlı bir şekilde takdir yetkisini bir yönde kullanmışsa, idare bu kararları ile bağlıdır (Selbstbindung der Verwaltung). Bu durumda hukuk normu bazlı değerlendirecek olursak idarenin takdir yetkisinin olduğunu, o yüzden de idari sürecin tam otomatik yürütülmesinin mümkün olmayacağını söylememiz gerekir. Fakat idari işlem bazlı baktığımızda bu durumda idarenin takdir yetkisi sıfıra iner (reduzierung auf Null). Hiyerarşi yetkisinden kaynaklı idarenin iç düzen işlemleri ile –tam otomatik işlemlerde idarenin kurduğu IT programı da bu şekilde kabul edildiğini belirtmiştik– takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiğine dair bir standartlaştırma mümkündür. Bir başka deyişle takdir yetkisinin hangi durumda nasıl kullanılacağı belirlenebilir. Öyleyse bu gibi idarenin takdir yetkisinin olduğu ancak eşitlik ilkesi gereği başka türlü karar vermesi mümkün olmadığı durumlarda da idari işlemlerin tam otomatik sistemler aracılığı ile standartlaştırılarak tesis edilmesi mümkündür⁸³.

⁷⁹ BT-Drs. 18/8434, S. 122.

⁸⁰ Thorsten Siegel, “E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz”, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2020, s. 556.

⁸¹ Wolfgang Hoffmann-Riem, “Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen”, Sebastian Unger, Antje von Ungern-Sternberg (Ed.), *Demokratie und künstliche Intelligenz*, 1. Bası, Mohr Siebeck, 2019, s. 149; Guckelberger, *DÖV* 2021, s. 559.

⁸² Nadja Braun Binder, “Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2016, s. 894; Stelkens, *Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts*, s. 111, 112.

⁸³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. doktora çalışmasını bu konuya özgülemiş Busche,

Planlama ve regüle etmeye ilişkin takdir yetkilerinin kullanımı standartlaştırılmayacağından, daha açık bir söylemle bu yetkilerin kullanımında somut olarak tüm hususların göz önünde bulundurulması ve o bağlamda bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekeceğinden bu takdir yetkilerinin insan/lar tarafından kullanılması zorunludur. Bu yüzden de plan ve regülasyona dayalı takdir yetkisinin varlığı halinde idari işlemler hiçbir şekilde otomatikleştirilerek (otomatik sistemler aracılığı ile) tesis edilemez⁸⁴.

Bu hususta üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise yorumlanması (Auslegungsbedürftig) gereken ancak idarenin değerlendirme alanı (Beurteilungsspielraum) olmadığı belirsiz hukuki kavramların varlığı halinde AİUK 35a'nın bu yasak kapsamına girip girmeyeceğidir. Alman İdare Hukukunda⁸⁵ belirsiz hukuki kavramlar, her zaman idareye bir değerlendirme alanı vermezler⁸⁶. Fakat bu kavramların somut olayda uygulanabilmesi için bir insan yorumuna ve uygulamasına ihtiyaç vardır⁸⁷. Bu gibi hallerde de idari işlemlerin tamamen otomatikleştirilerek tesis edilmesini bu yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini görüşü savunanlara göre; belirsiz hukuki kavramların idareye değerlendirme alanı bahşedip bahşetmemesi yargı yerlerinin denetimi ilgili bir meseledir. Bu yasaklamada ise amaç somut olayda yorum yapılması gerekmesi ve makinelerin bu yorumu yapmaya uygun olmamasıdır. Bu gibi belirsiz kavramların program diline aktarılarak, makineler yoluyla uygulanması neredeyse imkansızdır, bu yüzden fiili bir imkânsızlık da söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu gibi idareye değerlendirme alanı vermeyen belirsiz hukuki kavramların uygulanmasında da AİUK

Verwaltungsautomation 2.0; Polomski, Der automatisierte Verwaltungsakt, s. 56; Lazaratos, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation, s. 223, 224; Braun-Binder, DÖV 2016, 894; Schoch/Schneider – Hornung, VwVfG, § 35a, Rn. 702 vd.; Guckelberger, DÖV 2021, s. 559; Siegel, DVBl. 2017, s. 26; bu halde de idari işlemlerin algoritmalara tarafından tesis edilmesinin mümkün olmadığı yönünde azınlık görüşü için bkz. NK VwVfG– Windoffer, § 35a, Rn. 30; Stegmüller, NVwZ 2018, s. 357.

⁸⁴ Tüm yönleriyle inceleme için bkz. Busche, Verwaltungsautomation 2.0, s. 223 vd., 274; Stelkens, Der vollständige automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, s. 113.

⁸⁵ Hukukumuzda bu genel olarak takdir yetkisi bağlamında değerlendirilmektedir, Gül Erdem, 2013; Sinan Seçkin, Gül Üstün, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 21 (2), 2015, s. 513, 514.

⁸⁶ Yılmaz, 2011, s. 1026 vd.

⁸⁷ Ariane Berger, “Der automatisierte Verwaltungsakt zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35 a VwVfG” *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2018, s. 1263; Ludwigs/Velling, Vollautomatisierte, s. 47.

35a'nın lafzının dışına çıkıp amaçsal yorum yapılarak, yasak kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁸. Aynı zamanda çıkarılan Sosyal Kanunun X. Kitabı 31a maddesi ve Vergi Kanunu 155. maddeleri yasak kapsamını AİUK 35a'dan farklı olarak daha genel ifadelerle belirlemiştirler. Bu iki kanun maddesi de⁸⁹ tamamen otomatikleştirilmiş idari işlem tesis edilebilmesi için somut olayda kamu görevlisinin incelemesini/işlemesini gerektirecek herhangi bir durum olmamasını aramaktadırlar. Yine AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 22. maddesinde veri öznesinin hak ve özgürlükleri ile meşru menfaatlerinin güvence altına alınması amacıyla uygun tedbirlerin de belirtildiği şekilde bir kısıtlama getirilmektedir⁹⁰.

Kanaatimizce de AİUK 35a'nın idari işlemlerin tam otomatikleştirilerek tesis edilebilmesini takdir yetkisi ve/veya değerlendirme alanı olmamasına bağlaması yerinde değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere idare takdir yetkisinin olduğu hallerde de o yetkisini standart bir şekilde herkese eşit uygulamak isteyebilir ki, bu da eşitlik ilkesinin bir gereğidir. O halde idare bu takdir yetkisini haiz olduğu hallerde, kendi isteği ile otomatikleştirilmiş idari işlemler tesis edebilmelidir. Yine aynı şekilde idarenin değerlendirme alanı olduğu kabul edilen sınav ve sınav benzeri kararlarda⁹¹ idari işlemler tam otomatik sistemlerle oluşabilir⁹².

IV. HUKUKİ SONUÇLARI

Yukarıda açıklandığı üzere idari işlemlerin otomatikleştirilerek sistem yoluyla tesis edilmesi durumunda da kamu görevlisine isnat edilebilen bir işlem olarak değerlendirilmektedir. Bu geçerliliğe AİUK 35a maddesi ile yasal bir açıklık kazandırılmıştır. Dolayısıyla klasik bir idari işlem için geçerli

⁸⁸ Guckelberger, DÖV 2021, s. 569; Knack/Henneke – Berger, VwVfG, § 35a, Rn. 49; Frederik von Harbou, “Abschied vom Einzelfall? – Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 75 (7), 2020, s. 343.

⁸⁹ Zehntes Buch Sozialgesetzbuch 31a: Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern kein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten.

Abgabenordnung 155/4: Die Finanzbehörden können Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen auf der Grundlage der ihnen vorliegenden Informationen und der Angaben des Steuerpflichtigen ausschließlich automationsgestützt vornehmen, berichtigen, zurücknehmen, widerrufen, aufheben oder ändern, soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten.

⁹⁰ Stelkens, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, s. 114, 115.

⁹¹ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 362 vd.

⁹² Stelkens/Bonk/Sachs – Stelkens U, VwVfG, § 35a Rn. 23.

olan idari usule, işlemin icrasına, maddi hukuka, sorumluluk hukukuna ve yargılama usulüne ilişkin kural ve sonuçlar kural olarak bu tür işlemler içinde geçerli olacaktır⁹³. Kural olarak diyoruz, çünkü tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerin kendi doğası gereği istisnalara tabi olması doğaldır.

A. İdari Usule İlişkin Sonuçlar

İdari işlemin usul unsuru olarak da anılan idari işlemin yapılış usulüne dair birtakım kurallar bulunmaktadır⁹⁴. Ülkemizde bir İdari Usul Kanununun eksikliğinden⁹⁵ dolayı bu kurallar bir bütünsellik içerisinde bulunmamaktadırlar. Çalışmanın, makale boyutunu aşmaması adına bu kuralların tümüne yer veremiyoruz. Kural olarak bu usuli kuralların, tamamen otomatik sistemler aracılığı ile tesis edilen idari işlemler için de geçerli olacağını belirtmiştik⁹⁶. Ancak bu tür işlemlerin yapısı gereği bazı ayrıksı uygulamalar söz konusudur. Biz burada bu ayrıksı uygulamaları dile getirmekle yetineceğiz.

AİUK 35a yürürlüğe girmeden önce de AİUK'ta idari işlemlerin tam otomatik sistemler yardımıyla (kısmi otomatikleştirilmiş) idari işlemlere dair bir kısım düzenlemeler bulunduğunu ifade etmiştik. Bunlar 28. maddesi 2. fıkrası 4 numaralı bent, 37. maddesi 5. fıkrası 1. cümlesi ve 39. maddesi 2. fıkrası 3 numaralı bent idi. Tamamen otomatik sistemlerle tesis edilen idari işlemler tabiri, çok azı kapsar yorum kuralı uyarınca tamamen otomatik sistemler yoluyla tesis edilen idari işlemler (vollständig durch automatische Einrichtungen Erlass des Verwaltungsaktes), bu hükümlerde yer alan otomatik sistemler yardımı (mit Hilfe automatischer Einrichtungen) tabirini de içine alacak şekilde yorumlanmalı ve buralardaki istisnalar tam otomatikleştirilmiş idari işlemler için geçerli olacağı yönünde görüş hakimdir⁹⁷.

1. İlgilinin Dinlenilmesi

İdari usule ilişkin önemli kurallardan birisi ilgilinin dinlenilmesidir. AİUK 28. maddesi 1. fıkrası gereğince yükümlendirici idari işlem tesis edilmeden

⁹³ Stelkens, Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts, s. 116; Ludwigs/Velling, Vollautomatisierte, s. 49.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlişkileri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, 1. Bası, Yetkin, 2000.

⁹⁵ Yücel Oğurlu, "İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur? ", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1-2), s. 73-88.

⁹⁶ Braun-Binder, DÖV 2016, s. 892.

⁹⁷ Guckelberger, DÖV 2021, s 573, 574; Ludwigs/Velling, Vollautomatisierte, s. 49; Harbou, JZ 2020, 345.

önce, bu işlemde hakkı ihlal edilecek olana karar için önemli olan hususları açıklama fırsatı verilmelidir. 2. fıkrada bu şarta istisnalar getirmiştir. Bu fıkranın ilk şartı somut olayın şartlarına göre bunun gerekli olmamasıdır⁹⁸. Bu şart varsa diğer şartlara bakılabilir. Bir başka deyişle bu şart ile diğer şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Konumuz bağlamında 4 numaralı bendin 2. cümlesi otomatik sistemler yardımıyla idari işlem tesis ediliyorsa ve somut olayda dinlenilme hakkını gerektirecek bir durum yoksa işlemin ilgilinin dinlenilmesinden vazgeçilebilir. Bir üst başlıkta tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerin de idari işlemin tamamen makine yoluyla tesis edilmesi makine yardımı ile tesis edilmesi ibaresini kapsayacağından ötürü bu AİUK 28/4'teki istisna kapsamına girmesi gerektiğini açıklamıştık.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi⁹⁹ *iyi idare hakkı* başlıklı 41. maddesinin 2. fıkrasının a bendi de *herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı* olduğunu hüküm altına almıştır. Türk hukukunda ilgilinin dinlenilmesi oldukça istisna olduğu için¹⁰⁰, idari işlemlerin otomatikleştirilmesinin önünde bir engel olarak karşımıza çıkmayacaktır. Ancak ileride ilgilinin dinlenilmesine ilişkin genel bir düzenleme yapılacak olursa bu hususun da göz önünde bulundurulması gerekir.

2. Maddi Olayın Araştırılması

İdari usule ilişkin diğer bir ilke, araştırma ilkesidir. AİUK 24. maddesi 1. fıkrası; idarenin maddi vakaları kendiliğinden/resen (von Amts wegen) araştıracağını hüküm altına almıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına 3. cümle olarak 35a ile aynı zamanda otomatikleştirilmiş idari işlemlere özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre¹⁰¹; yetkili makamın idari işlem tesis etmek için otomatik sistemler kullanması halinde, ilgilinin somut olaya ilişkin olarak sunduğu ve otomatik prosedürde tespit edilemeyecek olgusal beyanları/belgeleri ayrıca kamu görevlileri eliyle dikkate alarak karar vermesi gerekir. Bu düzenlemenin amacı, somut olayda anlam ifade eden ancak algoritma

⁹⁸ wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist.

⁹⁹ <https://www.ihd.org.tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi/> erişim tarihi: 24 Nisan 2024

¹⁰⁰ Melike Özge Çebi Buğdaycı, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (1), 2016, s.25-46.

¹⁰¹ Setzt die Behörde automatische Einrichtungen zum Erlass von Verwaltungsakten ein, muss sie für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Beteiligten berücksichtigen, die im automatischen Verfahren nicht ermittelt würden.

tarafından tespit edilemeyecek olaya mahsus olan beyan ve belgelerin göz ardı edilmesinin önüne geçmektir. Stegmüller¹⁰² bu yeni eklenen hükmü afaki bulmaktadır. Çünkü aynı maddenin 2. fıkrası¹⁰³ katılanların lehine olanlar da dahil olmak üzere somut olaya ilişkin tüm hususları dikkate almasını emretmektedir. Bu gereklilikten tam otomatik idari işlemler müstesna olmadığı için somut olayla ilgili olan, otomatik sistemlerde dikkate alınması mümkün olmayan maddi vakıalar olması halinde işlem kamu görevlisi tarafından tesis edilmesi gerekmektedir. Bizce de 1. fıkraya yeni eklenen 3. cümle olmasa da aynı sonuca varılabilir. Ancak bu hüküm tamamen gereksizdir diyemeyiz. Zira kanun koyucu yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere açıklığa kavuşturma amacı gütmektedir¹⁰⁴. Özetle idari işlemlerin tam otomatik sistemlerle tesis edilmesi halinde de araştırma ilkesine azami riayet gerekir. Programlama tüm hususlar dikkate alınacak ve ilgilerin bilgi/beyan yükleyebilecek şekilde geliştirilmelidir. Bu sayede hem araştırma ilkesi hem de bir üst paragrafta yer alan ilgilinin dinlenilmesinin gereklilikleri daha iyi sağlamış olunacak ve işlemin hukuka aykırı hale gelmesi riski azalacaktır.

3. Dosyanın İncelenmesi

İdari işlemin yapılışında uyulması gereken başka usul kuralı da dosyanın (belgelerin) incelenmesidir¹⁰⁵. Tam otomatikleştirilmiş idari karar alma süreci, klasik kamu görevlisi tarafından alınan –insan tarafından yürütülen idari usule karara nazaran çok hızlı olduğundan, idari usul sürecinin başlaması ile işlemin tesisi neredeyse aynı zamana tesadüf eder. Bu nedenle tamamen otomatikleştirilmiş idari işlemlerde ilgilinin dosyayı incelemesi karar alma süreci içerisinde mümkün olmayabilir. Bu yüzden de bu tür idari işlemlerde, işlem tesis edildikten sonra istemesi halinde ilgiliye dosyanın incelenmesi imkânı sunulmalıdır¹⁰⁶. Teknoloji herkes için anlaşılabilir ve kavranabilir olmayabilir. Bu yüzden de idari işlem tesisi için tasarlanan sistemlerin tüm

¹⁰² Stegmüller, NVwZ 2018, s. 358.

¹⁰³ Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.

¹⁰⁴ Die Regelung stellt klar, dass für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Betroffenen Berücksichtigung finden müssen. BT-Drs. 18/8434, S. 122.

¹⁰⁵ AİUK 29: İdare, katılanlara kendi hukuki menfaatlerini ileri sürebilecekleri ya da savunabilecekleri ölçüde idari süreçle ilgili dosyaları inceleme izni vermelidir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi 41. maddesi 2. fıkrası b bendi: herkesin, kendi dosyasına erişme hakkı ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesi

¹⁰⁶ Guckelberger, DÖV 2021, s. 574.

aşamaları –olmuyorsa önemli olanları– daha programlanma aşamasında kayıt altına alınmalıdır. Daha açık bir ifadeyle sistemin nasıl çalıştığını ilgililere ve gerektiğinde idari yargı yerlerine idare açık ve anlaşılabilir bir şekilde sunulmalıdır¹⁰⁷. Böylece sistemin doğru çalışıp çalışmadığından da emin olunabilir ve çok sayıda hukuka aykırı idari işlemin oluşmasının önüne geçilebilir. Algoritmanın nasıl çalıştığına ilişkin açıklama yapılması gerektiği görüşünü, veri ve sistem güvenliği nedeniyle reddeden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre algoritma kodlarının açılması halinde sistemin siber saldırı yoluyla ele geçirilmesi ve kötüye kullanılması olasılığını çok fazla arttıracaktır. Bunun yanında bu kodların, kodu yazan firmanın ticari sırrı niteliğinde olabilir. Bu da onların ticari sır sebebiyle açıklanması/ incelenmesi yasak olan bilgiler kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılabılır¹⁰⁸. Kanaatimizce idarenin veri ve sistem güvenliğinin arkasına saklanarak, şeffaflığı ortadan kaldıracak şekilde nasıl çalıştığını kimsenin bilmediği bir sisteme karar verdirilmesi iyi idare ilkeleri ile bağdaşmaz. İdare gerekli tedbirleri alarak sistemin kodlarını ve karar mekanizmasını anlaşılır kılmalıdır. Diğer bir gerekçe olan ticari sır olduğundan dolayı gizli kalması gerektiğine de katılmıyoruz. Kamu gücü ve kaynağı kullanan idarenin ticari sır niteliğinde bir programı olamaz. Programı dışarıdan özel hukuk kişisinden temin edilecek dahi olsa, tüm hakları ile satın alınmalıdır.

Türk Hukuku bağlamında dosyanın incelenmesi genellikle yargılama süreçlerinde gündeme gelmektedir. İdari usulde dosyanın incelenmesine dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada Avukatlık Kanunu 2. maddesi 3. fıkrası, avukatlara bu yönde bir imkân tanımaktadır. Buna göre; *[y]argı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür.* Bu çerçevede avukatlar, müvekkilleri ile ilgili olarak tamamen otomatik sistemler aracılığı ile tesis edilmiş idari işlemlerle alakalı tüm bilgi ve belgeleri ve dahi sistemin nasıl çalıştığına dair izahat isteyebilir. Meğerki kanun aksini düzenlemiş olsun.

¹⁰⁷ Schmitz/Prell, NVwZ 2016, s. 1277; Bull, DVBl, 2017, s. 416.

¹⁰⁸ Annette Guckelberger, “E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Band 78, 2019, s. 269 vd.; Mario Martini, David Nink, “Wenn Maschinen entscheiden. – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht– Extra (NVwZ-Extra)*, 36 (10), 2017, s. 10, 11.

4. Gerekeç Yüklümlülüğü

İdari işlemin gerekçesinin yönetilenlere bildirilmesi hukuk devleti açısından önem arz etmekte ve bunun çeşitli faydaları bulunmaktadır¹⁰⁹. İdari işlemlerin gerekçelendirilmesi Alman İdare Hukukunda AİUK 39. maddesi 1.fıkrası gereği kural olarak bireysel idari işlemlerin gerekçeli tesis edilme zorunluğu bulunmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi 41. maddesi 2. fıkrası c bendi de gerekçe gösterme yükümlülüğünü iyi idare şartları arasında saymaktadır.

Tam otomatik idari işlemin gerekçelendirilmesi ise birtakım teknik zorluklarla karşı karşıyadır¹¹⁰. Mevcut teknolojik imkanlarla otomatik sistemlerin, somut olayın özelliği dikkate alınarak bir gerekçe üretmesi mümkün görünmemektedir¹¹¹. Yukarıda da değinildiği gibi tamamen otomatik sistemler yoluyla tesis edilen idari işlemler 39. maddesi 2. fıkrası 3 numaralı bendinde bulunan istisnadan yararlanarak gerekçe yükümlülüğüne tabi olmayabilirler. Ancak Kanun bu istisnanın da istisnasını getirmiştir. Madde metnine göre; eğer idare aynı türde idari işlemleri çok sayıda veya otomatik sistemler yardımıyla tesis ediyorsa ve gerekçe somut olayın şartları çerçevesinde zorunlu değilse, gerekçeden muafır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere, somut olayın özelliği gerektirmesi halinde gerekçe yükümlülüğü ortadan kalkmayacaktır. Tamamen otomatik sistemlerle tesis edilen idari işlem bu istisnaya tabi olmasa dahi, AİUK 45. maddesi 1. fıkrası 2 numaralı bendi ve 2. fıkrası uyarınca yargılamanın son aşamasına kadar idari işlemin gerekçesi telafi edilebilir¹¹². Alman idare hukukunda iptal davası açılmadan önce idari itiraz/başvuruda bulunması kural olarak zorunludur. Tam otomatikleştirilmiş idari işlemin gerekçesi olmamasının idari işlemin iptaline yol açması tamamen teorik kalmaktadır¹¹³. Bu bağlamda her ne kadar idari işlemin gerekçelendirilmesi arzu edilse de teknik sebeplerden

¹⁰⁹ Ulrich Ramsauer, Ferdinand Kopp – Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 23. Bası, C.H. Beck, 2022, § 39, Rn. 4; Atila Erkal, “Türk ve Alman Hukukunda Gerekeç Yüklümlülüğü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1), 2009, s. 119-150; Ayşe Almıla Tanrıverdi, “İdare Hukukunda Gerekeç İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 3 (2), 2023, s. 551-580.

¹¹⁰ David Roth-Isigkeit, “Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2020, s. 1018.

¹¹¹ Roth-Isigkeit, DÖV 20202, s. 1019, Guckelberger, DÖV 2021, s 574, 575.

¹¹² Atila Erkal, “İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (2), 2021, s. 198.

¹¹³ Roth-Isigkeit, DÖV 20202, s. 1021.

dolayı bu tür idari işlemlerin gerekçelendirilememesinin işlemin iptaline yol açması çok mümkün görülmemektedir.

B. İdarenin Sorumluluğuna Dair Sonuçları

Tam otomatik işlemlerden kaynaklı idarenin sorumluluğu meselesinin ayrı bir çalışmanın konusu olması gerektiğini¹¹⁴, burada çok yüzeysel olarak ele alacağımızı baştan belirtmeliyiz.

Algoritmaların kullanımından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin özel hukuk ve idare hukukunda benzer problemler gözlemlenmektedir. Ancak bu iki hukuk dalının birbirinden farklı özelliklere sahip olması da gözden kaçırılmamalıdır. Özel hukukta kişilerin sözleşmeci tarafı seçebilme ve otomatikleştirilmiş bir sistem aracılığı ile işlem yapıp yapmayacağına karar verebilme şansı varken, idare hukukunda vatandaş genellikle idarenin yöntemi ile bağlıdır.

Tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerde zararın, kullanılan otomatik sistemlerin hatasından ya da yanlış programlanmasından veyahut verilerin yanlış girilmesinden kaynaklanması halinde idarenin kusur sorumluluğu gündeme gelecektir¹¹⁵. İdarenin, otomatik sistemleri kullanmaya başlamadan önce testler yaparak idari işlemin hukuka uygun olup olmadığından emin olma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeden sistemi kullanmış ve idari işlem de uygun olmayan sistem/program kullanımı sebebiyle hukuka aykırı üretilmişse idarenin kusur sorumluluğu kapsamında, idari zarar tazmin edilmelidir¹¹⁶. İdarenin vazifesi bu anlamda sadece programı baştan test etmekten ibaret değildir, aynı zamanda onu kullanırken zaman zaman kontroller yapma ve gerektiğinde yeni durumlara uyarılama sorumluluğu da bulunmaktadır¹¹⁷. İdarenin idari işlem üretecek sistemi özel hukuk kişilerden temin etmiş olması, idarenin/devletin (Staatshaftung) sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Lakin bu halde idarenin sistemi kuran/programlayan kişi ve kişilere rücu hakkı bulunmaktadır.

¹¹⁴ Alman yazınındaki örnekleri için bkz. David Roth-Isigkeit, “Staatshaftungsrechtliche Aspekte des Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme in der öffentlichen Verwaltung” *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 145(2), 2020, s. 321-351; Mario Martin, Hannah Ruschemeier, Jonathan Hain, “Staatshaftung für automatisierte Verwaltungsentscheidungen – Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Recht der staatlichen Ersatzleistungen”, *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 112(1), 2021, s. 1-37.

¹¹⁵ Roth-Isigkeit, AöR 2020, s. 336.

¹¹⁶ Stelkens/Bonk/Sachs –Stelkens U, VwVfG, § 35a Rn. 57.

¹¹⁷ Guckelberger, VVDStRL 2019, s. 45.

İdareye atfedilebilecek bir kusur olmadan, sistemin yanlış bir karar vermesi halinde idarenin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği sorusu üzerinde durmak gerekmektedir. Bu durum genellikle vatandaşların sistemi kullanamaması ya da yanlış kullanması sebebiyle oluşur. Fakat sebep bununla sınırlı değildir. Dışarıdan illegal müdahaleler sebebiyle de sistemde hatalar oluşabilir. Bu gibi idareye kusur yüklenemeyecek nedenler dolayısıyla idari işlemin hukuka aykırı hale gelmesi ve vatandaşın da zarar görmesi durumunda, Alman yazarlar tarafından kusursuz sorumluluk hallerinden idarenin tehlike/risk sorumluluğunun işletilmesi gerektiği görüşü ortaya atılmıştır¹¹⁸. Gerçekten de teknoloji kullanımı bazı riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu riskleri idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilememesi halinde sadece vatandaşlara yüklemek hakkaniyete uygun değildir. Şayet vatandaşa sadece tam otomatikleştirilmiş sistem imkânı sunulmuş ve vatandaşın da bunu kullanımından ötürü idari işlem hukuka aykırı hale gelmişse, vatandaşın kendi eyleminden kaynaklanan bir zarar denilerek idarenin sorumluluğu bir kenara atılamaz. Zira vatandaş bu yolla değil de memur eliyle hizmet almış olsaydı büyük ihtimalle bu zarar oluşmayacaktı. Ancak vatandaşın iyi niyet ilkesine aykırı olarak yanlış kullanımı söz konusuysa, örneğin bilgilerin yanlış girilmesi gibi, bu halde idarenin sorumluluğu yolunun kapalı olması gerektiği kanaatindeyiz.

İdarenin sorumluluğunun gündeme gelebileceği bir başka husus da kişisel verilerdir. Tam otomatikleştirilmiş idari işlemlerden dolayı vatandaşın kişisel verileri hukuka aykırı olarak kullanılmış ya da 3. kişilerin eline geçmişse idarenin yukarıda dile getirilen kusur/kusursuz sorumlulukları çerçevesinde zarar tazmin edilecektir. Kişisel verilerin korunması ile ilgili yükümlülükler ülkelerin yasalarında düzenlenmiştir. Bununla beraber yukarıda anılan AB Genel Veri Koruma Tüzüğü bu konuda AB ülkelerinin dikkat etmesi gereken önemli hükümler içermektedir¹¹⁹.

SONUÇ

Kamu idarelerinin, teknolojinin vermiş olduğu imkanlardan yararlanması kaçınılmaz bir gerçek ve gerekliliktir. Bu yararlanma, vatandaşla idare arasında iletişimin elektronik ortamda sağlanmasından, yapay zekâ yoluyla

¹¹⁸ Karl Zeidlers, „Verwaltungsfabrikat“ und Gefährdungshaftung“, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1959, s. 685-687; Lazaratos, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation*, s. 381 vd.; Guckelberger, *Öffentliche Verwaltung*, Rn. 631; Martini/Ruscheimer/Hain, *VerwArch* 2021, s. 32 vd.; Roth-Isigkeit, *AöR* 2020, s. 345-347.

¹¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Murat Volkan Dülger, „Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması“, 1 (2), 2019, *Yaşar Hukuk Dergisi*, s. 71-174.

kamu hizmetlerinin görülmesine kadar çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Elbette teknolojiden istifade etmenin birtakım riskleri vardır. Ancak faydalarının daha fazla olduğu aşikardır. Ancak bu riskler tamamen göze alınabilecek riskler değildir. Bu yüzden bu risklerin ortadan kaldırılması ya da en azından asgariye indirilmesi için tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlerin başında hukuki tedbirler gelir. Hukuk devletinin temel şartlarından birisi de kamu idarelerinin kanuniliği ilkesi olduğu malumdur. Bu bağlamda teknolojinin kullanımının, Anayasa'dan çıkartılan ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bunun için bazen kanun koyucunun yasal düzenleme yapması gerekirken bazen de uygulayıcıların ve yargı organlarının Anayasa'ya uygun yorumlaması lazım gelir. Çoğu zaman da bu ikisi birlikte aranır. Bu konuda idare hukuku alanında düşünsel çalışmalar üretenlere de önemli vazifeler düştüğü kanaatindeyiz. Uygulamanın ve yargının faydalanabileceği çalışmalar yapılarak bu yönde katkı sağlanabilir. Ancak ülkemizde bu yöndeki çalışmaların azlığını da vurgulamak isteriz.

Çalışma konusu bağlamında sonuç ve değerlendirme kısmına gelecek olursak, öncelikle ülkemiz kamu yönetimi pratiğinde hiç de kısa sayılmayacak bir süredir idari işlemlerin tamamen otomatik sistemler/cihazlar aracılığı ile üretildiğinin saptamasını yaparak başlamalıyız. Mevzuatta ise bu konuyu açıkça düzenleyen hükümlere rastlayamadık. Çalışmamızda sıklıkla yer verdiğimiz üzere Alman yasa koyucusu, yarım asrı aşkın doktrinsel tartışma ve görüşler sonunda 2016 yılında bu konuyu düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Bu düzenlemenin asıl amacının, makineler yoluyla yapılan idari işlemlerde bir irade beyanı olup olmadığı, varsa da bu beyanın idareye isnat edilip edilemeyeceği – ezcümle tamamen otomatik sistemler aracılığı ile üretilen işlemlerin, AIUK 35. maddesinde tanımlanan anlamda biri idari işlem olup olamayacağı– şüphesini ortadan kaldırmak olduğunu belirtmiştik. Bizim de katıldığımız görüşe göre idari işlemlerin tamamen otomatikleştirilmiş tesis edilebilmesi için bir kanuni dayanağa ihtiyaç yoktur, ancak yol gösterici ve şartlarının belirlendiği bir yasal düzenlemenin olmasının çok faydalı olacağını söylemeliyiz. Zira burada idare öncesinde tamamen determinant bir algoritma oluşturmakta, sistemler de tam da bu algoritmaya göre idari işlemi tesis etmektedir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, determinant olmayan makine öğrenmesi yoluyla idari işlem tesis etmek, T.C Anayasa'sı 128. maddesi ve Almanya Federal Anayasa'sı 33. maddesi sebebiyle bugünkü şartlarda mümkün değildir. Çünkü makine öğrenmesinde yetkili makamın önceden öngöremediği işlemler ortaya çıkabilir. Ancak bu yapay zeka yoluyla idari işlem üretilmesi hususunun ayrıca başka bir çalışmada detaylıca ele alınması gerektiğini de

burada hatırlatalım. AIUK 35a idari işlemlerin tam otomatikleştirilebilmesi için, bağlı yetki ve hukuk normu ile öngörölmüş olma şartlarını aramaktadır. Her takdir yetkisinin, idari işlemin otomatikleştirilmesinin önünde bir engel olmadığı düşüncesindeyiz. Aksine eşitlik ilkesi gereğince bazı durumlarda takdir yetkisinin standart bir şekilde her olayda aynı kullanılması icap eder. Hukuk normu ile öngörölmüş olması, idarenin kendi organizasyon ve usul takdiri kapsamında bu yöntemle idari işlemi tesis edip etmeyeceği yönünde kendi karar verebilmesinin önüne geçmektedir. Bizce de bu hususu idarelerin takdirine bırakmak, buna uygun olmayan idari işlemlerin tam otomatikleştirilerek hukuka uygun tesis edilmesine yol açması gibi sakıncaları bulunmaktadır.

