



T.C. ADALET BAKANLIĞI

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ekim 2018 - Sayı 36 - Yıl: 9

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

36

YIL:9, SAYI:36, EKİM 2018
www.hsem.adalet.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Adalet Bakanlığı Adına
Bakan Yardımcısı
Cengiz ÖNER

EDİTÖR/EDITOR

Dr. Veli KARATAŞ
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Abdulkadir TUTAR
Hâkim

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Uğur PARLAK
Hâkim
Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi Müdürü V.

Dr. Veli KARATAŞ
Hâkim
Bilimsel ve Akademik Dergiler Editörü

Adnan DÖNDERALP
Hâkim
Sosyal ve Kültürel Dergiler Editörü

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME - Şube Müdürü

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: hsembilimselmakale@adalet.gov.tr

Web: www.hsem.adalet.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.hsem.adalet.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.hsem.adalet.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Doç. Dr. Cenk AKİL	1
Dava Yetkinliği <i>Representative Action</i>	
Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER	21
İslam Hukuk Metodolojisinde İctihadın Epistemolojik Değeri ve Etik Boyutu <i>Technical and Ethical Dimensions Of Ijdihat in the Methodology of Islamic Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ÖMERCİOĞLU	35
Vergi Etiği Yaklaşımı <i>Tax Ethics Approach</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP	53
İş Hukukunda Prim <i>Premium In Labour Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ	73
Roma Hukuku'nda Aynı Teminatın Tarihsel Gelişimi ve Rehin Hakkı (<i>PIGNUS VE HYPOTHECA</i>) <i>Historical Progress Of Real Security And Pledge (PIGNUS AND HYPOTHECA) In Roman Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Filiz TEPECİK.....	107
Uluslararası Adalet İstatistiklerinde Kasten Öldürme <i>The Intentional Homicide In International Justice Statistics</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ülgen ASLAN DÜZGÜN	143
İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz <i>Trademark Infringement by Confusion</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ.....	171
Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişisine Yönelik Bir Değerlendirme	
<i>An Assesment on the Basis of the Relationship Between a Case Regarding the Detection of Origin</i>	
Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur KILINÇ	197
Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli Ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi	
<i>The Evaluation About The Decision of the Turkish General Assembly of Civil Chambers of Court of Cassation (Dated 13.03.2015, Numbered 2-1688/1032) About Desertion</i>	
Arş. Gör. Dr. Tuğçe Nimet YAŞAR	211
Sigorta Hukukunda Tahkim	
<i>Arbitration In Insurance Law</i>	
Arş. Gör. Ayşe ÇAKIR.....	241
İki Ortaklı Limited Şirkette Ortağın Çıkarılmasında Genel Kurul Kararının Aranması Problemi	
<i>The Problem On Searching General Assembly Resolution On Dismissal Of Partner In Limited Company With Two Partners</i>	
Arş. Gör. Hikmet ÖZTUNÇ	265
Yerinden Yönetim İlkesi Çerçevesinde Kentsel Dönüşümde Yetki Unsuru	
<i>The Competence of Urban Regeneration in the Context of the Principle of Decentralization</i>	
Arş. Gör. Pelin KURŞAT.....	313
Viyana Satım Sözleşmesi Madde 74 vd. Uyarınca Sözleşme İhlalinden Doğan Sorumluluk	
<i>Responsibility for Breach of Contract Under Article 74 ff. of the Vienna Sales Convention</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

DAVA YETKİNLİĞİ

Representative Action

Doç. Dr. Cenk AKİL¹

Geliş Tarihi: 27.11.2017

Kabul Tarihi: 19.01.2018

Özet

Bazı hallerde hukuk düzeni dava takip yetkisini maddi hukuk ilişkisinin dışında üçüncü bir kişiye vermiş olabilir. Dava takip yetkisi, bu yetkinin maddi hukuk süjesinin sahibine ait olup olmamasına göre bağımlı dava yetkisi ve bağımsız dava yetkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bağımlı dava yetkisinde, yetkinin sahibi maddi hukuk ilişkisinin taraflarına göre belirlenmektedir. Buna karşılık, dava yetkinliği olarak da bilinen bağımsız dava yetkinliğinde, dava takip yetkisi maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kimselere aittir. Dava yetkinliği kendi içinde kanundan doğan dava yetkinliği ve iradi dava yetkinliği olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanundan doğan dava yetkinliğinde dava takip yetkisi maddi hukuk ilişkisine yabancı olan hukuki ilişkiye kanun tarafından tanınmıştır. Buna karşılık, iradi dava yetkinliğinde, dava takip yetkisi kanun tarafından değil, maddi hukuk ilişkisinin süjesi tarafından verilmektedir. Türk hukukunda gerek dava takip yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanılması durumunda davanın tarafının kim olduğu, gerekse iradi dava yetkinliğinin caiz olup olmadığı tartışmalıdır. Çalışmada önce kanuni dava yetkinliği hakkında kısaca bilgi verilecek, daha sonra iradi dava yetkinliği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Medeni usul hukuku, taraf, sıfat, dava yetkinliği, dava takip yetkisi

Abstract

In some circumstances, legal order may have given the competence to conduct litigation to a third party. Competence to conduct litigation is divided into two and termed as “subject case competence” and “distanced case competence”, based upon if the competence belongs to the subject of substantial law or not. In “subject case competence”, the owner of the competence is identified according to the parties of the substantial law relation. Whereas in “distanced case competence”, which is also known as “representative action”, the competence to conduct litigation belongs to non-party persons of the substantial law relation. Representative action is divided into two which are termed as “legal representative action” and “voluntary representative action”. In legal representative action, competence to conduct litigation is provided to the relation which is irrelevant to the substantial law relation by the law. Despite that, in voluntary representative action, the competence to conduct litigation is not provided by the law, but instead it is provided by the subject of the substantial law relation. In Turkish law, both the matters of; identification of the party of the case when competence to conduct litigation is used by third parties, and lawfulness of the voluntary representative action, are controversial. In this study, at first a brief information about legal representative action will be given, and then voluntary representative action will be emphasized.

Keywords: Law of civil procedure, claimant/defendant, substantive legitimation, representative action, authorisation for the pursuit of court proceedings

¹ Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku ABD (akilcenk@hotmail.com)

GİRİŞ

Günümüzde bir davanın taraflarının kim olduğu belirlenirken “şekli taraf kuramına” başvurulması gerektiği genellikle kabul edilmektedir². Sözü geçen kurama göre, davacı ve davalının kim olduğu davacı tarafından dava dilekçesi ile belirlenir; davacının maddi hukuk bakımından borç sahibi olmayan bir kişiyi davalı olarak göstermiş olması önem arz etmez³. Şekli taraf kuramı ile usul hukuku, maddi hukuktan soyutlanmış ve maddi hukuk bakımından hak veya borç sahibi olmayan bir kişinin de davanın tarafı olabileceği kabul edilmiş ve bu durumu açıklamak üzere “dava takip yetkisi” kavramı ortaya atılmıştır. Bahsi geçen yetki doktrinde davada taraf olan kişinin⁴ davayı kendi adına yürütebilme ve esas hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak tanımlanmıştır⁵. Dava takip yetkisi hukukumuzda ilk kez 6100 sayılı HMK ile kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bahsi geçen Kanunun 50. maddesine göre dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Kanunun gerekçesinde ise dava takip yetkisinin, maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin usul hukukundaki yansıması olduğu; bu nedenle, Kanunda aksi öngörülmedikçe, bu yetkinin kural olarak maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edileceği; bazı durumlarda tarafın, dava ehliyeti olmakla birlikte davayı takip yetkisinin kendisi dışında üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilmesi yahut kanun gereği kullanılmasının zorunlu olabileceği ifade edilmiştir⁶.

Dava takip yetkisi doktrinde bu yetkinin çekişmeli maddi hukuk ilişkisinin süjelerine ait olup olmamasına göre bağımlı dava yetkisi ve bağımsız dava yetkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birincisi ile dava takip yetkisinin maddi hukuk ilişkisinin taraflarına göre belirlenmesi kastedilmektedir⁷. Buna karşılık, dava takip yetkisinin ikinci türünde dava takip yetkisi maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kişiler tarafından kullanılmaktadır. Bu duruma kısaca “dava

² Bkz. Deren Yıldırım, Nevhis: Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 18.

³ Deren Yıldırım, s. 17-18.

⁴ Dolayısıyla hem davacı hem de davalı dava takip yetkisine sahip olmalıdır. Bkz. Grunsky, Wolfgang: Die Prozessführungsbefugnis des Beklagten, ZP 76 (1963), s. 49 vd., 57.

⁵ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 117; Taş Korkmaz, Hülya: Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 81. Aynı yönde: BK-Berner Kommentar/Sterchi, § 67 kn. 20. *Kuru’ya göre ise, “Bir kişinin taraf olduğu bir davayı kendisinin takip edebilmesi (veya vekil ile takip ettirebilmesi) yetkisine, dava takip yetkisi denir”* (Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 121).

⁶ Budak, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 9. B., Ankara 2016, s. 103.

⁷ Deren Yıldırım, s. 24; Pekcanitez, H./Taş Korkmaz, H.: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 594; Börü, Levent: Sifat ve Dava Takip Yetkisi, (BATİDER, 2011, C. XXVII, S. 31, s. 249-278), s. 269.

yetkinliği” de denilmektedir⁸. Şu halde, dava yetkinliğinden bahsedilebilmesi için dava yetkininin davayı taraf sıfatıyla açması ve hak sahibi veya yükümlü olan kimsenin yerine kendi adına yürüterek iddiada bulunması gerekir⁹. Buna karşılık, taraf, hakkın başkasına değil de, kendine ait olduğunu ileri sürmekte ise dava yetkinliğinden bahsedilemez¹⁰.

I. DAVA YETKİNLİĞİNİN TÜRLERİ

Dava yetkinliği, yetkinin kaynağının kanundan yahut taraf iradesinden kaynaklanmasına göre “kanuni dava yetkinliği” ve “iradi dava yetkinliği” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunun yanı sıra doktrinde Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilen dava yetkinliği hallerinden de bahsedilmektedir. Bu nedenle konuyu üç başlık altında incelemek uygun olur.

A. KANUNİ DAVA YETKİNLİĞİ

Adından da anlaşılacağı üzere kanuni dava yetkinliğinde dava takip yetkisi hakka veya çekişmeli hukuki ilişkiye yabancı kişiye bizzat kanun tarafından tanınmaktadır¹¹. Hukukumuzda çeşitli kanunlarda kanuni dava yetkinliği hallerine rastlamak mümkündür. Söz gelimi, İİK m. 94, II uyarınca, alacaklı, borçlunun henüz tapuya tescil ettirmediği bir taşınmazını borçlu adına tescil ettirmek için icra dairesinden dava açma yetkisi verilmesini isteyebilir. İcra dairesi bu talebi uygun bulursa, alacaklıya dava takip yetkisi verilmiş olur¹². Benzer şekilde, İİK m. 245 de kanuni dava yetkinliğine örnek gösterilebilir. Bahsi geçen hükme göre, alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı isteyen alacaklıya devrolunur. Hâsıl olan neticeden masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır. Burada alacağın takip hakkını elde eden alacaklı kanuni dava yetkini konumundadır¹³. Kanuni dava yetkinliğine diğer bir örnek ise İİK m. 120, II hükmüdür. Söz konusu hükme göre, borçlunun üçüncü bir kişideki alacağını haczettiren alacaklı, bu alacağın tahsili için, icra dairesinden temin edeceği belge ile dava açabilmektedir¹⁴.

Kanuni dava yetkinliğine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan da örnek verilebilir. Mesela, aciz belgesine sahip bir alacaklı, borçlusunun miras iktisap

⁸ Deren Yıldırım, s. 24; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 596; Börü, s. 269. Aynı yönde: BK-Berner Kommentar/Sterchi, § 67 kn. 22; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)/Zürcher, § 59 kn. 67.

⁹ Taş Korkmaz, s. 83.

¹⁰ Beinert, Jörg: Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963, s. 17.

¹¹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 119; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 597; Taş Korkmaz, s. 83.

¹² Taş Korkmaz, s. 88; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 597.

¹³ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 119.

¹⁴ Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 598.

tmesinden sonra, murisin tasarruf yetkisini aşarak yaptığı ölüme bağlı tasarruf hakkında alacağı oranında tenkis davası açabilir (TMK m. 562)¹⁵.

Benzer şekilde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda da dava yetkinliğine ilişkin hallere rastlamak mümkündür. Nitekim, anonim ortaklıklarda, ortaklık kurucularının, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin veya tasfiye memurlarının verdiği zararlar nedeniyle açılan tazminat davası, duruma göre, ortaklar (TTK m. 555) ve ortaklık alacaklıları tarafından (TTK m. 556) da açılabilir. Bu durumda, şirket ortakları ile ortaklık alacaklıları kanuni dava yetkini sayılırlar¹⁶.

Yukarıda zikredilen örneklerin yanı sıra bazen kanun koyucunun yetkilendirdiği kişi ya da organ (merci) görevinden ötürü kanuni dava yetkini sayılır. Örneğin iflâs idaresinin¹⁷ (İİK m. 226); terekenin resmen idaresi ile görevlendirilen kimsenin (TMK m. 592) ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin (TMK m.550) hukuki durumu böyledir¹⁸.

Doktrinde kanuni dava yetkinliği durumunda davanın gerçek tarafının kim olduğu konusunda farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, dava yetkinliği davanın taraflarında bir değişiklik meydana getirmez; dava yetkini davayı, asıl taraf adına yürütür. Bu halde, davanın tarafı, dava yetkini değil, maddi hukuk ilişkinin tarafı olan kişidir¹⁹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, dava yetkini, davayı başkası yerine ve fakat “kendi adına” yürütmektedir. Bu nedenle davanın tarafı maddi hukuk ilişkinin süjesi değil, dava yetkinidir²⁰.

¹⁵ Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 598.

¹⁶ Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. B., Ankara 2017, s. 1235; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 598.

¹⁷ İflâs masasını ilgilendiren davalarda iflâs idaresi davayı takip yetkisine sahiptir. Çünkü iflâsın açılmasıyla müflisin davayı takip yetkisi son bulur (Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960, s. 116; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 598).

¹⁸ Ansay, s. 119; Deren Yıldırım, s. 114; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.119; Alman hukuku bakımından aynı yönde: MüKoZPO/Lindacher, Walter F.: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. B., München 2017, Vor zu § 50 kn. 44.

¹⁹ Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, s. 1155; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013, s. 302; Erişir, Evrim: Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 82; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017, s. 260.

²⁰ Deren Yıldırım, s. 28; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 119; Börü, s. 258; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2017, s. 260.

B. İRADI DAVA YETKİNLİĞİ

Dava yetkinliğinin ikinci türünü sadece davacı²¹ taraf bakımından gündeme gelen iradi dava yetkinliği oluşturmaktadır. İradi dava yetkinliği, dava takip yetkisinin uyuşmazlık konusu haktan yahut hukuki ilişkiden bağımsız olarak hak sahibi tarafından üçüncü bir kişiye devredilip devredilemeyeceği sorusuna cevap arar²².

Karşılaştırmalı hukukta iradi dava yetkinliği üzerinde en çok Alman hukukunda durulmuştur. Alman yargı içtihatlarında bu kuruma ilk kez Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından 1910 yılında verilen bir kararda değinilmiş ve iradi dava yetkinliğine sözleşme özgürlüğü ilkesi ve AlmMK m. 185/1 hükmü çerçevesinde cevaz verilmiştir²³.

İmparatorluk Mahkemesi daha sonra vermiş olduğu bir kararında ise dava takip yetkisinin iradi olarak devredilebilmesi için dava yetkininin hukuki yararının bulunmasını aramıştır²⁴.

Günümüzde Alman yargı içtihatlarında iradi dava yetkinliğinin caiz olduğu konusunda tereddüt edilmemektedir. Buna karşılık, aynı şey Alman hukuk doktrini açısından söylenemez. Doktrinde iradi dava yetkinliğine tümüyle karşı çıkanlar olduğu gibi²⁵, bu kurumu kabul edenler arasında da gerek iradi dava yetkinliğinin kaynağı gerekse koşulları bakımından ihtilâf vardır.