İdari işlemlerin tam otomatikleştirilmiş olmasından kaynaklı bazı hukuki sonuçları da bulunmaktadır. Bu sonuçlardan bazıları idari usule ilişkin bazıları maddi hukuka (sorumluluk da dahil olmak üzere) ilişkindir. Burada sonuç olarak vurgulamak istediğimiz, idarenin tamamen otomatik araçlarla idari işlem tesis etmesinde kusuru varsa kusur sorumluluğu zaten kaçınılmazdır, ancak kusuru olmadığı durumlarda da Alman yazarlar tarafından önerildiği gibi risk/tehlike sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumluluğuna da gidilebilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, “Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (4), 2023, s. 267 – 319.
- Akyılmaz B, *İdari Usul İlişkileri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2000.
- Akyılmaz B, Sezginer M, Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Erkal, A, “İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (2), 2021, s. 183-208
- Berger A, “Der automatisierte Verwaltungsakt zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35 a VwVfG” *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2018, s. 1260-1264.
- Braun Binder N, “Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale” *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2016, s. 891-898.
- Braun Binder N, “Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht? Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2016, s. 960-965.
- Braun Binder N, “Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren, vollautomatisiert erlassene Verwaltungsakte und elektronische Aktenführung”, Margrit Seckelmann (Ed.), *Digitalisierte Verwaltung, Vernetztes E-Government*, 2. Bası, Erich Schmidt Verlag, 2019.
- Braun Binder N, “Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2016, s. 891-898.
- Bull H P, “Der »vollständig automatisiert erlassene« Verwaltungsakt – zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von »E-Government«”, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2017, s. 409-417.
- Busche D, *Verwaltungsautomation 2.0 Automatisiert erlassene Verwaltungsakte im Bereich von Spielräumen*, 1. Bası, Duncker & Humblot, 2023.

- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Bası, Adalet Yayınevi, 2023.
- Çakmak M N, “İdare Hukuku ve İnternet”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1-2) 2004, s. 285-314.
- Çataklı H, “Sosyal Etik Bir Değerlendirme Olarak Cezai Sorumluluk ve Mevcut Hareket Teorileri Bakımından Ceza Hukukunda Yapay Zekânın Fail ve Sorumluluk Öznesi Olarak Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (2), 2024, s. 507-544.
- Çebi Buğdaycı M Ö, “İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (1), 2016, s.25-46.
- Degrandi B, *Die automatisierte Verfügungsverfügung*, 1. Bası, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977.
- Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 21. Bası, C.H. Beck, 2023.
- Dülger M V, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, 1 (2), 2019, *Yaşar Hukuk Dergisi*, s. 71-174.
- Eifert M, *Electronic Government: das Recht der elektronischen Verwaltung*, 1. Bası, Nomos, 2006.
- Ercan C, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, *TAAD*, (40), 2019, s. 19-51.
- Erkal A, “Türk ve Alman Hukukunda Gerekeç Yükümlülüğü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1), 2009, s. 119-150.
- Galetta D-U, Hofmann H, “Künstliche Intelligenz kommt, das öffentliche Recht bleibt” *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2024, s. 453 – 464.
- Guckelberger A, “Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2021, s. 566-578.
- Guckelberger A, “Künstliche Intelligenz in der Öffentlichen Verwaltung”, Gerald Spindler, José Hernán Muriel Ciceri (Ed.), *Challenges of Law and Technology - Herausforderungen des Rechts und der Technologie - Retos del Derecho y de la Tecnología*, 1. Bası, Universitätsverlag Göttingen, 2023.
- Guckelberger A, “Vollständig automatisierte Verwaltungsakte”, Samuel van

- Oostrom, Stephan Weth (Ed.), Stelkens, “Der vollständig automatisierte Erlass, Juris, 2016.
- Guckelberger A, *Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung. Analysen und Strategien zur Verbesserung des E-Governments aus rechtlicher Sicht*, 1. Bası, Nomos, 2019.
- Guckelberger, A, “E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Band 78, 2019, s. 235-282.
- Guckelberger, A, “Voll- und teilautomatisierte Entscheidungen der Verwaltung und ihre Auswirkungen auf die verfahrensrechtliche Stellung der Beteiligten”, Julia Iliopoulos-Strangas, Egils Levits, Michael Potacs, Jacques Ziller (Ed.), *Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation für den Staat und seine demokratische Staatsform | The Challenges of Digital Communication for the State and its Democratic State Form | Les défis de la communication numérique pour l’État et sa forme démo*, 1. Bası, Nomos, 2021.
- Gül Erdem J, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku İdare Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.
- Harbou F, “Abschied vom Einzelfall? – Perspektiven der Digitalisierung von Verwaltungsverfahren”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 75 (7), 2020, s. 340-348.
- Herold V, *Demokratische Legitimation automatisiert erlassener Verwaltungsakte*, 1. Bası, Duncker & Humblot, 2020.
- Hill H, “Scientific Regulation – Automatische Verhaltenssteuerung durch Daten und Algorithmen”, Hermann Hill, Utz Schliesky (Ed.), *Auf dem Weg zum Digitalen Staat - auch ein besserer Staat*, 1. Bası, Duncker-Humblot, 2015.
- Hoeren T, Pinelli S, *Künstliche Intelligenz – Ethik und Recht*, 1. Bası, C.H. Beck, 2022.
- Hoffmann-Riem W, “Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen”, Sebastian Unger, Antje von Ungern-Sternberg (Ed.), *Demokratie und künstliche Intelligenz*, 1. Bası, Mohr Siebeck, 2019.
- Kağıtçıoğlu M, “Yapay Zekâ ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik

- Bir Değerlendirme)”, *Hacettepe HFD*, 11(1) 2021, s. 118-168.
- Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Knack H J, Henneke H-G, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar*, 11. Bası, 2020.
- Lazaratos P, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, 1. Bası, , Duncker-Humblodt, 1990.
- Leonid Guggenberger, “Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung” *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2019, s. 844-850.
- Lorse J, „Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz,“ *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht ; vereinigt mit Verwaltungsrechtsprechung (NVwZ)*, 2021, s. 1657- 1662.
- Ludwigs M, Velling A, “ Vollautomatisierte Verwaltungsakte im deutschen Recht”, Markus Ludwigs, José Hernán Muriel Ciceri, Annika Velling (ed.) *Digitalization as a challenge for justice and administration*, 1. Bası, Würzburg University Press, 2023.
- Mann T, Sennekamp C, Uechtritz M, *Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*, 2. Bası, Nomos 2019.
- Martin M, Ruschemeier H, Hain J, “Staatshaftung für automatisierte Verwaltungsentscheidungen – Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Recht der staatlichen Ersatzleistungen”, *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 112(1), 2021, s. 1-37.
- Martini M, “Digitalisierung der Verwaltung”, Wolfgang Kahl und Markus Ludwigs (Ed.), *Handbuch des Verwaltungsrechts Bd. I*, 1. Bası, C.F. Müller GmbH, 2021.
- Martini M, Nink D, “Wenn Maschinen entscheiden.. – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht– Extra (NVwZ-Extra)*, 36 (10), 2017, s. 1-14.
- Obermayer K, Funke-Kaiser M, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Bası Luchterhand Verlag, 2021.
- Oğurlu Y, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?“, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1-2), s. 73-88.
- Oğurlu Y, *İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu*

- Hizmeti*, 1. Bası, Oniki Lehva Yayınları, 2010.
- Okur S, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Polomski R-M, *Der automatisierte Verwaltungsakt: Die Verwaltung an der Schwelle von der Automation zur Informations- und Kommunikationstechnik*, 1. Bası, Duncker-Humboldt, 1993.
- Ramsauer U, Kopp F, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 23. Bası, C.H. Beck, 2022.
- Roth-Isigkeit D, “Die Begründung des vollständig automatisierten Verwaltungsakts”, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2020, s. 1018-1026.
- Roth-Isigkeit D, “Staatshaftungsrechtliche Aspekte des Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme in der öffentlichen Verwaltung” *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 145(2), 2020, s. 321-351.
- Schmitz H, Prell L, “Neues zum E-Government Rechtsstaatliche Standards für E-Verwaltungsakt und E-Bekanntgabe im VwVfG”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2016, s. 1273-1280.
- Schoch F, Schneider J-P, *Verwaltungsrecht - VwVfG : Kommentar*, 4. Bası, C.H. Beck, 2024.
- Seçkin S, Üstün G, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan*, 21 (2), 2015, s. 509-534.
- Seyhan S, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 1. Bası, Oniki Lehva Yayınları, 2023.
- Siegel T, “Automatisierung des Verwaltungsverfahrens – zugleich eine Anmerkung zu §§ 35a, 24 I 3, 41 IIa VwVfG”, - *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2017, s. 24-28.
- Siegel T, “E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz”, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl.)*, 2020, s. 552-558.
- Stegmüller M, “Vollautomatische Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2018, s. 353–358.

- Stelkens P, Bonk H J, Sachs U, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* , 10. Bası, C.H. Beck 2023.
- Stelkens P, Bonk H J, Sachs U, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar* , 6. Bası, C.H. Beck 2001.
- Stelkens U, “Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG” Hermann Hill, Dieter Kugelmann, Mario Martini (Ed.), *Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung*, 1. Bası, Nomos, 2018.
- Şahin A D, “Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğunun Türk ve Alman Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 4, 2020, s. 977-1026.
- Tanrıverdi A A, “İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 3 (2), 2023, s. 551–580.
- Ule C H, Laubinger H-W, *Verwaltungsverfahrenrecht : ein Lehrbuch für Studium und Praxis*, 4. Bası, Heymanns, 1995.
- Von Berg M, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, 1. Bası, Grote, 1968.
- Wischmeyer T, “Künstliche Intelligenz in der Verwaltung”, in: Martin Ebers, Christian A. Heinze, Björn Steinrötter,(Ed.), *Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz & Robotik*, 1. Bası, C.H. Beck, 2020.
- Yılmaz D, “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69 (1,2), 2011. s.1019–1032.
- Yılmaz D, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, 1. Bası, Astana Yayınları, 2014.
- Zeidlers K, “„Verwaltungsfabrikat“ und Gefährdungshaftung”, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1959, s. 681-687.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YARGILAMASINDA DOSTANE ÇÖZÜM VE TEK TARAFLI DEKLARASYON USULÜ: ADALET VERİMLİLİK ÇATIŞMASI

FRIENDLY SETTLEMENT AND UNILATERAL DECLARATION
PROCEDURE IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE
CONFLICT BETWEEN JUSTICE AND EFFICIENCY

Esra YILMAZ EREN*  

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahipleri tarafından gündeme getirilen insan hakları sorunlarını sınırlı insan kaynağı ile makul sürede çözmeye çalışmaktadır. İş yükünü azaltmak amacıyla dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon gibi usuller yargılamanın parçası haline getirilmiştir. Böylece özellikle yerleşik içtihadın bulunduğu mükerrer davalarda tarafların Mahkeme gözetiminde anlaşması ile uyumsuzlukların çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. Öte yandan Mahkeme 2019 yılından itibaren bütün başvurular bakımından dostane çözüm teklifinde bulunmayı ana kural haline getirmiştir. Bu uygulamanın yargılama sürecinin hızlanmasına ve Mahkemenin etkinliğinin artırılmasına katkıda bulunacağı ifade edilmektedir. Ancak usulün otomatik olarak tüm davalar bakımından uygulanması başvurucular bakımından hak kaybına yol açabilecek ve madde 2 ve 3 gibi ciddi insan hakları ihlalleri bakımından bu usul, mağdur yanında Mahkeme'nin misyon ve itibarına da zarar verebilecektir. Bu makalede, AIHM'in iş yüküne çare olarak geliştirilen dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usulleri, yargılama sistemi reformları ışığında ele

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, **E-posta:** eren@tau.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5422-9247, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1489775.

• **Atf Şekli/ Cite As:** Yılmaz Eren E, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Dostane Çözüm ve Tek Taraflı Deklarasyon Usulü: Adalet Verimlilik Çatışması", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(4), 2024, s.453-496.

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



alınmaktadır. Her bir çözüm yolunun olumlu ve olumsuz yönleri incelenerek, mahkeme önündeki bütün başvurular bakımından adeta hızlandırılmış usul şeklinde yeknesak bir uygulama oluşturulmasının AİHM yargılama sistemi bakımından sakıncalarına değinilmektedir. İnsan hakları yargılamasında uzlaşmanın hangi hallerde meşru sayılabileceği değerlendirilerek özellikle tek taraflı deklarasyon usulünde mağdurların rızası hilafına başvurunun sonlandırılması karşısında bu usulün madde 2 ve 3 ihlali gibi ciddi nitelikteki insan hakları ihlalleri bakımından daha titizlikle uygulanması ve Bakanlar Kurulu'na da denetim yetkisi tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Başvuruların hızlıca çözüme kavuşturularak Mahkemenin verimliliğinin artırılması ile insan hakları ihlallerinin tespiti ve mağdurların tatmini suretiyle adaletin sağlanması arasındaki denge doğru belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: AİHM, AİHM'in etkililiği, Dostane çözüm, Tek taraflı deklarasyon, İş yükü, Kayıttan düşürme kararı.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights strives to address human rights issues raised by applicants within a reasonable time, despite its limited human resources. To alleviate the workload, procedures such as the friendly settlement procedure and unilateral declarations are introduced. These methods aim to resolve disputes especially in repetitive cases through agreements supervised by the Court. However, starting from 2019, the offering of friendly settlements has become a general rule for all applications. It is posited that this measure will expedite the trial proceedings and bolster the efficacy of the Court. Nevertheless, the application of this procedure to all cases may engender rights infringements for applicants. Moreover, in cases involving grave human rights violations, this procedural approach could potentially undermine both the mandate and standing of the Court alongside the rights of the victim. This article examines the friendly settlement and unilateral declaration mechanisms within the framework of judicial system reforms. By analyzing the merits and drawbacks of each remedy, it addresses the potential risks of establishing a uniform application that functions almost as an expedited procedure for all applications before the Court. It is emphasized that in human rights adjudications, the legitimacy of reconciliation must be carefully assessed, and supervisory authority should be vested in the Committee of Ministers. A judicious equilibrium between augmenting the Court's efficiency and upholding justice must be meticulously deliberated upon.

Keywords: ECtHR, Effectiveness of the ECtHR, Friendly settlement, Unilateral declaration, Over-burdening, Striking out decision.

EXTENDED ABSTRACT

The European Convention on Human Rights (ECHR) ensures the effective protection of human rights by granting individuals legal standing under international law. In parallel with the growing number of states parties to the Convention and the

increasing awareness of human rights, the number of applications submitted to the European Court of Human Rights (ECtHR) has seen a significant rise over the years. To address the case backlog, substantive and procedural reforms have been introduced through amendments such as Protocols No. 11 and No. 14, with the primary objective of enhancing the efficiency and functionality of the system. Driven by similar considerations, the Court has adopted the pilot judgment procedure and the friendly settlement procedure in its adjudicative framework. The term 'friendly settlement' refers to the resolution of a dispute before the ECtHR through an agreement between the parties, concluded prior to a judgment on the merits. Initially, the friendly settlement procedure was applied in cases involving repetitive applications arising from systemic national practices, as well as in situations where settled case law existed. However, with the procedural reforms introduced in 2019, a structured approach was established whereby each case submitted to the Court must first undergo a twelve-week friendly settlement phase, followed by a twelve-week contentious phase. As a result, the friendly settlement mechanism has become an integral component of the ECtHR's judicial process.

Recent qualitative analyses of the ECtHR's judgments indicate that the majority of claims do not proceed to the merits stage. Although a substantial proportion of cases are dismissed on procedural grounds, a significant number are also struck out due to friendly settlements or unilateral declarations. Given the Court's heavy workload these mechanisms are generally deemed reasonable for repetitive cases or matters with well-established jurisprudence. By resolving cases that do not necessitate in-depth scrutiny in a more efficient manner, the Court is able to allocate its time and resources to addressing cases involving more serious and complex human rights violations. However, the application of friendly settlement procedures as a uniform mechanism for addressing all human rights violations carries the inherent risk of compromising the fundamental aim of the ECtHR -to uphold justice through its protective framework that designates individuals as subjects of international law. The processes of identifying violations, sanctioning perpetrators, and obtaining acknowledgment of governmental accountability are regarded as essential prerequisites for providing effective remedies to victims and fostering a sense of restoration. Therefore, the safeguarding of human rights represents not only an obligation to individual victims but also a collective duty owed to society at large.

In light of these considerations, this study undertakes a comprehensive examination of the friendly settlement and unilateral declaration procedures developed to enhance the operational efficacy of the ECtHR, with a particular emphasis on the dimensions of justice and efficiency. Accordingly, the first section chronologically analyzes the process by which the friendly settlement procedure has been integrated into the Court's adjudicative framework. The second section explicates the unilateral declaration procedure, a mechanism developed through case law to alleviate the Court's caseload and enhance its operational efficiency. By comparing the distinctions between the two procedures, the study evaluates their respective impacts on the

ECtHR's adjudicative process. The final section engages with the potential pitfalls of uniformly applying friendly settlement procedures across all cases, particularly concerning the pursuit of efficiency within human rights adjudication. The analysis posits that the indiscriminate application of friendly settlement procedures could jeopardize the integrity and effectiveness of the human rights protection system established by the ECHR. In this context, it is argued that the Court should rigorously evaluate the specific circumstances of each case, the nature of the rights implicated, and the characteristics of the actions being contested. For core rights, such as those articulated in Articles 2 and 3 of the ECHR, the implementation of these procedural mechanisms should occur only under explicitly defined conditions and following a meticulous scrutiny. Moreover, it is proposed that the commitments articulated in unilateral declarations, alongside those in friendly settlements, should be monitored and enforced by the Committee of Ministers. This perspective emphasizes the principle that the quest for efficiency within the judicial process must not be prioritized at the expense of substantive justice.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) oluşturduğu sistem ile bireyleri uluslararası hukukta hak sahibi yaparak etkili bir insan hakları koruması sağlamaktadır. Sözleşmeye taraf devlet sayısındaki artış yanında, insan hakları farkındalığının yaygınlaşması ile paralel olarak Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısı yıllar içerisinde artmıştır.¹ Oluşan dava yükünün azaltılması amacıyla 11 ve 14 No.lu Protokoller gibi değişikliklerle sistemde maddi ve usuli reformlar gerçekleştirilmiş ve sistemin etkili biçimde işlemesi amaçlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de benzer mülahazalarla mevcut yargılamasında pilot karar usulü² ve dostane çözüm usulü gibi özel

¹ 1959 - 1998 yılları arasında Mahkeme 1027 başvuruyu karara bağlamış iken (Bkz. European Court of Human Rights, *Survey Forty Years of Activity 1959-1998*, s. 26 <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/survey_19591998_bil> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024) sadece 2023 yılında 38.260 başvuru hakkında karar verilmiştir. Bkz. European Court of Human Rights, *Annual Report 2023*, s. 108 <<https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual-report-2023-eng>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

² Pilot karar usulü hakkında bilgi için bkz. Helen Keller/Magdalena Forowicz/Lorenz Engi, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 55 vd; David Harris / Michael O'Boyle / Ed Bates / Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan (Çev.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 147 vd; Philip Leach/Helen Hardman/Svetlana Stephenson, "Can the European Court's Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia", *Human Rights Law Review*,10(2), 2010, s.346-359.

usuller kullanmaktadır.³ “Dostane çözüm”, AİHM önünde devam eden bir anlaşmazlığın taraflar arasında imzalanan bir anlaşma ile esas hakkında karar verilmeden önce çözüme ulaştırılması olarak tanımlanmaktadır.⁴ Dostane çözüm usulü ilk uygulamalarında genellikle ulusal pratiklerden kaynaklanan mükerrer başvurular ve yerleşik içtihadın olduğu davalarda kullanılmıştır. Ancak 2019’dan itibaren getirilen yeni usulle birlikte Mahkemeye gelen her davanın, önce on iki haftalık bir dostane çözüm aşaması ve ardından on iki haftalık bir ihtilaf aşamasından geçmesi düzenlenmiş ve dostane çözüm, adeta AİHM yargılamasının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.⁵ Davanın içeriği veya somut nitelikleri göz önüne alınmadan Mahkemeye gelen tüm davalara zorunlu bir dostane çözüm aşaması uygulanması, AİHM önündeki uyumsuzluk çözüm sistemini değiştirmiştir. Bu sistemle Mahkeme, davaları olağan usulden uzaklaştırarak, AİHM aracılığıyla, bireysel mağdurları çözüme yönlendirmeyi, daha az tartışmalı davalarda işlemleri hızlandırmayı ve Mahkemenin yeni konuları ele almasına zaman ayırmayı amaçlamaktadır.⁶

Son yıllarda Mahkeme kararlarına ilişkin yapılan nitel analizler göstermektedir ki, ulusal düzeyde ihlal giderimi sağlayamayan ve son çare olarak AİHM’e başvuran mağdurların büyük çoğunluğunun iddiaları Mahkeme tarafından görüşülmemektedir. Esas inceleme aşamasına geçemeyen başvuruların önemli bir kısmı usuli sebeplerle reddedilen başvurular olsa da; dostane çözüm veya tek taraflı beyanla kayıttan düşürülen başvurular da önemli sayıdadır.⁷ Mahkemenin iş yükü ve bekleyen dosya sayısı göz önüne alındığında mükerrer davalar, yerleşik içtihadın bulunduğu hususlar veya maddi giderimin yeterli olduğu başvurular bakımından adeta hızlandırılmış usul olarak adlandırılabilir bu yöntemler makul kabul edilmektedir. Zira içeriği detaylı inceleme gerektirmeyen başvuruların hızlıca çözüme kavuşturulması,

³ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 193 vd.

⁴ Christos L. Rozakis, “Unilateral Declarations as a Means of Settling Human Rights Disputes: A New Tool for the Resolution of Disputes in the ECHR’s Procedure”, *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Marcelo G. Kohen (Ed.), Koninklijke Brill NV Leiden, 2007, s. 1003.

⁵ Nino Jomarjidge/Philip Leach, “What Future for Settlements and Undertakings in International Human Rights Resolution?”, *Strasbourg Observers*, April 15, 2019 <<https://strasbourgobservers.com/2019/04/15/what-future-for-settlements-and-undertakings-in-international-human-rights-resolution>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

⁶ Keller/Forowicz/Engi, s. 3.

⁷ İstatistikler için bkz. ECHR, *Analysis of Statistics*, <<https://www.echr.coe.int/statistical-reports>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Mahkeme'ye ciddi nitelikteki ihlallere kaynak ve zaman ayırma imkanı sağlamaktadır. Öte yandan tüm insan hakları ihlalleri bakımından yeknesak bir usul olarak dostane çözüm yollarının uygulanması, bireyi ulusal üstü hukukta bir hak süjesi yapan AİHM'in oluşturduğu koruma mekanizmasının adaleti tesis etme şeklindeki temel amacına zarar verme tehlikesini barındırmaktadır. Zira mağdurların kendilerine kimlerin ve neden zarar verdiğini öğrenme hakkı veya yakınlarının kayıp kişilerin akıbetini bilme hakkı, topluma hem adalet hem de uzlaşma getirme çabasının önemli unsurlarındandır.⁸ İhlallerin tespiti, faillerin cezalandırılması ve hükümetin sorumluluğu kabul etmesi mağdura etkili bir çare sunmanın ve iyileşme hissi sağlamanın gerekli bir adımı olarak görülmektedir. İnsan haklarının korunması sadece bireysel mağdura yönelik bir görev değil, aynı zamanda topluma karşı da bir görevdir.⁹

Bu mülahazalarla mevcut çalışmada AİHM kararlarının analizi ve teorideki tartışmalar ışığında AİHM sisteminin işlerliğini arttırmak amacıyla geliştirilen dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usulleri adalet ve verimlilik ekseninde incelenmektedir. Doktrinde AİHM yargılamasına ilişkin monografik pek çok eser bulunmasına rağmen doğrudan bu usulleri karşılaştırmalı olarak ele alan eserler sınırlı sayıdadır. Türkiye bakımından önemli araştırma konusu olan bu usullere ilişkin genel bir karşılaştırma yapabilmek ve sistemin verimliliğini arttırmaya ilişkin reformların, sistemin sağladığı koruma üzerindeki etkisini değerlendirebilmek amacıyla ilk bölümde dostane çözüm usulünün Mahkemenin yargılamasının bir parçası haline gelmesi kronolojik olarak incelenmiştir. Literatür açısından önem arz eden Mahkeme kararları ışığında dostane çözüm usulünün uygulanışı ve farklı ihlallere dayalı başvurular bakımından etkileri ele alınmıştır. İkinci bölümde ise Mahkemenin dosya yükünü azaltmak ve verimliliğini arttırmak amacıyla içtihatla geliştirilen bir usul olan tek taraflı deklarasyon usulü açıklanmıştır. İki usul arasındaki farklılıklar karşılaştırılarak; bu usullerin AİHM yargılaması üzerindeki etkisi değerlendirilmiştir. Çalışmanın son bölümünde insan hakları yargılamasında verimlilik amacıyla dostane çözüm

⁸ Jo M. Pasqualucci, "The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System", *Boston University International Law Journal*, 12, 1994, s. 331-32.

⁹ Amerikan Devletlerarası İnsan Hakları Komisyonu'nun sözleriyle, "Her toplumun, geçmiş olayların, bu sapkın suçların hangi motivasyonlar ve koşullar altında işlendiğinin gerçeğini öğrenme hakkı vardır, böylece bu tür eylemlerin gelecekte tekrarlanmasını önleyebiliriz." Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1985-86, OEA/Ser. L/V./II.68, doc. 8 rev. 1 191, 192-93 1986. David Luban, "Settlements and the Erosion of the Public Realm", *The Georgetown Law Journal*, 83(7), 1995, s.2619-2662.

usullerinin uygulanmasının doğurabileceği sakıncalara Mahkeme kararları ve doktrinindeki tartışmalar ışığında değinilmiştir. Dostane çözüm usullerinin tüm davalar bakımından yeknesak olarak uygulanmasının AİHS insan hakları koruma sistemine zarar verebileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Mahkeme'nin her bir davanın koşullarını, etkilenen hakların niteliğini, şikayet edilen eylemlerin özelliklerini değerlendirmesi gerektiği; özellikle madde 2 ve madde 3 gibi çekirdek haklar bakımından sadece belli şartlar altında ve titiz inceleme sonucunda bu usullerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıca dostane çözümler yanında tek taraflı deklarasyonlardaki taahhütlerin de Bakanlar Kurulu tarafından denetlenmesi ve takip edilmesi önerilmekte böylece adaletin verimliliği feda edilmemesi gerektiği savunulmaktadır.

I. AİHM UYGULAMASINDA DOSTANE ÇÖZÜM

Dostane çözüm, insan haklarının ihlali gerekçesiyle yapılan devletlerarası veya bireysel başvuruları taraflar arasında varılan anlaşma sonucu yargılamaya devam edilmeksizin sona erdiren bir usul olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ AİHM önünde dostane çözümlerin gelişimi, AİHS kurumsal yapısının yıllar içerisinde geçirdiği çeşitli gelişmeleri ve reformları yansıtmaktadır. Bu nedenle dostane çözüm yönteminin bu değişiklik süreçlerindeki uygulamalarını ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

A. Protokol No. 11 Öncesi Dostane Çözüm Uygulaması

AİHS'in ilk metninde devletler arası başvuru doğrudan tanınmış iken; bireysel başvurular için devletlerin kendi aleyhlerine bireysel başvuruda bulunma imkanını kabul etmeleri şartı aranmıştır. Her iki usul bakımından da Komisyon ve Mahkeme şeklindeki ikili yapı, başvuruları başvurunun kabul edilmesine ilişkin değerlendirme ve esasa ilişkin değerlendirme olarak iki aşamada ele almıştır.¹¹ Dostane çözüm müzakereleri başvurunun kabul edilmesinden sonraki süreçte İnsan Hakları Komisyonu'nun sorumluluğunda

¹⁰ Rozakis, s. 1003. Bu noktada Mahkeme yargılama aşamasında gündeme gelen “anlaşma” (*arrangement*) ile “dostane çözüm” (*friendly settlement*) arasındaki farkı belirtmek gerekmektedir. İlk terim, yalnızca ulusal düzeyde uygulanan alternatif bir çözüm mekanizması için kullanılırken, ikincisi AİHS'in 38 ve 39. maddelerinde düzenlenen teknik usule dayalı olarak sonuçlanan başvurular için kullanılmaktadır. Bu çalışmada Mahkeme önündeki teknik çözümler esas alınmıştır.

¹¹ Sözleşme ve Mahkemenin ilk dönemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Faruk Bilir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012.

gerçekleştirilmektedir.¹² Bu dönemdeki uygulamada Komisyon, dostane çözüm görüşmelerine başlamadan önce Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediği konusunda taraflara ön görüş bildirme şeklinde bir pratik oluşturmuştur.¹³ Komisyon'un, bir ihlal olup olmadığına dair bu geçici görüşü, devletin mağdur ile müzakere yapması için bir teşvik olarak kullanılmıştır. Taraflar arasında gizli olarak gerçekleşen¹⁴ görüşmeler sonucu eğer dostane bir çözüm sağlanmışsa ve çözümü Komisyon da onaylarsa bu amaçla oluşturulmuş alt komisyon¹⁵ sadece olguların ve çözümün açıklamasıyla sınırlı olan bir rapor hazırlamakta ve raporu söz konusu devlete, Bakanlar Komitesi'ne ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne göndermektedir.¹⁶

Bu dönemdeki dostane çözümler nispeten az sayıda olsa da gerçek bir arabuluculuk süreci sonucunda gerçekleşmiştir ve müzakereler, Komisyon raporlarında detaylı olarak belgelendirilmiştir. Mahkeme, dostane çözümleri karar (*decision*) şeklinde kabul etmiş ve davayı listesinden çıkarma kararını, sadece maddi konuları¹⁷ veya çözümün tümünü içerip içermediğine bağlı olarak bağımsız şekilde almıştır.¹⁸ Bazı başvurular bakımından ise, davanın

¹² Madde 28(b). Sözleşme ilk metni için bkz. <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Archives_1950_Convention_ENG> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024. Bu dönemde asıl etkin rolü Komisyon üslendiği için Mahkeme genellikle dostane çözüm yoluna ilişkin girişimde bulunmamıştır. Ireneu Cabral Barreto, "Friendly Settlement before the European Court of Human Rights", *Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation*, Council of Europe (Ed.), Mediation and Arbitration –Proceedings, Multilateral Conference Lisbon (Portugal), 31 May-2 June 1999, Council of Europe Publishing, 2000, s. 46. Esasen Başvuru Mahkeme aşamasına geldikten sonra tarafların dostane çözüme onay vermelerinde çıkarları olamayacağı da ifade edilmektedir. Bkz. Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Barışçı Yoldan Çözüm", *Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgi Fakültesi Dergisi*, 41(1), 1986, s. 117-118.

¹³ Fiona Ang/Eva Berghmans, "Chapter IV. Friendly Settlements and Striking out Applications", Protocol No.14 and the Reform of the European Court of Human Rights, Paul Lemmens/Wouter Vandenhoe (ed.), Intersentia, 2005, s. 91–92; Barreto, s. 38.