İradi dava yetkinliğini caiz addeden görüşlerden birine göre, nasıl ki, hak sahibi hakkını tümüyle devredebiliyorsa, sadece dava yoluyla takip yetkisini de devredebilir. Bu görüş “çoğun içinde azı da vardır” ilkesine dayanmaktadır²⁶. Diğer bir görüşe göre ise, yetkisiz bir kimsenin yapmış olduğu bir tasarrufa hak sahibinin sonradan icazet vererek geçerli hale getirmesine olarak sağlayan AlmMK m. 185/1 hükmünden kıyasen yararlanılması suretiyle dava takip yetkisinin de bir başkasına devredilebileceği kabul edilebilir²⁷. Belirtmek gerekir ki, iradi dava yetkinliğine AlmMK m. 185/1 hükmünün dayanak gösterilmesine çeşitli gerekçelerle karşı çıkmıştır. Bir görüşe göre, AlmMK m. 185/1 hükmü usuli işlemlere uygulanamayacağından, söz konusu

²¹ Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 120. Alman hukukunda: Zöllner, Richard/Vollkommer, Max: Zöllner ZPO Zivilprozessordnung, 30. B., Köln 2014, Vor § 50 kn. 42.

²² Deren Yıldırım, s. 34 vd.

²³ RGZ 73, 306.

²⁴ Bkz. RG 91, 390.

²⁵ Örneğin bkz. Frank, Richard: Die Verschiebung von Prozessrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozessstandschaft, ZP 92 (1979), s. 321; Koch, Harald: Über die Entbehrlichkeit der gewillkürten Prozessstandschaft, JZ 1984 (18), s. 809; Boecken, Winfried/Krause, Peter: Globalzession und gewillkürte Prozessstandschaft bei nachfolgender Vermögenslosigkeit des Sicherungsgebers, NJW 1987, s. 421; Schumann, s. 462 vd.

²⁶ Heintzmann, Walther: Die Prozessführungsbefugnis, Köln/Berlin/Bonn/München 1971, s. 93.

²⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 46 kn. 33.

hüküm iradi dava yetkinliği kurumuna dayanak gösterilemez²⁸. Diğer bir görüşe göre ise, dava yetkininin dava açmakta kendi menfaatinin bulunması koşulundan vazgeçilemeyeceğinden iradi dava yetkinliği AlmMK m. 185/1'e dayandırılmaz²⁹.

İradi dava yetkinliğinin hukuki dayanaklarına ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılırsa Alman hukuk doktrininde hakim görüş iradi dava yetkinliğini kabul etmektedir³⁰. Bununla birlikte iradi dava yetkinliğinin şartları hakkında görüş birliğine varılamamıştır. Bir görüşe göre, salt maddi hukuk ilişkilinin süjesinin dava yetkinini yetkilendirmesi yeterlidir³¹. Buna karşılık, hakim görüşe göre³² ise bu, tek başına yeterli değildir. İradi dava yetkinliğinin caiz olması için aranan şartlar şu şekilde sıralanmaktadır:

1. Dava takip yetkisinin devrinde menfaat olmalıdır.
2. İradi dava yetkini, hak sahibi tarafından yetkilendirilmiş olmalıdır.
3. Dava takip yetkisinin iradi olarak devri karşı tarafın menfaatlerini önemli ölçüde zedelememelidir.
4. Ortada kullanım kullanım yetkisi devredilebilen bir hak olmalıdır.

Şu halde, hakim görüşe göre iradi dava yetkinliğinden bahsedilebilmesi için öncelikle menfaat şartı gerçekleşmiş olmalıdır. Buna göre, hem iradi dava yetkininin hem de maddi hukuk süjesinin dava takip yetkisinin devrinde hukuki³³ menfaati olmalıdır³⁴. Menfaatin mevcudiyeti konusunda ispat yükü dava yetkinine düşer³⁵.

İkinci koşul ise, iradi dava yetkininin yetkilendirilmiş olmasıdır. Yetkilendirme işlemi medeni hukuk değil, usul hukuku işlemidir³⁶. Fakat medeni hukuk ilkelerinden de kıyasen yararlanılabilir³⁷. Alman yargı içtihatlarında

²⁸ MüKoBGB/Bayreuther, 7. B., München 2015, § 185 kn. 41; Lüke, Gerhard: Die Prozessführungsbefugnis, ZJP 76 (1963), s. 29. Lüke'ye göre iradi dava yetkinliğinin caiz olup olmadığı, medeni hukuk değil, medeni usul hukuku hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

²⁹ Zöllner/Vollkommer, Vor § 50 kn. 42.

³⁰ Hepsi yerine bkz. Zöllner/Vollkommer, Vor § 50 kn. 42.

³¹ Heintzmann, s. 92 vd.; Lüke, ZJP 76, s. 30.

³² Bkz. yuk. dn. 29.

³³ Buna karşılık, menfaatin ekonomik olmasını yeterli gören içtihatlar da vardır. Örneğin bkz. NJW 1995, s. 186; NJW 2016, s. 2335. Ayrıca bkz. Gruber, Urs Peter: Anmerkung von BGH, Urteil vom 10.06.2016-V ZR 125/15 (NJW 2017, s. 486).

³⁴ Aksi görüş için bkz. Grunsky, Wolfgang: Prozessstandschaft, FG BGH, Bd. 3, 2000, s. 116 vd.

³⁵ Schellhammer, § 18 kn. 1229.

³⁶ Aksi görüş için bkz. Schellhammer, Kurt: ZPO Zivilprozess, 15. B., München 2016, § 18 kn. 1231.

³⁷ Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang/Weth, Stephan: Zivilprozessordnung, Kommentar, 14. B., München 2017, ZPO § 51 kn. 26.

yetkilendirmenin zımnen de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir³⁸. Yetkinin hangi hakka yahut hukuki ilişkiye ilişkin olduğu belirlenebilir olmalıdır³⁹. Bu itibarla, belli bir türdeki tüm uyumsuzluklar için genel olarak yetki verilmesi caiz değildir⁴⁰.

Dava açıldıktan sonra verilen yetki, dava yetkinliğini baştan itibaren geçerli hale getirir⁴¹. Dava yetkininin ölümü yahut maddi hukuk süjesinin iflâsıyla dava takip yetkisi sona erer⁴².

Hak sahibi tarafından yetkilendirilmediği halde mahkeme sanki ortada geçerli bir yetkilendirme işlemi varmış gibi davayı görüp karara bağlamışsa, hak sahibi verilen hükümle bağlı olmayacaktır⁴³.

Keza, yetkilendirme işleminin ahlâka aykırılık teşkil etmesi yahut zayıf olanı korumaya matuf kanun hükümlerini ihlâl etmesi halinde geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁴⁴.

İradi dava yetkinliğinin kabulü için gerekli bir diğer şart ise, dava takip yetkisinin devrinin karşı tarafın menfaatlerine önemli ölçüde zarar vermemesidir. Özellikle dava yetkininin maddi durumunun yargılama masraflarını karşılamayacak düzeyde olması durumunda, bu şartın gerçekleşmediği kabul edilmektedir⁴⁵.

İradi dava yetkinliğinin caiz sayılması için aranan sonuncu şart ise, dava takip yetkisinin konusunu oluşturan hakkın kullanımının devredilebilir olmasıdır⁴⁶. Bu nedenle, söz gelimi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin uyumsuzluklarda dava takip yetkisi bir başkasına devredilemez⁴⁷.

Yukarıda belirttiği gibi, Alman hukukunda hakim görüş, iradi dava yetkinliğine cevaz vermektedir. Buna karşılık, öğretide iradi dava yetkinliğinin sakıncalarına değinenler de vardır. Bunlardan birine göre, iradi dava yetkinliği yargılama masrafları, yetkili mahkemenin belirlenmesi, maddi hukuk süjesinin

³⁸ Örneğin bkz. NJW-RR 2002, s. 1378. Aksi görüş için bkz. Schumann, s. 473.

³⁹ MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 56.

⁴⁰ Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 45.

⁴¹ Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 45. Aksi görüş için bkz. Musielak/Weth, kn. 26.

⁴² Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 45.

⁴³ Grunsky, Prozesstandschaft, s. 120.

⁴⁴ MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 56.

⁴⁵ MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 65; Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 50. Karş. NJW-RR 2011, s. 1690.

⁴⁶ BGH, NJW-RR 2014, s. 526; Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Reichold, Klaus: Zivilprozessordnung: ZPO, 37. B., München 2016, ZPO § 51 kn. 38; Musielak/Voit, § 51 kn. 30; MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 65.

⁴⁷ Lüke, ZP 76, s. 31; Stein, Friedrich/Jonas, Martin/Bork, Reinhard: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. B., Tübingen 2013, kn. 61; Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 45; Deren Yıldırım, s. 36; Kale, Serdar: Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s. 26.

tanık olabilmesi⁴⁸, asıl hak sahibine karşı karşı davanın açılmaması gibi özellikleri nedeniyle davalı açısından mahzurlu olabilir⁴⁹.

Alman hukuk doktrininden farklı olarak, İsviçre hukuk doktrinindeki hakim görüşe göre iradi dava yetkinliği caiz değildir⁵⁰. İsviçre Federal Mahkemesi ise vermiş olduğu bazı kararlarda iradi dava yetkinliğine cevaz vermiş⁵¹; bazılarında ise bu kurumu reddetmiştir⁵².

Türk hukukunda da -tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi- iradi dava yetkinliğinin caiz olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵³ hukukumuzda iradi dava yetkinliği caiz olup bunun yegâne örneği 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26/2 (2821 sayılı *mülga Sendikalar Kanunu m. 32/3*) hükmüdür. Söz konusu hükme göre, kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez⁵⁴.

⁴⁸ Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 33; Heintzmann, s. 79; Thomas/Putzo, § 51 kn. 42.

⁴⁹ Frank, s. 326. *Rüssmann* ise bu eleştirilerin haklı olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Rüssmann, Helmut: Einziehungsermaechtigung und Klagebefugnis, AcP 172 (1972), s. 520 vd.

⁵⁰ Habscheid, Walther J.: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. B., Basel und Frankfurt am Main 1990, kn. 277; Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. B., Zürich 1979, s. 140;

Vogel, Oscar/Spühler, Karl: Schweizerisches Zivilprozessrecht : und Grunzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. B., Bern 2010, s. 141 vd.; Spühler, Karl/Dolge, Annette/Gehri, Myriam A.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, § 20 kn. 47; Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. B., Zürich 2016, kn. 193; Frank, Richard/Straueli, Hans/Messmer, Georg: Kommentare zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. B., Zürich 1997, § 49 N 8. Aksi görüş için bkz. Berger, Bernard/Güntherich, Andreas: Die Prozessführungsbefugnis des Lizenznehmers, recht 2003, s. 138 vd.; Berger, Bernard/Güntherich, Andreas: Zivilprozessrecht, Bern 2008, § 6 kn. 351 vd. Yazarlara göre, İsviçre hukukunda da, Alman hukukunda olduğu gibi, iradi dava yetkinliği kabul edilmelidir. Bu, sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hakkın dava yoluyla ileri sürülebilme yetkisi üzerinde tasarrufta bulunulmasına bir engel yoktur.

⁵¹ BGE 129 III 715; BGE 78 II 265; BGE 113 II 190; BGE 119 II 452.

⁵² Bkz. BGE 137 III 293 (E. 3.2); BGer v. 12.10.2009 (5A_578/2009) (E.3.4.4); BGE 130 III 417 E. 3.4; BGE 78 II 265, 274 f. E.3a.

⁵³ Deren Yıldırım, s. 35; Kale, s. 98; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 597.

⁵⁴ Söz konusu hükmün topluluk davasıyla (HMK m. 113) ilişkisi hakkında bkz. Taşpolat Tuğsavul, Melis: Kollektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, İstanbul 2016, s. 142 vd.; Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009, s. 256.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, yukarıda zikredilen 6356 sayılı Kanunun yanı sıra, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu da iradi dava yetkinliğine cevaz vermektedir. Bahsi geçen Kanunun 35. maddesine göre yöneticinin dava takip yetkisi esas olarak anataşınmazın genel yönetimine ilişkin hususlarla sınırlıdır (KMK m. 35). Bu haller dışında yönetici kat malikleri kurulunca yetkilendirilirse, iradi dava yetkini sıfatıyla hareket edebilecektir⁵⁵.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise hukukumuzda iradi dava yetkinliği caiz değildir. Bu görüşe göre 6356 sayılı Kanunun 26/2 hükmünün iradi dava yetkinliğine örnek gösterilmesi doğru değildir. Zira üyenin sendikaya yazılı başvurusu üzerine sendikanın dava açması yine bir kanun hükmüne dayanmaktadır. Kanun hükmünden kaynaklanan dava takip yetkisini devredip devretmeme konusundaki serbestinin ise iradi dava yetkinliği olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁶.

Öte yandan hukukumuzda dava takip yetkisini düzenleyen HMK m. 53'te, bu hükmün Alman hukukundaki karşılığını teşkil eden AMUK m. 51/1'de geçen "dava yürütümü için özel olarak yetkilendirilmenin gerektiği haller" gibi bir ifadeye de yer verilmemiştir.

C. İÇTİHA TLARLA KABUL EDİLEN DAVA YETKİNLİĞİ

Yukarıda belirtildiği gibi, bazı Yargıtay kararlarıyla da -kanuni bir dayanağı olmamasına rağmen- ilgililerin menfaat durumu nazara alınarak dava yetkinliği kabul edilmiştir.

Örneğin, 11.02.1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, genel yola çıkma imkânı bulunmayan bir kimsenin, zilyetliğindeki taşınmazı tapuya tescil ettirme hakkı kazanmış olması durumunda, öncelikle o taşınmazı tapuya tescil ettirdikten sonra, üzerinde geçit hakkı tesis edileceği ve zilyedi lehine diğer taşınmazın tapuya tescilini ve kendi lehine geçit hakkı tesisini mahkemeden talep edebileceği ifade edilmiştir⁵⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olan diğer bir olayda ise, davacı, dava konusu tarlanın 1/4 oranında kendi adına kayıtlı bulunduğunu, 3/4 payın ise tapuda kayıtlı olmamakla birlikte davalılardan biri tarafından zilyetlikle iktisap edildiğini, buna karşılık, söz konusu davalının tarlanın tamamını kullandığını, 1/4 payın daha önceki maliki tarafından açılan davada, bu davanın davalısının söz konusu paya müdahalesinin önlenmesine karar verildiğini, bununla birlikte, kararın paya ilişkin olması nedeniyle fiilen uygulanmadığını, bu nedenle 1/4 pay üzerinde tasarruf edemediklerini ileri sürmüş ve bu imkânın sağlanabilmesi için 3/4 payın davalı adına tescilini talep etmiştir. Davanın kabulü yönünde tesis edilen karar, temyiz üzerine

⁵⁵ Kale, s. 27-28, 189.

⁵⁶ Çiftçi, Murat Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. B., Ankara 2016, s. 399.

⁵⁷ YİBK 11.02.1956, 14/13 (RG 10223).

davacının böyle bir talepte bulunmakta hukuki yararının olmadığı gerekçesiyle bozulmuş, ancak ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine karar YHGK tarafından onamıştır⁵⁸.

Yargıtay diğer bir kararında ise köy yolunun özel mülkiyet şeklinde tapuya tescil edilmiş olması halinde, köy tüzel kişiliği ve bu konuda hukuki yararları bulunduğu için köy sakinleri tarafından da müdahalenin menı davası açılabilceği kabul edilmiştir⁵⁹.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yukarıda zikredilen içtihatlar da iradi dava yetkinliğine örnek gösterilebilir⁶⁰.

Kanımızca bu görüşe katılmak güçtür. Zira yukarıdaki kararlara konu olan olaylarda hak sahibinin iradi olarak dava takip yetkisini bir başkasına devrettiğinden bahsetmek olanaksızdır. Hatta zikredilen kararlara konu olan olaylarda hak sahibinin dava açmaktan kaçındığı için bir başkasının onun yerine dava açmak zorunda kaldığı görülmektedir. Hâlbuki iradi dava yetkinliğinin en önemli özelliği hak sahibinin dava takip yetkisini bir başkasına ihtiyari olarak devretmesidir. Bu nedenle burada teknik anlamda iradi dava yetkinliğinden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Kanımızca Yargıtay meseleye dava yetkinliği değil, “hukuki yarar” bakımından yaklaşmış ve davacının zikredilen uyuşmazlıkların karara bağlanmasında hukuki yararının bulunduğu gerekçesiyle dava açılabilceğini içtihat etmiştir. Bahsi geçen kararlar belki ancak bu yönüyle iradi dava yetkinliğine benzetilebilir. Zira yukarıda belirtildiği üzere özellikle Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre⁶¹ iradi dava yetkinliğinin şartlarından biri de dava yetkinin hukuki yararının bulunmasıdır.

Yargıtay bugüne kadar vermiş olduğu bazı kararlarda dava yetkinliği (dava takip yetkisi) terimini isabetli bir biçimde kullanmıştır. Örneğin: “... *Dairemize intikal eden dosyalardan anlaşıldığı üzere yargılama sırasında 07.02.2003 tarihli mahkeme kararı ile davalı sigorta şirketinin iflâsına karar verilmiştir. İflâsın açılması, iflâs masasına giren mal ve haklarla ilgili bilumum hukuk davalarını acele olanlar istisna olmak üzere, ikinci alacaklılar toplantısından*

⁵⁸ YHGK 10.01.1968, 8-1083/8 (ABD 1968/3, s. 304).