¹⁴ AİHS'nin ilk metni, m. 33.

¹⁵ AİHS'nin ilk metni, m. 29.

¹⁶ AİHS'nin ilk metni, m. 28-31. Eğer oluşturulan alt komisyon nezdinde dostane çözüm sağlanamazsa m. 31 uyarınca Komisyon durumu raporlayarak ilgili devletlere ve Bakanlar Komitesine iletmektedir.

¹⁷ AİHS'in ilk metni, m. 50. Örn bkz. *Erkner and Hofauer/Austria* App no 9616/81 (ECtHR, 29 September 1987); *Poiss v Austria* App no 9816/82 (ECtHR, 29 September 1987); *Bouamar v Belgium* App no 9106/80 (ECtHR, 27 June 1988); *Kostovski v Netherlands* App no 11454/85 (ECtHR, 29 March 1990).

¹⁸ *Skoogström v Sweden* App no 8582/79 (ECtHR, 2 October 1984); *Can v Austria* App no 9300/81 (ECtHR, 30 September 1985).

karar (*judgment*) şeklinde listesinden çıkarılmasını tercih ederek, bu kararın Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmesini sağlamayı amaçlamıştır.¹⁹

İddiadan feragat (yani başvurunun ulusal veya uluslararası mahkemelere başvurmamayı kabul etmesi) genellikle anlaşmalara dahil edilmektedir. Ayrıca, ilgili hükümetin sadece belirli bir miktar para ödeme yükümlülüğü altında olduğu ve Sözleşme'nin ihlalini kabul etmesine gerek olmadığı Mahkeme tarafından ifade edilmektedir.²⁰ Bu dönemdeki dostane çözümlerin içeriğine bakıldığında genellikle bireysel çözüm ve maddi tazminatın baskın olduğu görülmektedir.²¹ Bu süreçte yaşam hakkı ihlali²², işkence yasağı²³, iç mevzuat değişikliği taahhüdü²⁴, adil yargılanma hakkı bağlamında uzun yargılama süresi nedeniyle tazminat²⁵ gibi farklı hususlarda dostane çözümle sonuçlanan başvurular bulunmaktadır. Kişisel nitelikte olan dostane çözümler yanında ulusal mevzuatın değiştirilmesi gibi başvuru dışında başka mağduriyetlerin de giderilmesini amaçlayan ve genel sonuçları olan dostane çözümler de bulunmaktadır.²⁶

¹⁹ Dostane çözümlerin hem karar hem de hüküm şeklinde kabul edildiği politika, Protokol No. 11 döneminde de uygulanmıştır. Keller/Forowicz/Engi, s. 31.

²⁰ Keller/Forowicz/Engi, s. 20.

²¹ Başvurunun yerel mahkeme yargıcının beyanlarının madde 6 ihlali oluşturduğunu iddia ettiği 1965 tarihli *Boeckmans* başvurusu (*Boeckmans v Belgium* App no 1727/62 (ECtHR, 17 February 1965) yukarıda ifade edilen bu usul bağlamında dostane çözümle sona eren ilk başvuru olmuştur. Belçika hükümeti başvuruyu haklı bulmuş, beyanların mağdur için manevi zarar oluşturduğunu belirterek mağdura tazminat ödemesi kabul etmiştir. Bu dönemdeki dostane çözümlerin içerikleri ve değerlendirmesi için bkz. Keller/Forowicz/Engi, s. 21-23.

²² *Farrell v United Kingdom* App no 9013/80, (ECtHR, 2 October 1984); *Ramazan Çağırğa v Turkey* App no 21895/93 (ECtHR, 7 July 1995).

²³ Örn bkz. *A. Gürdoğan, K. Müştak, B. Müştak, A. Müştak v Turkey* App no 15202/89, 15203/89, 15204/89, 15205/89 (ECtHR, 20 January 1994); *Can v Austria* App no 9300/81 (ECtHR, 30 September 1985); *Clerc v France* App no 24/1989/184/244 (ECtHR, 26 April 1990); *Sur v Turkey* App no 37/1996/756/955 (ECtHR, 3 October 1997).

²⁴ Örn bkz. *Townend v United Kingdom* App no 9119/80 (ECtHR, 23 January 1987); *Durairaj, Baker v United Kingdom* App no 9114/80 (ECtHR, 16 July 1987).

²⁵ *Sacca and Russo v Italy* App no 8467/79-8498/79 (ECtHR, 12 July 1985); *Ferragut v France* App no 10103/82 (ECtHR, 3 July 1985); *Schmidt v Denmark* App no 11295/84 (ECtHR, 3 March 1987); *Biondo v Italy* App no 8143/78 (ECtHR, 4 March 1986); *Tinelli v France* App no 12766/87 (ECtHR, 5 November 1990).

²⁶ Gözübüyük/Gölcüklü dostane çözümleri kişisel nitelikte olan ve genel sonuçları olan dostane çözümler olarak ikiye ayırmaktadırlar. A. Şeref Gözübüyük / Feyyaz Gölcüklü / Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 12. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 121-122. Havaalanı işletilmesinin başvuruca ve çevreye olan zararına ilişkin başvuruda

Bu dönem uygulamasında, sadece maddi tazminat içeren başvuruların değil aynı zamanda ciddi insan hakları ihlalleri veya devam eden insan hakları ihlalleri iddialarını içeren davaların da dostane çözümlerle sonuçlandırıldığı görülmektedir. Örneğin İngiltere güvenlik güçlerinin Kuzey İrlanda'da yanlışlıkla bir adamı öldürmesi sonucu gündeme gelen *Farrell* davasında İngiltere Hükümeti, madde 2 ihlalini kabul etmeden ve gerekli önlemlerin alınacağına ilişkin beyanda bulunmadan, sadece ölen kişinin eşine maddi tazminat ödeyerek dostane çözümlerle başvuruyu sonlandırmıştır.²⁷ Yukarıda örneklendirilen özellikli başvurular yanında bu dönemdeki dostane çözümlerin büyük oranda benzer nitelikte hususları içeren ve mükerrer davalara ilişkin olduğu görülmektedir.²⁸

yasal değişiklik taahhüdü (bkz. *Baggs v United Kingdom* App no 9310/81 (ECtHR, 8 July 1987); Danimarka tarafından işkence yasağı bağlamında yapılan başvuruyu sona erdiren dostane çözümlerde yer alan yasal mevzuat değişikliklerine ilişkin taahhütler (bkz. *Denmark v Turkey* App no 34382/97 (ECtHR, 5 April 2000), para 21-26) ve Türkiye aleyhine 1980 askeri darbesi sonrası yapılan başvuruyu sona erdiren dostane çözüm bu nitelikte genel sonuçlara örnek gösterilebilir. *France, Norway, Denmark, Sweden, Netherland v Turkey* App no 9940-9944/82 (ECtHR, 6 December 1983) Report of the Commission, 7 December 1985. Bu çözüme ilişkin eleştiriler için bkz. Menno T. Kamminga, "Is the European Convention on Human Rights Sufficiently Equipped to Cope with Gross and Systematic Violations?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 12, 1994, s. 158; Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Barışçı Yoldan Çözüm", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 41(1), 1986, s. 108; Leo Zwaak, "A Friendly Settlement in the European Inter-State Complaints Against Turkey", *SIM Newsletter*, No. 13, 1986, s. 48.

²⁷ *Farrell/United Kingdom*, para. 10. Sözleşmenin ihlal edildiği hükümet tarafından kabul edilmeksizin maddi tazminat ile dostane çözüme ulaşan davalar için bkz. *Ramazan Çağırğa v Turkey* App no 21895/93 (ECtHR, 7 July 1995) ve *Köksal v Netherlands* App no 31725/96 (ECtHR, 20 March 2001).

²⁸ Başvurucuların ticari bir topluluğa üye olmayı reddetmeleri üzerine işten çıkarılmalarına ilişkin dava serisi, benzer nitelikteki *Young, James ve Webster* davasında ihlal bulunması üzerine dostane çözüme kavuşturulmuştur. Bkz. *Young, James and Webster v United Kingdom* App no 7601/76; 7806/77 (ECtHR, 18 October 1982). Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı madde 5(4) ihlalini konu edinen *Van Droogenbroeck (Droogenbroeck v Belgium)* App no 7906/77 (ECtHR, 24 June 1982) ve *Geniets (Geniets v Belgium)* App no 9107/80 (ECtHR, 15 March 1985)

başvuruları ve çocuklara okulda bedensel ceza uygulanmasına ilişkin *Campbell ve Cosans* başvurusu (*Campbell and Cosans v United Kingdom* App no 7511/76; 7743/76 (ECtHR, 25 February 1982) sonucu görülen seri başvurular da ilk ihlal kararı sonrası dostane çözümlerle sonuçlanmıştır. *Townend v United Kingdom* App no 42039/98 (ECtHR, 18 January 2005); *Durairaj, Baker v United Kingdom* App no 9114/80 (ECtHR, 16 July 1987); *Family A v United Kingdom* App no 10592/83 (ECtHR, 16 July 1987). Benzer karşılaştırmalar için bkz. Leo Zwaak (Revised by) "Chapter-III- The Procedure Before the European Commission of Human Rights", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, P. van Dijk, G. J. H. van Hoof (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 1998, 97-192.

Bu dönemde mağdurların, Komisyon'un ön karar ve kanaatlerini bildirmesi usulü sonucunda başvurularının haklılığına olan inançları artmış ve genellikle uzlaşmayı reddederek mahkeme aşamasını bekleme eğiliminde olmuşlardır. Mahkeme'nin Daireleri, dostane çözüm sürecinde pasif bir rol üstlenerek adeta bir posta kutusu gibi devlet ile mağdur arasındaki iletişim kanalını oluşturmuşlar;²⁹ gerçek müzakere devlet ve mağdur arasında gerçekleşmiştir. Bu kararların çoğunda, Mahkeme, Hükümet tarafından yapılan teklifin mağdur tarafından kabul edildiğini ve ulaşılan anlaşmanın reddedilmesine neden olacak bir sebep olmadığını belirterek davalara son vermiştir.³⁰ Dolayısıyla, uzlaşma, tarafların sadece ne üzerinde anlaşmalarının kararda belirtilmesi şeklinde AİHM sistemi dışında gerçekleşmiştir.³¹

B. Protokol No. 11 Sonrası Dostane Çözüm Uygulaması

AİHS denetim mekanizması 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren Protokol No. 11 ile yeniden düzenlenmiştir.³² Bu reformun amacı, bireysel başvurular için gerekli süreyi kısaltmak ve mümkün olduğunca az maliyetle daha verimli bir yargılama oluşturmaktır.³³ Getirilen yeni sistemde bireysel başvurular ihtiyari olmaktan çıkarılmış ve sistemin Komisyon-Mahkeme şeklindeki ikili yapısı Mahkeme çatısı altında birleştirilmiştir. Böylece yeni sistemde Mahkeme, ilk aşamada kabul edilebilirlik değerlendirmesi yapmakta, daha sonra ihlal hususunda yerleşik bir içtihat bulunduğu Yazı İşleri tarafından

²⁹ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4. Bası, Oxford University Press, 2011, s. 63.

³⁰ Örneğin bkz. *Erkner and Hofauer/Austria* App no 9616/81 (ECtHR, 29 September 1987); *Kostovski v Netherlands* App no 11454/85 (ECtHR, 29 March 1990); *Vogt v Germany* App no 17851/91 [GC] (ECtHR, 2 September 1996); *Tsomtsos and Others v Greece* App no 106/1995/612/700 (ECtHR, 31 March 1998).

³¹ Veronika Fikfak, "Against settlement before the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, 20(3), 2022, s. 951. Protokol No. 11 yürürlüğe girinceye kadar dostane çözümler bakımından esaslı bir normatif değişiklik göze çarpmamaktadır. Volkan Aslan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Dostane Çözüm Yolu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 86.

³² 11. Ek Protokol, (ETS 155) 1994 yılında imzalanmış 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiştir. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına İlişkin 11 No.lu Protokol, RG 23025-20 Haziran 1997.

³³ Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, European Treaty Series-No. 155, Strasbourg, 11.V.1994, <<https://rm.coe.int/16800cb5e9>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

tarafra dostane uzlaşma teklifi yapılmakta; taraflar anlaşmaya varırlarsa bu anlaşma Mahkeme önüne getirilmektedir.³⁴ Gizli yürütölen görüşmeler sonrası³⁵ çözüme ulaşırlarsa Mahkeme olaylarla ve çözümlle ilgili bir açıklama yaparak başvuruyu kayıttan düşürmektedir.³⁶

Yukarıda da ifade edildiği üzere Protokol No. 11 öncesinde Komisyon'un başvuru hakkındaki ilk kanaatini taraflara bildirmesi usulü Mahkeme tarafından uygulanmamıştır.³⁷ Her ne kadar Hükümetlerin, Sözleşme'nin muhtemel bir ihlaline ilişkin ön görüş olmadan anlaşmaya yanaşmayacakları düşünölse de Yeni Mahkeme, bu uygulamayı, yargısal doğasıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle baştan beri reddetmiştir.³⁸ Öte yandan Komisyon'un ortadan kalkması ve bireylerin doğrudan Mahkemeye başvurabilmesi ile uzlaşmaların sayısı da artmaya başlamıştır.³⁹ Protokol No. 11 döneminde gündeme gelen dostane çözümlerin çoğu yerleşik içtihatlarla ilgili alanlara

³⁴ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına İlişkin 11 No.lu Protokol, RG 20 Haziran 1997 - Sayı: 23025. *Madde 38-Davanın esasının incelenmesi ve dostane çözüm süreci*

"1. Mahkeme, kendisine intikal eden başvuruyu kabul edilebilir bulduğu takdirde, (...)

b) işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan şekliyle insan haklarına saygı esasından hareketle, davanın dostane bir çözüm ile sonuçlandırılması için ilgili taraflara hizmet sunmaya amade olacaktır.

2. "1.b" hükümlerine göre yürütölen süreç gizlidir." Aynı dönemde İç Tüzüğün 62. maddesinde başvurunun kabul edilmesi kararı verilmesinin akabinde Daire veya Daire Başkanının talimatı üzerine Yazı İşlerinin, sorun hakkında dostane bir çözüme ulaşılabilmesi amacıyla taraflarla ilişkiye geçeceği ve bu çözümü kolaylaştırmak için uygun görölen tedbirleri alacağı düzenlenmiştir.

³⁵ Madde 38(2).

³⁶ *Madde 39-Dostane çözüme varılması: "Dostane çözüme varılırsa, Mahkeme olaylarla ve varılan çözümlle sınırlı bir açıklama yapılmasına karar vererek başvuruyu kayıttan düşürür."* 11 No.lu Protokol döneminde dostane çözümlerin usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 11. Protokole göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 118-122.

³⁷ Leach, s. 63.

³⁸ Ang/Berghmans, s. 91; Keller/Forowicz/Engi, s. 31.

³⁹ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 11 May

1994, in force Nov. 1, 1998, ETS No. 155 (Buradan itibaren 11 No.lu Protokol). Bu artışın sebeplerinden biri ön görüşün yokluğunda mağdurların da devletlerin de başarılarından emin olamayacakları için uzlaşmayı istemeleri olabilir. Bu noktada pasif kalan Mahkeme'nin aksine dostane çözümler görüşmeleri bakımından Yazı İşleri aktif bir rol üstlenmiş ve hakimler sadece son onayı verme görevini ifa etmişlerdir. Mahkeme İçtüzüğü, m. 62.

odaklanmıştır. Mahkeme zaman zaman tartışmalı insan hakları durumlarında da dostane çözümleri onaylamıştır.⁴⁰

Bu noktada belirtmek gerekir ki AİHS madde 37 uyarınca, Mahkeme, taraflarca önerilen bir uzlaşmanın Sözleşme ve Protokoller kapsamında güvence altına alınan insan hakları ilkelerine uygun olup olmadığını değerlendirmekle yükümlüdür.⁴¹ Bu yükümlülük, dostane uzlaşmaların hukuki niteliğini anlamak bakımından önemlidir, zira Sözleşme hükümleri uyarınca, Mahkeme'nin onayı olmadan dostane bir uzlaşma sağlanamaz. Başka bir deyişle Sözleşme ve ilgili protokollerde yer alan insan haklarına uygun olmayan dostane çözümler bakımından Mahkemenin başvuruyu incelemeye devam etmesi gerekmektedir.⁴²

Protokol No. 11, Mahkeme'nin erişilebilirliğini ve görünürlüğünü artırarak ve başvuruların artışıyla başa çıkmak için usulü basitleştirerek sistemi daha etkin hale getirmiştir.⁴³ Ancak yeni taraf devletler ve artan başvuru sayısı karşısında yeni tedbirler alınması ihtiyacı ortaya çıkmış ve Protokol No. 14 yürürlüğe girmiştir. Bu protokol ile dostane çözümlerin uygulaması da değiştirilmiştir.⁴⁴

C. Protokol No. 14 Sonrası Dostane Çözüm Uygulaması

Protokol No. 11'in aksine, Protokol No. 14, Sözleşme tarafından

⁴⁰ Hindistan'dan evlat edinilen bir çocuğa ilişkin olarak bkz. *Singh and Others v United Kingdom* App no 60148/00 (ECtHR, 8 June 2006). Yüzlerce kişinin mülkiyet hakkı ihlali iddialarının ele alındığı yerleşik içtihadın olmadığı özellikli bir dava olarak bkz. *Dömel v Germany* App no 31828/03 (ECtHR, 9 May 2007). Bu dönemdeki davalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Keller/Forowich/Engi, s. 41-44.

⁴¹ AİHS, madde 37- Başvurunun kayıttan düşmesi
“(…) Ancak işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder.”

⁴² Mahkeme'nin bir uzlaşma teklifini onaylamamasına nadiren rastlanmaktadır. *Çiçek and Öztemel and Others v Turkey* App no 74069/01; 74703/01; 16809/02; 25710/02; 25714/02; 30383/02 (ECtHR, 3 August 2007) para 24.

⁴³ 1999-2005 yılları arasındaki dostane çözüm uygulamasını ve başvuruları ele alan detaylı bir analiz için bkz. Gregory S. Weber, “Who Killed the Friendly Settlement? The Decline of Negotiated Resolutions at the European Court of Human Rights”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 7(2), 2007, s.215-267.

<<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol7/iss2/4>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

⁴⁴ Leo Zwak, “The Procedure Before The European Court of Human Rights”, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (Eds.), Intersentia, 4. Bası, 2006, s.222 vd.

oluşturulan denetim sistemine köklü değişiklikler getirmemekte, değişiklikler genellikle sistemin işleyişine yönelik iyileştirmeler içermektedir.⁴⁵ Protokolün temel amacı, tüm başvuruların zamanında incelenmesi için Mahkeme'ye gerekli usuli araçları ve esnekliği sağlayarak, derinlemesine değerlendirme gerektiren önemli davalara kaynak oluşturarak sistemi iyileştirmek olarak ifade edilmiştir.⁴⁶ Temelde sistemin getirdiği yenilikler; Mahkeme'nin haksız başvurularla ilgili filtreleme kapasitesinin güçlendirilmesi; başvurucunun "önemli bir dezavantajlı durumdan mustarip olması" şeklinde yeni bir kabul edilebilirlik kriteri getirilmesi ve son olarak da mükerrer davalara yönelik düzenlemeler yapılması olarak tasnif edilebilir.⁴⁷

Mahkeme'nin her gün artan dosya sayısı karşısında sistemin takınmasını engellemek amacıyla çözümler üretmesi gerekmiştir. Özellikle mükerrer davalar (*klon davalar*)⁴⁸ ve ilke sorunlarının veya yerel yasalarda değişikliklerin yer almadığı diğer durumlar için dostane çözümler uygulanmıştır.⁴⁹ İlk sürecin aksine bu süreçte Daireler sadece aracı bir kurum işlevi görmenin ötesine geçerek Hükümet ve mağdur ile yakın iletişim kurmakta ve mağdura yapılan tekliflerin oluşturulmasında yer almaktadırlar. 2019'dan itibaren dostane

⁴⁵ Protokolün getirdiği yeni sistem hakkında değerlendirmeler için bkz. H. Burak Gemalmaz, "AIHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No.14'le Getirilen Yeni Kabul edilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(1), 2011, s. 209; Faruk Bilir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", *AÜHFĐ*, 55(1), 2006, s. 145; Ali Rıza Çoban, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasında Reform: 14. Protokol Mahkemenin İş Yükü Derdine Deva Olur mu?", *AÜHFĐ*, 54(2), 2005, s. 336; Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 88, 2010, s. 253; Serkan Cengiz, "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek olan Değişiklikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 56, 2005, s. 350.

⁴⁶ Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Council of Europe Treaty Series- No 194, Strasbourg, 13.V.2004, para 35 <<https://rm.coe.int/16800d380f>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

⁴⁷ Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, para 36.

⁴⁸ Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, para 93. "Klon" veya "mükerrer/tekrarlayan" davalar olarak adlandırılan davalar, ulusal düzeyde sistemik veya genel bir soruna işaret etmektedir. Bazı hallerde sorun Mahkeme tarafından pilot karar usulüyle karara bağlanmış olabilir.

⁴⁹ Leach, s. 63; Alastair Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3. Bası, OUP, 2014, s. 46.

çözüm usulü, tüm davaları kapsayacak şekilde genişletilmiş ve Mahkeme önüne gelen tüm davaların önce on iki haftalık bir uzlaşma aşamasından geçmesi ve bu süreçte tarafların anlaşmazlığı çözmeleri teşvik edilmiştir.⁵⁰ Dava yükünün azaltılmasına yönelik bu yaklaşım ve Daire'nin etkin rolü ile dostane çözüm sürecinin artık Sözleşme sisteminin bir parçası haline geldiğini söylemek mümkün olmuştur.⁵¹ AİHS'in "Dostane çözüm" başlıklı 39. maddesinin 1. fıkrası "*Yargılamanın her aşamasında, Mahkeme, davanın bu Sözleşme ve Protokolleri ile tanınan insan haklarına saygı ilkesinden esinlenen bir dostane çözüm yoluyla sonuçlanmasını sağlamak için taraflara yardımcı olabilir*" demek suretiyle dostane çözümü düzenlemektedir. Daha önceki düzenlemede madde 38(1) uyarınca bir başvurunun kabul edilebilir olduğu ilan edildikten sonra Mahkeme'nin dostane bir çözüm sağlamak amacıyla girişimde bulunması düzenlenmiştir. Bu prosedür daha esnek hale getirilmiştir. Yeni sistemde herhangi bir aşamada⁵² dostane çözüm teklifi yapılması mümkündür.⁵³ Yazı İşleri Müdürü söz konusunun ihlalin niteliğini dikkate alarak başvurucuya bir maddi tazmin teklif etmektedir. 2019 yılındaki değişiklikten itibaren bu usul tüm davalarda sistematik olarak uygulanmaktadır.⁵⁴

Bu noktada belirtmek gerekir ki dostane çözüme ilişkin müzakereler madde 39(2) ve İç Tüzük madde 62(2) uyarınca gizli yürütülmektedir. Görüşmelerdeki belgeler kamuya kapalı olduğu gibi, davanın aşamalarında müzakeredeki teklif ve sözlü görüşmelere de atıf yapılamamaktadır. Bu düzenlemenin amacı müzakerelerin olumsuz sonuçlanması halinde devam edecek olan yargılamayı güvence altına almak ve Mahkemenin tarafsızlığını

⁵⁰ ECHR, *ECHR is to test a new practice involving a dedicated non-contentious phase*, Press Release, ECHR 437, 18.12.2018.

⁵¹ Fikfak, s. 943.

⁵² Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para 92.

⁵³ Dostane çözüm bazı hallerde esasa ilişkin karar verildikten sonra da gerçekleşebilmektedir. Hatta davanın Büyük Daireye gönderildiği süreçte bile anlaşma mümkündür. Bkz. *Pisano v Italy* App no 36732/97 (ECtHR, 24 October 2002) para 28. *Broniowski v Poland* kararında davanın maddi koşullarına ilişkin olarak bir pilot karar verildikten sonra Büyük Daire dostane çözümü değerlendirmiştir. *Broniowski v Poland* App no 31443/96 (ECtHR, 22 June 2004); *Broniowski v Poland* [GC] App no 31443/96 (ECtHR, 28 September 2005). İç Tüzük madde 62 uyarınca başvurunun kabul edilmesi kararından sonra Yazı İşleri Müdürü, Daire ve Daire Başkanının talimatı üzerine, taraflarla irtibata geçecek ve müzakere süreci başlatılacaktır. Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 121.

⁵⁴ Linos-Alexandre Sicilianos/Maria-Andriani Kostopolou, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Bireysel Başvuru Usul Rehberi*, Avrupa Konseyi, Şubat 2021, s. 89.

korumaktır. Ayrıca gizliliğin temini ile taraflar ve Mahkeme siyasi veya farklı nitelikte baskıdan da uzak tutulacaktır.⁵⁵ Mahkemeye göre gizlilik kuralı mutlakdır⁵⁶ ve bu kuralın ihlal edilmesi Mahkeme tarafından başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir.⁵⁷

Dostane çözümlerin içeriğine bakıldığında genellikle davalı taraf devlet tarafından zararın tazmini için başvurucuya nakdi ödeme yapıldığı görülmektedir. Devletlerin ihlali kabul etmeden yaptığı bu nitelikte ödemeler lütuf kabilinden (*ex gratia*) kabul edilmektedir.⁵⁸ Ayrıca maddi teklifler yanında farklı teklifler de gündeme gelebilmektedir. Gözaltında gerçekleşen bir ölümü konu alan *Köksal* davasında hükümet tazminat yanında olaya ilişkin “derin üzüntülerini” (*deepest regret*) de ifade etmiştir.⁵⁹ *Hatami*,⁶⁰ *S.J.*⁶¹ kararında başvurucuya oturma izni verilmesi ile dostane çözüm sağlanmıştır. Bazı hallerde ihlal mevzuattan kaynaklanmakta ve başvurucudan çok daha fazla kişiyi etkilemektedir. Bu durumda dostane çözümler, sadece bireysel bir başvurucunun maddi tatminine değil, aynı zamanda bazı genel önlemlerin alınmasına da yol açabilmektedir. *Millas I Tornes*⁶² başvurusunda dostane çözüm kapsamında, Anayasa Mahkemesi Kanunu’nu değiştiren bir Statü yürürlüğe girmiş ve Devlet Konseyi’nin izni alınmaksızın Anayasa Mahkemesine erişim imkanı sağlanmıştır.⁶³ Gözaltı ve sorgulama koşullarının

⁵⁵ *Ramkovski v Former Yugoslav Republic of Macedonia* App no 33566/11 (ECtHR, 8 February 2018, Final, 8 May 2018) para 42; *Čapský and Jeschkeová v Czech Republic* App no 25784/09, 36002/09 (ECtHR, 9 February 2017) para. 18; *Miroļubovs and Others v Latvia* App no 798/05 (ECtHR, 15 September 2009) para 66.

⁵⁶ *Balenović v Croatia* App no 28369/07 (ECtHR, 30 September 2010); *Abbasov and Others v Azerbaijan* App no 36609/08 (ECtHR, 28 May 2013) para 28; *Ramkovski v Former Yugoslav Republic of Macedonia*, para 41.

⁵⁷ *Hadrabova and Others v Czech Republic* App no 42165/02, 466/03 (ECtHR, 25 September 2007). Gizli bilgilerin açıklanmasının başvurunun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için, ifşanın kasıtlı olması ve ifşada başvuru sahibinin doğrudan sorumluluğunun yeterli kesinlikle ortaya konması gerekir. *Arsovski v Former Yugoslav Republic of Macedonia* App no 30206/06 (ECtHR, 15 January 2013) para 40; *Gorgadze v Georgia* App no 57990/10 (ECtHR, 2 September 2014) para 19.

⁵⁸ *Sicilianos/Kostopolou*, s. 88.

⁵⁹ *Köksal v Netherlands*, para. 14.

⁶⁰ *Hatami v Sweden* App no 32448/96 (ECtHR, 9 October 1998).

⁶¹ *S.J. v Belgium* [GC] App no 70055/10 (ECtHR, 19 March 2015).

⁶² *Millas I Tornes v Andorra* App no 35052/97 (ECtHR, 6 July 1999).

⁶³ *Millas I Tornes v Andorra*, para 20-23.

konu edildiği *Danimarka*⁶⁴ kararında da Türkiye, münferit işkence ve kötü muamele vakalardan duyduğu üzüntüyü ifade etmiş; yeni yasal düzenlemeler kabul edildiğini belirtmiş ve uluslararası mekanizmalarla iş birliğini sürdürmeyi taahhüt etmiştir.⁶⁵

Dostane çözüm usulünde iki önemli husus dikkate alınmalıdır. İlki taraflar arasında bir uzlaşmaya varılması, ikincisi ise bu uzlaşmanın Mahkeme tarafından onaylanmasıdır. Dolayısıyla tarafların anlaşması davanın mutlaka bu çözüm ile sona ereceği anlamına gelmemektedir. Mahkeme madde 39(1)'de belirtildiği haliyle “(...) *Sözleşme ve Protokolleri ile tanınan insan haklarına saygı ilkesinden esinlenen bir dostane çözüm (...)*” ışığında bir değerlendirme yaparak bulunan çözümün Sözleşme sisteminin koruduğu insan hakları değerlerine saygılı olduğunu doğruladıktan sonra davanın kayıttan düşürülmesine karar verecektir.⁶⁶ Mahkemenin dostane çözümler hususunda geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır. Yukarıda sözü edilen madde 38(1)(b) uyarınca çözümün insan haklarına saygılı olması dışında herhangi bir kısıtlama öngörülmemektedir.⁶⁷ Ancak bu kısıtlamanın da Mahkeme tarafından titizlikle uygulanması, taraflar anlaşmış olsa dahi mahkemenin anlaşmanın içeriğini denetlemesi gerekir. Karar ayrıca maddi olguları ve çözümün şartlarını içermelidir. Eğer tarafların çözümü sayılan bu hususları içermiyorsa Mahkeme çözümü reddederek davayı incelemeye devam edecektir.⁶⁸ Öte yandan görüşmeler başarılı şekilde devam etmiş ve ulaşılan

⁶⁴ *Denmark v Turkey* App no 34382/97 (ECtHR, 5 April 2000).

⁶⁵ *Denmark v Turkey*, para 21.

⁶⁶ Ayrıca bkz. İç Tüzük madde 62(3). Mahkeme dostane çözüm sonucu kayıttan düşürdüğü kararlarda ilk uygulamalardan itibaren çözümün insan haklarına saygılı olduğunun tespit edildiğini özellikle belirtmektedir. Örn bkz. *Boeckmans v Belgium*, para 9; *Farrell v United Kingdom*, para 13; *Baggs v United Kingdom*, para 20; *Townend v United Kingdom*, para 25; *France, Norway, Denmark, Sweden, Netherlands v Turkey*, para 41; *Denmark v Turkey*, para 25.

⁶⁷ Zwaak, s. 223.