⁵⁹ YHGK 30.05.2001, 443/458 (KİBB). Benzer nitelikte bir karara konu olan olayda da davacı, kadim köy yolunun davalı adına tespit ve tescil edilen 2 parsel sayılı taşınmaz kapsamında kaldığını ileri sürerek, bu yerin tapusunun iptali ile yol olarak terkinini istemiştir. Mahkeme bu konuda dava açma yetkisinin köy muhtarına düşeceği ve davacının davalılık sıfatının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay ise köylülerin kullanımına açık köy yolunun özel mülkiyete konu edilmesi halinde, buradan yararlanan kişilerin hukuki yararlarının ihlâl edilmiş olduğu gerekçesiyle köylülerin de özel mülkiyet konu edilen yerin yeniden yol olarak tescilini isteyebilecekleri sonucuna ulaşmıştır. Bkz. 14. HD 27.12.2001, 8555/8995 (YKD 2002/3, s. 413).

⁶⁰ Alangoya, Yavuz: Yargılama Sırasında Tarafıta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD 1969, S. 5, s. 140; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 120.

⁶¹ Bkz. yuk. dn. 30.

10 gün sonraya kadar durdurur. Bu hükmün amacı, iflâsın açılması ile, tasarruf yetkisi kısıtlanıp yerini iflâs idaresi alan müflisin davacı veya davalı olarak taraf bulunduğu davaları devam ettirmekte fayda olup olmadığına tespiti bakımından iflâs idaresine imkân sağlamaktır. Iflâs idaresinin bu dava takip yetkisini kullanıp kullanmayacağını tespit edebilmek için, ilk önce iflâs organlarının teşekkül etmesi ve her dava hakkında esaslı bilgi sahibi olunması gerekir...”⁶².

Ancak Yargıtay’ın yukarıda zikredilen türdeki kararları istisnai nitelikte olup Yargıtay pek çok kararında dava yetkinliği (dava takip yetkisi) terimi yerine hatalı olarak “aktif dava ehliyeti” gibi terimler kullanmıştır. Örneğin: “... Dava, iflâs sıra cetvelinde alacaklı olan davalıların alacaklarının cetvelde yazılı olan kadar olmadığı iddiasına dayalı, alacağın cetvelden terkini istemine ilişkindir. Davacı şirketin, iflâsın ertelenmesine ilişkin dava açtığı, yapılan yargılama sonucunda davacının iflâsına karar verildiği, bu kararın temyiz edildiği ve dosyanın bu aşamada Yargıtay’da olduğu dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Davacı şirketin iflâsının açıldığı, İİK’nın 191. maddesine göre de masaya ait mallar üzerinde tasarruf yetkisinin kalktığı, İİK’nın 226. maddesi uyarınca masanın kanuni mümessili de iflâs idaresi olduğuna göre, davacı şirketin aktif dava ehliyetinin bulunmadığının kabulü gerekir...”⁶³.

Esasen bu kararda davacı şirket bakımından eksik olan aktif dava ehliyeti değil, dava takip yetkisidir. Zira iflâs idaresi kanuni dava yetkini konumundadır.

II. DAVA YETKİNLİĞİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

Bu başlık altında sırasıyla dava yetkinliğinin sıfattan, taraf ehliyetinden, dava ehliyetinden ve temsilden farkları üzerinde durulacaktır.

A. Dava Yetkinliğinin Sıfattan Farkı

Dava yetkinliği en çok sıfatla karıştırılmaktadır. Sıfat, dava yetkinliğinden farklı olarak, maddi hukuk meselesi olup, maddi hukuk bakımından dava konusuna ilişkin olarak kimin hak sahibi yahut yükümlü olduğunu ifade eder⁶⁴. Tarafların sıfat sahibi olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilir. Buna karşılık, dava yetkinliğinin kabul edilebilmesi için salt iddiada bulunulması yeterlidir⁶⁵. Dava yetkinliği maddi hukuk değil, usul hukuku meselesidir ve bir dava şartıdır⁶⁶. Sıfat noksanı ise davanın esastan reddine

⁶² 11. HD, 05.04.2004, 2118/3511 (Pekcanitez-Taş Korkamaz, Pekcanitez Usul, s. 603 dn. 145).

⁶³ 23. HD, 03.04.2015, 2014/9908, 2015/2243 (legalbank).

⁶⁴ Alangöya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 121. Karş. Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 301; Kale, s. 22.

⁶⁵ Heintzmann, s. 47.

⁶⁶ Erişir, s. 73. Dava yetkini, dava takip yetkisini ispat yükü altındadır (Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)/Zürcher, § 59 kn. 6; Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 199).

yol açar⁶⁷. Dava yetkininin dava takip yetkisinin bulunmaması halinde dava esastan değil, usulden reddedilir. Sıfat davanın her iki tarafı bakımından; iradi dava yetkinliği ise sadece davacı bakımından gündeme gelmektedir⁶⁸. Dava yetkinliğinde, yani bağımsız dava takip yetkisinde dava, hakka yabancı üçüncü bir kişi tarafından yürütüldüğünden, bağımlı dava takip yetkisinden farklı olarak, sıfat ile dava takip yetkisinin aynı kişide birleşmesi de söz konusu değildir.

B. Dava Yetkinliğinin Taraf Ehliyetinden Farkı

Dava yetkinliği taraf ehliyetinden de farklıdır. Taraf ehliyeti medeni hukuktaki hak ehliyetinin usul hukukundaki bir yansıması olup kimlerin davada taraf olabileceğini gösterir. Dava yetkinliğinde ise dava hakka yabancı üçüncü bir kişi tarafından kendi adına yürütüldüğünden dava yetkininin dava yetkisinin yanı sıra taraf ehliyetine de sahip olması gerekir. O halde her dava yetkini aynı zamanda taraf ehliyetine de sahiptir. Fakat bunun aksi geçerli değildir. Başka bir deyişle, her taraf ehliyetine sahip kişinin aynı zamanda dava yetkini de olduğu söylenemez.

C. Dava Yetkinliğinin Dava Ehliyetinden Farkı

Dava yetkinliği dava ehliyetinden de farklıdır. Dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin usul hukukundaki karřılıđıdır⁶⁹. Dava ehliyetinden maksat bir davayı yürütebilme, usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir⁷⁰. Diğer bir deyişle, dava ehliyeti, kişinin bizzat veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığıyla bir davayı takip etme ve usul işlemleri yapabilme yeterliliđidir⁷¹. Dava ehliyeti tarafların kişiliklerine, dava yetkinliği ise dava konusuna iliřkindir⁷². Öte yandan, dava yetkininin dava ehliyetinin bulunması da şarttır. Diğer bir deyişle, dava ehliyeti, dava yetkinliğinin bir ön şartıdır⁷³. Buna karşılık, dava ehliyetini haiz her kişi aynı zamanda dava yetkini olmayabilir.

D. Dava Yetkinliğinin Temsilden Farkı

Dava yetkinliği doğrudan temsilden de farklıdır. Bilindiği üzere, doğrudan temsil, bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere *o kişinin ad ve hesabına* hukuki işlem yapma yetkisidir⁷⁴. Başka bir deyişle, doğrudan temsilde, temsilci, davayı başkası ad ve hesabına yürütür.

⁶⁷ Alangoya, s. 138; Kuru, Usul I, s. 1160; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 612; Yılmaz, s. 1235.

⁶⁸ Zöllner/Vollkommer, Vor § 50 kn. 42; Kale, s. 26.

⁶⁹ Kuru, Usul Ders Kitabı, s. 119.

⁷⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 116.

⁷¹ Kuru, Usul Ders Kitabı, s. 119.

⁷² Beinert, s. 20; Pekcanitez-Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, s. 594.

⁷³ Çiftçi, s. 395.

⁷⁴ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Ankara 2017, s. 441.

Buna karşılık, dava yetkini ise davayı bizzat kendi adına yürütür⁷⁵. O, davanın tarafıdır ve karar ona yönelik olarak verilir. Temsilde ise temsilci davanın tarafı olmadığından karar temsilci değil, temsil olunan hakkında verilir.

Dolaylı temsilde ise temsilci kendi adına ve fakat temsil olunan hesabına hareket ettiğinden⁷⁶ bu yönüyle dava yetkinliğine daha çok yaklaşmaktadır. Bununla birlikte dolaylı temsilin temsil olunanın iradesinden kaynaklanması mümkün iken, dava yetkinliği ancak kanundan kaynaklanabilir. Öte yandan, dolaylı temsilde işlemin karşı tarafı temsil olunandan habersizdir. Dava yetkinliğinde ise dava yetkininin kendi hakkını ileri sürmediğini ortaya koyması gerekir. Diğer bir deyişle, dolaylı temsilde, temsilci, temsil yetkisi ile hareket ettiğini açıklamaz; hâlbuki dava yetkinliğinde bunu açıklamayı gerekir. Nitekim Alman hukuk doktrininde hak sahibinin salt ismini gizlemek amacıyla dava yetkini tayin edemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁷.

Yine, hak sahibi şayet davayı temsilci (vekil) eliyle yürütmekte ise temsilciyi azletmesi mümkündür. Buna karşılık, dava yetkinliğinde bu konuda bir ayırıma gidilmelidir. Şayet ortada kanuni dava yetkinliği var ise, hak sahibi, dava yetkininin elinden dava takip yetkisini alamaz. İradi dava yetkinliğinde ise bu mümkündür.

III. DAVA YETKİNLİĞİNİN HÜKÜMLERİ

Yukarıda belirtildiği gibi, dava takip yetkisi dava şartı olduğundan (HMK m. 114/1-e) dava yetkinliğinin mevcut olup olmadığı mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınır. Dava yetkini olduğu iddiasıyla dava açanın dava takip yetkisinin bulunmadığı anlaşılırsa, dava esasa girilmeden usulden reddedilir⁷⁸. Şayet ilk derece mahkemesi bu hususu gözden kaçırmış ve bölge adliye mahkemesi bu eksikliği fark etmişse, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak (HMK m. 353/1-a/4) dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderecektir. Benzer durum temyiz aşamasında da geçerli olup, dava yetkininin dava takip yetkisini haiz olup olmadığı Yargıtay tarafından re'sen nazara alınacak ve bu koşulun gerçekleşmediği anlaşılırsa karar mutlaka bozulacaktır⁷⁹.

Dava yetkinliğinin hükümleri bağlamında üzerinden durulması gereken en önemli husus dava yetkini tarafından yürütülen dava sonunda verilen (ve

⁷⁵ Beinert, s. 19; Schellhammer, § 18 kn. 1206; Deren Yıldırım, s. 37.

⁷⁶ Eren, s. 446.

⁷⁷ Bkz. MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 63.

⁷⁸ Yılmaz, s. 1235. Karş. Laumann, Albert: Prozessführungsrecht und Sachlegimation, Göttingen 1955, s. 96-97. Yazar dava takip yetkisinin bulunmaması halinde davanın usulden değil, esastan reddedileceğini belirtmiştir. Ancak bu noktada yazarın esas olarak *de Boor* tarafından ortaya atılan fonksiyonel taraf kuramını benimsediğini belirtmek gerekir. Bkz. Laumann, s. 96-97.

⁷⁹ Bkz. HMK m. 371/1-b

kesinleşen) hükmün kim(ler)e sirayet edeceğidir. Bu konuda Alman hukuk doktrininde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hakim görüşe göre, şayet dava takip yetkisi münhasıran dava yetkinine verilmişse, yani hak sahibinin dava takip yetkisi elinden alınmışsa, dava sonunda verilen ve kesinleşen hüküm hak sahibine de sirayet eder⁸⁰. Buna karşılık, hak sahibinin dava takip yetkisi elinden alınmamışsa, kesin hüküm hak sahibine sirayet etmez⁸¹.

Bu konuda tarafların ve devletin menfaatini esas alan bir diğer görüşe göre ise, davanın karşı tarafının menfaati kesin hükmün hak sahibine sirayet etmesi yönündedir. Aynı şey, devlet menfaati açısından da söylenebilir. Buna karşılık, davaya katılmayan hak sahibinin menfaati ise aksi istikamettedir. Söz konusu menfaatler nazara alındığında hak sahibinin kesin hükümle bağlı tutulması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Çünkü davanın karşı tarafından davaya katılmayan üçüncü bir kişiyile tekrar davalık olması beklenemez⁸².

Menfaat kriterini esas alan başka bir görüşe göre ise, kesin hükmün temelinde bir davanın iki kez görülmesini önlemeye yönelik kamu menfaati ve davanın karşı tarafının menfaatinin gözetilmesi yatmaktadır. Bununla birlikte bu görüşe göre, kesin hükme ilişkin maddelerin (AMUK m. 325/1, 2; 327/1) hak sahibi hakkında da uygulanabilmesi için uygulamanın onun açısından beklenebilir olması gerekir. Buna karşılık, dava takip yetkisi, hak sahibinin değil de, dava yetkininin menfaatini korumak üzere verilmişse, kesin hükmün hak sahibine sirayeti kabul edilmemelidir⁸³.

Maddi anlamda kesin hüküm kurumunun varlık sebebini esas alan diğer bir görüşe göre ise, gerek iradi gerekse kanuni dava yetkinliğinde verilen hüküm hak sahibini de etkileyecektir⁸⁴. Aksi düşüncenin kabulü halinde davalı taraf aynı uyuşmazlıkla iki kez meşgul olmak zorunda kalacaktır⁸⁵. Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen görüş sahibi,

⁸⁰ Kesin hükmün hak sahibine de sirayetinin kabul edildiği bu hallerde hak sahibinin açacağı davanın derdestlik itirazıyla karşılaşacağı kabul edilmektedir. Bkz. Zöllner/Vollkommer, Vor § 50 kn. 41; MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 54.

⁸¹ Sinaniotis, Lambros: Prozessstandschaft und Rechtskraft, ZP 79 (1966), s. 91-92; Beinert, s. 38, 41; Stein/Jonas/Leipold, § 325 kn. 55; Musielak/Voit, ZPO, § 325 kn. 21; MüKoZPO/Gottwald, § 325 kn. 46; BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, § 325 kn. 38; Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 17. B., München 2010, § 61, 62; Schellhammer, § 18 kn. 1206. Türk hukuku bakımından bu yöndeki bir görüş için bkz. Alangoya, s. 140 dn. 146. Bu hususu dava yetkinliğinin bir mahzuru olarak gören görüş için bkz. Koch, s. 811. Berger ise dava takip yetkisinin sadece dava yetkinine verildiği hallerde muhakkak hak sahibinin menfaatlerinin gerçekleştirilmesinin amaçlandığının söylenemeyeceğini belirtmiştir (Berger, s. 32).

⁸² Bettermann, Karl August: Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948, s. 86.

⁸³ Kass, s. 450 vd.

⁸⁴ Berger, Christian: Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, Köln/Berlin/Bonn/ München 1992, s. 40.

⁸⁵ Berger, Rechtskraft, s. 30

dava yetkininin kullandığı dava takip yetkisinin esasen kendisine ait olmadığını, bu yetkinin maddi hak süjesinin dava takip yetkisinden türediğini ileri sürmektedir⁸⁶. Benzer nitelikteki bir diğer görüşe göre ise, AMUK m. 325 (*HMK m. 303*) hükmü “dava takip yetkisine halefiyeti” de içine alacak şekilde geniş yorumlanarak kesin hükmün sirayeti kabul edilmelidir⁸⁷.

Kesin hükmün hak sahibine sirayeti konusunda maddi hukuk ilişkisinin taraflarının AMUK m. 325’de (*HMK m. 303*) zikredilen “taraf” kapsamına girdiğini kabul eden görüşlere de rastlanmaktadır⁸⁸.

Alman hukukunda iradi dava yetkinliğinde ise dava takip yetkisi hak sahibinin iradesiyle dava yetkinine devredilmiş olduğundan, kesin hüküm hak sahibine de sirayet edeceği kabul edilmektedir⁸⁹.

Buna karşılık, taraf (dava yetkini), aslında yetkilendirilmeksizin bir davayı yürütmüşse, hükmün hak sahibini etkilememesi gerekir⁹⁰. Fakat dava takip yetkisi olmaksızın davayı açan kişi, hak sahibi tarafından daha sonra yetkilendirilmişse, dava şartı eksikliğinin giderilmiş olduğu kabul edilmelidir (*HMK m. 115/3*)⁹¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, dava yetkini, davayı kendi adına yürütmesi hasebiyle, davanın tarafı olmakla birlikte, onun yetkisi davaya ilişkin usuli işlemleri yapmakla sınırlı olup kendisine dava takip yetkisi verilme amacına aykırı olacak şekilde usuli işlemler yapamayacağı gibi⁹² çekişmeli haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir⁹³.