⁶⁸ Örneğin Ukrayna’da basın özgürlüğünün konu edildiği *Ukrainian Media Group* davasında başvuru yerel mahkemelerin madde 10 ifade özgürlüğü korumasını yeterli düzeyde sağlamadıklarını; özellikle maddi olgular ve değer yargıları arasındaki ayrımı dikkate almadıklarını ifade etmiştir. Mahkeme ifade özgürlüğü kapsamındaki şikayetlerin ağırlığını dikkate alarak Ukrayna hükümetinin dostane çözüm teklifini reddetmiş, davaya devam ederek ihlal kararı vermiştir. *Ukrainian Media Group v Ukraina* App no 72713/01 (ECtHR, 18 May 2004), para 26. *Paladi* kararında sağlık sorunları ve maddi imkansızlıkları nedeniyle hükümetin az miktardaki tazminat talebini kabul eden başvuruçunun daha sonra davanın devamına ilişkin isteği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. *Paladi v Moldova* App no 39806/05 (ECtHR, 10 July 2007) para 51-53. Öte yandan Mahkeme bu yöntemin daha fazla tazminat alma amacıyla kötüye kullanılmasına izin vermemektedir. Bkz. *Boxan v Moldova*

anlaşma Sözleşmenin insan haklarına saygı prensibiyle uyumlu ise, Mahkeme olayların ve kabul edilen çözümün kısa bir özetine yer vererek davanın kayıttan düşürülmesine karar vermektedir.⁶⁹ Daha sonra bu karar Sözleşme madde 39(4) uyarınca Bakanlar Komitesi'ne iletilmektedir.⁷⁰ Dostane çözüm Mahkeme tarafından kabul edildikten sonra oluşacak uyuşmazlıklar ve kararın icrası bu aşamadan sonra Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmektedir.⁷¹ Protokol No. 14 ile getirilen en önemli değişiklik daha önceki sistemde dostane çözüm ile sonuçlandırılan davaların herhangi bir takip olmaksızın kayıttan düşülmesi karşısında yeni sistemde “çözülen davalar” olarak sınıflandırılması ve 39. madde uyarınca Bakanlar Komitesi tarafından denetim altına alınmasıdır.⁷² Protokol No. 14 ile önceki dönemdeki belirsizlik ortadan kaldırılmış, tüm Mahkeme kararlarının uygulanması Bakanlar Komitesinin denetimine tabi hale getirilmiştir.⁷³ Protokol No. 14, dostane çözüm yolu ile ilgili içerik açısından önemli bir değişiklik getirdiği söylenemese de Bakanlar Komitesi'nin yetkisinin netleştirilmesi ve yargılamanın her aşamasında dostane çözüme imkan sağlanması ile dostane çözüm usulünün uygulanmasını teşvik etmiş ve uygulamanın yaygınlaşmasını sağlamıştır.⁷⁴

II. TEK TARAFLI DEKLARASYON USULÜ

AİHS bağlamında yapılan yargılamalarda kural olarak Mahkeme başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmakta, ihlalin dostane çözüm

App no 10722/02 (ECtHR, 10 May 2007); *Sukhorukikh v Russia* App no 37548/04 (ECtHR, 21 September 2006).

⁶⁹ AİHS madde 37(b) ve İç Tüzük madde 43(3). Bkz. *Erkner and Hofauer v Austria*, para. 8; *Kostovski v Netherlands* App no 11454/85 (ECtHR, 29 March 1990); *Vogt v Germany*, para 7.

⁷⁰ Dostane çözüm usulünün detayları Mahkeme İç Tüzüğü madde 62'de düzenlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İç Tüzüğü, 22 Ocak 2024, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/rules_court_tur> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024 (İlgili madde Mahkeme tarafından 17 Haziran ve 8 Temmuz 2002 ve 13 Kasım 2006 tarihlerinde değiştirilmiştir).

⁷¹ Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 123.

⁷² Daha önce Mahkeme'nin o dönemki İç Tüzüğüne bakıldığında kabul edilebilirlik kararı verilen başvurulara ilişkin kayıttan düşmenin hükmü (*judgment*) olarak yapılacağı düzenlendiği görülmektedir. Bkz. Rules of Court (July 2009), Rule 43/3. <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Library_2009_RoC_ENG>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

⁷³ AİHS madde 39/3-4; Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para 94. Çoban, s. 338.

⁷⁴ Keller/Forowicz/Engi, s. 57.

ile sonuçlanması için taraflara yardımcı olmakta; bir anlaşma sağlanamazsa davanın esastan incelenmesine devam ederek bir karar vermektedir. Mahkeme yıllar içerisinde artan dosya yüküyle başa çıkmak için pilot karar usulü ve dostane çözüm yanında yeni bir usul geliştirmiştir. “Tek taraflı deklarasyon” olarak adlandırılan bu usul başarısız geçen dostane çözüm görüşmelerinin sonucu olarak gündeme gelmektedir. Muhatap devletin Sözleşme ihlalini kabul etmeye ve zararı telafi etmeye hazır olduğu yerleşik içtihat alanlarında, Mahkeme tek taraflı deklarasyon esasıyla karar vermektedir. Başka bir deyişle, Mahkeme, başvurucu kabul etmese dahi taraf Devletin dostane çözüm teklifini kabul ederek davayı sonlandırmaktadır.⁷⁵ Mahkeme, ilk kez 2001’de Türkiye aleyhine açılan *Akman* davasında hükümetin tek taraflı deklarasyonda bulunmasına izin vermiş ve dava madde 37(c) uyarınca kayıttan düşürülmüştür.⁷⁶ Davaya konu olayda başvurucu, oğlunun güvenlik güçleri tarafından madde 2’ye aykırı biçimde öldürüldüğü iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. Taraflar dostane çözüm usulü çerçevesinde karşılıklı taleplerini dile getirmişler ancak herhangi bir çözüm sağlanamamıştır. Hükümet, Mahkeme’ye ölümle ilgili güvenlik güçlerinin sorumluluğunu ve başvurucuya tazminat ödemeyi kabul ettiğini belirten bir mektup sunarak başvurunun incelenmesine gerek olmadığını belirtmiş ve davanın düşürülmesini talep etmiştir.⁷⁷ Başvurucu ise söz konusu beyanda olayın meydana geliş şartlarından veya ihlallere ilişkin tespitlerden bahsedilmediğine dikkat çekerek davaya devam edilmesini istemiştir.⁷⁸ Mahkeme bu dava bakımından hükümetin sorumluluğu kabul etmesinin yanı sıra daha önce gerçekleşen benzer vakalara ilişkin sorumluluğunun kapsamı ve niteliği hakkında açıklamalar yaptığına dikkat çekerek, bu beyanın insan haklarına saygı ilkesine uyumlu olduğundan hareketle başvuruyu kayıttan düşürmüştür.⁷⁹ *Akman* kararından itibaren tek taraflı deklarasyonla davaların kayıttan düşürülmesi usulü yaygın biçimde uygulanmaya başlamıştır.⁸⁰

⁷⁵ Ang/Berghmans, s. 98-104; Rozakis, s. 1003-1014; Zwaak, s. 233-235.

⁷⁶ *Akman v Turkey* App no 37453/97 (ECtHR, 26 June 2001).

⁷⁷ *Akman v Turkey*, para 23.

⁷⁸ *Akman v Turkey*, para 25.

⁷⁹ *Akman v Turkey*, para 30-32.

⁸⁰ 2022’de 1.718 dostane çözüm; 2023’te 1.801; 2022’de 490 tek taraflı deklarasyon, 2023’te ise 624 tek taraflı deklarasyon ile dava kayıttan düşürülmüştür. İstatistikler için bkz. ECHR, *Analysis of Statistics*, <<https://www.echr.coe.int/statistical-reports>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024. *Akman* başvurusunun ardından kaybolmayla ilgili AİHS madde 2 ve 3 ihlali iddialarına ilişkin *Haran v Türkiye ve Toğcu v Türkiye* davaları da tek taraflı deklarasyonlarla kayıttan düşürülmüştür. Bkz. *Haran v Turkey* App no 25754/94 (ECtHR, 26 March 2002, Final 15 December 2004), para 30 ve *Toğcu v Turkey* App no 27601/95 (ECtHR, 9 April 2002).

A. Uygulamanın İçtihat ile Belirlenmesi

Yasal dayanak olmaksızın içtihat ile geliştirilen bu usulün şartlarının belirsiz olması hukuk güvenliği açısından sakıncalar oluşturmuştur. Bu belirsizlik tek taraflı deklarasyonların kabul şartlarının açıklandığı *Tahsin Acar*⁸¹ başvurusunda kısmen giderilmiştir. Davada başvuru, kardeşinin gözaltındayken işkence ve kötü muameleye maruz kaldığı, gerekli tıbbi bakımı almadığı ve ayrıca avukat hizmetlerinden ve ailesiyle iletişimden mahrum bırakıldığı iddialarında bulunmuştur. Dava devam ederken hükümet tek taraflı deklarasyonda bulunarak kişinin kaybolmasından dolayı ailesinin çektiği ızdırıp nedeniyle üzüntü duyulduğunu ve zararlar için tazminat ödeyeceğini beyan etmiştir.⁸² Daire, Hükümetin sorumluluğu kabulü ve önerilen tazminat miktarını da dikkate alarak başvurunun incelenmesi için haklı bir gerekçe olmadığına ve davanın kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.⁸³ Buna karşılık başvuru davanın incelenmesine devam edilmesinin insan haklarına saygının bir gereği olduğu gerekçesiyle madde 43 bağlamında Büyük Daireye başvurmuştur. Büyük Daire yaptığı değerlendirmede esasen tek taraflı deklarasyonların niteliğinin nasıl olması gerektiğini de belirlemiştir.⁸⁴ Her şeyden önce Büyük Daire; başvuru dava incelemesinin devam edilmesini istiyor olsa bile bazı hallerde Sözleşme'nin madde 37(1)(c) hükmü uyarınca yapılan tek taraflı deklarasyon ile beyan insan haklarına saygılı bir çözüm içeriyorsa davanın düşürülebileceğine dikkat çekmiştir.⁸⁵ Bir başvurunun tek taraflı deklarasyonla sona erdirilmesinde dikkate alınması gereken faktörler bu kararla belirlenmiştir. Buna göre (a) yapılan şikayetlerin niteliği (ortaya çıkan konuların Mahkeme tarafından önceki davalarında zaten belirlenmiş konulara benzer olup olmadığı); (b) bu tür önceki davaların uygulama kararı bağlamında alınan önlemlerin kapsamı; (c) bu önlemlerin ilgili davaya etkisi; (d) taraflar arasında anlaşmazlık olup olmadığı; (e) yanıt veren Hükümetin tek

Toğcu kararı daha sonra Mahkeme tarafından tekrar görüşülmüştür. *Toğcu v Turkey* App no 27601/95 (ECtHR, 31 May 2005). Ayrıca bkz. Leach, s. 79.

⁸¹ *Tahsin Acar v Turkey* App no 26307/95 (ECtHR, 8 April 2004).

⁸² *Tahsin Acar v Turkey*, para 60.

⁸³ *Tahsin Acar v Turkey*, para. 64. Yargıç *Loucaides*, çoğunluğun başvuru dosyadan çıkarma kararına katılmamış ve bu çözümün özellikle ciddi veya sayıca fazla başvurularla karşı karşıya olan devletlerin insan hakları ihlalleri için sorumluluk kabul etmeksizin ve herhangi bir olumsuz kamuoyu yaratmadan ödeme yaparak ihlalleri teşvik edeceğine ilişkin endişelerini dile getirmiştir.

⁸⁴ *Tahsin Acar v Turkey* [GC] App no 26307/95 (ECtHR, 6 May 2003).

⁸⁵ *Tahsin Acar v Turkey*, para 75.

tarafı deklarasyonunda iddia edilen ihlallerle ilgili herhangi bir kabulde bulunup bulunmadığı ve bu kabulün kapsamı ile başvurucuya tazminat sağlama niyeti gibi faktörler dikkate alınmalıdır.⁸⁶ Eğer ihlalin sonuçlarının giderilebileceği bir durum söz konusu ise davanın kayıttan düşürülmesi için, Hükümetin etkiyi ortadan kaldırmaya yönelik gerekli adımları atacağını bildirmesi de beklenmektedir. Son olarak Mahkeme davayı tekrar kaydederek görmeye devam edebileceğinin de altını çizmiştir.⁸⁷

Somut davada Mahkeme tek taraflı deklarasyonun kabul edilmesini değerlendirirken *Akman* kararına atıf yaparak *Tahsin Acar* davasının ilkinden farklı nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir. *Akman* davasında Hükümet kişinin güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğünü kabul etmekte ve sorumluluğu üstlenmektedir. Ayrıca yaşam hakkına saygıyı tesis etmek için etkin soruşturma yükümlülüğü başta olmak üzere iç hukukta gerekli bütün tedbirlerin alınacağı ve yasal ve idari uygulamaların hayata geçirileceği taahhüt edilmiştir. *Tahsin Acar* davası bağlamında ise deklarasyonunda mevcut ihlalin ortadan kaldırılması ve başvuru sahiplerinin ıstırabının giderilmesi için hangi somut tedbirlerin alınacağına yer verilmezken; sadece gelecekteki kayıp vakalarının önlenmesi için çabalanaacağı şeklinde genel bir sorumluluk ifade edilmiştir. Üstelik *Akman* kararının aksine bu başvuruda devam eden bir ihlal söz konusudur. Her ne kadar hükümetin tüm sorumluluğu üstlenmesi her zaman bir şart olarak aranmasa da somut dava bağlamında etkili bir soruşturma gerçekleşmediği için bu kabul, daha da önemli hale gelmiştir. Başvuru konusu kayıp kişiler veya faili meçhul ölümler ise ve yerel soruşturmaların etkili yürütülmediği dosyadan anlaşılıyorsa tek taraflı deklarasyonların en azından bu bağlamda bir sorumluluk kabulünü ve Sözleşme gerekliliklerini karşılayacak nitelikte bir soruşturma yapma taahhüdünü içermesi gerekmektedir.⁸⁸ Dolayısıyla kabul veya sorumluluğun üstlenilmesini içermeyen tek taraflı deklarasyon madde 37(1) uyarınca insan haklarına saygının gereğini yerine getirmemektedir.⁸⁹

⁸⁶ *Tahsin Acar v Turkey*, para 76.

⁸⁷ *Tahsin Acar v Turkey*, para 76. Sayılan bu unsurlar tahdidi değildir; somut olayın şartlarına göre Mahkeme farklı hususların varlığını da arayabilecektir. *Tahsin Acar v Turkey*, para 77.

⁸⁸ *Tahsin Acar v Turkey* [GC] para. 84. Ayrıca bkz. *Estate of Nitschke v Sweden* App no 6301/05 (ECtHR, 27 September 2007) para 39: “(...) bu şikayetle ilgili olarak, Hükümet, AİHS’in ihlal edildiğini ya da başvuru sahibinin maruz kaldığı rahatsızlıklardan dolayı pişmanlık duyduklarını kabul etmemiştir. (...) Mahkeme, Hükümetin başvuru sahibine tatmin edici bir tazminat sunmadığını ve dolayısıyla, Hükümetin, insan haklarına saygı göstermek için Mahkeme’nin davayı incelemesine devam etmeye gerek olmadığını belirlemek için yeterli bir temel sunmadığına karar vermiştir.”

⁸⁹ *Tahsin Acar v Turkey* [GC] para 77-86.

Bu dava ile Mahkeme hükümetlerin tek taraflı deklarasyonlarının içeriğinin davanın kayıttan düşürülmesini haklı kılacak nitelikte olması gerektiğini karara bağlamış olmaktadır.⁹⁰ Bu bağlamda kasti öldürmelerde ve kaybolmalarda tek taraflı deklarasyonlarda sorumluluğun üstlenilmesinin Mahkemece şart olarak aranmakta olduğu söylenebilir.⁹¹

B. Uygulamanın Yasal Dayanağa Kavuşması

Tek taraflı beyan usulü Mahkeme içtihadı ile geliştirilen bir uygulamadır. Usulün şartları *Akman ve Tahsin Acar* davalarında kısmen belirlenmiş olsa da AİHM İç Tüzüğünde 2 Nisan 2012’de yapılan değişiklik ile uygulama yasal dayanağa kavuşmuş ve usulün detayları düzenlenmiştir.⁹² Tek taraflı deklarasyon usulü dostane çözüm teklifi yapılmış olmasına rağmen başvurucağın kabul etmediği hallerde gündeme gelmektedir.⁹³ Hükümet,

⁹⁰ Mowbray, s. 51.

⁹¹ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 129. *Tahsin Acar v Turkey*, para. 84. Tek taraflı deklarasyonların geri çekilmesi mümkündür. Bkz. *Erdoğan and Others v Turkey* App no 19807/92 (ECtHR, 25 April 2006, Final 13 September 2006) para 8. Benzer şekilde özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen madde 5 ihlaline ilişkin *Prencipe* davasında da hükümetin tek taraflı deklarasyonda bu maddenin ihlal edildiğini kabul etmesi aranmıştır. Bkz. *Prencipe v Monaco* App no 43376/06 (ECtHR, 16 July 2009) para 55-64. Ayrıca beyanın içeriği yeterli bulunmaması nedeniyle (*Rozhin v Russia* App no 50098/07 (ECtHR, 6 December 2011) para 19-25); madde 13 bağlamında usulü şikayete ilişkin ifade bulunmaması nedeniyle (*Missenjov v Estonia* App no 43276/06 (ECtHR, 29 January 2009, Final 29 April 2009) para 25) ve davanın yeniden görülmesine ilişkin ibare bulunmaması nedeniyle (*Vojtechova v Slovakia* App no 59102/08 (ECtHR, 25 September 2012, Final 25 December 2012) para 24-28) reddedilen tek taraflı deklarasyonlara da rastlanmaktadır. İnsan haklarına saygı şartının yerine getirildiği ve Mahkemenin tek taraflı deklarasyonları kabul ettiği davalara örnek olarak bkz. *Meriakri v Moldova* App no 53487/99 (ECtHR, 1 March 2005, Final 6 July 2005) para 30-32; *Haran v Turkey*, para 22-24; *Swedish Transport Workers Union v Sweden* App no 53507/99 (ECtHR, 18 July 2006) para 24-27; *Pirali Orujov v Azerbaijan* App no 8460/07 (ECtHR, 3 February 2011) para 27-32.

⁹² AİHM İç Tüzüğü “Tek Taraflı Deklarasyon” başlıklı 62A maddesine göre;

“1. a) Başvuranın işbu İç Tüzüğün 62. maddesi uyarınca yapılan bir dostane çözüm teklifinin şartlarını reddetmesi halinde, ilgili Sözleşmecî Taraf, Mahkemeden, Sözleşme’nin 37. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak başvurunun kayıttan düşürülmesi talebinde bulunabilmektedir:

b) Bu türden bir talebin yanında, başvuran açısından Sözleşme’nin ihlal edildiğini ve ilgili Sözleşmecî Tarafın yeterli bir tazminat ödemeyi ve gerektiği takdirde, gereken toplu tedbirleri almayı taahhüt ettiğini açıkça kabul eden bir deklarasyon metni yer almalıdır.” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İç Tüzüğü, 22 Ocak 2024, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/rules_court_tur> İlgili madde Mahkeme tarafından 2 Nisan 2012 tarihinde eklenmiştir.

⁹³ İstisnai hallerde mükerrer davalarda dostane çözüm süreci dışında da gerçekleşebilmektedir. Sicilianos/ Kostopolou, s. 91.

AIHS’i ihlal ettiğini kabul ederek başvurana ihlal karşısında tazminat sağlama taahhüdünde bulunduğunu beyan etmesi sonrasında Mahkeme, ilgili şartlar oluşmuşsa davayı kayıttan düşürebilecektir. Böylece özellikle yerleşik emsal içtihat bulunan hususlarda, devletin tek taraflı bir beyan ile ihlali kabul edebilmesi ve zararı tazmin ederek dava sayısının azaltılması hedeflenmiştir.

Ancak bu şartlar gerçekleşmiş olsa dahi Mahkeme’nin her tek taraflı deklarasyonu kabul edeceği de söylenemez. Önceki uygulamada davanın kayıttan düşürülmesi için devletin ihlali kabul etmesi mutlaka aranmıyor olsa da⁹⁴ İç Tüzük madde 62A(1)(b) uyarınca tek taraflı deklarasyon için ihlalin açıkça kabul edilmesi gerekmektedir.⁹⁵ Aynı madde uyarınca aranan başka bir şart da deklarasyonda davalı devletin ihlal için uygun bir telafi sağlaması ve gerekli düzeltici tedbirleri almasına yer verilmesidir. *Ceka* başvurusunda tek taraflı deklarasyonda gözaltında vefat eden başvurucu bakımından yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlal edildiği, ölüm iddiası ile ilgili etkili soruşturma yapılmadığı Hükümet tarafından kabul edilmiş, benzer ihlallerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve başvurucuya tazminat ödenmesi taahhüt edilmiştir. Başvurucu beyanı kabul etmemesine rağmen başvuru kayıttan düşürülmüştür.⁹⁶ Öte yandan Deklarasyon metnindeki beyanların yeterli olmaması veya başvurunun Mahkeme tarafından incelenmesini gerektiren nitelikte olması halinde Mahkeme talebi reddederek davayı esastan incelemektedir.⁹⁷

Tek taraflı beyan usulü başvuranın rızası olmaksızın uygulandığı için Mahkeme’nin bu usul hakkında çok daha titiz bir değerlendirme yapılması

⁹⁴ *Tahsin Acar v Turkey* [GC] para 84.

⁹⁵ *Brysk v Poland* App no 1694/14 (ECtHR, 15 May 2018) para 7 ve 14; *Dimitras and Others v Greece* App no 45486/12 (ECtHR, 22 May 2018) para 6 ve 12.

⁹⁶ *Ceka v Albania* App no 26872/05 (ECtHR, 23 October 2012). Göç yolculuğunda 4 yaşındaki oğlundan 7 ay boyunca ayrı düşen bir kadının madde 8 bağlamındaki ihlal talebinde Mahkeme, başvuranın yerel mahkemeler önünde dava açmadığına, bunu yapsaydı iddia edilen Sözleşme ihlali için uygun bir çözüm sağlayabileceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, çocuğun başvurana iadesinin 7 ay sonra dahi olsa, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamındaki şikayet için yeterli ve uygun bir telafi oluşturduğu kanaatine vararak tek taraflı deklarasyonla davayı kayıttan düşürmüştür. *Totopa v Spain* App no 74048/17 (ECtHR, 2 June 2022) para 19-20. Davaya ilişkin bir değerlendirme için bkz. Mathilde Hardt/Germain Haumont, “Why was Totopa v. Spain struck out from the list? A case of silenced vulnerability of a migrant mother under complex procedural constraints”, Strasbourg Observers, February 24, 2023 <<https://strasbourgobservers.com/2023/02/24/why-was-totopa-v-spain-struck-out-from-the-list-a-case-of-silenced-vulnerability-of-a-migrant-mother-under-complex-procedural-constraints/>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

⁹⁷ *Dimitriou and Others v Greece* App no 32398/11 (ECtHR, 18 May 2017) para 18-20.

gerekmektedir. Buna karşın uygulamada özellikle Yazı İşleri'nin belirlediği tazminat miktarına ilişkin önerilerin başvuruçular tarafından kabul edilmediği mükerrer davalarda bu usulün sıkça kullanılmakta olduğu görülmektedir.⁹⁸ Çoğu tek taraflı deklarasyon Mahkeme İç Tüzüğü 62A uyarınca devletin bir ihlali kabul etmesi ve başvuruçuya bir miktar maddi ödeme sözü vermesini içerecek şekilde kısa olarak hazırlanmaktadır.⁹⁹ Devletler, ihlal nedeniyle pişmanlıklarını istisnai olarak ifade etmektedirler.¹⁰⁰ Tekrarlayan vakalarda ve özellikle birden fazla başvurunun birleştirildiği durumlarda, Mahkeme genellikle bireysel davalarla ilgili olmaksızın genel bir açıklama yapmakta ve başvuruçuların ayrıntıları Ek'te listelenmektedir.¹⁰¹ AİHM'in tek taraflı deklarasyonları incelemesi genellikle İç Tüzük madde 62A'da yer alan iki gerekliliğin dahil edilip edilmediğini doğrulamakla sınırlıdır. AİHM tek taraflı deklarasyonu reddederse, bunu yapma nedenini genellikle belirtmektedir, ancak bazı hallerde sadece davalı devletin talebini reddettiğini belirtmektedir.¹⁰²

Usuli açıdan bakıldığında, tek taraflı deklarasyonlar AİHM'e başvurunun kayıttan düşürülmesi talebi şeklinde sunulmaktadır. Tek taraflı deklarasyon, AİHM tarafından kabul edildikten sonra bu beyan Devlet üzerinde bağlayıcı olmaktadır. Bu tür davaların, ihlal kabul edilse bile, bir ihlal olarak sınıflandırılmadığını, ancak kayıttan düşürüldüğünü belirtmek önemlidir. Bu açıdan, esasen diğer uzlaşma vakaları gibi muamele görmektedirler. Ancak dostane çözümlerin aksine Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararıyla onaylanan tek taraflı deklarasyonda yer alan taahhütlerin uygulanmasını AİHS'in 39. maddesine göre denetleme yetkisine sahip değildir. Başka bir deyişle deklarasyondaki taahhütlerin yerine getirilmesini takip mekanizması bulunmamaktadır. Eğer davalı Devlet, iddia edilen ihlali gidermeyi taahhüt ettiği şekilde yerine getirirse, AİHM söz konusu başvuruyu kapanmış kabul etmektedir. Eğer Devlet taahhütlerini yerine getirmezse, AİHM sadece başvuruyu AİHS'in 37(2) maddesi uyarınca listeye geri yükleme imkanına

⁹⁸ Veriler için bkz. European Court of Human Rights, *Analysis of Statistics 2023*, January 2024, <<https://www.echr.coe.int/statistical-reports>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

⁹⁹ Glas, s. 613.

¹⁰⁰ Örn bkz *Vlahovic v Montenegro* App no 62444/10 (ECtHR, 22 November 2016); *Sanadiradze v Georgia* App no 64566/09 (ECtHR, 8 April 2015).

¹⁰¹ *Smirnov and Others v Ukraine* App no 38083/04 (ECtHR, 5 June 2012).

¹⁰² Örn bkz *Maširević v Serbia* App no 30671/08 (ECtHR, 11 February 2014) para. 37; *Themeli v Albania* App no 63756/09 (ECtHR, 15 January 2013) para 18.

sahiptir. Örneğin, *Willems ve Gorjon*¹⁰³ davasında, AİHM, Belçika Temyiz Mahkemesi'nin yerel süreci yeniden açma talebini reddetmesinin, Hükümet'in tek taraflı deklarasyondaki taahhütlerini anlamsız hale getirdiğine karar vermiştir. Bu durum, başvuruyu AİHM'in listesine geri yüklemeyi haklı çıkaran bir durum oluşturmuş ve görüşülen dava sonunda AİHS'in ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁰⁴ Öte yandan Gürcistan aleyhine görülen cezaevlerindeki kötü muameleye ilişkin seri başvurular ise tek taraflı deklarasyonların takip sistemi olmaksızın oluşturacağı sakıncaları göstermektedir. Gürcistan Hükümeti Sözleşme'nin ihlalini kabul ettiği ve söz konusu ihlallere ilişkin etkili bir soruşturma yapma taahhüdünde bulunduğu tek taraflı bir deklarasyon sonrası 2015'te başvurular sonuçlandırılmıştır.¹⁰⁵ Ancak, Gürcistan makamları gerekli soruşturmaları yapmamışlardır. Tek taraflı deklarasyondaki taahhütlerin yerine getirilmediği ve oluşan ihlallerin etkili şekilde soruşturulmadığı ve bu durumun Gürcistan'da ciddi ve sistemli bir sorun olduğu gerekçesiyle Mahkeme'ye tekrar başvurulmuş ve AİHS madde 37(2) uyarınca davaların yeniden açılması talep edilmiştir. Mahkeme, başvuruların listeye geri alınmasını haklı gösterecek istisnai koşullar bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddederken; Sekreteryaya da Mahkeme ve Sekreteryasının çok yoğun bir iş yükü altında olduğu, bu nedenle, artık başvurularla ilgili mektuplara yanıt veremeyeceğini ve telefon görüşmelerini kabul etmeyeceğini belirtmiştir.¹⁰⁶ Mahkeme'nin tek taraflı deklarasyonlara yönelik bu tutumu -özellikle davaya konu hususun madde 3 ihlali olduğu göz önüne alındığında- devlet taahhütlerinin takibinin önemini göstermektedir.

III. İNSAN HAKLARI YARGILAMASINDA UZLAŞMA: ADALET VERİMLİLİK ÇATIŞMASI

Dostane çözüm mekanizmaları, ulusal ve uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde uzun süredir kullanılmaktadır. Bu usullerle üçüncü bir tarafın çatışan tarafları bir araya getirmesi ile uyuşmazlıkların yargılama yapılmaksızın

¹⁰³ *Willems and Gorjon v Belgium App no 74209/16 (ECtHR, 21 September 2021)*.

¹⁰⁴ Davanın tek taraflı deklarasyonla düşürülmesinden sonra iç hukukta Mahkemelerin bu kararı uygulamalarına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Diego Mauri, "Relationship between Municipal and International Law: Domestic Bodies on the Same Page: The Corte di Cassazione Extends the "European Revision" to ECtHR Decisions under Article 37(1) ECHR", *The Italian Yearbook of International Law Online*, 32(1), 2023, s.484-490.

¹⁰⁵ *Sintsabadze v. Georgia App No 35403/06 (ECtHR, 15 February 2011, Final 18 March 2011)*

¹⁰⁶ Jomarjidge/Leach

çözümüne kavuşturulması amaçlanmaktadır.¹⁰⁷ İnsan hakları ihlallerinden doğan başvurularda uzlaşma tartışmalarına konu olsa da uluslararası insan hakları koruma mekanizmaları da uzlaşma usulüne yer vermektedir.¹⁰⁸ AİHM de yukarıda ifade edildiği üzere dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usulleri ile uzlaşmayı yargılamasının bir parçası haline getirmiştir. Ancak dostane çözümlerin artan kullanımını, Mahkeme'nin işlevi, misyonu ve mevcut durumu ile ilgili bazı soruları gündeme getirmektedir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken ilk husus dostane çözüm yollarının Mahkeme'nin insan haklarını koruma ve geliştirme konusundaki asli görevini tehlikeye atma ihtimalidir. İnsan hakları hukukunda, genel olarak iç hukukta karşılanamamış taleplerin ulusal üstü düzeyde karşılanması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası yargılama, başvurucunun sesini duyurabileceği bir platform sağlarken aynı zamanda ilgili devletteki aksayan hususlara da görünürlük kazandırmaktadır. Ayrıca mahkemenin somut olayı değerlendirmesi ve gerekçesi, sadece ilgili devlet bakımından değil aynı zamanda diğer devletler için de örneklik teşkil etmektedir. Bir mağdurun Mahkemeye şikayette bulunma kararı bu çerçevede kamu yararının sağlanmasına katkıda bulunmaktadır. Buna rağmen, uzlaşma Mahkemenin iş yükünün azaltılması ve anlaşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşturulması potansiyeli taşıdığı için yargıya göre daha az maliyetli ve daha hızlı çözüm sağlayan bir alternatif olarak sunulmaktadır.¹⁰⁹

Başvurucu açısından süreç değerlendirildiğinde; iç hukukta yıllarca insan hakları için mücadele etmiş başvuru, iddiasını ulusal üstü düzeye taşıdığı anda tamamen yeni bir yaklaşımla karşılaşarak davanın çözülmesi için Mahkeme'nin doğrudan davetine muhatap olmaktadır.¹¹⁰ Dostane çözüm usulü ile başvuru sonucunu muğlak ve uzun yargılama yerine daha hızlı ve net sonuç elde etme imkanına da sahip olmakta hatta bazı hallerde karar

¹⁰⁷ Jorge Contesse, "Settling Human Rights Violations", *Harvard International Law Journal*, 60(2) 2019, s.317-375.

¹⁰⁸ American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, 9 I.L.M. 673, OEA/ser. K/XVI/1, doc. 65, rev. 1, corr. 1, (1970) (entered into force July 18, 1978) madde Article 48(1)(f); International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature Dec. 16, 1966, S. Treaty Doc. No. 95-2 (1978), 999 U.N.T.S. 171, art. 41(1)(e).

¹⁰⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res(2002)59 concerning the practice in respect of friendly settlements, (Adopted by the Committee of Ministers on 18 December 2002 at the 822nd meeting of the Ministers' Deputies), <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804de98a> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

¹¹⁰ Keller/Forowicz/Engi, s. 6.

sonucu elde edebileceklerinden daha tatmin edici çözümler elde etmektedirler.¹¹¹ Böylece dostane çözümler, bir hukuki belirsizlik durumunu hızlı bir şekilde sonlandırmaları yanında zaman ve maliyetlerden tasarruf ve zararın tazmini için de elverişli bir imkandır.

Taraf devletler bakımından konu ele alındığında her şeyden önce dostane çözüm usulünün kullanımının artmasındaki ilk sebebin Sözleşme'nin ikincil niteliği olduğu vurgulanmalıdır.¹¹² Zira Sözleşme'ye taraf devletler bir bireye karşı kendileri tarafından işlenen haksızlığı öncelikli olarak giderme hakkına sahiptirler.¹¹³ Dostane çözüm usulü ile Mahkeme'nin bir davanın maddi hükümlerinde bir ihlal bulma görevini üstlenmeden önce devletlere itibarlarını koruma ve yapılan haksızlığı uygun bir şekilde düzeltmek için son bir imkan tanınmış olmaktadır.¹¹⁴ Böylece devletler, belirli bir kuralın veya uygulamanın insan haklarını ihlal ettiğini tespit eden bağlayıcı bir karardan kaçınmakta, Mahkeme'nin ihlal kararı neticesinde oluşacak olumsuz kamuoyu algısını önlemekte ve anlaşmazlığı hızlı şekilde çözmektedirler.

Dostane çözümlerin Mahkeme açısından avantajlarına bakıldığında ilk olarak AİHM'in başvuruları daha hızlı bir şekilde sonuçlandırmasına olanak tanıdığı için dostane çözümleri teşvik etmekte olduğu söylenmelidir. AİHM yargılamasındaki yoğunluğun en temel sebeplerinden biri mükerrer başvurulardır. Bu tür başvurular, daha önce AİHM tarafından ele alınmış olmasına rağmen çözümlenmemiş olan sistem kaynaklı ulusal sorunlardan kaynaklanmaktadır. Bu sorunlara, örneğin, İtalya'da medeni davaların uzunluğu, Ukrayna'da iç kararların uygulanmaması veya gecikmesi ve Rusya'da gözaltı koşulları gibi örnekler verilebilir. Bu başvuruları karara bağlarken, Mahkeme sadece yerleşik içtihadını tekrarlamaktadır. Özellikle yerleşik içtihadın bulunduğu, mükerrer davalar bakımından dostane çözümler

¹¹¹ Zwaak, s. 223.

¹¹² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 118.

¹¹³ Sözleşme'nin ikincil niteliği AİHS madde 13 ve madde 35(1) de ifade edilmektedir. İlke Sözleşme'de düzenlenen haklarla ilgili hususların mümkün olduğunca ulusal düzeyde çözülmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Örn bkz. *Varnava and Others v Turkey* App no 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, [GC] (ECtHR, 18 September 2009), para 164. İlke hakkında detaylı bilgi için bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 17. B.E.P. Myjer, "It Is Never Too Late for the State-Friendly Settlements and Unilateral Declarations", *Human Rights – Strasbourg Views / Droits de l'homme – Regards de Strasbourg. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, N.P. Engel Publishers, L. Caffisch et al. (Eds.), 2007, s. 323.

¹¹⁴ Rozakis, s. 1004.

etkili ve makul bir uygulamadır.¹¹⁵ Böylece Mahkemenin özellik arz eden başvurulara daha çok vakit ayırması mümkün olacak, etkili ve hızlı işleyen sistem tüm paydaşlar için fayda sağlayacaktır. Ancak dava türleri arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Uzun süreli yargılamalar, gözaltı koşulları, kararların uygulanmaması gibi benzer konularda yerleşik içtihadın bulunduğu mükerrer başvurulardaki çözümler bakımından hızlı ve yazılı usul makul kabul edilebilir.¹¹⁶ Bu tür rutin dostane çözümlerde, Yazı İşleri, taraflara bir çözüm önerisi göndermekte ve genel olarak taraflar bu öneriyi Mahkeme'nin ihlal bulma olasılığına işaret olarak değerlendirerek taslak dostane çözümü kabul etme veya reddetme yönünde tercih yapmaktadırlar. Ancak mükerrer başvuru niteliğinde olmayan hususlar bakımından hızlandırılmış ve kağıt üzerinden ilerleyen bu usulün uygulanmaması, başvurucunun bilgilendirilmesi ve gerçek müzakerelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki Mahkeme, içeriğin müzakere edilmesini teşvik etme yönünden yasal bir yükümlülük altındadır.¹¹⁷

Bazı hallerde mağdur, ilgili devletin sadece ihlal karşılığı tazminat ödemesi ile anlaşmaya hazır olabilir. Böylece başvuran bakımından ihlal tazmin edilse ve sorun sadece maddi temelde çözülsün de ihlalin kaynağını oluşturan yasal hüküm veya idari pratik uygulanmaya devam edecektir. Özellikle sistematik ve yapısal sorunlardan kaynaklanan ihlallerin oluşturduğu benzer dava sayısını azaltmak amacıyla getirilen *pilot karar usulüne ilişkin çözümler* bakımından Mahkeme bu nitelikte başvurularda ihlale karar verirken, sorunun altında yatan sebeplerin tespiti ve önlenmesine ilişkin tedbirleri de konu edinmektedir.¹¹⁸ Böylece taraflar arasındaki müzakerelerin sonucu,

¹¹⁵ Explanatory Report to Protocol no 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para. 93. *Harris/O'Boyle/Warbrick* her ne kadar yeni sistemde dostane çözüm ile biten dava sayısında artış gözlemlense de bu davaların büyük oranda mükerrer benzer davalardan oluştuğunu ifade etmektedir. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, s. 127.

¹¹⁶ *Keller, Forowicz ve Engi* dostane çözüm türlerini “rutin dostane çözümler”, “gerçek dostane çözümler”, “tamamlayıcı dostane çözümler”, “pilot karar dostane çözümleri” ve “devletlerarası dostane çözümler” olarak tasnif etmektedir. Yazarlara göre yerleşik içtihadın bulunduğu başvurulardaki çözümler rutin/olağan çözümler iken; benzer içtihadın bulunmadığı vakalardaki çözümler gerçek dostane çözümlerdir. Yazarlara göre yerleşik içtihadı dayalı olağan sürecin dostane çözüm değil hızlandırılmış karar sürecidir; zira tarafların rolü anlaşma veya davanın hızlıca çözüme kavuşması arasında tercih yapmaktan fazlası değildir. *Keller/Forowicz/Engi*, s. 67

¹¹⁷ Rozakis, s. 1011.

¹¹⁸ Pilot çözümler, yüzlerce başvurucunun aynı ihlal nedeniyle Mahkeme'ye başvurusunu önleyerek ulusal düzeydeki sistem kaynaklı eksikliklerin giderilmesini sağlamaktadır. Mahkemenin ilk pilot kararı olan *Broniowski* kararı, aynı zamanda pilot karar usulünde

birçok diğ er mağdurun durumunu da etkileyebilecektir. Esasen Mahkeme'nin verdiği her bireysel kararın ve dostane çözümün sadece bireysel başvuru için değil, aynı zamanda muhtemel mağdurlar için de sonuçlar doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nitelikte başvurularda taraflar arasında ulaşılan çözümler Mahkeme tarafından değerlendirilirken insan haklarına saygılı olma kriteri yanında başvuruca n uğradığı ihlalin tazmini; devletten genel sorunun ortadan kaldırılmasına ilişkin tedbirler alması ve bazı hallerde ilgili mevzuat ya da idari pratiğı düzeltmesini talep etmesi de gerekmektedir.¹¹⁹ Zira Mahkemenin taraflar arasında dostane çözümlü teşvik ederken kamusal yararı gözetme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca (*Rechtsfrieden*) hukuki barış da burada önem taşımaktadır. Zira somut olaydaki mağdur bakımından zarar giderilmiş olsa dahi ihlalin sebebi devam ettiği sürece başka mağdurlar oluşmaya devam edecektir. Sözleşme sisteminin asıl amacı bireysel tazmin sağlamak olsa da Sözleşme tarafından oluşturulan kuralları açıklamak, korumak ve geliştirmek suretiyle devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmesine katkıda bulunmak ve böylelikle insan haklarının genel standartlarını yükseltmek de Mahkeme'nin görevleri arasındadır.¹²⁰ Tam da bu sebeple *Fiss*, yapısal dönüşüm sağlayamayacakları için uzlaşmaları reddetmekte; yargılamanın toplumsal dönüşüm yaratarak kamu değerlerini netleştireceğini ve geliştireceğini ifade etmektedir ki bu da bir uyuşmazlığın taraflarını aşan reformları içerir.¹²¹ *Luban* da insan hakları yargılamasının tarafları aşan etkilerini Amerikan Yüksek Mahkemesinin mihenk taşı kararına atıfta bulunarak “Eğer *Brown v. Board of Education* mahkemede sessizce çözülmüş olsaydı, nerede olurduk?” sorusuyla dile getirir.¹²²

Luban'ın kararların tarafları aşan etkisi yanında dikkat çektiğı üzere dostane çözümler hususunda değerlendirilmesi gereken bir başka husus da dostane çözüm müzakerelerinin gizli yürütülmesidir. Mahkemenin gizlilik kuralını mutlak olarak uygulamasıyla görüşmelerdeki belgeler, tarafların

dostane çözümlü de içermektedir. Dava II. Dünya Savaşı sonrası gerçekleşen yer değiştirme sonucu doğan mülkiyet hakkı ihlaline ilişkindir. *Broniowski v Poland* [GC] App no 31443/96 (ECtHR, 28 September 2005) para 38-44.

¹¹⁹ Keller/Forowicz/Engi, s. 72.

¹²⁰ *Karner v Austria*, para 26; *Poposhvili v Belgium*, para 130.

¹²¹ Owen M. Fiss, “Against Settlement”, *The Yale Law Journal*, 93(6), 1984, s. 1076.

¹²² Dava çocukların okullarda ırklarına göre ayrımalarının Anayasaya aykırılığının tespit edildiğı davadır. Supreme Court of the United States, *Brown v. Board of Education* (1954). David Luban, “Settlements and the Erosion of the Public Realm”, *The Georgetown Law Journal*, 83(7), 1995.

teklif ve kabulleri kamuya kapalı hale gelmekte ve davanın aşamalarında müzakerelere atıl yapılılamamaktadır. Dostane çözümle sonuçlanan davalarda ihlalin detaylarına yer verilmeden sadece tarafların uzlaşmaya vardığı ifade edilmektedir. Ayrıca dostane çözümler AİHS ihlali olarak Mahkeme istatistiklerinde görünmemekte ve Mahkeme'nin sözleşme ihlali bulduğu hususlar kadar medya dikkatini çekmemektedir. Hatta bazı hallerde başvurunun Mahkeme önünde karara bağlanmadan çözülmek istenmesinin temel sebebi ihlalin detaylarının kamuoyu tarafından bilinmesinin istenmemesi olabilir. Ancak insan hakları ihlalleri açısından ihlalin tespit edilmesi ve doğru karşılığın verilmesi son derece önemlidir. Dava yoluyla devletlerin ifşa edilmesi bazı hallerde ihlale sebep olan mevzuat veya uygulamanın değiştirilmesinin tek yoludur. Böylece madde 2 ve 3 gibi ciddi insan hakları ihlalleri bakımından başvurunun olağan usulle yürütülmesi adaletin sağlanması için gerekli olabilir. Özellikle sistemsel sorunlar nedeniyle oluşan ihlallerin dostane çözümden ziyade ihlal kararı ile hüküm altına alınması insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından daha fazla fayda sağlayabilir. Ayrıca gizlilik kuralı Mahkemenin neden bir dostane uzlaşmayı onayladığını veya reddettiğini belirlemeyi de zorlaştırmaktadır.¹²³ Özellikle ciddi insan haklarına ilişkin ve olağan süreçte ihlale hükmedilecek başvurularda dostane çözümün kabul edilmesini haklı çıkaran nedenleri anlamak önemlidir.

İnsan hakları alanında dostane çözümleri tartışırken dostane çözümlerin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi önemlidir. Yaşam hakkı veya işkence yasağı gibi ciddi insan hakları ihlalleri de dahil olmak üzere tüm insan hakları alanında bu usuller uygulanmalı mıdır? İnter Amerikan İnsan Hakları Komisyonu bu soruya olumsuz cevap vererek gözetim altında işkenceye uğrayan başvurucu ile Honduras arasındaki başvuruda yaşam hakkı, insani muamele ve kişisel özgürlük haklarına ilişkin ihlallerin uzlaşma yoluyla telafi edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹²⁴ Bu bağlamda, belli insan hakları ihlalleri doğası gereği bağımsız bir otorite tarafından, yani Mahkeme tarafından araştırılmalı ve tespit edilmelidir. Sunulan iddiaların geçerliliğinin belirlenmesi en iyi dava yoluyla ele alınabilir; bu nedenle adalet masraflı ve uzun da olsa,

¹²³ Mahkemenin hassas davaları dostane çözümler aracılığıyla sonlandırma gerekçelerini şeffaf hale getirmesi bu usulün meşruiyetine katkı sağlayacaktır. Bu nedenle Mahkeme bu tür hassas nitelikteki dostane çözümlerin gerekçesine ilişkin yeknesak iç kural oluşturabilir. Bkz. Keller/Forowicz/Engi, s. 148.

¹²⁴ Velásquez Rodríguez Case, Preliminary Objections, Inter-Am. Ct.H.R. (Ser. C) No. 1 (1994) para 43.

yargıya ihtiyaç duyar.¹²⁵ Başka bir deyişle adaletin verimlilik gerekçesiyle feda edilmemesi gerekmektedir. Bu mülahazalar AİHM yargılamasında madde 2 ve 3 ihlalleri bakımından uzlaşma yapılmaması şeklinde yorumlanmamalıdır. Ancak özellikle başvuru sayısı yüksek olan ülkeler bakımından madde 2 ve 3 ihlallerine ilişkin dostane çözümler Mahkeme tarafından daha titizlikle ele alınmalıdır. Zira en çok başvuruya muhatap olan ülkeler çoğu zaman en çok uzlaşma ile dosya kapatan ülkelerdir. Kapatılan dosyalar arasında madde 2 ve 3 ihlalleri de ciddi sayıya sahiptir.¹²⁶ Böylece uzlaşma usulleri ülkelerin insan hakları ihlallerini maddi karşılık ödeyerek gizli tutması amacına hizmet ediyorsa insan hakları yargılamalarının kamusal değeri zayıflayabilir. Hatta bazı hallerde ihlalin niteliğine bağlı olarak ödenen miktar bakımından değer belirlemeye varacak şekilde ihlallerin maddileştirilmesi gündeme gelebilecektir.¹²⁷

Dostane çözümler bakımından önemli olan bir diğer husus da başvurucunun iradesinin sürece yansımadır.¹²⁸ Hakları ihlal edilen mağdurun uğradığı zararın nasıl tazmin edileceği öznal duruma göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu noktada unutmamak gerekir ki başvurucuların muhtemel maddi tazmini ve yargılamanın hızını karşılaştırarak uzlaşmayı tercih edecekleri düşünülse de, bazı hallerde ihlalin kabul edilmesi ve adalet arayışı daha güçlü bir motivasyon oluşturabilir. Kimi zaman bireysel başvurucu tazminden ziyade bir ihlalin meydana geldiğine dair kamuya açık bir kabulü talep ediyor olabilir. Örneğin sevdiklerine ne olduğunu ve sorumluların kim olduğunu öğrenmek isteyen bir başvurucu bakımından olağan süreçler dostane bir çözümün sonuçlanmasından önemli ölçüde uzun sürse dahi başvurucu bu yolu tercih edebilecektir. Bazı hallerde de ihlale ilişkin olguların kanıtlanmasının zor olduğu veya başvuran kişi çaresizlik içinde olduğu için ciddi hak ihlalleri kapsamındaki çözümler de meşru sayılabilir. Bu noktada önemli olan nizanın asıl sahibi olan başvurucunun iradesine gereken değer

¹²⁵ Jules Coleman/Charles Silver, “Justice in Settlements”, *Social Philosophy and Policy*, 4 (1), 1986, s. 106-108.

¹²⁶ Weber, s. 217 vd.

¹²⁷ Weber çalışmasında ölümün gerçekleştiği madde 2 ihlalleri bakımından uzlaşma ile sonuçlanarlarda verilen ortalama tazminat miktarını ve yargılama sonunda elde edilen tazminat miktarını karşılaştırıldığında uzlaşma ile elde edilen miktarın daha fazla olduğunu belirtmektedir. Üstelik uzlaşma yargılamadan ortalama 22 ay daha önce sonuçlanmaktadır. Weber, s. 245 vd.

¹²⁸ Carrie Menkel-Meadow, “Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)”, *The Georgetown Law Journal*, 83(7), 1995.

verilmesidir. Ancak mağdurların dostane çözüm sürecindeki müzakere imkanının aksine tek taraflı deklarasyonu kabul edip etmeme konusunda çok daha az söz hakkı olduğu görülmektedir. Zira İç Tüzük madde 62A(3) uyarınca Mahkeme, deklarasyon metni Sözleşmede yer alan insan haklarına saygılı biçimde düzenlenmişse başvuran başvurunun incelenmesine devam edilmesini istese dahi, başvurunun tamamının veya bir bölümünün kayıttan düşürülmesine karar verebilmektedir.¹²⁹ Ayrıca dava konusu çözülmüş olduğu ancak başvuruçunun adil bir uzlaşma önerisini kabul etmediği hallerde de bu usul madde 41 aşamasında uygulanabilmektedir.¹³⁰ Böylece Devlet, dostane çözüm aşamasında mağduru tatmin eden bir çözüm sunamamış olsa dahi tek taraflı deklarasyon usulü ile başvuruçunun onayı olmaksızın başvuruyu tek taraflı olarak sonlandırabilir. Dahası, Bakanlar Komitesinin bu beyanın uygulanmasını denetleme rolü yoktur; bu tür davalar yalnızca Mahkeme tarafından tekrar listeye alınabilir.¹³¹ Özellikle son yıllarda Mahkemenin “rutin” uygulaması haline gelen¹³² tek taraflı deklarasyonun kabulü ile mağdurun rızası hilafına davanın kayıttan düşürülebilmesi neticesinde mağdurun ihlalden doğan zararı gereğince tazmin edilmemektedir. Bu usul, ciddi nitelikte veya çok sayıda başvuruyla karşı karşıya olan devletlerin, herhangi bir sorumluluk kabul etmeden ve mesele alenileşmeden *ex gratia* tazminat ödeyerek sorumluluktan kurtulmaları anlamına da gelebilecektir.

Bu aşamada dostane çözümlerde dikkate alınması gereken bir başka husus olan güç dengesi gündeme gelmektedir. Zira uzlaşmanın adil ve meşru sayılabilmesi için tarafların eşit veya en azından benzer bir müzakere

¹²⁹ İç Tüzük madde 62(3)- “Mahkeme, Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektirmediği sonucuna varmak için deklarasyon metninin yeterli bir dayanak sunmadığı kanısına vardığında, başvuran başvurunun incelenmesine devam edilmesini istese dahi, başvurunun tamamının veya bir bölümünün kayıttan düşürülmesine karar verebilir”. Bu nitelikte davalara örnek olarak bkz. *Toğcu v Turkey*; *T.A. v Turkey* App no 26307/95 (ECtHR, 9 April 2002).

¹³⁰ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 128.

¹³¹ AİHM İç Tüzüğü, m. 43.

¹³² Keller/Forowicz/Engi, s. 99. Dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usulleriyle kayıttan düşürülen dava sayısı her yıl artmaktadır. 2023 yılında, dostane bir çözüm veya tek taraflı bir deklarasyona dayalı olarak 2,425 başvuru kayıttan düşürülmüştür. 2022’deki sayının 2,208 olduğu göz önüne alındığında bu %10 artış anlamına gelmektedir. Dostane çözümler 2022’deki 1718 sayısı % 5 artışla 1,801 olurken tek taraflı deklarasyonlar 2022’de 490 iken %27 artış göstererek 2023’te 624’e ulaşmıştır. 2023 yılında 6931 adet karar verildiği dikkate alındığında kayıttan düşürülen dava sayısının önemi ortaya çıkmaktadır. Veriler için bkz. European Court of Human Rights, *Analysis of Statistics 2023*, January 2024, s. 3 <<https://www.echr.coe.int/statistical-reports>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

pozisyonunda olması gerekir. Genel olarak, bir bireysel başvuru ve bir Hükümet Temsilcisi eşit pozisyonda değildir. Başvuru dava sürecini genellikle ilk defa yaşamakta iken Hükümet Temsilcisi ise tekrarlayan görevi nedeniyle etki, deneyim ve kaynaklar açısından bireysel başvurudan çok daha elverişli bir konumdadır. Fiss, “Uzlaşmaya Karşı” başlıklı makalesinde, uzlaşmaların eşit olmayan güçlere sahip taraflar arasında meydana geldiğine dikkat çekmektedir.

“İlk olarak, daha fakir olan taraf, davanın sonucunu tahmin etmek için gereken bilgiyi toplamak ve analiz etmekte daha az yetenekli olabilir ve bu nedenle pazarlık sürecinde dezavantajlı olabilir. İkinci olarak, talep ettiği tazminata acilen ihtiyacı olabilir ve bu nedenle ödemenin hızlandırılması için bir anlaşma yapmaya teşvik edilebilir. Üçüncü olarak, fakir olan taraf, dava masraflarını finanse etmek için kaynaklara sahip olmadığı için anlaşmaya zorlanabilir. Bu eşitsiz ilişkilerde rıza genellikle zorla alınır ve daha zayıf taraf gerçekten “hayır” diyemez.”¹³³

Birey ve devletin karşı karşıya geldiği her ihtimalde zayıf olan bireyin Devlet baskısı karşısında istemediği çözüme zorlanabilme ihtimali mutlaka dikkate alınmalıdır. İhlallerin yoğun yaşandığı devletlerdeki korku, güvensizlik ve boyun eğme ortamı bazı hallerde dostane çözüm sürecine de yansiyabilir. Taraflar arasındaki güç dengesi arabulucu olan Mahkeme'nin süreçteki etkin varlığıyla korunabilir. Zira dostane çözüm prosedürü başarısız olursa, başvuru Mahkeme tarafından ele alınacaktır. Bu sistem, mağduru rahatlatarak ihlalde bulunan devleti daha temkinli davranmaya teşvik edebilir. Öte yandan dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usullerinin adeta otomatik biçimde uygulanması Mahkeme'nin tarafsız arabulucu rolüne de zarar vermektedir. Zira verimlilik ve iş yükünün azaltılması çabaları hem devletlerin hem de Yazı İşleri'nin çıkarlarını birbiriyle uyumlu hale getirmektedir. İş yükünün azaltılmasına odaklanma, Mahkeme'nin adalet arayışında olan mağdur ile ihlal bulunmasını önlemeye çalışan devlet arasındaki tarafsız konumunu tehlikeye atabilecektir.¹³⁴ Bu nedenle tek taraflı deklarasyonların gerçekten tekrarlayan başvuruları sona erdirmek için kullanılıp kullanılmadığı, bu prosedürün uygulamada nasıl işlediği, Mahkeme'nin tek taraflı deklarasyonlar hakkında karar verdiğinde başvuru sahiplerinin çıkarlarının yeterince korunup korunmadığı ve nihayetinde de deklarasyondaki taahhütlerin devlet davranışında yapısal

¹³³ Fiss, s. 1076.

¹³⁴ Fikfak, s. 975.

değişiklik oluşturması titizlikle takip edilmelidir.¹³⁵ Böylece tüm süreç bakımından başvuru sahibinin çıkarlarının temsili sağlanmalı, güç kullanımına maruz kalması engellemeli ve sürecin sonuçları hakkında başvuru bilgilenmelidir. Özellikle başvuru sahibinin rızası olmaksızın davanın sona ermesine sebep olan tek taraflı deklarasyon usulü bağlamında güç dengesinin sağlanması daha da önemlidir.

Yukarıda ifade edilen bu tehlikeleri bertaraf etmek için her somut olay bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Mahkeme, Sözleşme uyarınca sadece müzakerelerin yürütülmesini izlemekle kalmayıp, aynı zamanda sonuçlarını da gözden geçirmekle yükümlüdür ve dolayısıyla sürecin bir parçasıdır. Mahkeme, dostane bir çözüm arayışı ile insan haklarını teşvik etme hedefleri arasında denge kurmalıdır. Her bir davanın koşullarını, etkilenen hakların niteliğini, şikayet edilen eylemlerin özelliklerini ve hükümetin soruşturma konusunda işbirliği yapma ve çözüm için gerekli adımları atma istekliliğini değerlendirerek karar vermelidir. Kamu yararının olduğu hassas durumlarda Mahkeme tercihini verimlilikten değil adaletten yana kullanarak ihlalin tespitini, tazmini ve yapısal değişimleri sağlayacak nitelikte bağlayıcı bir karar vermelidir. Son tahlilde dostane çözüm mekanizmasının hem bireysel başvuru sahibi hem de toplumun geneli açısından etkinliği incelenmeli ve çözümün Sözleşme tarafından korunan hakları ve uluslararası insan hakları hukukunun amaçlarını yeterince güvence altına alıp almadığı değerlendirilmelidir. Mahkeme'nin, özellikle insan haklarının Sözleşme ve ilgili protokollerde tanımlandığı şekilde korunmadığı hallerde dostane çözümü reddetmesi gerekmektedir. Aksi halde tüm ihlaller bakımından bu usulün otomatik olarak uygulanması insan hakları ihlallerinin bağlayıcı kararlar yoluyla alenen kınanmasını sağlayan yargı sisteminin etkinliğini zayıflatarak insan haklarını ihlal eden Hükümetler üzerindeki baskıyı önemli ölçüde azaltacaktır.¹³⁶

Dostane çözüm usulüne ilişkin tartışma en genel haliyle adalet ve verimlilik çatışması olarak görülebilir. Bu değerlendirmeler ışığında AİHS madde 6(1) uyarınca yargılama sürelerinin uzunluğu veya 1 No.lu Protokol

¹³⁵ Lize R. Glas, "Unilateral declarations and the European Court of Human Rights: Between efficiency and the interests of the applicant", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(5), 2018, 607–630.

¹³⁶ *Toğcu* kararında Yargıç Loucaides karşı oyunda bir kişinin kaybolması gibi devam eden bir ihlal iddiasıyla ilgili davalarda tek taraflı deklarasyonların kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. *Toğcu v Turkey*, Yargıç Loucaides'in karşı oyu.

madde 1 uyarınca mülkiyet davaları gibi genellikle ciddi etik sorunlar doğurmayan problemlerle ilgili vakalar, yerleşik içtihadın bulunduğu hususlar ve mükerrer başvurular dostane çözüme uygundur. Bu nitelikte başvurular bakımından uzlaşma, ihlalin hızlıca çözüme ulaşması ile tüm paydaşlar bakımından olumlu sonuçlanmaktadır. Ancak yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi ihlaller bakımından mağdurun iradesine gereken önemi veren ve ihlalin ciddiyetine uygun nitelikte daha detaylı bir değerlendirme gerekmektedir. Sayılan haklar bakımından ihlalin tespiti, muhtemel ihlalleri önleyici tedbirler alınması ve en temel haliyle adalet arayışı, usuli ihtiyaçlar veya verimlilik ile telafi edilmemelidir. Zira insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya masum insanların öldürülmesi gibi konuları içeren çözümler sadece sağlam gerekçelerle meşrulaştırabilir. Bu nedenle Mahkeme madde 2 ve 3 ihlali iddiaları bakımından dostane çözümleri daha titiz ve detaylı bir şekilde değerlendirmelidir. Özellikle, başvuranın özgür ve bilgilendirilmiş iradesi ile anlaşmanın yapıldığı ve anlaşmanın adil olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Ayrıca Bakanlar Komitesi'nin de dostane çözümler hususunda denetleme rolünü hassas biçimde yerine getirmesi gerekmektedir.¹³⁷ Komite, tek taraflı deklarasyonlar bakımından dostane çözümlerdeki denetim yetkisine benzer bir yetkiyle donatılarak özellikle ciddi insan hakları ihlalleri bakımından deklarasyonların uygulanmasını denetleyerek sisteme ilişkin endişeleri ortadan kaldırabilir.¹³⁸

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

AİHM istatistikleri incelendiğinde Mahkeme'nin, önüne gelen başvuruların büyük oranda kabul edilemez olduğuna karar vermekte olduğu görülmektedir. Kalan dosyalar bakımından ise dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usulleri artan dosya yükünü azaltmak amacıyla kullanılmaktadır.

¹³⁷ Jomarjidge/Leach, Bakanlar Komitesinin dostane çözümlerin uygulanmasını değerlendirme rolünün sınırlı olduğunu, hatta olmadığını ve çözümün uygulanmaması halinde aynı uyumsuzluğun mahkemeye geri döndürülme olasılığının olmayacağına ilişkin endişelerini dile getirmektedirler. Dostane çözümler ve tek taraflı deklarasyonlar sistemi dikkatli uygulanmazsa devletlere yerine getirilmeyen vaatlerde bulunma imkanı verebilecektir. Nino Jomarjidge/Philip Leach, "What Future for Settlements and Undertakings in International Human Rights Resolution?", *Strasbourg Observers*, April 15, 2019 <<https://strasbourgobservers.com/2019/04/15/what-future-for-settlements-and-undertakings-in-international-human-rights-resolution>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

¹³⁸ *Glas* tüm tek taraflı deklarasyonlar bakımından denetim yapılmasını önermektedir. Bkz. *Glas*, s. 626. Ancak kanaatimizce iş yükü nedeniyle Gürcistan örneğinde olduğu gibi sistemsel kaynaklı özellik arz eden seri başvurular ve başvurucunun özellikle talepte bulunduğu başvurular bakımından Bakanlar Komitesi izleme yetkisi kullanılmalıdır.

Eğer bir uzlaşmaya varılamazsa, ancak Hükümet tek taraflı bir beyan vermeye istekliyse, Mahkeme bunu kabul etmekte ve davayı kayıttan düşürmektedir. Böylece yerleşik içtihat bulunan tüm alanlarda devletlerin iş birliği ile mümkün olduğunca davaların esasa ilişkin değerlendirme aşamasından önce çözülmesi amaçlanmaktadır. Sonuç olarak, *Strasbourg*'a ulaşan davaların küçük bir kısmı bir Mahkeme tarafından incelenmektedir. AİHM önünde dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyonların artan kullanımı, Mahkeme'nin işlevi ve misyonu ile verimliliğin sağlanması arasındaki hassas dengeyi gündeme getirmektedir.

Her ne kadar dostane çözümler ve tek taraflı deklarasyonların yerleşik içtihat veya mükerrer davalara dayanarak bir başvurunun sonlandırılması şeklinde aynı işlevi yerine getirdiği düşünülse de bu iki araç hukuki açıdan çok farklıdır. Dostane çözüme varılmasına yol açan müzakereler gizlidir; hükümetin tek taraflı deklarasyonda bulunma teklifi ise Mahkeme önünde kamuya açık bir prosedürün parçasıdır. Dostça çözümler her zaman tarafların onayını gerektirirken, tek taraflı bir beyan ile bir davayı sonlandırma genellikle başvuruçunun dostane çözüm müzakereleri sırasında hükümetin teklifini reddetmesiyle başlamaktadır ve başvuruçunun iradesi olmaksızın da uygulanabilmektedir. Mahkemenin süreçteki son görevi, dostane çözümün, Sözleşme ve Protokollerinde garanti edilen insan haklarına uyumunu incelemektir. Bu noktada Mahkeme tek taraflı bir deklarasyonla karşı karşıya geldiğinde, yapılan teklifi kabul etme veya reddetme konusunda tam bir takdir yetkisine sahiptir.