Dava yetkininin sahip olduğu dava takip yetkisi subjektif bir hak değildir. Bu itibarla devredilemeyeceği⁹⁴ gibi üzerine haciz de konulamaz⁹⁵.

Dava yetkininin açtığı davanın da maddi hukuk bakımından hak sahibinin dava açmasında olduğu gibi bir takım sonuçları vardır. Bu bağlamda söz gelimi dava yetkininin açtığı dava ile de zamanaşımı kesilir⁹⁶.

SONUÇ

Türk hukuk doktrininde iradi dava yetkinliğine örnek gösterilen hallerde kanımızca iradi dava yetkinliğinden değil, kanuni dava yetkinliğinden bahsedilebilir. Keza, iradi dava yetkinliğine örnek gösterilen Yargıtay kararlarındaki durum da iradi dava yetkinliği olarak nitelendirilemez. Zira iradi

⁸⁶ Berger, Rechtskraft, s. 117.

⁸⁷ Heintzmann, s. 90.

⁸⁸ Örneğin bkz. Rüssmann, s. 536. Karş. Henckel, ZP 70 (1957), s. 448 vd.

⁸⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 46 kn. 62; Schack, NJW 1988, s. 869; HK-ZPO/Saenger, § 325 kn. 28; Musielak/Voit, ZPO, § 325 kn. 22; Zöller/Vollkommer, vor § 50 kn. 54; MüKoZPO/Gottwald, § 325 kn. 55; BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, kn. 41.

⁹⁰ MüKoZPO/Gottwald, § 325 kn. 57; MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn.77.

⁹¹ Taş Korkmaz, s. 90.

⁹² Berger, s. 118.

⁹³ Beinert, s. 29.

⁹⁴ Zöller/Vollkommer, Vor § 50 kn. 46.

⁹⁵ Beinert, s. 36. Karş. Heintzmann, s. 93; Lüke, ZP 76, s. 19.

⁹⁶ Schellhammer, § 18 kn. 1236; MüKoZPO/Lindacher, Vor zu § 50 kn. 73.

dava yetkinliğinin en temel şartı hak sahibinin üçüncü bir kişiye (dava yetkinine) iradi olarak dava takip yetkisini devretmesidir⁹⁷. Hâlbuki Yargıtay kararlarına konu olan olaylara yakından bakıldığında hak sahibinin iradi olarak dava takip yetkisini devrederek dava yetkininin dava açmasını sağlaması bir yana dava açılmasını istemediği ve bu nedenle hareketsiz kaldığı görölmektedir. Bu nedenle kanımızca Yargıtay kararlarında zikredilen haller iradi dava yetkinliğine örnek gösterilemez.

İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak iradi dava yetkinliğinin genellikle kabul gördüğü Alman hukukunda dava konusunun devredilmesinin davanın taraflarında bir değişikliğe yol açmaması⁹⁸ dikkat çekicidir. Hâlbuki hukukumuzda -Alman hukukundan farklı olarak- davacının dava konusunu devretmesi durumunda dava konusunu devralan derhal davacı yerine geçmektedir. Davalının dava konusunu devretmesi durumunda ise davacı ya eski davalıya karşı davasını tazminata dönüştürmek yahut davasını yeni davalıya karşı devam ettirmek zorundadır (HMK m. 125). Görüldüğü üzere hukukumuzda davayı bir an önce maddi hukuk ilişkisinin gerçek tarafla devam ettirme gayesi ön plâna çıkmaktadır. Kanımızca bu durum da Türk hukukunun yabancı hukuk düzenlerine nazaran iradi dava yetkinliğine daha mesafeli yaklaştığını ve dava takip yetkisi sahibi ile dava konusu hakkın gerçek sahibini farklılaştırmamaya yönelik çabasını göstermektedir.

Keza, HMK m. 53'te, bu hükmün karşıılığını teşkil eden ve Alman hukukunda iradi dava yetkinliğine dayanak olarak gösterilen AMUK m. 51/1'de geçen "dava takibi için özel olarak yetkilendirilme" gibi bir ibareye de yer verilmemiştir.

Medeni muhakeme alanında kişilerin belli ölçüde irade özerkliği varsa da, medeni muhakemenin baskın karakteri onu kamu hukukuna yaklaştırmaktadır. Bu nedenle tarafların dava takip yetkisini asıl haktan ayırarak diledikleri gibi bir başkasına devredemeyecekleri kanısındayız. Bu durumun taraflar bakımından büyük bir problem teşkil ettiği de söylenemez. Zira taraf davasını bizzat takip edebileceği gibi, tuttuğu bir avukat aracılığıyla da takip edebilir.

İradi dava yetkinliği aleyhine ileri sürülebilecek bir diğer gerekçe ise kesin hükmün üçüncü kişilere tesirinin ancak HMK m. 303'e istisna teşkil eden özel bir kanun hükmüyle gerçekleştirilebilmesidir⁹⁹.

Öte yandan, özellikle Alman hukuk doktrininde, iradi dava yetkinliğine yöneltlen eleştiriler de göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, gerçek hak sahibinin, dava yetkininin açtığı davada tanık olarak dinlenebilmesi; maddi durumu zayıf olan bir kişinin davacı olarak davalı karşısına çıkarılması¹⁰⁰; kesin

⁹⁷ Deren Yıldırım, s. 36.

⁹⁸ Bkz. AMUK m. 265/2

⁹⁹ Budak, Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 19.

¹⁰⁰ Ancak Alman hukukunda adli yardımdan yararlanılabilmesi için hem dava yetkininin hem

hükmün davacıyı etkilemediği kabul edilen hallerde davalının esasen aynı uyuşmazlık ile bir kez daha uğraşmak zorunda kalması gibi sebepler de iradi dava yetkinliğinin dezavantajlarıdır.

KAYNAKÇA

Alangoya, Yavuz: Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, MHAD 1969, S. 5, s. 125 vd.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Kamil: Medeni Usul Hukuku Essaları, Tıpkı 8. Basım, İstanbul 2011.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Peter, Hartmann: Zivilprozessordnung, 72. B., München 2014.

BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, 25. B., 2017.

Berg, Hans: Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess, JuS 1966 (12), s. 461 vd.

Berger, Bernard/Güngerich, Andreas: Die Prozessführungsbefugnis des Lizenznehmers, recht 2003, s. 138 vd.

Berger, Bernard/Güngerich, Andreas: Zivilprozessrecht, Bern 2008.

Berger, Christian: Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1992.

Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, 3. B., Ankara 1979.

Börü, Levent: Sifat ve Dava Takip Yetkisi, BATİDER 2011, C. XXVII, S. 31, s. 249 vd.

Budak, Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.

Budak, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 9. B., Ankara 2016.

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.

Çiftçi, Murat Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. B., Ankara 2016.

Deren Yıldırım, Nevhis: Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.

Diederichsen, Uwe: Die Funktion der Prozessführungsbefugnis in ihrer

de hak sahibinin adli yardım alma koşullarını taşıması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Thomas/Putzo, § 51 kn. 42.

- Beschraenkung auf Drittpersonen, ZZP 76 (1963), s. 400.
- Erişir, Evrim: Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmır 2007.
- Frank, Richard: Die Verschiebung von Prozessrechtsverhaeltnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozessstandschaft, ZZP 92 (1979), s. 321 vd.
- Frank, Richard/Straueli, Hans/Messmer, Georg: Kommentare zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. B., Zürich 1997.
- Görgün, şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medenî Usûl Hukuku, 6. B., Ankara 2017.
- Gruber, Urs Peter: Anmerkung von BGH, Urteil vom 10.06.2016-V ZR 125/15, NJW 2017, s. 486.
- Grunsky, Wolfgang: Prozessstandschaft, Festgabe BGH, Bd. 3, 2000, s. 109 vd.
- Grunsky, Wolfgang: Die Prozessführungsbefugnis des Beklagten, ZZP 76 (1963), s. 49 vd.
- Guldener, Max: Schweizerische Zivilprozessrecht, 3. B., Zürich 1979.
- Habscheid,Walther J.: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. B., Basel und Frankfurt am Main 1990.
- Heintzmann, Walther: Die Prozessführungsbefugnis, Köln/Berlin/Bonn/München 1971.
- Henckel, Wolfram: Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZP 70 (1957), s. 448 vd.
- Henckel, Wolfram: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961.
- Kale, Serdar: Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
- Kass, Bela: Prozessstandschaft und Rechtskraftwirkung, Frankfurt a.M. 1972.
- Karslı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. B., İstanbul 2012.
- Koch, Harald: Über die Entbehrlichkeit der gewillkürten Prozessstandschaft, JZ 1984 (18), s. 809 vd.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, (Kuru, Usul I).
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001, (Kuru, Usul V).
- Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, (Kuru, Ders Kitabı).
- Lüke, Gerhard: Die Prozessführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), s. 1 vd.

- Meriç, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.
- Musiellak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang: Zivilprozessordnung, Kommentar, 14. B., München 2017.
- Münchener Kommentar zur ZPO/Lindacher, Walter F.: 5. B., Band 2, München 2017.
- Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich: Kurzkommentar ZPO, 2. B., Basel 2013.
- Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013.
- Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.
- Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul 1975.
- Prütting, Hans/Gehrlein, Markus: ZPO Kommentar, 1. B., Luchterhand 2010.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 17. B., München 2010.
- Rüssmann, Helmut: Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, AcP 172 (1972), s. 520 vd.
- Saenger, Ingo: ZPO, 7. B., Baden-Baden 2017.
- Schellhammer, Kurt: ZPO Zivilprozess, 15. B. München 2016.
- Schneider, Rudolf: Die Prozessführungsbefugnis des materiell Berechtigten – eine überholte Sachurteilsvoraussetzung?, ZJP 77 (1964), s. 278 vd.
- Sinaniotis, Lambros: Prozesstandschaft und Rechtskraft, ZJP 79 (1966), s. 78 vd.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin/Bork, Reinhard: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6, 22. B., Tübingen 2013.
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. B., Zürich 2016.
- Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2016.
- Taş Korkmaz, Hülya: Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis: Kollektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk

Davaları, İstanbul 2016.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Reichold, Klaus: Zivilprozessordnung: ZPO , 37. B., München 2016.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. B., Ankara 2014.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7.B., İstanbul 2000.

Vogel, Oscar/Spühler, Karl: Schweizerisches Zivilprozessrecht : und Grunzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. B., Bern 2010,

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, C. I, 3. B., Ankara 2017.

Zimmermann, Walter: ZPO, 8. B., Heidelberg 2007.

Zöller, Richard/Bearbeiter: Zöller ZPO Zivilprozessordnung, 30. B., Köln 2014.

İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE İÇTİHADIN EPİSTEMOLOJİK DEĞERİ VE ETİK BOYUTU

Technical And Ethical Dimensions of Ijthah in the Methodology of Islamic Law

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER¹

Geliş Tarihi: 12.01.2018

Kabul Tarihi: 17.07.2018

Özet

İçtihat, teleolojik açıdan nötr, formel (biçimsel) ve lafzi olarak kıyasa dayalı basit bir çıkarım faaliyeti olmadığı gibi tikelin tikele uygulandığı mekanik bir zihin etkinliği de değildir. Aynı şekilde içtihadın öznesi olan müçtehitler de birer hukuk teknisyeni değildirler. İctihadın teknik ve sistematik cephesi olduğu gibi bir de etik cephesi vardır. Öncelikle müçtehidin metodolojik olarak hukuk tekniği ve sistematığına sahip olması esastır. Bunun yanında hukukun dinamik yönü açısından hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisine de vukûfiyeti gerekir. Bir de yaşam mantığı ile hukuk mantığını birlikte mütalaa edebilmek için hukuk felsefesine hâkim olması gerekir. Bu manada hukuk tekniği, hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi ve felsefesi müştereken geniş manada içtihat için gerekli disiplinlerdir. Tüm bunlardan başka içtihadın öznesi olan müçtehidin İslam dinini benimsemiş ve etik açıdan bu dinin ahlaki ilkelerine uygun bir yaşam sürdürmesi esastır. Çünkü içtihat faaliyetinin çıktısı olan sonuç diğer insanların dini ve hukuki yaşamlarını düzenleyen birer hüküm niteliğindedir. Ayrıca müçtehit yaptığı bu faaliyette hakka isabet edebilmesinde hukuk ötesi bir tutum içinde olması gerekir; o da içtihadı konu olan alanda Şar'î'in maksadını bulabilmek için O'nun engin yardımına muhtaç olduğu bilincinde olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, hukuk felsefesi, içtihat, müçtehit, etik,

Abstract

Ijthah (Islamic Jurisprudence) is neither a deduction based on syllogism which is teleologically neutral, formal and literal nor a mechanical mental activity applying individual norms on individual cases. Likewise, mujtehits (jurist) as the subjects of ijthah are not technicians of law. In addition to technic and systematic aspect, ijthah has an ethic aspect too. Firstly, it is essential for a mujtehit to have the technical and systematic expertise of law in methodological sense. Additionally, it needs wide comprehension to history and sociology of law in terms of the dynamic aspect of law. Moreover, in order to consider the logic of life and logic of law together, it needs to have a command on the philosophy of law. In this manner, expertise in technical, historical, sociological and philosophical approach to law is required for ijthah. Apart from these elements, it is essential for a mujtehit to adopt Islam as a religion and live according to ethical principles of Islam. The reason for that is the outcome of the process of ijthah serves as a verdict organizing other people's lives. Lastly, mujtehit must have an attitude transcending law in order to find the "right" which is being aware of the constant need of Allah's divine grace and help in order to find the The Lawgiver's intention on subject matter.

Keywords: Islamic law, philosophy of law, Ijthah (Islamic Jurisprudence), mujtehits (jurist), ethic.

¹ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Öğretim Üyesi, sahan42@hotmail.com

GİRİŞ

İctihat, kelime olarak; herhangi bir iş hususunda çaba sarf etmek anlamına gelmektedir. Ancak bu kelime sıradan basit bir çabayı ifade etmek için değil, külfet ve sıkıntılı işler hakkında kullanılmaktadır.² Bu manada müctehidin talep hususunda, artık daha fazlasını yapamayacağını hissedecek ölçüde güç sarf etmesi gerekir.³ Âlimlerin ıstılahında ise; nassın lafız ve mânasından hareketle, nassın bulunmadığında da çeşitli istinbat metotları kullanılarak şer'î hüküm⁴ hakkında zannî bilgi⁵ye ulaşma çabası olarak tanımlanmıştır.⁶ İctihat faaliyeti mesleki, fikrî ve entelektüel haz elde edilen zihnî bir çaba değildir. Aksine dini açıdan önemli bir sorumluluk alanıdır. Hz Muhammed bu faaliyet için sorumluluk çizgisini çizmiş aynı oranda bu işin sonucundaki ödülü de ifade etmiştir. Çünkü müctehit hakkı arama ve onu elde etme peşinde sonuna kadar harcadığı güç oranında sevap kazanır.⁷

İslam hukukunun dinamizmini sağlayan en önemli faaliyet hiç şüphesiz icthad faaliyettir. Çünkü nasslar sınırlı, olaylar ise sınırsızdır. Sınırsız olayların hükmünü sınırlı nassların lafzından ve ruhundan hareketle çözüme kavuşturmak ehil insanların icthadı ile gerçekleşmektedir. Ancak özel ihtisas gerektiren bir alanda kişinin; ehil olsa da söz söylemenin çekingenliğini yaşamaya doğaldır. Nitekim bu çekingenliği aşmaları için Hz Peygamber yaşamında bizzat arkadaşlarını cesaretlendirmiş ve onları bu konuda eğitmiştir. Huzurunda meydana gelen anlaşmazlıkların çözümünü arkadaşlarından ehil olanlara

² İctihat kelimesi kök olarak cehd veya cühd fiilinden elde edilmiştir. Bu fiilin "iftiâl" kalıbı ile ifade edilmesi bu fiildeki mübalağayı ifade etmek içindir. Abdü'l-Mecid Muhammed es-Sûsûh, *el-İctihad ve Fehmu'n-Nass*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 2003, s. 11. Araplar da "ictehed" fiilini basit bir iş için kullanmazlar. Örneğin; "değirmen taşını taşımaya çalıştı" derler, "bir hardal tanesini taşımaya çalıştı" demezler. Yani Araplar, ictehed fiilini, ağır bir şeyi taşıma hususunda kullanırlarsa da bir hardal tanesini taşımada kullanmazlar. Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, *İrşâdu'l-Fuhûl, Matbaa'tu's-Saâ'de*, Mısır 1327, s. 232.

³ Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl (Kitâbu Fevâtihî'r-Rahamût* ile birlikte) Dâru'l-Erkâm, Beyrut (t.y.), c. II, s. 510.