Dostane çözümlerin meşruluğuna ilişkin en önemli hususlardan biri çözümler kapsamında devletin ihlali kabulüdür. Dostane çözümler, tarafların serbest iradesine karşılık gelmektedir. Bu nedenle, ihlallerin mutlaka tek taraflı olarak kabul edilmesi aranmamaktadır. Zira bazı hallerde temel amaç tam da davaya konu ihlalin kabul edilmemesi ve gizli tutulmasıdır. Ancak, tek taraflı deklarasyonlar açısından durum farklıdır. Zira tek taraflı deklarasyonlarda meşrulaştırmanın önemli bir unsuru olan başvuruçunun iradesi eksiktir. Başvuruçunun, sürecin devam etmesini istemesine rağmen süreç, iradesi hilafına sonlandırılmaktadır. Son yıllarda AİHS madde 2 ve 3 bağlamında da çok sayıda tek taraflı deklarasyon kabul edilmiştir. Bu deklarasyonlardaki devlet beyanları genellikle ihlalin soyut biçimde kabul edildiği ifadeler içermektedir. Ancak deklarasyonlarda AİHS'in kurallarının ihlal edildiğinin devlet tarafından kabul edilmesi, meşruiyet açısından ortaya çıkan bu eksikliği telafi edebilecektir. Böylece dostane çözüm genellikle bir ihlal kabulünü içermezken, tek taraflı deklarasyonda bu kabulün aranması ve kamuya duyurulması ile davanın

sonucu Mahkeme kararına benzer etkiye sahip olabilecektir. Ancak, Devletin beyanının bu etkiye sahip olabilmesi için, genel pişmanlık ifadeleri içermesi yeterli olmamalı; Mahkeme kararına denk ölçüde açık ve somut olaya özgü ifadeler içeren nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde, başvurusunun bağımsız, objektif bir yargı talebi dikkate alındığında davanın sonlandırılması meşru olmayacaktır.

Dostane çözümler ve tek taraflı deklarasyonların meşruiyetini değerlendirirken, verimlilik ve adalet arasında bir değer çatışması göze çarpmaktadır. Sistemin işleyişiyle ilgili genel çıkarlar çoğunlukla dostane çözümleri desteklerken, hukukun gelişimi ve insan haklarının etkili uygulanmasıyla ilgili çıkarlar buna karşıdır. Bir yandan, sürekli artan dosya yükünün Mahkeme'nin işleyişini etkilediği dikkate alındığında dostane çözümler, Mahkeme'ye vakaların daha hızlı değerlendirilmesi için elverişli bir araç sağlamakta ve Mahkeme'nin etkinliğini arttırmaktadır. Diğer yandan, bu usuller ciddi sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Sözleşme'nin ihlal edildiği iddiasının kapsamlı bir yargısal incelemesinin yapılmaması ve emredici bir bulgunun olmaması özellikle 2. ve 3. maddelerin ihlallerini içeren vakalarda, insan haklarının otoritesini zayıflatma ihtimalini barındırmaktadır.

Adalet ve verimlilik arasındaki dengeyi kurmak Mahkeme'nin görevidir. Bu nedenle mutlaka her başvuru bakımından somut olay özelinde değerlendirmenin yapılması gerekmektedir. Her şeyden önce başvurusunun çözüme yönelik iradesinin özgür ve kapsamlı bilgiye dayanması esastır. Dostane çözümlerin etik meşruiyeti, başvurunun özel şartlarına bağlı olarak değişir ve bu nedenle vakanın niteliği ve koşulları göz önünde bulundurulmalıdır. Genel olarak bakıldığında Mahkeme içtihadının net olduğu, mükerrer ve rutin vakalarda dostane çözümler makul ve meşru görünmektedir. Buna karşılık, yaşam hakkı ve işkence yasağını içeren dostane çözümler ise usul ve esas açısından daha özenle ele alınmalıdır. Mahkeme çözümlerin meşruiyetinin sağlanabilmesi için yukarıda sayılan prensiplere uyulmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle Mahkeme'nin başvurunun dostane çözüm veya tek taraflı deklarasyonla sonuçlandırılmasına ilişkin gerekçelerini detaylı olarak ifade etmesi gerekmektedir. Söz konusu ihlaller ne kadar ciddi ise, gerekçe de o kadar güçlü olmalıdır. Dostane çözüm müzakerelerinin gizliliğini ihlal etmeden, yaşam hakkı ihlal edilen veya kötü muamele gördüğünü iddia edilen bir başvuru için dostane çözümün neden bir ihlal kararından daha uygun olduğu gerekçede açıklanmalıdır. Son değerlendirmede dostane çözüm mekanizmasının hem bireysel başvuru sahibi hem de toplumun

geneli açısından etkinliğini incelenmeli; çözümün AIHS tarafından korunan hakları ve uluslararası insan hakları hukukunun amaçlarını yeterince güvence altına alıp almadığı değerlendirilmelidir. Esasen dostane çözüm ve tek taraflı deklarasyon usullerinin sadece başvuru tatmin etmekle kalmayıp uzun vadeli adaleti sağlaması Mahkeme'nin süreçte aktif rol oynaması ve başvuru sona erdikten sonra da Bakanlar Komitesi'nin dostane çözümlere ilişkin denetleme rolünü titizlikle yerine getirmesi ile sağlanabilir. Tek taraflı deklarasyonlar bakımından da Komite'ye denetim yetkisi tanınması usulün meşruiyetini arttıracaktır.

KAYNAKÇA

- Abazadze T, “European Human Rights Advocacy Centre: Friendly Settlements and Unilateral Declarations at the European Court of Human Rights”, *Eur. Hum. Rts. Advocacy Ctr.*, <<https://ehrac.org.uk/resources/friendly-settlements-and-unilateral-declarations-at-the-european-court-of-human-rights/>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.
- Ang F/Berghmans E, “Chapter IV. Friendly Settlements and Striking out Applications”, *Protocol No.14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Paul Lemmens/Wouter Vandenhoeve (ed.), Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005.
- Aslan V, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Dostane Çözüm Yolu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İç Tüzüğü, 22 Ocak 2024, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/rules_court_tur>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.
- Aybay R, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 88, 2010, <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-88-597>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024, s.225-260.
- Barreto IC, “Friendly Settlement before the European Court of Human Rights”, *Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Council of Europe (Ed.), Mediation and Arbitration –Proceedings, Multilateral Conference Lisbon (Portugal), 31 May-2 June 1999, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000, s.35-59.*
- Bilir F, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol”, *AÜHFD*, 55(1), 2006, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628139>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024, s.135-156.
- Bilir F, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargılama Yetkisi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012.
- Cengiz S, “14 No’lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Getirilecek olan Değişiklikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 56, 2005, <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-56-114>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Tarihi 20 Eylül 2024, s.341-358.

Coleman J/Silver C, “Justice in Settlements”, *Social Philosophy and Policy*, 4(1), 1986, s.102-144.

Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res(2002)59 concerning the practice in respect of friendly settlements, (Adopted by the Committee of Ministers on 18 December 2002 at the 822nd meeting of the Ministers’ Deputies), <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804de98a> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, European Treaty Series- No. 155, Strasbourg, 11.V.1994, <<https://rm.coe.int/16800cb5e9>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Council of Europe, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Council of Europe Treaty Series- No. 194, Strasbourg, 13.V.2004 <<https://rm.coe.int/16800d380f>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol No. 8 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Treaty Series No. 118, Vienna, 19.III.1985, para. 31, <<https://rm.coe.int/16800c96fe>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Council of Europe, Protocol No. 3 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending Articles 29, 30 and 34 of the Convention, European Treaty Series No. 45, Strasbourg, 6.V.1963, <<https://rm.coe.int/168006b65b>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Çoban AR, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasında Reform: 14. Protokol Mahkemenin İş Yükü Derdine Deva Olur mu?”, *AÜHFD*, 54(2), 2005, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42639/514079>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2025, s.319-345.

Ergül E, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, 2003.

- Fikfak V, “Against settlement before the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 20(3), 2022, s.942–975.
- Gemalmaz HB, “AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No.14’le Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(1), 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhmohb/issue/9399/117754>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024, s.209-242.
- Glas LR, “Unilateral declarations and the European Court of Human Rights: Between efficiency and the interests of the applicant”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(5), 2018, s. 607–630.
- Gölcüklü F, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Barışçı Yoldan Çözüm”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 41(1), 1986, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3231/45005>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024, s.105-121.
- Gözübüyük AŞ, Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 11. Protokole göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Gözübüyük AŞ, Gölcüklü F, Saygılı A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 12. Bası, Turhan Kitabevi, 2019.
- Hardt M/Haumont G, “Why was Totopa v. Spain struck out from the list? A case of silenced vulnerability of a migrant mother under complex procedural constraints”, *Strasbourg Observers*, February 24, 2023, <<https://strasbourgothers.com/2023/02/24/why-was-totopa-v-spain-struck-out-from-the-list-a-case-of-silenced-vulnerability-of-a-migrant-mother-under-complex-procedural-constraints/>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.
- Harris, D / O’Boyle M / Bates E / Buckley C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan (Çev.), Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021.
- Jomarjidge N/Leach P, “What Future for Settlements and Undertakings in International Human Rights Resolution?”, *Strasbourg Observers*, April 15, 2019, <<https://strasbourgothers.com/2019/04/15/what-future->

for-settlements-and-undertakings-in-international-human-rights-resolution>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.

Kamminga MT, “Is the European Convention on Human Rights Sufficiently Equipped to Cope with Gross and Systematic Violations?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 12(2), 1994, s.153-164.

Keller H/Forowicz M/Engi L, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

Keller H/Suter D, “Friendly Settlements and Unilateral Declarations: An Analysis of the ECtHR’s Case Law after the Entry into Force of Protocol No. 14”, *The European Court of Human Rights after Protocol 14-Preliminary Assessment and Perspectives (Forum Europarecht 22)*, Samantha Besson (Ed.), Schulthess 2011, s.55–92.

Leach P, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4. Bası, Oxford University Press, 2011.

Leach P/Hardman H/Stephenson S, “Can the European Court’s Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia”, *Human Rights Law Review*,10(2), 2010, 346-359.

Luban D, “Settlements and the Erosion of the Public Realm”, *The Georgetown Law Journal*, 83(7), 1995, s.2619-2662.

Mauri D, “Relationship between Municipal and International Law: Domestic Bodies on the Same Page: The Corte di Cassazione Extends the “European Revision” to ECtHR Decisions under Article 37(1) ECHR”, *The Italian Yearbook of International Law Online*, 32(1), 2023, s.484-490.

Menkel-Meadow C, “Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)”, *The Georgetown Law Journal*, 83(7), 1995, 2663-2696.

Mowbray A, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3. Bası, OUP, 2014.

Myjer BEP, ‘It Is Never Too Late for the State – Friendly Settlements and Unilateral Declarations’, *Human Rights-StrasbourgViews / Droits de l’homme – Regards de Strasbourg*. Liber Amicorum Luzius Wildhaber,

- N.P. Engel Publishers, L. Caffisch et al. (eds.), 2007, s.309-328.
- Pasqualucci JM, “The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System”, *Boston Univeristy International Law Journal*, 12, 1994, s.321-370.
- Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 11 May 1994, in force Nov. 1, 1998, ETS No. 155.
- Rozakis CL, “Unilateral Declarations as a Means of Settling Human Rights Disputes: A New Tool for the Resolution of Disputes in the ECHR’s Procedure”, *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Marcelo G. Kohen (Ed.), Koninklijke Brill NV Leiden, 2007, s.1003-1014.
- Rules of Court (July 2009), <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Library_2009_RoC_ENG>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.
- Salihpasaoğlu Y, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Weber GS, “Who Killed the Friendly Settlement? The Decline of Negotiated Resolutions at the European Court of Human Rights”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 7(2), 2007, <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol7/iss2/4>> s. 215-267.
- Zwaak L, “A Friendly Settlement in the European Inter-State Complaints Against Turkey”, *SIM Newsletter*, No. 13, 1986.
- Zwaak L, “The Procedure Before The European Court of Human Rights”, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (Eds), Intersentia, 4. Bası, 2006, s.98-287.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Ekim / October 2024 Sayı / No. 4

**KABAHAHLER KAPSAMINDA YARGI ERKİNİN İDARİ YAPTIRIM
KARARI VERME YETKİSİ**

THE POWER OF THE JURISDICIAL AUTHORITIES TO IMPOSE
ADMINISTRATIVE SANCTIONS WITHIN THE SCOPE OF
MISDEMEANORS

Muharrem CİVAN*  

ÖZET

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23., 24., 32. ve 43/A maddeleri, yargı organlarına idari yaptırım kararı verme yetkisi tanımıştır. Bu düzenlemelere göre yargı organları, belirtilen şartların varlığı halinde idari makamlar gibi idari yaptırım kararı verebilecektir. Dolayısıyla idari işlem niteliğinde olan idari yaptırımlar yargı erki tarafından da uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak bu durum yargı organının iş yükünü arttırmakta ve hukuk devletinin temel ilkelerinden olan kuvvetler ayrılığı ile eşitlik ilkesini de zedelemektedir. Bu çalışmada, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun hangi şartlarda yargı erkinin idari yaptırım kararı uygulamasına yetki verdiği, bu kararların denetimi ve ortaya çıkardığı sorunlar incelenecektir. İnceleme kapsamında uygulamadan örnekler ve yargı mercilerinin tutumları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, idari yaptırım, yargı organlarının idari yaptırım kararı, usul ekonomisi, kuvvetler ayrılığı

ABSTRACT

Judicial authorities are also authorized to impose administrative sanctions Articles 23, 24, 32 and 43/A of the Law No. 5326. According to these provisions, judicial

* **Arş. Gör.**, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/BOLU, **E-posta:** mcivan1903@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0002-6577-4504, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1470300.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Civan M, "Kabahatler Kapsamında Yargı Erkinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (4), 2024, s.497-532.
- **İntihal/ Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



authorities may impose administrative sanctions like administrative authorities in the the specified conditions. Therefore, administrative sanctions, which are in the nature of administrative acts, have become applicable by the judicial authorities. However, this situation increases the workload of the judicial authorities, damages the separation of powers and the principle of equality, which are the fundamental principles of the rule of law. In this study; the conditions under which the Law No. 5326 authorizes the judicial authorities to impose administrative sanctions, the supervision of these decisions and the problems arising from these decisions will be examined. Within the scope of the examination, examples from practice and the attitudes of the judicial authorities will be evaluated.

Keywords: *Misdemeanor, administrative sanction, administrative sanction of judicial authorities, judicial economy, separation of powers.*

EXTENDED ABSTRACT

The authority to impose administrative sanctions is, in principle administrative authorities. However, Law No. 5326 on Misdemeanors has made an exception to this situation and regulated that public prosecutors and courts have the authority to impose administrative sanctions. Article 23 of the Law No. 5326 on Misdemeanors is a general regulation as it specifies the cases where the public prosecutor may impose an administrative sanction decision. The article regulates the matter under three headings; (1) cases where there is an explicit regulation in the law, (2) cases where it is learned that a misdemeanor has been committed during the investigation, (3) cases where it is understood that the act under investigation constitutes a misdemeanor. Article 24 of the Law No. 5326 on Misdemeanors authorizes the criminal courts to impose administrative sanctions only in connection with the act subject to prosecution. Even if the acts that are not the subject of the prosecution but are learned within the scope of the prosecution may constitute a misdemeanor; the criminal court cannot impose administrative sanctions. In addition, criminal courts have the authority to impose administrative fines against legal entities in accordance with Article 43/A of the Law No. 5326 on Misdemeanors. According to Article 32 of the Law on Misdemeanors No. 5326 titled "Violation of order", all courts may impose administrative sanctions on persons who act contrary to the judicial procedure.

Articles 23 and 24 of the Law No. 5326 on Misdemeanors were reviewed by the Constitutional Court with the action of unconstitutionality. As a result of the review, it was ruled that these articles serve especially for judicial economy and do not constitute a violation of the Constitution. However, these articles violate many principles, particularly judicial economy.

The second and third paragraphs of Article 23 and Article 24 of the Law No. 5326 on Misdemeanors increase the workload of the judicial authority contrary to the opinion of the Constitutional Court. In addition, it undermines the principles of separation of powers and equality, which are the fundamental principles of the rule

of law. Moreover, the articles contradict one of the main reasons for the adoption of Law No. 5326 on Misdemeanors, which is “decriminalization of misdemeanors”. Administrative sanctions, which are administrative acts, are imposed by the judicial authority in a manner that is far from administrative procedures and incompatible with the administrative act theory. This situation may cause inconsistencies within Turkish law. We believe that Articles 23, 24 and 43/A of the Law on Misdemeanors No. 5326, which authorize the judicial authority to impose administrative sanctions, should be abolished and/or amended.

Article 32 of the Law No. 5326 on Misdemeanors provides that “A person who violates an order given by the competent authorities... due to judicial proceedings... shall be imposed an administrative fine of one hundred Turkish Liras. This fine shall be decided by the authority which issued the order.” In accordance with this provision, administrative sanctions are sometimes imposed by public prosecutors and sometimes by civil courts. Although the second paragraph of the same article provides that an explicit reference is necessary for the application of the first paragraph, the Supreme Court also states that these sanction decisions are in accordance with the law. However, we believe that this assessment of the Supreme Court, which allows all courts to issue administrative sanction decisions, is not in accordance with positive regulations. As long as the explicit reference required by the second paragraph of Article 32 of the Law on Misdemeanors No. 5326 is not fulfilled, it will be unlawful for the courts and/or public prosecutors to issue administrative sanction decisions based on this provision.

GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda¹ yer alan cürüm ve kabahat ayrımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu² ile ortadan kaldırılmıştır. Kabahat niteliğindeki fiiller ile bu fiillere uygulanacak yaptırımların usul ve esasları 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda³ düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kabahatler suç olmaktan çıkarılmış, kabahatlere karşılık olarak ceza yaptırımı değil idari yaptırımlar öngörülmüştür.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu 2. maddesinde, “*kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” şeklinde kabahat kavramını tanımlamıştır. Diğer yönden Kanunda idari yaptırımın tanımı yapılmamış yalnızca 16. maddesinde, “*idarî para cezası ve idarî tedbirlerden*

¹ RG, 13 Mart 1926, S. 320.

² RG, 26 Eylül 2004, S. 25611.

³ RG, 31 Mart 2005, S. 25772.

ibarettir” denilerek türleri belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi; idari yaptırımı, “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlem ile uyguladığı yaptırımlarla verdiği cezalar*” olarak tanımlamıştır⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi de idari yaptırımların idari işlem niteliğinde olduklarına vurgu yapmıştır: “*İdari ceza, uygulama alanı ile, idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla yönelik bir ceza müeyyidesidir. İdare, idari cezayı kendi organları eli ile kararlaştırır ve uygular, idari cezalar bu nedenle idari işlem niteliğindedirler. İdare tarafından uygulanan cezalarda sadece para cezası ile meslek veya sanattan yasaklama müeyyidelerinin kabul edilmesi, onların idari nitelikleri gereğidir*”⁵. Danıştay ise idari yaptırımların kimliğini, organik ölçüt kullanarak tespit etmiştir: “*İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, idarî makamlar tarafından verilmesidir. İdarî bir makam tarafından tek taraflı olarak idare hukuku alanında kamu gücünün kullanılması suretiyle tesis edilmeleri nedeniyle idarî bir işlem oldukları tartışmasızdır*”⁶. Öğretide ise idari yaptırımlar, hem birel idari işlemlere⁷ ve hem de yükümlendirici nitelikteki idari işlemlere örnek olarak verilmektedir⁸.

⁴ AYM, E.1996/48, K. 1996/41, KT. 23.10.1996.; Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, “*İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal kaynakları zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdari cezalar; idari yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir*” şeklinde idari yaptırımın amacını ve idari işlem kimliğini ifade etmiştir. (AYM, E. 2010/55, K. 2011/140, 20.10.2011, RG. 14.02.2012.)

⁵ UM, E:1998/11, K:1998/19, KT. 12.07.1998, RG, 26 Ekim 1988, S. 19971.

⁶ Dan. 13. D., E. 2006/1511, K. 2007/1189, 09.03.2007, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁷ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2023, s. 489.

⁸ Atay, s. 501.

Kabahatlere karşı uygulanan idari yaptırımlar hem mahkeme kararları hem de öğretideki görüşler dikkate alındığında kuşkusuz bir idari işlem niteliğindedir. İdari yaptırımları uygulamaya yetkili makam da kural olarak organik anlamda idare içerisinde yer alan idari makamlardır. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, bu duruma istisna getirmiş ve yargı organlarına da bazı şartların varlığı halinde idari yaptırım uygulama yetkisi tanımıştır.

Yasama organının takdiriyle yargı erkine tanınan idari yaptırım uygulama yetkisinin sınırı, denetimi ve bu yetkinin yargı erki tarafından kullanılmasının nasıl sonuçlar doğuracağı uygulamadan örnekler ve öğretideki görüşler ışığında çalışmada değerlendirilecektir.

I. YARGI ERKİNİN İDARİ YAPTIRIM KARARI VERME YETKİSİ

Mevzuatımızda yargı erkinin idari yaptırım kararı verebilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelere göre Cumhuriyet savcıları ve ceza mahkemelerinin yanı sıra hukuk mahkemelerinin de kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde idari yaptırım kararı vermeye yetkili oldukları görülmektedir.

A. Cumhuriyet Savcısının İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi

Kabahatlere uygulanacak idari yaptırımlar ve bu yaptırımların hangi makam tarafından uygulanacağına ilişkin olarak mevzuatımız oldukça dağınık yapıdadır. Genel olarak idari makamlar idari yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmış olsalar da bazı kanunlarda bu yetkinin Cumhuriyet savcısına da tanındığı görülmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 23. maddesi, Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı verebileceği halleri belirtmesi nedeniyle genel bir düzenleme niteliğindedir. Söz konusu maddede; (1) kanunda açık düzenleme olması halleri, (2) soruşturma yürütülürken bir kabahatin işlendiğinin öğrenilmesi halleri, (3) soruşturulan fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halleri şeklinde üç başlık altında konunun düzenlendiği görülmektedir.

1. Kanunda Açıkça Hüküm Bulunan Haller

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi" başlığını taşıyan 23/1. maddesinde "*Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir*" hükmü yer almaktadır. Mevzuatımızda Cumhuriyet

savcısının idari yaptırım kararı verebilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu istisnai düzenlemeler söz konusu olduğunda, organik anlamda idari teşkilat içerisine dâhil olmayan Cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı vermeye tek başına yetkili olmaktadır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Cumhuriyet savcısına idari yaptırım kararı yetkisi veren kanuni düzenlemeler şöyledir:

a. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un⁹ 3. maddesi:

“Cumhurbaşkanının bu Kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklere aykırı hareket eden kişi, üçbin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır...Bu madde hükmüne göre idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir.” Hükümde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen yükümlülükler aykırı hareket edilmesi halinde idari yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer yönden idari yaptırım uygulamaya yetkili makam, yükümlülükleri belirleyen Cumhurbaşkanı değil Cumhuriyet savcısıdır.

Türk parasının kıymetinin koruması amacıyla ihracata ilişkin bedellerin tamamının ülkemize getirilmesi Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmiştir. Bankanın ihbarı üzerine bu yükümlülüğe uymayan bir şirketi tespit eden Cumhuriyet savcısı tarafından, *“Kabahatli şirket tarafından gümrük beyannamesi kapsamında gerçekleştirilen ihracata ilişkin bedellerin tamamının yurda getirilmediği ve tahsil sürelerinin sonlandığı.... eylemin ihracatın yapıldığı tarihteki Türkiye Merkez Bankası kur bedelinin yüzde beşi kadar idari para cezası gerektirdiği evrak üzerinden anlaşıldığından; Kabahatli şirketin eylemi 1567 sayılı kanuna aykırılık teşkil edip idari para cezası gerektirdiğinden, aynı kanununun 3/3.a fıkrası gereğince yukarıda belirtilen idari para cezası ile cezalandırılmasına...”* şeklinde idari para cezasına hükmedilmiştir¹⁰.

b. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun¹¹ 7. maddesi:

“Hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenleyen

⁹ RG, 20 Şubat 1930, S. 1433.

¹⁰ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2021/1148, Karar No. 2022/675, 21.10.2022.; Benzer yönde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2021/1496, Karar No. 2022/392, 06.07.2022.

¹¹ RG, 20 Aralık 2009, S. 27438.

kişi, bu aykırılığı içeren her bir çekle ilgili olarak, Cumhuriyet savcısı tarafından üçyüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır.” Ticaretin düzenlenmesi, çeklere olan güvenin korunması adına yasa koyucu birtakım caydırıcı tedbirler getirmiştir. Resmi belgede sahtecilik suçunu daha ağır bir yaptırım olan iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına bağlarken hamiline çek defterinin yaprağını kullanmadan çek düzenlemeyi nispeten daha hafif bir yaptırım olan idari para cezasına bağlamıştır¹². Cumhuriyet savcısı ise hem resmi belgede sahtecilik suçunun soruşturulmasında hem de hamiline çek defterinin yaprağını kullanmadan çek düzenleme eylemine karşı yaptırım uygulanmasında yetkilidir.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı önüne gelen dosyada, “5941 sayılı Yasanın 7/9 maddesine muhalefetle hamiline çek defteri yaprağını kullanmadan hamiline çek düzenlemek kabahati nedeniyle banka ihbar yazısı, çek fotokopisi ve eklerinin yapılan incelenmesinde...yeniden değerlendirme oranı göz önüne alınarak ... 1.043,00 TL idari para cezasına” şeklinde karar verilmiştir¹³.

c. 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu’nun¹⁴ 15. maddesi:

Maddenin yedinci fıkrası “GDO ve ürünlerini bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kapalı alanda kullananlara, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, on bin Türk Lirası idari para cezası verilir.” dokuzuncu fıkrası ise “...altıncı ve yedinci fıkralar hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ödenir.” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümler dikkate alındığında Cumhuriyet savcısının, idari yaptırımı uygulamadan önce eylemin suç oluşturmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Eylemler suç niteliğinde değilse ancak o zaman Cumhuriyet savcısı idari yaptırım uygulamaya yetkili olmaktadır.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı önüne gelen dosyada, soruşturma

¹² “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Resmi belgede sahtecilik

Madde 204- Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

¹³ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2022/1209, Karar No. 2022/597, 28.09.2022.

¹⁴ RG, 26 Mart 2010, S. 27533.

kapsamındaki eylemin öncelikle suç oluşturmadığını tespit etmiştir. Daha sonra eylemin kabahat niteliğinde olduğunu tespit etmiştir: “*Kabahatlinin yetkilisi olduğu şirketin ürünlerinde yapılan analiz sonucunda ürünlerinde GDO olduğu ve ürünlerin bu şekilde satışının yapıldığı tespit edildiği; eylemin 5977 sayılı Kanununun 7. maddesine temas ettiği...*” gerekçesiyle idari yaptırım kararı vermiştir¹⁵.

d. 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un¹⁶ 23. maddesi:

“*Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye, Cumhuriyet savcısı yetkilidir.*” 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’da idari para cezalarının yanı sıra spor müsabakalarını seyirden yasaklama gibi konusu para dışında olan yaptırımlar da öngörülmüştür. Genellikle idari yaptırımları para cezası uygulamak suretiyle gerçekleştiren Cumhuriyet savcıları, bu Kanun kapsamında konusu para dışındaki idari yaptırım türlerini de uygulamaya yetkili hale gelmiştir.

Yargıtay; kanun yararına temyiz yoluyla gelen bir dosyada, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu “spor müsabakalarını seyirden yasaklama” tedbirinin niteliğini idari yaptırım olarak tespit etmiştir. Daha sonra bu tedbir kararına karşı açılacak davada görevli yargı yerinin Kabahatler Kanunu uyarınca sulh ceza mahkemeleri olduğuna karar vermiştir¹⁷. Kararda da görüleceği üzere Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulama yetkisi yalnızca idari para cezası uygulamakla sınırlı değildir. Kanunda belirtilen

¹⁵ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2022/205, Karar No. 2022/428, 21.07.2022.

¹⁶ RG, 14 Nisan 2011, S. 27905.

¹⁷ “*Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve bu kararla birlikte verilen spor müsabakalarını seyirden men tedbirine ilişkin, gerek 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’da, gerekse anılan Kanun’un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte başvurulabilecek kanun yolu veya merciine ilişkin bir hükmün yer almadığı, şüphelinin itirazının; hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara değil, bu kararla birlikte verilen seyirden men tedbirine yönelik olduğu, bu tedbirin de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 16. maddesindeki tanım gereğince idari yaptırım niteliğinde olduğu, bu kapsamda söz konusu tedbire karşı başvurulabilecek kanun yolu ve merciin de yine 5326 sayılı Kanun’un 27. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemelerine yapılacak başvuru yolu olduğunun kabulü gerektiği ...*” (Yar. 5. CD., E. 2016/3068, K. 2016/3420, 05.04.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.)

durumlarda “spor müsabakalarını seyirden yasaklama” gibi konusu para dışında bir idari yaptırım da uygulayabilmektedir.

e. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun¹⁸ 94. maddesi:

“İfadesi alınmak amacıyla düzenlenen yakalama emri üzerine mesai saatleri dışında yakalanan ve belirlenen tarihte yargı mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişinin serbest bırakılması, Cumhuriyet savcısı tarafından emredilebilir. Bu hüküm her yakalama emri için ancak bir kez uygulanabilir. Taahhüdünü yerine getirmeyen kişiye, yakalama emrinin düzenlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk lirası idari para cezası verilir.” Hükümde mesai saatleri dışında ifadesi alınmak amacıyla yakalanan kişiler bakımından Cumhuriyet savcısına bir yetki tanınmıştır. Bu yetki uyarınca kişi, Cumhuriyet savcısının belirlediği günde kendi rızası ile ifade vermek üzere gelmeyi taahhüt ederse Cumhuriyet savcısı tarafından serbest bırakabilecektir. Kişinin bu taahhüdüne uymamasının karşılığı olarak ise idari yaptırım öngörülmüştür.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda dahi idari yaptırım öngörülmesi dikkat çekici niteliktedir. Önüne gelen dosyada hükmü uygulayan Cumhuriyet savcısı, “kolluk görevlileri tarafından mesai saatleri dışında yakalandığı, 5271 sayılı Kanunun 94. maddesi gereğince ilk mesai gününde mahkemeye müracaat edeceği hususunda taahhütte bulunmasında rağmen mahkemeye müracaat etmeyerek taahhüdünü ihlal ettiği... 5271 sayılı Ceza Mahkemeleri Kanununun 94. Maddesine göre idari para cezası gerektirdiğinden aynı kanunun 94/3 maddesi gereğince idari para cezası ile cezalandırılmasına...” şeklinde idari para cezası uygulamıştır¹⁹.

2. Soruşturma Kapsamında Bir Kabahatin İşlendiğinin Öğrenilmesi

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23/2. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: “Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir”.

Anılan hükümde, soruşturma kapsamında, soruşturmanın yöneldiği

¹⁸ RG, 17 Aralık 2004, S. 25673.

¹⁹ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2022/1262, Karar No. 2022/600, 28.09.2022.

fiilden başkaca bir fiilin kabahat oluşturduğunun öğrenilmesi halinde Cumhuriyet savcısına seçimlik bir hak tanınmıştır. Cumhuriyet savcısı, tespit ettiği kabahate karşılık olarak doğrudan kendisi idari yaptırım uygulayabileceği gibi bu kabahati ilgili kamu kurum ve kuruluşuna da bildirebilecektir. Söz konusu ikinci fıkrada, birinci fıkradan farklı olarak, tanınan yetki yalnızca Cumhuriyet savcısına ait değildir. İkinci fıkrada tanınan yetki esas olarak başka bir makama aittir. Cumhuriyet savcısı ancak soruşturma kapsamında söz konusu kabahati öğrenmesi halinde bu yetkiyi kullanabilmektedir.