⁴ İslam hukukçuları icthadın şer'î bir konuda olmasını şart koşmuşlar, farklı disiplinlerde yapılacak bilimsel çabanın icthad olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Şevkânî, s. 233. Kimi çağdaş İslam hukukçuları icthad faaliyetinin diğer İslami disiplinlere teşmil edilememiş olmasını İslam hukukçularının bu faaliyeti tekellerine almış olmalarına bağlamışlardır. Hatta bir adım daha ileri giderek, İslam hukukçularının sözüm ona bu bencil tutumlarının, Müslümanların zihin yapısında bir buhranın yaşanmasına neden olduğunu iddia etmişlerdir. Taha Câbir el-Alvâni, *İslâm Düşüncesinin Bugünkü Meseleleri*, (Çev. Süleyman Gündüz) Erkam Matbaası, İstanbul 2008, s. 101.

⁵ Tanımda "zannî bilgi" kaydının olması, dinin kati hükümlerini bilmeyi icthad faaliyetinin dışında tutmak içindir. H. Yunus Apaydın, *DİA*, İctihad md. c. XXI, s. 431.

⁶ Apaydın, İctihad, s. 431.

⁷ İzzuddin. b. Abdisselâm, *Kavâi'dü'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm (el-Kavâi'dü'l-Kübrâ)* Dâru'l-Kalem, Dimeşk (t.y.), c. II, s. 195.

birakarak onları bu tür uygulamalara alışmalarını sağlamıştır. Amr b. el-Âs, Hz. Ebu Bekir, Hz. Ömer ve Hz. Ali'nin Hz Peygamberin huzurunda gelen davalara baktıkları bilinmektedir.⁸ Muhtemel bir hatanın Hz. Peygamber tarafından derhal düzeltileceğine olan güven onları biraz da olsa rahat davranmaya sevk etmiştir.

Hz. Peygamber (sav) Mua'z b. Cebel'i Yemen'e vali olarak (Bu dönemde vali, hem idari hem yargı görevini üstlenmektedir.) gönderirken teorik olarak içtihadın kurallarını ondan duymak istercesine aralarında şöyle bir konuşma geçer: Hz Peygamber O'na: "Mahkemelerde ne ile hükmedeceksin?" diye sorunca o: "Allah'ın kitabına göre" diye cevap verir. Hz. Peygamber devamla;" Onda da bir hüküm bulamazsan?" buyurur. Bunun üzerine Mua'z: "Nebiyi zî şân'ın sünneti ile" diyerek karşılık verir. Hz. Peygamber devamla: "Peki ya onda da bulamazsan?" Mua'z; "kendi içtihadımla hükmeder ona göre karar veririm." karşılığını verir. Bu cevaba çok sevinen Hz Peygamber (Mua'z'a böyle bir yetenek bahşetmesinden dolayı) Allah'a hamd eder.⁹

İfade ettiğimiz gibi Hz. Peygamber içtihadî konularda arkadaşlarını cesaretlendirmek için bu görevi üstlenmenin ödülünü ifade ettikten sonra hatalı bir kararın bile kişinin mükâfatlandırılmasına sebep olacağını müjdelemiştir. Çünkü O, bu ağır görevin ehil olmayanların elinde kalması durumunda İslam ümmetinin karşılaşacağı problemlerin farkında olduğu için cahil bir kimsenin ehil olmadığı halde yargı makamında vereceği kararda isabet etse bile günahkâr olacağını belirtmiştir.

İlahi irade hikmeti gereği kıyamete kadar devam edecek olan İslam şeriatının zamansal ve mekânsal değişimler karşısında sürdürülebilirliğini, kesin ve yoruma kapalı alanla ihtimalli yoruma açık alan arasında bir denge kurarak teminat altına almayı murad etmiştir. Aslında değişimi nasıl yöneteceğini çözemeyen hiçbir sistem uzun vadede esnekliğini koruyamayacağı için tarihin derinliklerinde kaybolmaya mahkûmdur.¹⁰ Bu manada İslam hukukunda sabitler ve değişkenler konusunda net bir çerçevenin belirlenmiş olduğunu ifade etmek pek mümkün görünmemektedir. Hatta içtihat kapısının açık oluşu ya da kapalı oluşu konusu bile çok net bir tanıma maalesef kavuşmamıştır.

İslâm hukuku, temel referanslardan hareketle her olaya uygun bir çözüm üretebilme esnekliğine sahip olduğu iddiasındadır. Bu iddianın temelinde donanımlı hukukçuların "İçtihat" adı verilen yöntemi kullanmaları yer

⁸ Zâfir el- Kâsımî, *Nizâmu'l-Hukm fi Ş-Şerî'a ve't-Tarîhi'l-İslâmî*, Dârun- Nefâis, Beyrut 1987, c. II, s. 97-98. İbrahim Necib Muhammed İ'vad, *el-Kadâ fi'l-İslâm; Tarihu ve Nizamuh*, Mecma'u Buhûsi'l-İslâmiyye, Kahire 1975, s. 40.

⁹ Ebu Dâvûd, "Akdiye", 11.

¹⁰ Murteza Bedir, "Fetva ve Değişim: Geleneksel Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma", *Hanefilerde Mezhep Usûlü*, (İnceleme-Tercüme, Şenol Saylan) Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2016, s. 24, 31.

alır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki; içtihat; olayları sadece mantıken değil aynı zamanda ahlâken çözümlenmeyi de ifade eder. Böylece ortaya konan hüküm, mantıkî bir dedüksiyonla değil, daha çok yaratıcı bir çaba ile meydana getirilmektedir. İctihat sadece teknik bir uygulama yani normun lafzını gramatik olarak irdelemek ve kıyas yöntemini tatbik etmekle sınırlı değildir. Hatta usûlcülerin çoğuna göre gramatik tahlil yani istidlal teknik anlamda içtihat değildir. İctihadın alanının daraltılması ile yaşam mantığı ile hukuk mantığı arasındaki makas açılacak, bu da insanların hukuka güven ve saygısını azaltacaktır. Müçtehit, normların sadece literal anlamlarıyla kendisini sınırlandırmayan aynı zamanda evrensel ahlâkî değerler, adalet görüşü ve dini duygularının etkisi altında bizzat tutum alabilen kişidir.

İctihat basit bir teknik bilim değildir ve müçtehitler de birer teknisyen değildir. İctihadı teknik yönünün ötesinde etik yönü için çağdaş kimi düşünürlerce “fıkıh felsefesi” kavramıyla ifade etmişlerdir.¹¹ Sanıldığı aksine içtihat edebilmek için elde bir içtihat kılavuzu yoktur. Usulü fıkıh dediğimiz disiplin mezheplerin teşekkülünden çok sonra oluşmuştur. Böylece bir gerçek ortaya çıkmaktadır. Müçtehit usul bilgisinin ya da metodolojinin kurallarının sistematığe aktarılmadığı dönemde tutarlı bir paradigma içinde mezhep denilen yapıyı ortaya koymuşlardır.

İctihadı basit bir akıl yürütme faaliyeti olarak görmek mümkün değildir. Bu manada lafızların delalet ettiği anlamların belirlenmesi faaliyeti demek olan istidlâlden farklıdır. İstidlâl doğrudan dil ve dilin kuralları ile ilgili olup, cümlelerin medlulünü yani gösterdiği anlamı tespite yönelik bir faaliyet iken içtihat daha çok mana ve maksatla daha doğrusu hükmün mana ve maksat ekseninde belirlenmesi ile ilgilidir.¹² Bundan dolayı içtihadın sadece hukuk tekniği alanına ait bir disiplin olarak görülmesi doğru değildir. Eğer içtihat hukuk tekniğinin yeterli olduğu bir faaliyet olsaydı, Müslüman olmayan kişilerin de İslâm hukukunda içtihat yapmaya ehil olmaları gerekirdi.

İctihat faaliyetinde bu eylemde bulunan kişi olarak müçtehit, bu içtihadı hayatına uygulayacak mukallit ya da bu içtihadı bağlayıcı bir hukuk normuna

¹¹ Abdülkerim Surûş, “İslam Düşüncesinde Fıkıhın Konumu”, *Modern Durum ve Dinî Bilginin Evrimi* (Ed. Yalçın Akdoğan- Kenan Çamurcu) Cihan Ofset İstanbul 1997, s. 84-85. Surûş’a göre: “fıkıh felsefesi” fıkıhtan farklı bir şeydir. Fıkıhın diğer ilimler arasındaki yerini belirler. Fıkıh felsefesi neyin helal ve neyin haram olduğuna bakmaz. Modern dünyayı, modern bilinci bilmek gerekir. Suruş bu anlayışa sahip kimseleri din âlimi olarak değil de din aydını olarak tanımlamaktadır. “Dindar bir toplumda âlim bu topluma dinin hükümlerini beyan eder, ama toplumun nereye gittiğini bilmez. Dini aydın ise toplumun bu dindarlıkla ne yöne gittiğini anlar. Din âlimi dinin hükümlerinden başka bir şey bilmemektedir. Fakat din aydını, dinin öteki boyutlarından da haberdardır.” (Abdülkerim Surûş, “Epistemolojik Plüralizm ve İslam”, *Modern Durum ve Dinî Bilginin Evrimi*, (Ed. Yalçın Akdoğan- Kenan Çamurcu) Cihan Ofset, İstanbul 1997, 51.)

¹² H. Yunus Apaydın, *Fıkıhın Kaynakları*, Ay Yayınları Ankara 2018, s. 94.

dönüştürecek olan devlet bulunmaktadır. Bir de içtihat faaliyetiyle ortaya çıkan “hüküm” bulunmaktadır.

A. “İÇTİHAD”IN ÖZNESİ OLARAK MÜÇTEHİDİN YETKİNLİĞİ

İslam hukuk metodolojisi ile ilgili ilk dönem klasik eserlerde içtihat edebilmenin ya da müçtehit olmanın şartları sayılırken müçtehidin İslam dinini benimsemiş olması şartı zikredilmemiştir. Çünkü Müslüman olmayan bir kimsenin İslami ilimlerle bu düzeyde bir ilgisi ve teknik olarak bu düzeyde bir yetkinliğe sahip olabileceği tasavvur edilememiştir. Fakat sonraki döneme ilişkin eserlerde içtihat için “iman” veya “İslam” şartı zikredilmeye başladı.¹³ Özellikle çağdaş usul eseri yazan İslam hukukçuları içtihadın bir ibadet olduğu tezinden hareketle Müslüman olmayan bir kimsenin teknik olarak yetkinliği olsa bile bu sahada söz söylemeye yetkin olmadığını ifade etmişlerdir.¹⁴ Konuyu metodolojik açıdan ele alan Şâtıbî’ye göre “ müçtehidin, içtihat faaliyetinde temel öncüllerin sahih olduğuna olan inancı kesin olmalıdır ki bunun sonucunda ona dayalı hükmün sahihliğine dair kesin ya da kesine yakın bir bilgi sahibi olabilsin. Kâfir bir kimse de içtihadını üzerine bina edeceği şeriatteki öncüllere inanmamaktadır. Bu öncüller; Kitap, sünnet ve sonuçta onlara dayanan şeylerden ibarettir. Bu temel öncüllere inanmayan bir kimsenin bu temeller üzerine inşa ettiği ikincil nitelikteki sonuçların doğruluğu ve kesinliği Müslüman bir birey için epistemolojik açıdan bir değer ifade etmeyecektir.”¹⁵ Hattı zatında müçtehidin ulaştığı içtihadî sonucun “Allah’ın hükmü” olarak nitelendirilmesi¹⁶ İslam’ı din ve inanç olarak benimsememiş bir kimseyi bu alanın dışında tutmaktadır.

Oryantalizmin “doğu dünyası”nın kültür ve medeniyetine olan sistematik ilgisi sonucu oryantalistlerin Arap diline ve İslamî ilimlere olan derin vukufiyeti çağdaş hukuk usulüne ilişkin eserlerde içtihat edebilme yetkinliği için müçtehit için “İslam” şartı özellikle zikredilmiştir. Bu konudaki ısrarın bir sebebi de İslam dünyasında kimi modernist düşünürlerin bazı oryantalistleri “müçtehit” olarak nitelermeleri olmuştur. Gerçi İslam hukukçuları müçtehidin dini olarak “kâfir” oluşu ya da ahlaki olarak “fâsık” oluşunun teknik olarak içtihada engel olmadığını ifade etmişlerdir. Ancak bu niteliklerin etik olarak içtihada engel olduğunu ifade etmişlerdir. Çünkü müçtehidin kararı ister fetva yönüyle dini bir boyut taşısın ister yargısal olarak hukuki bir karar niteliğinde olsun ikinci ve üçüncü taraflar için dini, hukuki ve ahlaki bir niteliğe sahiptir.¹⁷

¹³ Muhammed es-Sûsûh, s. 185.

¹⁴ Muhammed es-Sûsûh, s. 24.

¹⁵ Ebû İshak İbrahim b. Mûsa el-Lahamî eş- Şâtıbî, *el-Muvâfakât fi Usûli’ş-Şerî’a*, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut 1994, c. IV, s. 482.

¹⁶ Muhammed es-Sûsûh, s. 24.

¹⁷ Muhammed Hasan Heytu, *el-İçtihad ve Tabakâtü Müçtehidî’ş-Şâfi’iyye*, Müessesetü’r-Risâle, Beyrut 1988, s. 18, 32.

Gazzâlî de bu ayrıma dikkat çeker ve müçtehidin dini yaşayışının bizatihi içtihat ehliyeti için şart olmadığı ancak ortaya çıkacak olan içtihadî karar veya fetvanın güvenilirliği açısından etik bir şart olduğunu ifade eder. Bundan dolayı Gazzâlî müçtehit olmak için iki şart saymıştır. İlki; müçtehidin teknik olarak yetkinliği, ikincisi ise; “adalet” denilen ahlakî güvenilirliğidir. Ahlaki açıdan güven vermeyen bir kimsenin bir başkasının dini hayatını düzenleyecek olan kanaatlerine itibar edilmeyecektir.¹⁸ Başka bir ifadeyle kişi teknik olarak içtihat şartlarına sahip olsa bile fetva vermeye ehil değildir. Çünkü sadece düşünce ve amelinde istikamet üzere olan birinin fetvasına uyulur.¹⁹

İslam hukukçuları ikinci şartı açıklarken kimi zaman adalet niteliğine sahip olmasını ifade etmek için “adalet” kavramı üzerinden bu niteliği tanımlamışlar kimi zaman da adalet niteliğine sahip olmama özelliği ile yani “fâsık” kavramı üzerinden açıklamışlardır. Adaleti; “kişiyi büyük günahlardan sakındıran, küçük günahlarda ısrar etmeyi engelleyen ve kişinin toplum içinde saygınlığını zedeleyecek davranışlarına engel olan bir meleke”²⁰ şeklinde açıklamışlar, “fisk” kavramını ise; adalet vasfını zedeleyecek hataları yapmak olarak tanımlamışlardır. İslam hukukçuları adalet vasfına sahip olmanın ölçüsü olarak dini yaşama işaret etmişler, kişinin büyük günahlardan sakınması ve küçük günahlarda ısrar etmemesi olarak tanımlamışlardır.²¹ Bu manada müçtehidin bidatlerden uzak olması gerekir. Çünkü bidat, adalet vasfını olumsuz olarak etkileyen bir yaşam biçimidir.²²

İslam hukukunda içtihat yetkinliği için müçtehit bir kimsede bulunması zorunlu olan “adalet” niteliğinin, tabii hukuk taraftarlarınca da “hukuk normu” için zorunlu bir nitelik olarak tanımlamaları ilginçtir. Onlara göre; bir hukuk normunun inandırıcı olabilmesi, onun hem kanundan mantıken çıkarılmış hem de adaletli olarak algılanmış bulunmasıyla mümkündür. Çünkü akıl ve vicdan sahibi olan insan; hukuku, anladığı ve içten onadığı ölçüde sürekli olarak ona uygun davranır. Hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, aksine bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşününlerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur. O salt güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmayıp, aynı zamanda ahlak açısından da bağlayıcı bir düzen olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Bu manada hukuk toplumsal yaşamın mantıkî yönden değil, daha çok ahlâkî açıdan düzenlenmesini deyimlemektedir. O, etik bir değer olan adalete yönelmiş bulunmakta ve onu gerçekleştirmek istemektedir. Çünkü kendisine uymalarını istediği insanlar için ancak bu şekilde bağlayıcı bir buyruk

¹⁸ Gazzâlî, *Müstasfâ*, c. II, s. 511.

¹⁹ Bedir, s. 51.

²⁰ Heytu, s. 18.

²¹ Nicolas P. Aghnides, *İslâm Hukuku'na Giriş*, (Çev. Servet Armağan) Beta Basım, İstanbul 2001, s. 36.