Soruşturmaya esas eylemden kaynaklanmamakla birlikte yine soruşturma kapsamında öğrenilen kabahatlerle ilgili olarak Yargıtay bir kararında, “*Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığı’nca 2012/783 soruşturma numarası üzerinden başlatılan soruşturma sonucu 2012/5712 karar numarası üzerinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesine müteakip, kabahatlinin eylemi nedeniyle Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığı Kabahatler Bürosuna kayıt yapılarak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23. maddesinin “(2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idari yaptırım kararı verebilir” hükmü de gözetilerek kabahatlinin eylemine uyan idari para cezası yaptırımı uygulanmasında hukuka ve usule aykırılık bulunmadığı...*” şeklinde belirtmiştir²⁰. Yargıtay, soruşturma kapsamında öğrenilmiş olan kabahate ilişkin soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısının seçimlik hakkından bahsetmiştir. Ayrıca soruşturma savcısının yerine aynı başsavcılığa bağlı kabahatler bürosu tarafından idari yaptırım uygulanmasında hukuka aykırılık tespit etmemiştir. Bu durumun nedeni Cumhuriyet savcılarının yürüttükleri tüm işlemleri bağlı buldukları başsavcı adına yapıyor olmalarıdır.

3. Soruşturma Konusu Fiilin Kabahat Oluşturması

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23/3. maddesinde; “*Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir*” hükmü yer almaktadır.

Üçüncü fıkrada düzenlenen idari yaptırım uygulama yetkisi, ikinci fıkra ile benzer olarak, başka bir idari makama aittir. Ancak soruşturmanın

²⁰ Yar. 19. CD., E. 2016/15189, K. 2017/7224, 25.9.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

yöneldiği fiilin suç değil de kabahat olduğunun tespiti halinde, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı yetkili hale gelmektedir. Soruşturma konusu fiilin suç niteliğinde olmayıp kabahat olduğunu tespit eden Cumhuriyet savcısı, görevsizlik kararı verememektedir. Üçüncü fıkrada, ikinci fıkradan farklı olarak, Cumhuriyet savcısına tanınmış bir seçimlik haktan söz etmek mümkün değildir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı tespit ettiği kabahate karşılık gelen idari yaptırımını uygulamalıdır.

Yargıtay, “*Cumhuriyet Savcılığınca bunun üzerine herhangi bir araştırma yapılmadan, eylemin 5809 sayılı Kanun’un teknik uyumluluk başlıklı 57. maddesi kapsamında değerlendirilerek, kayıt altına alınmaması gereken cihaza haberleşme şebeke hizmeti vermek fiilinin sorumluluğunun ilgili GSM operatöründe olduğu ve bunun ancak idari para cezası öngördüğü gerekçesiyle “Görevsizlik” kararı verildiği, ayrıca 5809 sayılı Kanun’un 56/4 maddesi gereği soruşturmaya devam edilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu bir karar verildiği anlaşılmakla...*” şeklindeki tespitinden sonra kanun yararına bozma kararı verilmiştir. Soruşturma konusu fiilin kabahat niteliğinde olduğunu tespit etmesine rağmen idari yaptırım uygulamak yerine görevsizlik kararı veren Cumhuriyet savcısının bu kararını hukuka uygun bulan Sulh Ceza Hakimliğinin kararını kanun yararına bozmuştur²¹. Yargıtay’ın görüşü ve söz konusu üçüncü fıkra birlikte değerlendirildiğinde, soruşturma savcısının görevi yalnızca suç fiilini ve yaptırımını tespit etmekle tamamlanmamaktır. Suç kapsamında değerlendirilemeyen eylemlerin kabahat teşkil edip etmediğinin araştırılması ve gerektiğinde idari yaptırım uygulanması da soruşturma savcısının yetkisi ve sorumluluğu dahilindedir. Dolayısıyla söz konusu üçüncü fıkra ile soruşturma savcılarının yetki alanı idari makamların aleyhine genişlemiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, aynı eyleme ilişkin daha önce idari yaptırım kararı verilip verilmediğinin araştırılmasına yönelik bir yükümlülük öngörülmüştür. Soruşturmanın yöneldiği fiil suça değil de kabahate sebebiyet veriyorsa Cumhuriyet savcısı kural olarak idari yaptırım kararı vermek zorundadır. Bu kuralın istisnası ise aynı fiile ilişkin daha önce idari yaptırım kararı verilmiş olmasıdır.

²¹ Yar. 19. CD., E. 2016/5879, K. 2017/5061, 29.5.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

B. Ceza Mahkemesinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi

Ceza mahkemelerinin idari yaptırım kararı verebileceğine ilişkin olarak başta Kabahatler Kanunu'nun 24 ve 43/A maddeleri olmak üzere çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

1. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. Maddesi

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesinde ceza mahkemelerine idari yaptırım kararı verme yetkisi tanınmıştır: “*Kovuşurma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir.*” Tanınan bu yetki ile ceza mahkemeleri de idari makamlar gibi idari yaptırım uygulayabileceklerdir.

Hükümde doğrudan “ceza mahkemesi” ifadesi geçmese de “kovuşurma konusu fiil” ifadesinden hareketle hükümde geçen mahkemenin, ceza mahkemesi olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi, yalnızca kovuşurma konusu fiil ile bağlantılı olarak idari yaptırım kararı verme yetkisini ceza mahkemelerine tanımıştır. Kovuşurma konusu fiil olmamakla beraber kovuşurma kapsamında öğrenilen fiiller, kabahat teşkil edebilecek olsa dahi ceza mahkemesi, idari yaptırım kararı verememektedir.

Söz konusu 24. maddede, ceza mahkemelerine tanınan yetki esas olarak başka bir makama aittir. Ceza mahkemesi ancak kovuşurma konusu fiilin, kabahat oluşturması halinde bu yetkiyi kullanabilmektedir. Nitekim Ankara 42. Asliye Ceza Mahkemesi önüne gelen yakın tarihli bir uyuşmazlıkta, kovuşurma konusu fiilin suç niteliğinde olmayıp kabahat teşkil ettiğini tespit ettikten sonra: “*Her ne kadar sanık hakkında haksız rekabet suçundan eylemine uyan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55. Maddesi aracılığı ile 62/1 maddesi gereğince cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de, dosyamızda usulünce kurulmuş bir acentanın bulunmadığı yetkisiz ve izinsiz olarak faaliyette bulunmanın ve acenta açmanın idari para cezası ile yaptırım altına alınmış bir kabahatten ibaret olduğu, haksız rekabet eylemini oluşturmadığı 1618 sayılı yasanın 4. Maddesine aykırı davranma fiilini oluşturduğu anlaşılınca bu madde uyarınca da aynı yasanın 30/1 maddesi uyarınca suç tarihi de dikkate alınarak 3.825,00 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına...*”²² şeklinde idari yaptırım kararı vermiştir.

²² Ankara 42. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2020/170, K. 2021/652, 27.10.2021.

Kovuşturma konusu fiilin suça değil de kabahate sebebiyet vermesi halinde ceza mahkemesinin, ilgili makama bildirimde bulunmaya veya idari yaptırım kararı vermeye yönelik bir takdiri bulunmamaktadır. Ceza mahkemesi, kovuşturma konusu eylemin suç niteliğinde olmadığını tespitinden sonra eylemin kabahat niteliğinde olup olmadığını da araştırmalıdır. Şayet kabahat teşkil ediyorsa idari yaptırım kararı vermelidir. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir dosyada, “*Mahkemece sanıkların, 5607 sayılı Kanun dolayısıyla hakkında açılan davadan beraatlerine hükmedildikten sonra, sanıkların fiillerinin idari para cezasını gerektirdiği belirtilerek haklarında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 24. maddesinde yer alan, ‘Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir.’ şeklindeki düzenleme uyarınca idari para cezası tesis edilmesi gerekirken, idari yaptırım için Gümrük Müdürlüğüne bildirimde bulunulmasına karar verilmesi..*” nedeniyle bozma kararı vermiştir²³. Yargıtay’ın kararından hareketle; ceza mahkemesinin hiçbir şekilde ilgili makama bildirimde bulunmak gibi bir seçimlik hakkının bulunmadığı, mahkemenin doğrudan kendisinin idari yaptırım kararı vermek zorunda olduğu söylenebilecektir.

İlgili 24. maddede yalnızca ilk derece ceza mahkemelerinin idari yaptırım kararı verme yetkisinin bulunduğu bahsedilmemiştir. “Kovuşturma konusu fiil” ifadesi kullanıldığı için ceza yargılanmasındaki hem istinaf merci hem de temyiz merci, kovuşturma konusu fiilin kabahat teşkil edip etmediğini inceleyecektir. Nitekim asliye ceza mahkemesi tarafından cezaya hükmedilen bir fiile ilişkin olarak istinaf mahkemesi, kovuşturma konusu eylemin suç teşkil etmediğini ancak kabahat niteliğinde olduğunu tespit etmiş ve idari yaptırım kararı vermiştir²⁴. Dolayısıyla kabahatin tespiti ve idari yaptırım

²³ Yar. 7. CD., E. 2021/4982, K. 2021/15828, 29.11.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Benzer olarak Yargıtay önüne gelen bir dosyada, “*Sanık N. S. ’nin başka araca ait plakaları kendi aracında kullanmaktan ibaret eyleminin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 23. maddesine uygun bulunduğu kabul edilip 5326 sayılı Kabahat Kanunu’nun 24. maddesindeki ‘kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir’ hükmü uyarınca kabahat konusu eylemle ilgili hüküm kurulması yerine yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi...*” nedeniyle bozma kararı vermiştir. (Yar. 11. CD., E. 2013/22653, K. 2015/31335, 26.11.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.)

²⁴ “*1-Unsurları itibarı ile oluşmayan 5607 Sayılı Yasaya Muhalefet suçundan sanığın CMK 223/2-a maddesi gereğince BERAAATİNE, 2-5326 Sayılı Yasanın 15 ve 24 maddeleri gereğince sanıkta ele geçirilen 211 adet makarona doldurulmuş yerli tütünden oluşan sigaralar nedeni ile sanığın 4733 Sayılı Yasanın 8/5-ı maddesi gereğince suç tarihi gözetilerek 9.186 TL İDARİ PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA ve aynı kanununun 8/9 maddesi gereğince dava konusu eşyanın mülkiyetinin KAMUYA GEÇİRİLMESİNE, 5326 Sayılı Yasanın 15. Maddesi gözetilerek sanık hakkında kıyılmış tütünler hakkında verilen idari para*

uygulanması sadece ilk derece mahkemelerini kapsamamaktadır. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay dahi eylemin kabahat teşkil ettiğini tespit edip bozma kararı verebilmektedir²⁵.

Ceza mahkemeleri vermiş oldukları idari yaptırım kararlarını idari usuller uygulayarak değil yargılamaya ilişkin usuller kullanarak vermektedir. Bu sebeple, ceza mahkemesinin vermiş olduğu idari yaptırım kararının hukuki niteliğinin idari işlem olmadığı, adli bir işlem olduğu ileri sürülmektedir²⁶. Ceza mahkemeleri tarafından verilen karar her ne kadar “idari yaptırım kararı” olarak adlandırılrsa da adli nitelikte ceza içeren hükmün yazılmadan önceki yargılama sürecinden bir farkı yoktur. Sadece karar aşamasında adli nitelikte bir cezaya değil idari yaptırıma hükmedilmektedir.

2. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 43/A Maddesi

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 43/A maddesi uyarınca ceza mahkemesi idari yaptırım kararı verme yetkisine sahiptir²⁷. Maddede,

cezasının belirlenen idari para cezasından MAHSUBU ile neticeten sanığın 8.877 TL İDARİ PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA” (İstanbul BAM, 16. CD., E. 2018/5121, K. 2019/1432, 18.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Benzer yönde bkz. Ankara BAM, 8. CD., E. 2019/725, K. 2020/2309, 18.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; İstanbul BAM, 16. CD., E. 2018/5200, K. 2019/1726, 29.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Antalya BAM, 10. CD., E. 2018/4226, K. 2019/910, 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Adana BAM, 9. CD., E. 2018/1856, K. 2019/432 T. 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Ankara BAM, 10. CD., E. 2018/1630, K. 2020/303, 5.3.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

²⁵ Yargıtay 11. CD., E. 2019/618, K. 2021/8940, 21.10.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Yargıtay 11. CD., E. 2021/10110, K. 2021/8806, 19.10.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

²⁶ Ali Ulusoy, “Erkler Ayrılığı ve Yürütme- Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu*, 2008, s. 33.; Karşıt yönde bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayınevi, 2006, s. 64.(İdari yaptırımlar); Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 3. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 1201.

²⁷ “Tüzel kişilerin sorumluluğu Madde 43/A- (Ek: 26/6/2009-5918/9 md.)

(1) Daha ağır idari para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;

1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,

2) (Ek:27/12/2020-7262/19 md.) 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun,

3) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,

4) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,

5) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,

6) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,

belirtilen suçların “tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde”, söz konusu suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkemenin tüzel kişi aleyhine idari para cezası verme yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda ceza mahkemesi gerçek kişiler açısından adli cezaya hükmederken bu suçtan yarar elde eden tüzel kişi açısından da idari para cezasına hükmedebilmektedir. Bu hüküm uyarınca tüzel kişiler aleyhine idari para cezası verebilmeye görevli ve yetkili merci, tüzel kişilerin yararına suç işleyen kişileri yargılamakla görevli ve yetkili mahkemedir.

Maddede belirtilen suçlar incelendiğinde ekonomik olarak çıkar sağlamaya yönelik suçlar olduğu görülmektedir. Kanun koyucu suçun faillerinin yanı sıra suç işlenmesi ile ekonomik yarar elde edecek tüzel kişilere karşı da yaptırım öngörmüştür. Şahsi cezalandırmanın yanı sıra tüzel kişilere de idari yaptırım uygulanması ile caydırıcılığın arttırılmasının hedeflendiği söylenebilecektir. Bu tarz yaptırımlar ile tüzel kişilerin yönetim ve denetiminde görev alan kişilerin seçimi daha titizlikle gerçekleştirilecektir veya öyle olması beklenmektedir.

Ceza mahkemesinin 43/A maddesi uyarınca sahip olduğu idari yaptırım kararı verme yetkisi, asli olarak kendisine aittir. Ceza mahkemesi söz konusu yetkiyi kullanırken bir başka makamın yerine geçerek idari işlem tesis etmemektedir. Doğrudan kendisinin yetkili kılındığı bir alanda idari yaptırım kararı vermektedir.

3. Ceza Mahkemesinin İdari Yaptırım Kararı Vermeye Yetkili Olduğu Diğer Düzenlemeler

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. ve 43/A maddelerinin yanı sıra çeşitli düzenlemelerde ceza mahkemeleri idari yaptırım uygulama konusunda

b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,

c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun,

d) (Değişik:27/12/2020-7262/19 md.) 7/2/2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde tanımlanan terörizmin finansmanı suçunun, tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından elli milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. (Ek cümle:27/12/2020-7262/19 md.) Ancak idari para cezası, işleme veya eyleme konu menfaatin iki katından az olamaz.

(2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.”

yetkili olabilmektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "emre aykırı davranış" başlıklı 32. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.*"

Hükümde geçen "*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle*" ifadesi nedeniyle doğal olarak görevi adli işlemler tesis etmek olan tüm mahkemeler, söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla söz konusu hüküm uyarınca ceza mahkemeleri de uyguladığı adli işleme aykırı davranışta bulunan kişilere idari yaptırım uygulayabilecektir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ise "*Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir. 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır.*" şeklindedir. Çok genel ifadeler kullanılarak kaleme alınan birinci fıkra, ikinci fıkradaki ifade ile sınırlandırılmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bilgi isteme başlıklı 332. maddesi, soruşturma ve kovuşturma sırasında istenilen bilgilerin verilmesinin zorunlu olduğunu, buna aykırı hareket eden kamu görevlilerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu işleyebileceğini belirtmiştir. Ancak özel hukuk kişilerinin istenilen bilgiyi vermedikleri takdirde, onlara nasıl bir yaptırım uygulanacağı belirtilmemiştir. Diğer yönden 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine atıf olması halinde mahkemenin istediği bilgi veya belgeyi vermeyen özel hukuk kişilerine idari yaptırım uygulanabilecektir. Ceza mahkemelerinin müzekkeresine kamu görevlileri tarafından cevap verilmemesi suç teşkil edebilecekken, özel hukuk kişilerinin bu eylemi kabahat niteliğindedir. Diğer yönden hukuk mahkemelerinin müzekkerelerine cevap verilmemesi ise hem kamu görevlisi bakımından hem de özel hukuk kişisi bakımından kabahat teşkil etmektedir²⁸.

32. maddenin lafzında geçen "*Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir*" hükmünün aksine mahkemelerin; idari yaptırım kararını doğrudan vermediği, Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunduğu görülmektedir.

²⁸ Mehmet Akif Tutumlu, "Mahkeme Müzekkerelerine Cevap Verilmemesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(1), 2020, s. 123.

Bir başka deyişle mahkemelerin müzekkereye cevap vermeyenler aleyhine savcılıklara suç duyurusunda bulunduğu, savcıların 32. madde kapsamında idari yaptırım kararı verdikleri görülmektedir. Yargıtay önüne gelen bir dosyada sulh ceza mahkemesinin müzekkerelerine cevap vermeyen özel hukuk kişisi aleyhine, söz konusu 32. maddedeki emre aykırı davranış kapsamında idari yaptırım uygulanabileceğine hükmetmiştir²⁹. Yargıtay tarafından incelenen bu kararda, uyuşmazlık konusu idari yaptırım kararı Cumhuriyet savcısı tarafından verilmektedir. Yargıtay, ceza mahkemelerinin müzekkerelerine cevap verilmemesini, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi kapsamında sayılan “adli işlem” olarak kabul etmekte ve bu madde uyarınca Cumhuriyet savcıları tarafından idari yaptırım uygulanmasını hukuka uygun bulmaktadır. Ancak 32. maddeye bakıldığında idari yaptırım uygulamaya yetkili makamın emri veren makam olduğu açıktır. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu uygulamasından hareketle ceza mahkemeleri, müzekkerelerine cevap verilmemesi sebebiyle üçüncü kişilere bizzat kendisi idari yaptırım uygulayacaktır.

C. Hukuk Mahkemesinin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi³⁰

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun “Emre aykırı davranış” başlıklı 32. maddesinin ilk fıkrasındaki, “*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle*” ifadesi kapsamına hukuk mahkemeleri de girmektedir. Bir başka ifade ile söz konusu hüküm uyarınca hukuk mahkemeleri de uyguladığı adli işleme aykırı davranışta bulunan kişilere idari yaptırım uygulayabilecektir.

Söz konusu 32. maddenin birinci fıkrasında her ne kadar “*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle*” ifadesi geçse de hukuk mahkemelerinin usul ve esaslarını düzenleyen kanunlarda bu maddeye açık bir atıf bulunmamaktadır³¹. Ancak uygulamada hukuk mahkemeleri,

²⁹ Yar. 5. CD., E. 2015/1101, K. 2019/5891, 29.5.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Benzer yönde bkz. Yar. CGK., E. 2019/595, K. 2021/58, 25.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Yar. CGK., E. 2018/287, K. 2020/409, 8.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

³⁰ Bu başlıkta yalnızca 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında hukuk mahkemelerinin idari yaptırım verme yetkisi ele alınmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu dışındaki diğer kanunlar tarafından da hukuk mahkemelerine idari yaptırım verme yetkisi tanındığı görülmektedir. Örneğin, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. ve 34. maddelerinde sulh hukuk mahkemesine, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 42. maddesinde kadastro hakimine idari yaptırım kararı verme yetkisi tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynel Temel Kangal, *Kabahatler Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, s. 416.

³¹ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine doğrudan atıf yapan kanunlar bulunmaktadır: 4654 sayılı Memleket İçi Düşmana Karşı Silahlı Müdafaa Mükellefiyeti

müzekkerelerine cevap vermeyen üçüncü kişilere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi kapsamında idari yaptırım uygulamaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmemesi başlıklı 221. maddesi, “*Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır.*” şeklinde düzenlenmesine rağmen bu zorunluluğu yerine getirmeyen kişilere idari yaptırım uygulanmasına dair bir ibare bulunmamaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi de benzer olarak belgelerin teslimine ilişkin bir mecburiyet içerse de idari yaptırım öngörmemiştir³².

Üçüncü kişilerin mahkemelerin müzekkerelerine cevap vermemesi durumunda, mahkemeler veya Cumhuriyet savcılığı tarafından 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası kapsamında idari yaptırım kararı verildiği görülmektedir. Asliye hukuk mahkemesi, davanın tarafı olmayan İş Bankası'na bilgi ve belge istemek maksadıyla müzekkere göndermiş ancak İş Bankası, müzekkereye cevap vermemiştir. Bunun üzerine mahkeme; savcılığa suç duyurusunda bulunmuş, savcılık ise görevsizlik kararı vermiştir. Mahkeme daha sonra, “*5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine göre yaptırım kararı verme yetkisi ilgili emri çıkaran makama aittir.*” şeklinde tespitte bulunarak idari yaptırım kararı vermiştir³³. Benzer olarak Sulh Hukuk Mahkemesi de, tanık olarak dinlenilmek üzere birden çok kez davetiye gönderilen kişinin mahkemeye gelmemesinden dolayı bu kişi aleyhine idari para cezasına hükmetmiştir³⁴. Bu kararların aksine uygulamada daha çok mahkemelerin müzekkereye cevap vermeyenler aleyhine savcılıklara suç duyurusunda bulunduğu, savcıların 32. madde kapsamında idari yaptırım

Kanunu'nun 6. maddesi, 2893 Türk Bayrağı Kanunu'nun 8. maddesi, 4373 Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu'nun, 15. maddesi, 1593 Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 287., 291., 299. ve 301. maddeleri, 7126 Sivil Savunma Kanunu'nun 47. maddesi, 2920 Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 47. maddesi, 6831 Orman Kanunu'nun 107. maddesi, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 156. maddesi açıkça atf yapan hükümlere örnek olarak verilebilir. 3222 Telsiz Kanunu'nun 44. maddesi de açıkça 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesine açıkça atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla bu durumda da söz konusu 32. madde uygulanabilecektir.

³² “*Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir.*”

³³ Gümüşhacıköy Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2009/15 D.İş, K. 2009/21, 21.07.2009.

³⁴ Ankara 1. Sulh Hukuk Mahkemesi, E. 2020/471 dosyanın ara kararında 03.07.2022 tarihinde söz konusu idari yaptırıma hükmetmiştir.

kararı verdikleri görülmektedir.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, “*Kabahatli şirket tarafından Ankara 18. Aile Mahkemesinin 2021/283 Esas sayılı dosyasında müzekkerelere cevap verilmediği; eylemin 5326 sayılı kanununun 32. Maddesine temas ettiği...*” gerekçesiyle idari yaptırım kararı vermiştir³⁵. Yargıtay ise önüne gelen bir dosyada, sulh hukuk mahkemesince yazılan müzekkerelere cevap verilmemesinin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesindeki emre aykırı davranış niteliğinde bulunduğunu belirtmiştir³⁶. Yargıtay tarafından incelenen bu kararda, uyuşmazlık konusu idari yaptırım kararı Cumhuriyet savcısı tarafından verilmektedir. İlgili 32. maddenin lafzında geçen “*Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir*” hükmünün aksine mahkemelerin; idari yaptırım kararını doğrudan vermediği, Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunduğu görülmektedir. Ayrıca Yargıtay, icra dairelerinin üçüncü kişilerden bilgi ve belge talep etmek amacıyla yazdığı yazıları da 32. maddede geçen “adli işlem” niteliğinde kabul etmektedir. Yargıtay önüne gelen dosyada, bu yazılara cevap vermeyen üçüncü kişiler aleyhine idari yaptırım kararı veren Cumhuriyet savcısının bu uygulamasını hukuka uygun bulmuştur³⁷.

Yargıtay, mahkemelerin müzekkerelerine cevap verilmemesini, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesi kapsamında sayılan “adli işlem” olarak kabul etmekte ve bu madde uyarınca idari yaptırım uygulanmasını hukuka uygun bulmaktadır. Uygulamada genellikle Cumhuriyet savcılarında suç duyurusunda bulunularak idari yaptırım kararları verilse de 32. madde lafzına bakıldığında idari yaptırım uygulamaya yetkili makamın emri veren makam olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Yargıtay’ın bu uygulamasından hareketle tüm mahkemeler, müzekkerelerine cevap verilmemesi sebebiyle üçüncü kişilere idari yaptırım uygulayabilecektir. Yargıtay’ın söz konusu

³⁵ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2022/1253, Karar No. 2022/605, 29.09.2022.

³⁶ Yar. 5. CD., E. 2014/10125, K. 2018/193, 16.01.2018.; Benzer yönde bkz. Yar. 5. CD., E. 2014/10806 K. 2018/227, 29.1.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

³⁷ “2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 355. maddesi uyarınca çıkarılan maaş ve ücret kesintisine ilişkin yazının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 32. maddesinde değinilen “Adli işlem” vasfında olmasına rağmen kabahatli şirket tarafından yazının gereğinin ifa edilmemesinin, Kabahatler Kanunu 32. maddesinde düzenlenen kabahati oluşturacağı anlaşılmakla...”(Yar. 19. CD., E. 2017/2966, K. 2018/2378, 5.3.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.); Benzer yönde bkz. Yar. 5. CD., E. 2014/12377, K. 2018/5009, 2.7.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

uygulanmasının isabetli olmadığı ve hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Yargıtay, söz konusu uygulamasını 32. maddenin ikinci fıkrasını göz ardı ederek gerçekleştirmektedir. Oysaki ikinci fıkra hükmü açıktır: “*Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir.*” Mahkemenin müzekkeresine üçüncü kişilerce cevap verilmemesi durumunda, yaptırımın ne olacağına ilişkin kanunlarda açık hüküm bulunmamasına karşın idari yaptırım kararı verilmesinde hukuki isabet bulunmadığını düşünmekteyiz. Nitekim başka uyuşmazlıklara ilişkin olarak Yargıtay, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesinin yalnızca bu maddeye açık bir atfın bulunması halinde uygulanabileceğini belirtmektedir³⁸.

Mahkemelerin işleyiş usulünü gösteren kanunlarda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesine açıkça atıf yapılırsa mahkemeler, idari yaptırım kararı verebileceklerdir. Bu durumda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesi, tüm mahkemelerin idari yaptırım kararı vermesine imkân sağlayabilecektir.

II. YARGI ERKİNİN VERMİŞ OLDUĞU İDARİ YAPTIRIM KARARLARININ DENETİMİ

İdari merciler tarafından verilen idari yaptırım kararlarında olduğu gibi yargı erki tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı da yargısal denetim düzenlenmiştir. Söz konusu idari yaptırım kararlarına karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesi başvuru yolunu, 29. maddesi ise itiraz yolunu düzenlemiştir.

A. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen İdari Yaptırım Kararının Denetimi

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararları, kural olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenen

³⁸ “Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, her emre aykırı davranış bu maddeye göre yaptırım altına alınamaz. Bir emrin ihlalinin müeyyideye bağlanabilmesi için maddede özellikle iki hususa vurgu yapılmaktadır. Bunlardan birincisi, ilk fıkrada belirtildiği üzere hukuka uygun olarak bir yükümlülük veya yasaklama getirilmesi (kanuni tabir ile bir emir verilmesi) gereklidir. İkincisi ise, ikinci fıkrada belirtildiği üzere ilk kuralın daha da somutlaştırılması bağlamında, bir yükümlülük veya yasaklama getirilebilmesi (emir verilebilmesi) yönünde ilgili kanunda açıkça hüküm bulunması yani sarih olarak ilgili makama bir yükümlülük veya yasaklama getirebilmesi (emir verebilmesi) hususunda yetki verilmesi (sarih bir şekilde emrin kanuni dayanağının bulunması) gereklidir.” (Yar. 19. CD, E. 2021/628, K. 2021/466, 25.01.2021, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); Benzer yönde bkz. Yar. 19. CD, E. 2020/5700, K. 2020/19580, 14.12.2020, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

“Başvuru yolu” ile denetlenmektedir. Bu hüküm uyarınca, idari yaptırım kararına karşı sulh ceza hakimliğine başvurulmaktadır. Süresi içinde başvuru yoluna gidilmemesi halinde idari yaptırım kararı kesinleşmektedir.

Başvuru yolunda sulh ceza hakiminin vermiş olduğu karara karşı ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 29. maddesinde düzenlenen itiraz yoluna gidilebilmektedir. Söz konusu 29. madde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre itiraz edilebileceği yönünde atıf içermektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun itiraz usulü ve inceleme mercileri başlıklı 268. maddesi uyarınca³⁹, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesi doğrultusunda verilen karar yine başka bir sulh ceza hâkimi tarafından kesinleştirilmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararına karşı başvuru yolu öngörülmüş olsa da adli ve idari yargı kolundaki ilk derece mahkemeleri arasında görev uyuşmazlığı yaşanabilmektedir. Çanakkale İdare Mahkemesi, davacının alkollü olarak araç kullandığından bahisle Cumhuriyet savcılığı tarafından davacıya ait sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alınmasına ve davacının 3.600,00 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dosyada kendini görevli olarak görmüş ve esastan inceleme gerçekleştirmiştir⁴⁰. Ancak Danıştay, Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanan yaptırımlarda idari yargının görevli olmadığını, adli yargı organlarının görevli olduğunu belirtmiş ve dosyayı esastan inceleyen ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁴¹. Danıştay’ın söz konusu kararıyla aynı doğrultuda olarak Uyuşmazlık Mahkemesi de Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırımların denetiminde adli yargının görevli olduğuna istikrarlı şekilde karar vermektedir⁴².

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararını denetleyen

³⁹ “Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.”

⁴⁰ Çanakkale İdare Mahkemesi, E. 2010/717, K. 2011/485, 09.06.2011, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁴¹ Dan. 15. D., E. 2013/8768, K. 2014/488, 5.2.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁴² UM, E. 2019/332, K. 2019/401, 8.7.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi; UM, E. 2019/101, K. 2019/173, 25.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

sulh ceza hakimi, iptal davasındaki esasa ilişkin denetime benzer şekilde bir inceleme gerçekleştirmektedir. Bu durum bir Yargıtay kararında: “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23/3 maddesinde yer alan “Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idari yaptırım kararı verir.” şeklindeki düzenlemeler uyarınca Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığınca adı geçen hakkında idari para cezası uygulandığı ancak kabahatlinin başvurusu üzerine Çanakkale Sulh Ceza Hakimliğince, kabahatlinin “alan kılavuzu belgesi” bulunması nedeniyle idari yaptırım kararının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden hukuka aykırı olduğundan bahisle idari para cezasının iptaline karar verildiği anlaşılmış ise de...”⁴³ şeklinde belirtilmiştir Kararı veren makam, idari makam değildir. Aynı şekilde yargısal denetimi yapan merci de idare mahkemesi değildir. Ancak idari yaptırım kararı, bir idari işlem olduğu için bu kararın denetimi de iptal davalarındaki gibi idari işlemin unsurları bakımından gerçekleştirilmektedir⁴⁴.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, “Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idari yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir.” Diğer yönden yalnızca idari yaptırım kararına karşı itiraz edildiği takdirde, bu itirazı inceleyecek merci, sulh ceza hakimliği olmaktadır⁴⁵.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23. maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda idari yaptırım kararı verme yetkisi olan Cumhuriyet savcısının, “idari yaptırım kararına yer olmadığına dair” karar da verebildiği uygulamada

⁴³ Yar. 19. CD., E. 2016/548, K. 2017/7838, 9.10.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Çağlayan, kabahatlere uygulanan idari yaptırımların yargısal denetiminde ceza mahkemesi görevli olsa dahi, görevli mahkemenin hukuka uygunluk denetimini idari yargılama usulünde kullanılan denetim yöntemi (işlemin; yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurları bakımından incelenmesi) ile yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ramazan Çağlayan, “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, s. 1228.

⁴⁴ Yargıtay söz konusu kararında, idari işlemleri unsurlarının tamamını saydıktan sonra hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Unsurların hangisinin somut olaydaki hangi nedenden dolayı hukuka aykırı olduğunun tespitini yapmamıştır. İdari işlem türü olan idari yaptırımların yargısal denetiminin idari yargı dışına çıkarılması, esasa ilişkin denetimin olması gerektiği şekilde yapılmasına engel olmaktadır.