²² Aghnides, s. 1

olabilmektedir.²³ İşte, adaleti ve onu tam yansıtan ideal bir hukuku araştıran hukuk felsefesinin önemi bundan kaynaklanmaktadır.

Müçtehidin tüm benliği ile yöneldiği içtihat faaliyeti, doğruluğu konusunda “zann-ı galib” (kesine yakın) derecesinde kanaati oluşturuncaya kadar devam eden bir süreçtir. Çünkü bu içtihat neticesindeki hüküm ve karar başkalarının dini hayatını düzenlerken (zann-ı galib) tereddüdü giderilmiş ve bünyesinde “yakîn” (kesin bilgi) düzeyini de içeren bir kabul ile uygulamaya çalışacaktır.

İfade ettiğimiz üzere Hz Peygamber (sav) içtihadî bir alanda görüş belirtmenin çekingenliğini aşmaları için arkadaşlarına bu görevi üstlenmenin ödülünü ifade ettikten sonra hatalı bir karara rağmen içtihat yapmanın ödülüne işaret etmiştir. Çünkü bu ağır görevin ehil olmayanların elinde kalması durumunda İslam ümmetinin karşılaşacağı problemlerin farkında idi. Cahil bir kimsenin ehil olmadığı halde yargı makamında vereceği kararda isabet etse bile günahkâr olacağını belirtmiştir. Hz Peygamber “hâkim, hükmedip içtihadı neticesinde isabet ederse, içtihadına mukabil bir sevap, isabet ettiği için de bir sevap olmak üzere iki sevap almış olacak. İchtihat edip hata ederse sadece içtihadına mukabil olan bir sevabı alacağını belirtmiştir.²⁴ Şüphesiz müçtehit hatasından dolayı sevap kazanmaz, onun sevap kazanması içtihat faaliyeti ve niyeti hasebiyledir. Müçtehit isabet ettiğinde niyetinden ötürü bir sevap,

²³ Günümüz seküler hukuk sistemleri kanun koyma işinde ahlaki bir sorunla karşı karşıyadır. Hukukun biçimsel yönü dışındaki etik amaçlarının eksikliğine işaret eden Ord. Prof. Orhan Münir Çağlı; hukuka manevî-ahlâkî bir amaç yükleyerek hukukun ‘iyi’yi ve ‘hayr’ı gerçekleştirmesi ile ilgili bir hedefinin de olması gerektiğini vurgular. Ona göre; *hukuk normunun formel mantıkî ve transandantal mantıkî bir bünyeden ve ampirik unsurlardan başka bir de “hayır” unsurunu haiz olması lazımdır. Bu hayır unsuru da hürriyet, hakikat ve adalettir. Bu unsurları haiz olmayan bir norm, bir hukukî kaziye belki formel, jüridik ve transandantal lojik bakımdan yine hukuktur, fakat materyal bakımdan yani objektif muhteva ve esas bakımından hukuk değildir. Binaenaleyh hukukta formel (sûrî) meşruiyetle, materyal (objektif muhtevaya taalluk eden) meşruiyeti birbirinden ayırmak gerekir. Pozitif hukuk, hukuk olabilmek için bir hayır unsurunu ihtiva etmelidir. Bu hayır unsuru ise kanun koyucunun iradesinde gerçekleşmiş, aktüalize olmuş hukuk idesidir, yani adalet idesidir. Kanun koyucu bu ideyi, izhar ettiği bütün iradelere gerçekleştirmekle mükelleftir. O halde bu mevzuda mukaddes olan şey, kanun koyucunun iradeleri yani kanunlar ya da pozitif hukuk değildir. Bilakis kanun koyucunun pozitif hukukta ve kanunlarda gerçekleştirmekle mükellef olduğu hukuk idesidir. Hukuk idesine ve adalete uygun pozitif hukuk sadece (formel) mantığın ve nazarî aklın bir mahsulü değil, bilakis mantığın, ahlâkın, nazarî ve amelî aklın ve vicdanın bir terkididir. Hukuku hukuk yapan şey, onun sadece muayyen bir usûl ve merasim dâhilinde, muayyen şekillere riayet edilerek izhar edilmiş bir irade, bir teşriî meclis iradesi karakterini taşıması keyfiyeti değil bilakis ihtiva ettiği ve gerçekleştirdiği hayır unsuru ve adalet idesidir. Bu unsurları haiz olmayan bir norm, belki formel-jüridik ve transandantal-lojik bakımdan yine hukuktur, fakat materyal bakımdan (objektif muhteva ve esas bakımından) hukuk değildir.” Orhan Münir Çağlı, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1961, s. 25-27.)*

²⁴ Buhari, “İ’tisam”, 21. Müslim, “Akdiye”, 15.

isabet etmesinden ötürü de bir sevap kazanır.²⁵

İslam hukukunda müçtehitler icra ettikleri görev nedeniyle Allah'ın lütfuna mazhar olmuş kimseler olarak telakki edilirler. Bu manada İzzuddin b. Abdisselâm şöyle der: “Müçtehitler, Allah'ın hatadan koruyup muvaffak kıldığı ve onlara tercihe şayan delilleri öğrettiği kimselerdir. Onlar içtihatlarında isabet ettiklerinde, hem niyetleri hem de isabet etmiş olmalarından dolayı sevaba nail olurlar. Şayet hata ederlerse sadece içtihat etmiş olmaları ve niyetlerinden ötürü sevaba nail olurlar ve onların hataları af olunur.²⁶ Çünkü müçtehit işin başında içtihadı açık alanda görüş ortaya koymaya çalışırken o konuda “murad-ı ilahî” ye ulaşmayı hedeflemektedir.²⁷

B. MÜÇTEHİDİN TOPLUMSAL ÖRNEKLİĞİ

Müçtehit hukuk metodolojisi açısından teknik şartlara sahip olmasıyla iş bitmemektedir. Müçtehit mükemmel bir karaktere de sahip olmalıdır. O, ‘adil’ olmalı, iyi bir iman sahibi, iyi niyet sahibi ve dosdoğru bir kimse olmalıdır. O, dini görevlerini tam olarak yerine getirdiği gibi, büyük günahlardan sakınmalı ve küçük günahlarda ise ısrar etmemelidir. Bunun yanı sıra bidat dediğimiz İslam’a sonradan katılmış düşüncelerle aklını lekelememelidir. Bu tür olumsuzlukları taşıyan bir kimse müçtehit olamaz. Gerek ahlaki, gerek dini yaşayışı ve gerekse dini algısı saf ve temiz olmalıdır.²⁸ Müçtehidin ulaştığı sonucun güvenilir olması için müçtehidin adaletini zedeleyecek günahlardan kaçınması şartı aranmıştır. Çünkü müçtehidin içtihadı bu yönüyle müftünün fetvasına benzemektedir.²⁹ Ayrıca müçtehidin görüşü kendisine uyanların ibadet hayatını düzenlediği için bu konuda olağanüstü bir şekilde titiz olmalıdır.³⁰ Maliki hukukçu Şâtîbî, müçtehidin ortaya koyduğu içtihadî kararının dini açıdan bağlayıcılığı hususunda son derece net bir çerçeve çizmiştir. Ona göre; “*müçtehitler mukallitlere nispetle Şâri’ makamında bulunmaktadır. Onların sözleri yani fetvaları da, Şâri’in hitabı makamına kaim olmaktadır. Başka bir ifadeyle müçtehidin görüşü içtihadı ehil olmayan sıradan kimseler için bir delil niteliğindedir. Avama nispetle müçtehitlerin fetvası, müçtehitlere nispetle şer’î delil mesabesindedir.*”³¹ Şâtîbî kimi zaman da hüküm istinbâtı yapılması gereken yerlerde bütün gücünü sarf ederek içtihadta bulunması yönüyle müftüyü ümmet içindeki peygamber makamında bulunan kimse olarak nitelemekte ve bu çerçevede olmak üzere müftünün bir bakıma Şâri’

²⁵ İzzuddin. b. Abdisselâm, c. I, s. 81.

²⁶ İzzuddin. b. Abdisselâm, c. I, s. 9.

²⁷ Muhammed es-Sûsûh, s.177.

²⁸ Aghnides, s. 118.

²⁹ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, c. II, s. 511.

³⁰ Gazzâlî, *el-Müstasfâ* c. II, s. 526.

³¹ Şâtîbî, c. IV, s. 638-639.

konumunda olduğunu ifade etmektedir. Şu halde müftü, peygamber gibi Allah Teâlâ'dan haber veren kimse konumundadır. Yine o, peygamber gibi kendi değerlendirmesine tâbi olarak şeriatı mükelleflerin fiillerine indirgemektedir. Onun emirleri ümmet hakkında peygamberin emirleri gibi geçerli olmaktadır.³²

C. "İÇTİHAD"IN SEMERESİ (SONUÇ) NİN EPİSTEMOLOJİK DEĞERİ

İslam hukukçuları bilginin epistemolojik değeri ile ilgili kategorik bir tasnif yaparken farklı kavramlar kullanmışlardır. Aşağıdan yukarı ya da zayıftan güçlüye doğru değer ifadesi için; cehl, vehm, şekk, zann ve yakîn kavramlarını kullanmışlardır. Ancak kimi zaman bu kavramlar arasında geçişkenlikler de yaşanmaktadır. İctihat neticesi ulaşılan sonucun icthadı gerçekleştiren özne açısından ifade ettiği epistemolojik değer ile bu icthadı tercih ederek kendisi için bağlayıcı gören bir mukallit açısından ifade ettiği epistemolojik değer her bir müçtehidin icthadının birinin diğerine göre epistemolojik değeri farklıdır. Bu durumda ilk iki grup için yani icthadın öznesi ile o icthadı tercih eden mukallit açısından bu sonuç "zann" kavramında ifadesini bulan "zann-ı galip" dediğimiz kesin ya da kesinliğe yakın bir epistemolojik değeri ifade ederken bir başka müçtehit için aynı düzeyde bir epistemolojik değeri ifade etmemektedir. Bir müçtehidin ulaştığı sonuç ile aynı düzeydeki bir başka müçtehidin ulaştığı sonucun birinin diğerine bir üstünlüğünden bahsedilemeyeceği için "icthad icthadı nakz etmez" ifadesi genel geçer bir ilke olarak yaygınlık kazanmıştır.

Gazzâlî'nin "semere" olarak nitelendirdiği icthad faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan hüküm veya kararın epistemolojik değerine ilişkin üç yönlü bir değerlendirmeden bahsetmek mümkündür.

a. İctihadın Öznesi Olan Müçtehit Açısından

İctihat faaliyetinde bulunan kimse bu süreç sonunda zann- galip düzeyinde bir kanaate ulaşmadığı takdirde görüş belirtmek zorunda değildir. Klasik literatürdeki ifadesiyle müçtehit "bilmiyorum" diyebilme hakkına sahiptir. Bu nedenle müçtehit tüm gücünü sarf ettiği halde tereddüdü devam ediyorsa ve görüşünde istikrar oluşmamış ise herhangi bir kanaat belirtmek zorunda değildir. Ancak müçtehit tüm birikimlerini ortaya koyduktan sonra ulaştığı sonuç onu tatmin etmiş ise artık bu görüş müçtehit açısından "zann-ı galip" olarak nitelendirilir. Bunun neticesinde ortaya çıkan şer'î hükümler müçtehidin yorum süzgecinden geçtiği için doğruluğuna dair baskın kanaat oluşturduğu için "zann-ı galip" olarak tanımlanmıştır.³³ Burada epistemolojik açıdan icthad neticesinde ortaya çıkan sonuç için, kesin ya da kesine yakın bir düzeyin kabulü söz konusu olduğundan bu hüküm için "şer'îlik" nitelemesi yapılmıştır. Bu kavram epistemolojik açıdan bağlayıcılık düzeyini ifade ettiği

³² Şâtîbî, c. IV, s. 595-597.

³³ Bedir, s. 27.

için, dinî açıdan meşru bir zemini ifade etmektedir. Bundan dolayı müçtehit ya da müftînin sorulan bir soruya verdiği cevap bağlayıcılık ifade etmektedir.³⁴ Başka bir ifadeyle müçtehidin içtihadı sadece kendisi açısından bağlayıcılık ifade eder. Aynı içtihadın başkaları için bağlayıcı hale gelmesi onlar tarafından tercih edilip edilmemesine bağlıdır.

Haddizatında müçtehidin içtihadı neticesinde ulaştığı sonuç öncelikle kendisi için bağlayıcı bir sonuç doğurur. Müçtehit bir konuda ilahi iradeyi tespit etmek istediğinde değişik yaklaşımlarıyla fıkıh usulünün çizdiği çerçevede hareket edip bir kanaat oluşturduğunda bu kanaatiyle amel etmesi vaciptir. Müçtehidin ilahi iradeyi aracısız olarak tespit ettiği Kitab'ın ve mütevatir Sünnet'in muhkem nassına göre amel etmesi vacip olduğu gibi, ilahi iradeyi yakalamak amacıyla tasarlanmış belirli bir disiplin çerçevesinde hareket ederek kanaatini oluşturduğunda da bu ilahi iradenin tespitine dair baskın bir kanaat (zann-ı galip) olduğundan bununla amel etmek vaciptir.³⁵

b. İctihadın Uygulayıcısı Olan Mukallit Açısından

İctihat etme yetkinliğine sahip olmayan kişiye “mukallit” adı verilir. Böyle birisi dini ve hukuki bir konuda yetkinliğe sahip olmadığı için yetkinliğe sahip olan bir başkasının bu konulardaki görüşüne itibar etmesi gerekir. Zaten “taklid” de; bir başkasını yetkilendirmek ve yetkiyle donatmak anlamlarına gelmektedir.³⁶ Ancak herhangi bir konuda bir birinden farklı görüşler var ise bu kişinin tercih etme hakkı vardır. Böylece tercihten önce nötr halde bir birine eşit derecede bir epistemolojik değere sahip olan bu görüşlerden birisi tercih ettiğinde bu tercih “şekk” düzeyinde olan bir kararı “zann-ı galip” düzeyine çıkarır ve bu artık epistemolojik açıdan o kişi için kesinlik düzeyinde bir bilgiyi ifade eder. Zaten içtihat da “hükme ait kesin ya da kesine yakın bir bilgi elde edebilmek için bütün gücün ortaya konmasıdır.”³⁷ Şâtibî bu tanımda “ilim” kavramını ardından da epistemolojik açıdan bir alt kategoriyi ifade etmek için “zann” kavramını kullandığı görülmektedir. Bu hiyerarşiden hareketle “ilim” kavramının karşılığı olarak “kesin”, “zann” kavramının karşılığı olarak da “kesine yakın” ifadesi kullanılmıştır. Gazzâlî de “zann” kavramını; tereddüdün giderilmesi aşamasındaki düzeyi ifade etmek için kullanır. Konum olarak da “yakîn” bilginin bir alt düzeyini ifade etmek için kullanır. Ona göre “fikhî konularda muteber olan zann, iki şey arasında tereddüt edildiği sırada, ileri atılmayı ya da geri durmayı mümkün kılacak, tercih ettirici bir unsurdur.”³⁸

³⁴ Bedir, s.28.

³⁵ Bedir, s. 29.

³⁶ George Makdisi, İslam'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi, (Çev. Hasan Tuncay Başoğlu) Elma Basım, İstanbul 2007, s. 328.

³⁷ Şâtibî, c. IV, s. 483.

³⁸ Ebû Hâmid el-Gazzâlî, Mi'yâru'l-İ'lm, (Çev. Ali Durusoy-Hasan Hacak) Elma Basım Yayın, İstanbul 2013, s. 234.

Konuyu maslahat ve mefsedet kavramları bağlamında ele alan Abdisselâm, maslahatların bünyesinde kimi mefsedetleri taşıyabileceği gibi mefsedetlerin de bünyesinde bazı maslahatları bulundurabilmesi doğaldır. Burada galip olan üzerine hüküm inşa etmek esastır. Nitekim ilaçların tedavi için kullanımında istisnai de olsa kimi bünyeler üzerinde etkisi tanımlanmış gibi olmayabilir. Bu durum onun ilaç olarak kullanılmasında bir engel teşkil etmez. Müçtehit de içtihadında galip olanı hedefler ya da galip olan sonuç genellik ifade etmesi açısından yeterlidir. Tümüyle istisnasız bir kesinlik hedeflemek mantıklı değildir. Ticarete de insanlar bazen zarar etme ihtimaline rağmen kazanmayı hedefleyerek ticaret yaparlar. Bu manada içtihat; zann-ı galibi arama faaliyetidir. İsbet edememe ihtimali her zaman muhtemeldir. İşte bu gerçek İslam düşüncesinde içtihatla çoğulcu düşünceye alan açmaktadır.³⁹

Müçtehit olmayan bir kimse içtihat yetkisine sahip olmadığı için bir müçtehide uymakla yükümlüdür; bunun dini bir vecibe olduğunda hiçbir şüphe yoktur.⁴⁰

c. Bir Başka Müçtehit Açısından

Klasik usul eserlerinde içtihadın sonucu olan “semere” için “şer’i hüküm” nitelmesi yapılırken Hâdimî “zann düzeyindeki şer’i hüküm”⁴¹ nitelmesi yapması ya başka müçtehit açısından epistemolojik değeri ifade etmek içindir ya da mukallit bir kimsenin tercih yapmadan önce tüm içtihatların epistemolojik değerini ifade etmek içindir. Veya nötr halde “zann” ifade eden görüşlerden birini dayandığı deliller nedeniyle tercih edip onu “zann-ı galip” düzeyine çıkarırken terk ettiklerini olduğu gibi yani “zann” üzere bırakmayı ifade etmektedir. Bu durumda tercih edilen görüş epistemolojik açıdan kesinlik düzeyini ifade ettiği için uyulması istenilen şer’i bir delil niteliğine kavuşurken terk edilen görüş ise şer’i olarak isnada elverişsiz bir zeminde kalmaktadır. Bu manada Allâme Kâsım’ın şu sözü meşhur olmuştur: “Mercûh, râcih karşısında yok hükmündedir.”⁴² Yani bir görüş dayandığı deliller nedeniyle zayıf görülüp terk edildiğinde yok hükmünde bir niteliğe inmektedir. Kimi hukukçular da bu terk edilen görüşün şer’î olarak uyulmaması gereken bir değer ifade ettiğini vurgulamak için “mensuh” bir görüş olarak nitelmişlerdir.⁴³ Nitekim Gazzâlî de fikhî konularda zannî alana ilişkin bir alanda herhangi bir görüşün tercih edilerek uygulamaya konulması ile o görüş “kesinlik” (yakîn) dercesine çıkmış olacağını ifade etmiştir. Ona göre; “bir hükmün illetin tespit zannî ve onun

³⁹ İzzuddin. b. Abdisselâm, c. I, s. 8-12.

⁴⁰ Bedir, s. 29.

⁴¹ Muhammed b. Mustafa Ebû Sa’îd el-Hâdimî, *Mecâmiu’l-Hakâik* (Manâfiu’d-Dekâik ile birlikte) Dâru’t-Tibaati’l-Â’mire, İstanbul 1308, s. 300.

⁴² Muhammed Emin b. Âbidîn, *Şerhu’l-Manzûmeti’l-Müsemmât bi Ukûdi Resmî’l-Müftî*, Dâru’n-Nûr, Pakistan 2015, s. 231, 243.

⁴³ İbn Abidin, s. 232.

üzerine inşa edilen hüküm zannî olarak nitelendirilse de bu tercih ile “zann-ı galib” düzeyine çıkmıştır ve zann-ı galib de “yakîn” ifade ederek uygulamaya konmuş olur.⁴⁴

SONUÇ

Bir müçtehit içtihat faaliyetine başlarken göz önünde bulundurması gereken en önemli hususlar şunlardır: Öncelikle İslam hukukunun temel referans kaynaklarına dayanması, İslam dininin gerçekleştirmeyi hedeflediği temel değerleri yansıtacak ve bunu karara dönüştürürken formel-mantıkî açıdan tutalı olmasına, ardından bu normun sosyolojik sıhhatini, yani toplumun içselleştirebileceği bir formda ve içerikte olmasına, ardından da etik sıhhatini göz önünde bulundurması gerekir. İslam hukukunda pozitif hukuk olarak normuna dönüşmüş bir içtihat salt güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmadığı, daha ziyade ahlâk açısından bağlayıcı bir düzen olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece hukuku koyan üstün güç, kanun koyma işinde ahlâkî bir sorunla karşı karşıyadır. Adalete uygun olabilecek bir düzenin ayrıca bazı mantiki formlar içinde ve belli bir sisteme göre meydana getirilmesi gerekmektedir. Daha açık bir deyimle, bu düzen boşluk ve çelişme ihtiva etmeyen mantiki ve planlı bir sistem olmalıdır. Hukuk hem etik hem de mantıkî açıdan doğru olmalıdır. Bundan dolayı hukukta yalnızca mantıkî değerlendirme yeterli değildir, bunun etik değerlendirme ile tamamlanması zorunludur. Bu bakımdan, bir normun somutlaştırılmasıyla elde edilecek kararın gerçekten inandırıcı olabilmesi, ancak onun hem kanundan mantıken çıkarılmış ve hem de adaletli olarak algılanmasıyla mümkündür.

Müçtehidin içtihat aşamasında tüm gayretini sarf etmesi, yani ilgili konuda “yakîn” derecesinde bir inançla ulaştığı sonuca güvenmesi esastır. Çünkü başkası için “yakîn” bilgi ifade edecek olan bir bilginin önce kişinin kendisinde bir kesinlik ifade etmesi gerekir. Aksi takdirde kendisi için “yakîn” ifade etmeyen bir sonuç ya da bilgi bir başkasını bağlamaz. başka bir ifadeyle kendisi için “zan” düzeyindeki bir sonuç başkası için “yakîn” derecede bir bilgi olarak bağlayıcılık niteliği oluşturmaz.

İmam Mâlik kendisine sorulan kırk sorudan otuz altı tanesine bilmiyorum cevabı vermiştir. Musa b. Dâvûd şöyle demiştir: “Ulema içerisinde İmam Malik’ten daha fazla ‘iyi bilmiyorum’ diyen bir başkasını görmedim.” Nitekim ahabın müçtehitleri de “bilmiyorum” (lâ edrî) cümlesini sıkça kullanmışlardır. Hatta vahiy ile desteklenmiş olan Hz. Muhammed (sav) bile bu cümleyi kullanmıştır. İbn Aclân şöyle demiştir: “Eğer ‘bilmiyorum’ sözü âlime uğramaz ise, o alim helak olur.”

⁴⁴ Gazzâlî, Mi’yâru’l-İ’lm, s. 375.

KAYNAKÇA

- Abdisselâm, İzzuddin. b., *Kavâi'dü'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm (el-Kavâi'dü'l-Kübrâ)* Dâru'l-Kalem, Dımeşk (t.y).
- Aghnides, Nicolas P., İslâm Hukuku'na Giriş, (Çev. Servet Armağan) Beta Basım, İstanbul 2001.
- Alvâni, Taha Câbir, İslâm Düşüncesinin Bugünkü Meseleleri, (Çev. Süleyman Gündüz) Erkam Matbaası, İstanbul 2008.
- Apaydın, H. Yunus, *DîA*, İctihad md.
- Apaydın, H. Yunus, *Fıkhın Kaynakları*, Ay Yayınları Ankara 2018.
- Âsım Efendi, Mütercim, *Kâmûsu'l-Muhît Tercümesi*, Pasifik Ofset, İstanbul 2014.
- Bedir, Murteza, "Fetva ve Değişim: Geleneksel Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma", *Hanefîlerde Mezhep Usûlü*, (İnceleme-Tercüme, Şenol Saylan) Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2016.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1961.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl (Kitâbu Fevâtihi'r-Rahamût* ile birlikte) Dâru'l-Erkâm, Beyrut (t.y).
- Gazzâlî, Mi'yâru'l-İ'lm, (Çev. Ali Durusoy-Hasan Hacak) Elma Basım Yayın, İstanbul 2013.
- Hâdimî, Muhammed b. Mustafa Ebû Sa'îd, *Mecâmiu'l-Hakâik* (Manâfiu'd-Dekâik ile birlikte) Dâru't-Tıbaati'l-Â'mire, İstanbul 1308.
- Heytu, Muhammed Hasan, *el-İctihâd ve Tabakâtü Müctehidî'ş-Şâfi'iyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1988.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin, Şerhu'l-Manzûmeti'l-Müsemmât bi Ukûdi Resmî'l-Müftî, Dâru'n-Nûr,, Pakistan 2015.
- İ'vad, İbrahim Necib Muhammed, *el-Kadâ fî'l-İslâm; Tarihu ve Nizamuh*, Mecma'u Buhûsi'l-İslâmiyye, Kahire 1975.
- Kâsımî, Zâfir, *Nizâmu'l-Hukm fi'ş-Şerî'a ve't-Tarîhi'l-İslâmî*, Dârun- Nefâis, Beyrut 1987.
- Makdisi, George, İslam'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi, (Çev. Hasan Tuncay Başoğlu) Elma Basım, İstanbul 2007.

Surûş, Abdülkerim, “İslam Düşüncesinde Fıkhın Konumu”, *Modern Durum ve Dinî Bilginin Evrimi* (Ed. Yalçın Akdoğan- Kenan Çamurcu) Cihan Ofset İstanbul 1997.

Surûş, Abdülkerim, “Epistemolojik Plüralizm ve İslam”, *Modern Durum ve Dinî Bilginin Evrimi*, (Ed. Yalçın Akdoğan- Kenan Çamurcu) Cihan Ofset, İstanbul 1997.

Sûsûh, Abdü'l-Mecîd Muhammed, *el-İctihad ve Fehmu'n-Nass*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 2003.

Şâtırbî, Ebû İshak İbrahim b. Mûsa el-Lahamî, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şerî'a*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1994.

Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *İrşâdu'l-Fuhûl*, Matbaa'tu's-Saâ'de, Mısır 1327.

VERGİ ETİĞİ YAKLAŞIMI

Tax Ethics Approach

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ÖMERCİOĞLU¹

Geliş Tarihi: 29.05.2018 Kabul Tarihi: 18.09.2018

ÖZET

Çalışmada öncelikle etik kavramının farklı yaklaşımlarına yer verilmiştir. Bu yaklaşımların vergi hukukuna yansımaları şeklinde tezahür eden vergi etiği kavramı da vergiye uyum kapsamında ele alınmıştır. Vergi etiğine uyulmaması halinde karşılaşılan neticeler vergiye karşı tepkiler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu da vergi uyumunun bozulması ve kamu gelirlerinin azalması sonucunu yaratmakta; dolayısıyla da kamu menfaatinin zarara uğramasına neden olmaktadır. Bu çerçevede vergi etiği anlayışını etkileyen birtakım idari, ekonomik ve sosyal faktörler belirlenmiştir. Bu faktörlerin gereği gibi yerine getirilmesi halinde vergi etiğinin yükselerek, kamunun uğradığı zararın azaltılabileceği söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Etik, Vergi Uyumunu, Vergi Kaçırma, Vergi Affı.

ABSTRACT

Firstly different approaches to the concept of ethics given in the study. The concept of tax ethics, which manifests as the reflection of these approaches in the tax law, has also been taken into account in the context of tax compliance. The consequences of failure to comply with the tax ethics are in the form of reactions to the taxation. This creates a deterioration of tax compliance and a decline in public revenues; thus causing a loss of cumulative benefits. In this framework, a number of administrative, economic and social factors have been identified that affects tax ethics. If these factors are fulfilled as required, it can be said that tax ethics will increase and the public loss can be reduced.

Keywords: Tax, Ethics, Tax Compliance, Tax Evasion, Tax Amnesty.

GİRİŞ

Etik, beşeri ahlak çerçevesinde ele alınan bir kavramdır. İnsan davranışlarının iyiyi ve güzeli yansıtmaları gerekir. Bu sebeple evrensel olarak kabul görebilecek birtakım tutum ve davranış kurallarının belirlenmeye çalışılması yoluna gidilmiştir. Ancak toplumların farklı karakteristik özelliklerine sahip olması nedeniyle etik kavramının bölgesel olarak değişik algılamalarının da olabileceği kabul görmektedir. Gelişen anlayışla beşeri hayatın hemen her alanında bazı etik kurallar uygulama alanı bulmaktadır.

Vergiler genel anlamda, herkes için hem bir hak hem de bir ödev niteliğindedir. Vergi vermenin belki de en önemli neticesi, mükelleflerin malvarlığında önemli bir eksilme meydana getirmesidir. Bu eksilmenin mükellef nezdindeki psikolojik temeli; birtakım idari, ekonomik ve sosyal faktörlere bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu faktörlerin olması gerektiği gibi

¹ Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD. (a.omercioglu@gmail.com)

sağlanması halinde, vergi etiği bağlamında vergiye uyumun kolaylaşacağı sonucuna varılabilir. Bu sebeple vergiye psikolojik ve sosyolojik temelde bir yaklaşımın sunulması ihtiyacı doğmaktadır.

Vergilemede bu psikolojik ve sosyolojik bağ, bir toplum davranışı olarak etik değerlerden kaynaklanmaktadır. Mükellef, sorumlu veya bunların temsilcileri tarafından etik ilkelere uyulmaması halinde vergiye karşı tepkilerin olduğundan bahsedilir. Bu tepkiler dolayısıyla kayıt dışı ekonomiye kayış artar ve kamu zararı meydana gelir. Sorunun çözümlü toplumdaki vergi etiği değerlerinin yüceltilmesi ile sağlanabilir. Bunun için ise öncelikle vergi etiğini etkileyen faktörlerin belirlenmesi gerekir. Bu belirleme, vergi etiğine karşı stratejik bir yaklaşımın geliştirilmesi yoluyla yapılacaktır.

Vergi etiğine etki eden faktörler belirlenirken vergilerin fiskal ve ektrafiskal amaçları göz önünde bulundurularak bir gruplama yapılacaktır. Bu bakımdan vergi etiğine etki eden faktörlerin yönetsel başka bir deyişle idari davranışlardan kaynaklanabileceği gibi, ekonomik göstergelerden ve sosyal davranışlardan da kaynaklanabileceği değerlendirmesi yapılacaktır. şüphesiz bu gruplamanın ve grup içerisinde yer verilen faktörlerin daha da çoğaltılması mümkündür. Ancak çalışmada etki gücüne göre en yüksek değeri ihtiva ettiği değerlendirilen faktörlere yer vermeye çalışılacaktır.

I. ETİK KAVRAMI

Etimolojik olarak etik kavramı, Yunanca töre, kültür, ahlaki yapı anlamına gelen “*ethos*” sözcüğünden türemiştir. Dilimizde etik, Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre; “töre, çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü ve ahlaki veya ahlakla ilgili” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlama ahlak ile etiği eşanlımlı olarak kabul etmektedir.

Felsefi temelde ise etik kavramı, ahlakın felsefi olarak tartışılması şeklinde tanımlanmaktadır². Buradan yola çıkarak ahlakın etikten farklı ancak onun içinde yer alan bir kavram olduğu ortaya konabilir. Pozitif hukukun kapsamını sosyal etik anlamındaki ahlak etkilemektedir³. Bu bakımdan ahlak, belirli bir toplumda uyulması gereken beşeri kurallar bütünü olurken genel anlamda etik, mevcut bulunan ahlak üzerine düşünme ve sorgulama eylemidir⁴. Başka bir deyişle etik; zaman, yer ve şartlara bağlı olmadan geçerli olabilecek en ideal ahlak kurallarının bulunup bulunmadığını sorgulayan olgudur.

² Fred FELDMAN, (Çev. Ferit Burak AYDAR), **Etik Nedir?**, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 2013, s.11.

³ Adnan GÜRİZ, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 2009, s.16.

⁴ Abdölbaki GÜÇLÜ / Erkan UZUN / Serkan UZUN / Ümit Hüsrev YOLSAL, **Felsefe Sözlüğü**, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2008, s.502.

Batı felsefesinde ilk etik öğretisini sofistlerin başlattığı kabul edilmektedir⁵. Bu etik öğretilerine göre evrensel olarak geçerli ahlaki ilkeler yoktur ve tüm ahlaki ilkeler tarihsel koşullara, dönemlere, toplumlara, kültürlere ve bireysel tercihlere göre değişkenlik gösterir. Bu anlayış etik göreceliği olarak adlandırılmaktadır⁶. Daha sonra ise Sokrates ile başlayan süreçte etik evrenselciliği adı verilen bir felsefeye doğru gidilmiştir. Sokrates'e göre ahlak, akıl ve bilgi (erdem) ile ulaşılan ve bütün insanlığı kapsayan bir değerdir. Ahlaklı olmak, etik değerler çerçevesinde erdemli bir yaşam sürmenin ön şartıdır⁷. Bu bakımdan etik, toplumda uygulanan töre ve görenek kurallarının sorgulanması ve içselleştirilmesi ile elde edilen bir erdemdir.

Etik, bireylerin iyi ve kötü ya da doğru ve yanlış yargılarını oluşturan ve insan ilişkilerinin temelini oluşturan bir kavramdır⁸. Başka bir ifadeyle etik, kişilerin birbirleriyle olan münasebetlerinde algılama ve davranışlarını yönlendirmesi beklenen, onlara rehberlik eden kurallar sistemidir⁹. Etiğin hem bireysel hem de toplumsal düzlemde ahlak algısını geliştirme yeteneği mevcuttur.