⁴⁵ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2022/1209, Karar No. 2022/597, 28.09.2022.; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2021/1148, Karar No. 2022/675, 21.10.2022.; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2021/1496, Karar No. 2022/392, 06.07.2022.; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, Defter No. 2022/205, Karar No. 2022/428, 21.07.2022.

görülmektedir. Kanuni düzenlemelere bakıldığında Cumhuriyet savcılarının, “idari yaptırım kararına yer olmadığına dair” şeklinde bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla idari yaptırım kararına karşı gidilebilecek itiraz yolu düzenlenmiş olsa da “idari yaptırım kararına yer olmadığına dair” kararların nasıl denetleneceği düzenlenmemiştir. Yargıtay, konuya ilişkin önüne gelen dosyada ilk başta, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde idari yaptırım ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararlara karşı itiraz yolunun bulunduğunu ancak idari yaptırım kararının uygulanmasına yer olmadığına ilişkin kararlara itiraz edilip edilemeyeceği yönünde bir düzenleme yer olmadığını tespit etmiştir. Ardından, bu hususunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun genel soruşturma usullerine göre çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonra Yargıtay, “*kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken idari yaptırıma yer olmadığına şeklinde karar verilmesi doğru değil ise de*” bu şekilde verilen kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 173. maddesinde düzenlenen itiraz inceleme usulüne tabi olduğunu belirtmiştir⁴⁶.

Cumhuriyet savcısının “İdari yaptırım kararına yer olmadığına” ilişkin kararı, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ortaya çıkabilecektir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasının uygulanabilmesi açısından, kabahatin oluşma şartı aranmaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı, ikinci ve üçüncü fıkralar bakımından “İdari yaptırım kararına yer olmadığına” ilişkin bir karar veremeyecektir.

İdari yaptırım kararı idari işlem olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Benzer olarak idari yaptırıma yer olmadığına dair kararın da idari işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay, “İdari yaptırım kararına yer olmadığına dair” kararı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla aynı olduğunu kabul etmektedir. Bu kabul aynı zamanda “İdari yaptırım kararına yer olmadığına dair” kararın Yargıtay tarafından idari bir işlem olarak kabul edildiği anlamına da gelmektedir. Danıştay da Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanan idari yaptırımın idari işlem olmadığını, yargısal nitelikte bir işlem olduğunu belirtmektedir. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “*Dava konusu olayda; idari yaptırım kararının idari makam ve mercilerce değil*

⁴⁶ Yar. 19. CD., E. 2015/47, K. 2016/16121, 21.4.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Benzer yönde bkz. Yar. 19. CD., E. 2015/34498, K. 2016/18557, 26.5.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁴⁷ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 15. Bası, Savaş Yayınevi, 2022, s.346.; Çağlayan, *İdari Yaptırım*, s. 64.; Gözler, s. 1201.

de soruşturma konusu fiilin suç olmayıp kabahat olarak değerlendirilmesi sonucu Cumhuriyet Başsavcılığınca verildiği dikkate alındığında, kararın idari işlem den çok, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılması sonucu verilen ceza niteliğini taşıdığı açık olduğundan...”⁴⁸ şeklinde bu durumu açıklamıştır. Danıştay yalnızca organik ölçüt kullanarak, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararlarının idari nitelikte olmadığını, adli nitelikte bir işlem olduğunu ifade etmektedir.

B. Ceza Mahkemeleri Tarafından Verilen İdari Yaptırım Kararının Denetimi

Ceza mahkemeleri tarafından verilen idari yaptırım kararının denetimi için 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesi kapsamında başvuru yolu öngörülmemiştir⁴⁹. Bu kararlara karşı kural olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 29. maddesi uyarınca itiraz edilebilmektedir. Söz konusu 29. madde ise mahkeme kararlarına karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre itiraz edilebileceğini düzenlemiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun itiraz usulü ve inceleme mercileri başlıklı 268. maddesi uyarınca, idari yaptırım kararı asliye ceza mahkemeleri tarafından verilmiş ise bu karara karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilmektedir. Nitekim vermiş olduğu idari yaptırım kararına ilişkin olarak Asliye ceza mahkemesi, Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edilebileceğini karar metninde belirtmiştir⁵⁰. Ayrıca idari yaptırım kararı ağır ceza mahkemesi tarafından verilmiş ise bu karara karşı itiraz mercii, en yakın ağır ceza mahkemesi olmaktadır⁵¹.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca “*Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturamaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde,*

⁴⁸ Dan. 15. D., E. 2013/8768, K. 2014/488, 5.2.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁴⁹ “*İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.*”

⁵⁰ Ankara 42. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2020/170, K. 2021/652, 27.10.2021.

⁵¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 268/3-c hükmü uyarınca, “*Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.*”

idari yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.” Dolayısıyla beraat kararı ile birlikte gidildiği takdirde temyiz merci, idari yaptırım kararını da inceleyecektir⁵². Bölge adliye mahkemesi tarafından, “*Sanığın üzerine atılı 5607 Sayılı Kanuna Muhalefet suçunu işlediği sabit olmadığından beraatine, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 24. maddesi uyarınca, sanığın eyleminin suç değil 4733 sayılı Kanununun 8 maddesinde öngörülen kabahat fiilini oluşturduğu anlaşıldığından, işlenen kabahatin haksızlık içeriği, kabahat failinin kusuru ve ekonomik durumu gözönünde bulundurularak fiilin işlendiği tarih itibarıyla kabahat failinin takdiren 9.186 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına, 5326 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca, kabahat fiiline konu eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine... ” şeklinde verilen karar, temyiz edilmiştir. Yargıtay, beraat kararıyla birlikte temyiz edilen idari para cezasına ilişkin yaptırımı soruşturma zamanaşımının dolmuş olması nedeniyle bozmuş, kabahat fiiline konu eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesini ise onamıştır⁵³.*

İstinaf mahkemesi tarafından uygulanan idari yaptırım kararlarına karşı itiraz, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 29. maddesi uyarınca Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre yapılacaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 268. maddesine göre bir bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu idari yaptırım kararına müstakil olarak itiraz edildiği takdirde, bir sonraki numaralı bölge adliye mahkemesi bu yaptırım kararını incelemektedir. Örneğin İstanbul 16. Bölge Adliye Mahkemesi’nin vermiş olduğu idari yaptırım kararına karşı müstakil olarak itiraz edildiği takdirde, İstanbul 17. Bölge Adliye Mahkemesi bu itirazı inceleyecektir. Diğer yönden beraat kararıyla birlikte idari yaptırım kararına itiraz edilmesi durumunda, temyiz merci olarak Yargıtay, idari yaptırım kararını da inceleyecektir⁵⁴.

⁵² Ankara BAM, 7. CD., E. 2017/2514, K. 2018/1331, 6.7.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁵³ “*Hükmedilen idari para cezasının miktarına göre 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 20/2-c maddesinde yazılı soruşturma zamanaşımının dolmuş olduğu anlaşılacakla sanığın itirazı bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün 5271 sayılı CMK’nun 302/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 20/1. maddesi gereğince sanığa İDARİ PARA CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, 4733 sayılı Yasanın 8/9. ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 18/1. maddeleri uyarınca dava konusu makaronların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine...”* (Yar 7. CD., E. 2021/23100, K. 2021/17734, 15.12.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.)

⁵⁴ “*Karara yönelik müstakilen idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurulması halinde 5326 Sayılı Yasanın 27/5 maddesi gereğince 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 268 inci maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içerisinde, dairemize verilecek dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt kâtibine beyanda bulunmak veyahut da bir başka İlk Derece Ceza Mahkemesi veya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi aracılığıyla*

Beraat kararı istinaf aşamasında kesinleşmiş olmasına rağmen istinaf aşamasında verilen idari yaptırım kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmektedir. Bu durumda da itiraz mercii bir sonraki numaralı bölge adliye mahkemesi olmaktadır⁵⁵.

İdari yaptırım içeren mahkeme kararlarına karşı denetim mekanizması uygulanırken “idari para cezası verilmesine yer olmadığına” yönelik kararlara karşı bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Bir başka deyişle mahkemelerin “idari para cezası verilmesine yer olmadığına” yönelik kararları kesin hüküm niteliğindedir⁵⁶.

C. Hukuk Mahkemeleri Tarafından Verilen İdari Yaptırım Kararının Denetimi

Hukuk mahkemeleri tarafından verilen idari yaptırım kararının denetimi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca itiraz yolu ile yapılmaktadır: “*İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.*” Kanunun itiraz yolu başlıklı 29. maddesinde ise “*Mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir.*” Hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar idari yaptırım kararını hukuk mahkemeleri vermiş olsa da bu karara karşı itirazın ceza muhakemeleri usulüne göre yapılacağı ifade edilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun *itiraz usulü ve inceleme mercileri* başlıklı 268. maddesinde sulh ceza, asliye ceza, ağır ceza mahkemeleri ile bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay’ın ceza dairelerine

dilekçe gönderilmek suretiyle İSTANBUL BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 17. CEZA DAİRESİ tarafından incelenmek üzere İTİRAZ kanun yolu açık olmak üzere, 5326 Sayılı Yasanın 27/7 maddesi gereğince beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde idari yaptırım kararının da kanun yolu merciiince inceleneceği gözetilerek CMK 286/1 maddesi gereğince tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde Dairemiz’e verilecek dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt katibine beyanda bulunmak, veya bir başka İlk Derece Ceza Mahkemesi veya Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi aracılığı ile dilekçe gönderilmek sureti ile Yargıtay İlgili Ceza Dairesi tarafından incelenmek üzere TEMYİZ yolucaık olarak 18/03/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (İstanbul BAM, 16. CD., E. 2018/5121, K. 2019/1432, 18.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.); Benzer yönde bkz. İstanbul BAM, 16. CD., E. 2018/5200, K. 2019/1726, 29.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁵⁵ Antalya BAM, 10. CD., E. 2018/4226, K. 2019/910, 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.; Adana BAM, 9. CD., E. 2018/1856, K. 2019/432 T. 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁵⁶ Ankara BAM, 8. CD., E. 2019/725, K. 2020/2309, 18.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

ilişkin itiraz yolu düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hukuk mahkemelerinin kararlarına karşı gidilebilecek itiraz yoluna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu açıdan Kanunda büyük bir usuli boşluk bulunmaktadır.

Uygulamada hukuk mahkemeleri tarafından verilen idari yaptırım kararlarının hüküm kısmında itiraz merci olarak en yakın ağır ceza mahkemesi gösterilmektedir: “*Kabahatlıler Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi ile T.K., E. U. ve D. H. 'ın 5326 sayılı kanununun 32. maddesince 140,00'ar TL İDARİ PARA CEZASIYLA CEZALANDIRILMALARINA... Kabahatlıler vekilinin yüzüne karşı 5326 SK'nın 29. maddesince tefhimden itibaren 7 gün içinde mahkememize verilecek veya gönderilecek dilekçeyle Amasya Ağır Ceza Mahkemesine itiraz yolu açık olarak karar verildi*”⁵⁷.

Mahkeme bu usulü boşluğu Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda asliye ceza mahkemeleri açısından öngörülen itiraz yolunu kıyas yoluyla uygulamakla bertaraf etmeye çalışmıştır. Ancak yargılama usulüne ilişkin olarak hakimnin hukuk yaratma imkanı bulunmamaktadır. Yargılama usullerinin ancak kanunla düzenleneceği Anayasanın 142. maddesinin bir gereğidir. Hukuk mahkemelerinin vermiş olduğu idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak itiraz yoluna bakmakla görevli ve yetki merciine ilişkin boşluk bir an önce yasa koyucu tarafından düzenlenmelidir.

III. YARGI ERKİNİN İDARİ YAPTIRIM KARARI VERME YETKİSİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

İdari yaptırım kararı verme yetkisi kural olarak idari makamlardadır. Ancak başta 5326 sayılı Kabahatler Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda bu duruma istisna getirilmiş ve Cumhuriyet savcılarını ile mahkemelerin idari yaptırım kararı verme yetkisinin bulunduğu düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeler birçok sorunu da beraberinde getirmiştir.

A. Kuvvetler Ayrılığı Bakımından Değerlendirme

1982 Anayasası'nın temel ilkelerinden bir tanesi kuvvetler ayrılığı ilkesidir⁵⁸. Devletin sınırsız ve keyfi güç kullanmasını engellemek amacıyla

⁵⁷ Gümüşhacıköy Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2009/15 D.İş, K. 2009/21, 21.07.2009, <<https://turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=42538>>, Erişim Tarihi 07.01.2023.

⁵⁸ 1982 Anayasasının başlangıç metninde kuvvetler ayrılığı, “*Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*” şeklinde tanımlanmıştır.

“yasama, yürütme ve yargı” kuvvetleri birbirlerinden bağımsız konumda olmalıdır⁵⁹. İdari faaliyet her zaman organik anlamda idare tarafından gerçekleştirilmemektedir. İdari faaliyet kısaca yasama ve yargı faaliyetleri dışında kalan bütün devlet faaliyetleri olarak ifade edilmektedir⁶⁰. Dolayısıyla yasama ve yargı organları da idari faaliyetlerde bulunabilmektedir. Ancak kural olarak yargı organının mahkeme sıfatıyla ve yargısal usuller sonucunda vermiş olduğu kararlar idari işlem niteliğinde değildir⁶¹. Bu durumun istisnası 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 24. maddesindeki düzenlemelerdir. Söz konusu hükümler, fonksiyonel anlamda idare kavramından da ayrılmaktadır. Örneğin yasama organının veya yargı organının kendi personeline, iç düzenine yönelik işlemleri idari faaliyet olarak kabul edilebilir. Bu işlemler fonksiyonel anlamda idarenin işlemleri içerisinde değerlendirilebilir. Ancak söz konusu 23. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası ile 24. maddede düzenlenen durum farklıdır. Bu düzenlemelerde idari yaptırım uygulamaya yetkili yargı organları, yargısal usuller sonucunda idari yaptırım kararı vermektedir. Ayrıca söz konusu maddelerde yargı erkine tanınan yetkiler, esasında bir idari makamın görev ve yetki alanı içerisinde yer almaktadır. Ancak yargı mercileri belirli şartlarda görevli ve yetkili idari makam gibi idari yaptırım kararı verebilmektedir. Bu durum yargı organı ile yürütme organının ayırımına ve erkler arası bağımsızlığın sağlanmasına gölge düşürmektedir. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesini derinden zedelemektedir.

B. Usul Ekonomisi ve Yargı Organlarının İş Yükü Bakımından Değerlendirme

Cumhuriyet savcılarında ve ceza mahkemelerinde idari yaptırım kararı verme yetkisi tanıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 23. ve 24. maddesi, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi; bu hükümlerin konulma amacının “*görevsizlik kararı verilerek işin uzatılması yerine süratle bitirilmesi olduğu*”nu, ayrıca “*düzenlemelerin Anayasa’nın 123., 125. ve 128. maddelerine aykırı olmadığı gibi, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa’nın 141. maddesiyle de uyumlu olduğu*”nu belirterek

⁵⁹ Ulusoy, s. 34.; Ayrıca *Ulusoy*, Cumhuriyet savcısı ve hakim tarafından verilen idari yaptırım kararından dolayı hizmet kusuru ve kişisel kusur sorunu ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. (Ulusoy, s.33.)

⁶⁰ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 86.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 67-72.

⁶¹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s.346.

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına hükmetmiştir⁶². Anayasa Mahkemesi, ilgili hükümlerin kısaca “usul ekonomisi”ne katkısını değerlendirmiş ve Anayasaya aykırı olmadıklarına dair karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlerin Anayasaya uygunluğunu tartışırken, kuvvetler ayrılığı ilkesi başta olmak üzere diğer hukuki sakıncalara hiç değinmemiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddesi, usul ekonomisine zarar verdiği gibi birçok sorunu da beraberinde getirmektedir⁶³.

Usul ekonomisi kavramı Yargıtay tarafından, “*adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanması*” olarak kısaca tanımlanmıştır⁶⁴. Usul ekonomisi ilkesi öğretide; “basitlik”, “hızlılık” ve “ucuzluk” öğeleri ile tanımlanmaktadır⁶⁵. Diğer yönden usul ekonomisi, mahkemelerin iş yükününün azaltılmasını amaçlamaktadır. Mahkemelerin iş yükü ne kadar az olursa yargılamalar da o oranda hızlı ve isabetli bir şekilde tamamlanacaktır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ile 24. maddesi; soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılığının, kovuşturma aşamasında ise ceza mahkemelerinin iş yükünü bir hayli arttırmaktadır. Söz konusu hükümler düzenlenmemiş olsaydı; Cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemeleri, görevsizlik ya da beraat kararı vererek ellerindeki dosyaya yönelik işlemleri tamamlayabileceklerdi. Ancak söz konusu hükümler, soruşturma veya kovuşturma konusu eylemin kabahat olabilme ihtimali nedeniyle dosyadaki işlemlerin devam ettirilmesini mecburi kılmaktadır. Kabahat olma niteliği incelenmeksizin beraat veya görevsizlik kararı verilmesi halinde bozma kararları verilmektedir. Nitekim istinaf mahkemesi, kovuşturma konusu eylemin suç niteliğinde olmadığından bahisle adli nitelikte bir cezaya hükmetmeyen ancak sabit olan bu eylemin kabahat teşkil edip etmediğini araştırmayan ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulmuştur⁶⁶. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun; 23. maddesinin üçüncü

⁶² AYM, E. 2005/108, K. 2006/35, 1.3.2006, RG.22.7.2006, S.26236.

⁶³ Benzer yönde bkz. Ulusoy, s. 35.

⁶⁴ HGK 10.4.1991, 15-91/202 aktaran Ejder Yılmaz, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1), 2008, s. 245.

⁶⁵ Yılmaz, s. 250.

⁶⁶ “*Sanığın 18 yaşından küçük mağdurlara alkollü içki satmak şeklinde sabit olan eyleminin 4250 sayılı Kanun'un 6487 sayılı Kanunla değiştirilen 6. maddesinin 3. fıkrası yollamasıyla 7. maddesinin 1. fıkrasının b) bendinde öngörülen idari para cezasıyla yaptırıma bağlanmış olması karşısında; sanığın hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu, bu halde öncelikle sanık hakkında bu kanun uyarınca idari para cezası u uygulanmadığının araştırılarak tespit edilip, şayet uygulanmamışsa 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 24.*

fıkrasında Cumhuriyet savcılığına, 24. maddesinde ceza mahkemelerine takdir hakkı bırakmayan düzenlemeler yargı erkinin iş yükünü bir hayli arttırmaktadır. Bu durum, soruşturma ve kovuşturma aşamasında hem suç hem de kabahatler açısından değerlendirilme yapılmasını gerektirmektedir. Diğer yönden kabahatlerin toplu halde düzenlenmemiş olması, iş yükünü arttırmakta ve usul ekonomisi ilkesini zedeleyen bir başka husustur.

Kabahat niteliğindeki aynı eylemden dolayı birden çok idari yaptırım uygulanamamaktadır. İdari yaptırım kararı verecek olan Cumhuriyet savcıları ve ceza mahkemeleri bu hususu da dikkate almalıdır. Nitekim istinaf mahkemesi bu durumu, “*sanığın hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu, bu halde öncelikle sanık hakkında bu kanun uyarınca idari para cezası uygulanmadığının araştırılarak tespit edilip, şayet uygulanmamışsa 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 24. Maddesi uyarınca sanık hakkında idari para cezası uygulanıp uygulanmayacağı konusunda karar verilmesi gerektiği...*”⁶⁷ şeklinde ifade etmiştir. Dolayısıyla beraat kararı vermek isteyen Cumhuriyet savcısının ve ceza mahkemesinin görevleri yalnızca kabahati tespit etmekle sona ermemekte, aynı eylemden dolayı daha önceden idari yaptırım kararı verilip verilmediğini de araştırmaları gerekmektedir. Bu araştırma neticesinde şayet önceden aynı eyleme ilişkin idari yaptırım uygulanmamışsa idari yaptırıma hükmedilebilmektedir. Cumhuriyet savcılarının ve ceza mahkemelerine bu tür bir araştırmanın yüklenmesi, usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Yargıtay kimi zaman temyiz yolu⁶⁸ ile kimi zaman da “kanun yararına bozma” vasıtasıyla⁶⁹ idari yaptırımları denetlemek zorunda kalmaktadır. Ayrıca söz konusu 24. madde, ilk derece ve istinaf mahkemesine benzer olarak Yargıtay’a da eylemin suç niteliğinde olmadığını tespit ettikten sonra kabahat teşkil edip etmediği konusunda araştırma yapma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla adli yargı kolunda son kararı veren mercii olan Yargıtay’ın dahi

Maddesi uyarınca sanık hakkında idari para cezası uygulanıp uygulanmayacağı konusunda karar verilmesi gerektiği düşünülmeden eksik inceleme ve araştırma ile sanık hakkında beraat kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu...” (Sakarya BAM, 3. CD., E. 2019/506, K. 2019/520, 1.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.)

⁶⁷ Sakarya BAM, 3. CD., E. 2019/506, K. 2019/520, 1.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁸ Yar. 11. CD., E. 2013/22653, K. 2015/31335, 26.11.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi., Yar. 7. CD., E. 2021/23100, K. 2021/17734, 15.12.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁹ Yar. 19. CD., E. 2016/548, K. 2017/7838, 9.10.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi; Yar. 19. CD., E. 2016/15189, K. 2017/7224, 25.9.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

iş yükü artmaktadır. Ceza yargılamasında görevli olan tüm mahkemelerin iş yükünü oldukça arttıran 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün aksine usul ekonomisi ilkesi ile uyumlu olmamakta, tam tersine bu ilkeye aykırı düşmektedir.

Gündüz/Gündüz, Anayasanın 141. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesinin davaların en az giderle ve süratle sonuçlandırılmasıyla ilgili olduğunu, ancak Kabahatler Kanunu'nun söz konusu 23. ve 24. maddeleri ile mahkeme ve Cumhuriyet savcısına verilen yetkinin idari bir yetki olduğunu, bu yetki ile Anayasa'nın 141. maddesi arasında bir ilişkinin bulunmadığını belirtmiştir⁷⁰. Ancak söz konusu düzenlemeler ile yargı kararları birlikte değerlendirildiğine; Cumhuriyet savcıları ve ceza mahkemeleri ceza yargılamasına ilişkin dosyada idari yaptırımlara ilişkin araştırmayı tamamlamadan karar verememektedir. Aksi halde bu karar hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca idari yaptırımı gerektiren ceza yargılamasına ilişkin bir dosyada, bu işlem yapılmadan kesin karar verilmiş ise söz konusu dosya; kanun yararına temyiz yoluyla Yargıtayın önüne gelmektedir. Bu durum da temyiz organının iş yükünü artırmaktadır. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri, Anayasanın 141. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi ile doğrudan ilgilidir ve bu ilkeye aykırılık teşkil etmektedir.

Bir idari işlem türü olan idari yaptırımların, idare tarafından idari usuller çerçevesinde uygulanması daha yerinde olacaktır. Cumhuriyet savcısının veya ceza mahkemelerinin esas olarak uzmanlaşmış oldukları alanın dışındaki bir konuda idari yaptırım uygulayacak olması, aleyhine idari yaptırım uygulanacak kişi tarafından endişe vericidir. Nispeten büyük teşkilata sahip Cumhuriyet başsavcılıkları, idari yaptırımların hukuken doğru tespit edilip uygulamasını gerçekleştirebilmek adına kendi içlerinde görev dağılımı gerçekleştirmekte ve "İdari Yaptırım Bürosu" şeklinde teşkilatlanmaktadır⁷¹. Başsavcılıkların bu şekilde teşkilatlanması; Cumhuriyet savcılarının idari yaptırım kararı uygularken zorlandıklarının ve esas olarak uzmanlaştıkları alanlarının dışına çıktıklarının bir göstergesidir. Ayrıca bu şekilde teşkilatlanmaya ihtiyaç duyulması, idari yaptırımların neden olduğu iş yükününün büyüklüğüne dair de bir işarettir.

⁷⁰ Fatma Ebru Gündüz / Hakan Gündüz, "Kabahatler Kanunu'na Göre Cumhuriyet Savcısı Ve Mahkemenin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi", *Adalet Dergisi*, 68(1), 2022, s. 127.

⁷¹ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu ve Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığı İdari Yaptırım Bürosu, örnek olarak verilebilir.

C. Eşitlik İlkesi Bakımından Değerlendirme

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ile 24. maddesi, aynı eyleme ilişkin idari yaptırımın kimi zaman idari makam tarafından kimi zaman ise yargı erkleri tarafından verilmesine neden olabilmektedir. Ayrıca idari yaptırım kararının idari merciiler tarafından verilmesi halinde uygulanan itiraz mekanizması ile Cumhuriyet savcıları veya ceza mahkemeleri tarafından verilmesi halinde söz konusu olan yargısal denetim farklı yargı mercileri tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Diğer yandan idari yaptırımların yargısal denetiminde, bazı durumlarda adli yargının bazı durumlarda idari yargının görevli olması da farklı uygulamaları ortaya çıkarabilmektedir⁷².

Yaptırım aynı olsa da yaptırımı tespit edip uygulayacak ve bu kararı denetleyecek makamın farklılaşmasına imkan sağlayan söz konusu düzenlemeler, benzer eylemi işleyen kişilere farklı tedbirlerin uygulanmasına ve içtihat farklılıklarının oluşmasına neden olmaktadır⁷³. Eşitlik ilkesini zedeleyen bu durumdan dolayı *Gölan*, yargı erkine idari yaptırım uygulama yetkisi veren hükümlerin bir sorunu çözmek yerine yeni sorunlar ortaya çıkaracağı ifade etmiştir⁷⁴.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ile 24. maddesi, birden fazla makamı aynı kabahate ilişkin idari yaptırım uygulamaya yetkili hale getirmiştir. İdari makamların ve yargı organlarının aynı kabahate idari yaptırım uygulamaya yetkili olması aynı durumda olanlara karşı farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilecek ve eşitlik ilkesine zarar verecektir.

D. Kabahatleri Suçlardan Ayırma Amacı Bakımından

5326 sayılı Kabahatler Kanunu düzenlenmeden önce 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahatlere ilişkin hükümler bulunmaktaydı. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahatlere yer verilmemiştir. Yasa koyucu, kabahatlere ceza kanununda yer vermek yerine onları ayrı olarak düzenlenmek istemiştir. Yasa koyucunun amacı kabahatler ile suçları farklı rejime tabi

⁷² Ramazan Çağlayan, "İdari Yaptırımlarda Görevli Mahkeme Sorunu Üzerine", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, 2010, s. 2610.

⁷³ Benzer yönde bkz. Ulusoy, s. 35

⁷⁴ Aydın Gölan, "Kabahatler Kanunu'ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetimi", *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, 1(1), 2006, s. 162.

tutmaktır. Kabahatler için idari bir işlem olan idari yaptırım öngörülmüştür. Böylece kabahatler, suçlardan tamamen ayrılmak istenmiştir. Cumhuriyet savcısına ve mahkemelere idari yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun çıkarılış amacıyla da bağdaşmamaktadır⁷⁵. Cumhuriyet savcısını veya ceza mahkemelerini idari yaptırım yetkisiyle donatmak yerine bir kabahati tespit ettiklerinde, ilgili idareye bu kabahati bildirmeleri ve kabahate ilişkin işlerini böylece tamamlamaları yerinde olurdu⁷⁶. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki 23. ve 24. maddelerindeki düzenleme ile Cumhuriyet savcısı ve ceza mahkemesi kabahatlere ilişkin olarak idari yaptırım kararı verebilmektedir. Bu durum 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun çıkarılma amacının aksine, kabahatlere uygulanan idari yaptırım kararları ile cezaların benzer usuller ile verilmesine neden olmaktadır.

Ayrıca *Yurtcan*, İdari yaptırım kararının beraat kararı ile incelenmesini öngören 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesindeki yedinci fıkranın, ceza yargılaması hukukunun “tek bir kararla uyuşmazlığın sona erdirilmesi” ilkesine aykırı olduğu ifade etmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca aynı eylem için iki ayrı karar hem beraat hem de idari yaptırım kararı, verilmektedir⁷⁷.

SONUÇ

İdari yaptırım kararı verme yetkisi kural olarak organik anlamda idari teşkilat içerisindeki idari makamlardadır. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu bu duruma istisna getirmiş ve Cumhuriyet savcıları ile mahkemelerin idari yaptırım kararı verme yetkisinin bulunduğunu düzenlemiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmiştir. Denetim sonucunda söz konusu maddelerin özellikle usul ekonomisine hizmet ettiğine ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğine hükmedilmiştir. Ancak söz konusu maddeler, başta usul ekonomisi olmak üzere birçok ilkeye zarar vermektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 24. maddesi; yargı organının iş yükünü Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün aksine oldukça arttırmakta ve hukuk devletinin temel ilkelerinden

⁷⁵ Benzer yönde bkz. Çağlayan, *İdari Yaptırımlar*, s. 64.; Gündüz / Gündüz, s. 127.

⁷⁶ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 159-160.

⁷⁷ Yurtcan, s. 183.

olan kuvvetler ayrılığı ve eşitlik ilkelerini de zedelemektedir. Ayrıca bahsi geçen maddeler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun çıkarılmasının başlıca nedenlerinden biri olan "kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması" ile de çelişmektedir. İdari işlem türü olan idari yaptırımlar, yargı erki tarafından idari usullerden uzak ve idari işlem teorisi ile bağdaşmayacak şekilde tesis edilmektedir. Bu durum, Türk hukuku içerisinde tutarsızlıklara neden olabilmektedir. Yargı erkine idari yaptırım uygulama yetkisi tanıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23., 24. ve 43/A maddelerinin kaldırılması ve/veya değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesindeki "*Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle... verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.*" şeklindeki düzenleme doğrultusunda kimi zaman Cumhuriyet savcıları kimi zaman da hukuk mahkemeleri tarafından idari yaptırım kararı verilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkranın uygulanması için açık atfın gerekli olduğunun düzenlenmesine karşın Yargıtay da bu yaptırım kararlarının hukuka uygun olduğunu belirtmektedir. Ancak tüm mahkemelerin idari yaptırım kararı verebilmesine imkan sağlayan Yargıtayın bu değerlendirmesinin pozitif düzenlemelere uygun olmadığı kanaatindeyiz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinin ikinci fıkrasındaki açık atf şartı sağlanmadığı sürece, mahkemeler ve/veya Cumhuriyet savcılarının bu hükme dayanarak idari yaptırım kararı vermeleri hukuka aykırılık teşkil edecektir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 15. Bası, Savaş Yayınevi, 2022.
- Atay E, *İdare Hukuku*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, 2023.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, 10. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.
- Çağlayan R, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, 1. Bası Asil Yayınevi, 2006. (İdari Yaptırım).
- Çağlayan R, “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, 2008, s. 1225-1241.
- Çağlayan R, “İdari Yaptırımlarda Görevli Mahkeme Sorunu Üzerine”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, 2010, s. 2604-2623.
- Gözler K, *İdare Hukuku*, 3. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- Gülan A, “Kabahatler Kanunu’ndan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetimi”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, 1(1), 2006, s. 159-170.
- Gündüz F / Gündüz H, “Kabahatler Kanunu’na Göre Cumhuriyet Savcısı Ve Mahkemenin İdari Yaptırım Kararı Verme Yetkisi”, *Adalet Dergisi*, 68(1), 2022, s. 111-131.
- Kangal Z. T, *Kabahatler Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2022
- Tutumlu M. A, “Mahkeme Müzekkerelerine Cevap Verilmemesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(1), 2020, s. 120-123.
- Ulusoy A, “Erkler Ayrılığı ve Yürütme- Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu*, 2008, s. 21- 37.
- Yılmaz E, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1), 2008, s. 243-274.
- Yurtcan, E, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