Klasik olarak bireysel etik ve iş etiği şeklinde ayrılan etik kavramı günümüzde, sosyal bir olgu olması dolayısıyla hayatın hemen her alanında farklı bir tanıma bürünebilmektedir. Temelde bireysel etiğin güçlenmesi ile sağlanmış olan bu farklı tanımlamalar, insan davranışlarına esas teşkil eden ve onları şekillendiren değerler hakkındaki bilincin gelişmesi ile ortaya çıkmıştır.

II. VERGİ ETİĞİ VE ETKİ EDEN FAKTÖRLER

A. Vergi Etiği

Vergi etiği her şeyden önce mükellef, vergi sorumlusu ve bunların temsilcileri nezdinde içsel bir güdü niteliğindedir. Bu açıdan doktrinde vergi etiği açıklanırken psikolojik ve sosyolojik temelli tanımlamalara yer verilmektedir.

Vergi etiği, vergi uyumunun belirleyicisi konumundadır. Vergi etiği; vatandaşların mükellef olarak devletle aralarındaki ilişkiyi belirleyen davranış normları olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Başka bir tanımlamaya göre vergi etiği;

⁵ Sofist; güzel konuşan, filozof anlamına gelmektedir. Antik Yunan'da milattan önce 5.yy'da aristokratik kökene sahip olmayan zengin sınıfının siyasi kaygılarla sosyal olaylara ilişkin bilgi satın almak istemeleri sonucu oluşan bir dönemi oluşturmaktadır. Bkz. GÜRİZ, s.144.

⁶ Suat ÇELİKKOL, "Aristoteles'te Etik Göreceliğin Eleştirisi", **ERZSOSDER**, Erzincan, 2015, s.162.

⁷ GÜRİZ, s.148.

⁸ Kubilay ÖZYER / Öznur AZZOĞLU, "Demografik Değişkenlerin Kişilerin Etik Tutumları Üzerindeki Etkileri", **Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.6, Sa.2, 2010, s.61.

⁹ İsmail KİTAPCI, **Vergi Etiği - Vergi Psikolojisi**, Seçkin, Denizli, 2015, s.87.

¹⁰ Y. D. SONG / T. E. YARBROUGH, "Tax Ethics and Taxpayer Attitudes: A Survey", **Public Administration Review**, C.38, 1978'den nakleden; Hasan Hüseyin BAYRAKLI / Naci

vergiye ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilme derecesidir¹¹.

Vergi etiği, vergi bilinci, vergi kültürü ve vergi ahlakı ile iç içedir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde verginin öneminin farkında olan bireylerinin, vergi ile ilgili ödevlerini yerine getirmedeki isteklilik düzeyi vergi bilinci olarak tanımlanmaktadır¹². Bu bilinç düzeyi aynı zamanda toplumdaki vergi kültürünü göstermektedir. Vergi etiğine uyumun düzeyi de vergi ahlakını oluşturmaktadır. Vergi etiğinin gelişmiş olduğu toplumlarda, vergi bilincinin yerleşmiş olması ve bu durumun bir kültür şeklinde oturmuş olması dolayısıyla mükelleflerin vergiye uyumlarının yüksek olduğu söylenebilir. Vergi uyumunun yüksek olması da kayıp veya kaçak oranlarının düşük olduğu, herkesin vergi yüküne katıldığı ve kamusal menfaati gerçekleştirmek adına çalıştığı sağlıklı bir toplum düzeni demektir.

B. Vergi Etiğine Uyumsuzluğun Sonuçları

Vergi etiğine uyulmaması halinde karşılaşılan neticeler; mükellef, sorumlu veya bunların temsilcileri tarafından vergiye karşı birtakım tepkilerinin oluşması ve bu tepkiler dolayısıyla kayıt dışı ekonomiye kayış şeklinde tezahür etmektedir. Vergiye karşı oluşan tepkiler; vergiden kaçınma, vergi kaçırma, vergi grevi, vergi reddi, vergi yansıması ve yerleşmesi, vergi planlaması ve vergi inzivası gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

1. Vergiye Karşı Tepkiler

Vergiye karşı oluşan tepkilerden bazıları vergiden kaçınma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Vergiden kaçınma; mükelleflerin hukuk dışına çıkmadan vergi ödememeleri veya düşük vergi ödeme eğilimine girmeleridir¹³. Başka bir deyişle mükellefler ya vergi doğuran olayı meydana getirecek işlemleri hiç yapmazlar ya da yapacakları işleme ilişkin daha az vergi vermeyi gerektiren seçeneklere yönelirler.

Vergiye karşı oluşan tepkilerin en önemlisi vergi kaçırma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Vergi kaçırma, kamu düzenini bozan bir fiildir. Bu fiil, ağırlığına ve kanun koyucunun nitelemesine göre suç veya kabahat şeklinde ortaya çıkmaktadır. Her halde de mükellefler, vergi yükünün tümünün veya bir kısmının dışında kalma çabası ile vergiye karşı hukuk dışı bir direniş sergilemektedirler¹⁴. Bu direniş maddi anlamda kamu zararı meydana

Tolga SARUÇ / İsa SAĞBAŞ, "Vergi Kaçırma Etkileyen Faktörlerin Belirlenmesi ve Vergi Kaçaklarının Önlenmesi: Anket Çalışmasının Bulguları", **19. Türkiye Maliye Sempozyumu**, Antalya, 10-14 Mayıs 2004, s.211.

¹¹ KİTAPCI, s.93.

¹² Abdurrahman AKDOĞAN, **Kamu Maliyesi**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s.189.

¹³ Eren ÇAŞKURLU / Cem Barlas ARSLAN, **Kamu Maliyesine Giriş**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s.228.

¹⁴ Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, "Vergiye Karşı Direniş Şekilleri ve Vergi İnzivası", **Gazi Üniversitesi**

getirmekte; şekli anlamda ise kamu için bir tehdit oluşturmaktadır. Vergi kaçırmanın, devlet gelirlerinin azalması nedeniyle mali sonuçlarının yanında buna bağlı olarak gelişen birtakım ekonomik ve hizmetlerin daha az üretilmesi nedeniyle sosyal sonuçları da bulunmaktadır¹⁵.

Bir diğer tepki, kanunen salınmış olan bir vergiye karşı bireysel veya toplu bir direniş gösterilmesidir. Buna vergi grevi denmektedir. Burada verginin kişi veya bir kesim tarafından kabul edilmemesi söz konusudur. Böyle bir direniş gösterilmesi sonucunda o verginin kaldırılması halinde ise vergi reddinden bahsedilir. Öğretide vergi reddi ile vergi grevi eşanlamlı olarak tanımlanabilmektedir¹⁶. Bu tanımlama yanlış olmamakla birlikte, vergi reddinin vergi grevinin başarıya ulaşmış bir sonucu olduğu kanısındayız. Nitekim tepkilere rağmen vergi kaldırılmıyorsa, verginin reddinden bahsetmek mümkün olmamaktadır¹⁷.

Vergiye karşı tepkiler, ödenen verginin iktisadi koşullardan faydalanmak suretiyle kısmen veya tamamen ileriye ya da geriye doğru başkaları üzerine aktarılması şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁸. Bu durum vergi yansıması olarak adlandırılmaktadır. Vergi yansıması ile vergi kaybı yaratılmamakta başka bir deyişle kamu zararı oluşmamaktadır. Ancak mükellefler, kendi üzerine düşen vergi borcunu yansıtarak başkaları tarafından ödenmesine neden olmaktadır. KDV uygulamasında her mükellefin ödediği vergiyi bir sonraki mükellefe yansıtması ve vergi yükünün nihai tüketici üzerinde kalması, vergi yansımasının en tipik örneğini oluşturur. Yansıyan verginin en nihayetinde bir mükellef üzerinde kalması ise vergi yerleşmesi olarak adlandırılmaktadır¹⁹. Başka bir ifadeyle, verginin bir daha yansıtılmasının mümkün olmaması halinde vergi yerleşmesi oluşur.

Vergiye karşı oluşan bir diğer tepki vergi planlamasıdır. Vergi planlaması mükellef açısından mikro; kamu açısından ise makro anlamda incelenmektedir. Mikro anlamda vergi planlaması, mükellefin ödemesi gereken vergi tutarını hukuk dışına çıkmadan en aza indirgeme çabasıdır²⁰. Makro anlamda vergi planlaması ise, Devletin mali ihtiyaçlarını en uygun kaynaklardan toplumun menfaatleri ve eğilimlerini gözeterek vergi uygulaması geliştirmesidir²¹.

Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Y.2013, Sa.1-2, s.1300.

¹⁵ Metin ERDEM / Doğan ŞENYÜZ / İsmail TATLIOĞLU, **Kamu Maliyesi**, Ekin, Bursa, 2012, s.177,178.

¹⁶ Filiz GİRAY, **Vergi Teşvik Sistemi ve Uygulamaları**, Ekin, Bursa, 2012, s.26.

¹⁷ Gülay AKGÜL YILMAZ, **Kamu Maliyesi**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.166.

¹⁸ GİRAY, s.25.

¹⁹ ÇAŞKURLU / ARSLAN, s.231.

²⁰ AKDOĞAN, s.191.

²¹ AKDOĞAN, s.191.

Vergi inzivası, mükelleflerin vergi ödememek amacıyla bireysel veya toplu olarak yasal ikametgâhlarını terk etmelerini ve başka bölgelere yerleşmelerini ifade etmektedir²². Bu tepki türü, mükellefleri yaşadıkları yere göre daha az vergi verecekleri veya hiç vergi vermeyecekleri yerlere göç etmek durumunda bırakmaktadır.

2. Kayıt Dışı Ekonomide Artış

Kayıt dışı ekonomi; tam olarak belirlenmesi mümkün olmayan ancak istatistiki yöntemlere göre tahmin edilebilen ve gayri safi milli hasılanın tespitinde kullanılmayan, gelir yaratıcı ekonomik faaliyetlerin tümü şeklinde tanımlanabilir²³. Başka bir ifadeyle kayıt dışı ekonomi, çok yüksek oranda vergilendirilmeye engel olmak ve bazı avantajlardan yararlanmak için beyan dışı bırakılan her türlü gelirden oluşmaktadır²⁴.

Kayıt dışı ekonomi, gelirin vergilendirilememesi sonucunu doğurur. Bu da devletlerin en önemli gelir kaynağı durumundaki vergi gelirlerinin azalmasına yol açar. Dolayısıyla bu gelirler bütçe planlamasına dâhil edilemez. Özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde kayıt dışı ekonominin önemli boyutlara ulaştığı ve vergi gelirlerinin istenilen düzeyde olmadığı bilinmektedir²⁵.

Kayıt dışı ekonomiyi ortaya çıkaran sebepler; maliyetleri düşürme isteği, ekonomik kaygılar, suça bakış açısı, devlete olan güvensizlik gibi genel olarak mükellef davranışına dayanmakla birlikte; yüksek enflasyon, işsizlik, vergi idaresinin ve denetimlerinin yetersizliği, yanlış vergi politikaları dolayısıyla vergi adaletinin sağlanamaması ve yaptırımların etkisizliği gibi devlet idaresindeki eksikliklerden de kaynaklanabilmektedir²⁶.

Mükelleflerin vergiye karşı direnme eğilimi göstermeleri, onları kayıt dışına iten önemli bir etkidir. Bunun tersi olarak kayıt dışı ekonominin yüksek olduğu toplumlarda da mükelleflerin vergiye uyum sağlamasının güçleştiği söylenebilir²⁷. Başka bir ifade ile kayıt dışı ekonomi ve vergi etiği arasındaki ilişki çift taraflı olarak işlemektedir. Şöyle ki vergiye uyum, vergiye karşı direnme sonucunda ortaya çıkar. Bir toplumda vergiye karşı oluşan tepkiler ne kadar azaltılırsa kayıt dışı ekonomiye yönelim de o kadar azalacaktır. Bunun

²² Michel BOUVIER, *Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de L'Impôt*, 5. Edition, L.G.D.J, Paris 2003, s.157'den nakleden: PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, s.1301.

²³ Fatih ACAR / Fazıl AYDIN, *Kayıt Dışı Ekonomi*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2014, s.6.

²⁴ PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, s.1298.

²⁵ Salih TÜREDİ / Mehmet Hanefi TOPAL, "Vergilendirme ve Demokrasi Arasındaki İlişki: Gelişmekte Olan Ülkeler İçin Panel Nedensellik Analizi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, C.11-1, Nisan 2016, s.80.

²⁶ Şinasi AYDEMİR, *Türkiye'de Kayıtdışı Ekonomi*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 1995, s.46-68; ACAR / AYDIN, s.13-18.

²⁷ Abdullah ÖMERCİOĞLU, *Vergi Demokrasisi*, Gazi Kitabevi, Kırıkkale, 2018, s.56.

karşısında, toplumda kayıt dışı ekonomi yaratan unsurlar ne kadar azaltılırsa toplumun vergiye karşı tepki geliştirme eğilimi de o kadar azaltılabilecek ve vergi etiği güçlenecektir. Dolayısıyla vergi etiğinin sağlanabilmesi için hem toplumda vergiye karşı oluşan tepkilerin önlenmesi hem de daha geniş anlamda iktisadi unsurların geliştirilmesi yoluyla kayıt dışılığın önlenmesi gerekmektedir.

C. Türkiye’de Vergi Etiği Değerlendirmesi

Türkiye’de kayıt dışı ekonomi kapsamında vergi kayıplarının ve vergiye karşı geliştirilen en önemli tepki olarak vergi kaçakçılığının yüksek olduğu bilinen bir gerçektir. Bu durumun temel nedenleri arasında denetim eksikliği ve mükellefler nezdinde vergi etiğinin zayıf olması gösterilebilmektedir. Bu bakımdan Türkiye’de vergi kaçakçılığı suçlarından verilen mahkûmiyet kararları ile kayıtlı mükellef sayılarının değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir.

Tablo 1’de 2009 ile 2016 yılları arasında Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde düzenlenmiş olan Vergi Kaçakçılığı suçları uyarınca ceza mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararı sayıları gösterilmiştir. Burada yer verilen sayılar, suç tarihi itibarıyla bir istatistik tutulmaması sebebiyle, kararın verildiği tarihe göre tasnif edilmiştir. Suçun işlendiği tarih, karar tarihine göre değişiklik gösterebilir.

	359/a1	359/a2	359/b	359/c	Toplam
2009	539	4.433	9.746	-	14.718
2010	488	5.689	10.055	-	16.232
2011	500	3.998	8.364	-	12.862
2012	669	6.443	13.786	44	20.942
2013	680	8.176	18.047	34	26.937
2014	728	7.699	21.827	122	30.376
2015	731	6.918	15.863	35	23.547
2016	192	3.087	13.074	24	16.377

Kaynak: Abdullah ÖMERCİOĞLU / Melike Rana DAYIOĞLU / Cem Barlas ARSLAN, “Vergi Suçlarının Türkiye’de Adli Görünümü”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.8, Sa.1, 2018, s.64’ten güncellenerek Adli İstatistik Genel Müdürlüğü verilerinden yararlanılarak oluşturulmuştur. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/adliarsiv.html>.

VUK m.359/a1 bendinde sayılan suçlar; hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak ile defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmektir. VUK m.359/a2

bendinde sayılan suçlar ise defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek, gizlemek ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemektir. VUK m.359/b bendinde sayılan suçlar; vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemektir. VUK m.359/c bendinde yer alan suç ise Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basmak veya bunları bilerek kullanmaktır.

Tablodan göröleceği üzere vergi kaçakçılığı suçundan mahkûm olan kişi sayısı her yıl değişkenlik göstermektedir. 2014 yılı itibariyle en üst değerine çıkan bu sayı daha sonra azalmaya başlamıştır. Nüfusun ve dolayısıyla iş hacminin artmasına rağmen vergi kaçakçılığı suçundan mahkûm olan kişi sayısının azalması olumlu olarak değerlendirilebilir. Ancak bu durum, mükelleflerin vergi etiğine uygun davranarak vergi kaçırılmama eğilimi içiresine girmelerinden kaynaklanabileceği gibi, denetim müesseselerinin iyi işlememeye başlamasından veya yetersiz yargılama olanakları nedeniyle dosyaların sonuçlandırılmamasından da kaynaklanıyor olabilir. Ayrıca, çeşitli şekillerde uygulanan vergi aflarının da bu istatistiğe etki ettiği düşünölebilir. Nitekim vergi affının kapsamına bağlı olarak, gerçekte işlenmiş olan vergi kaçakçılığı suçunun beraat ile sonuçlanmış olması muhtemeldir. Af uygulamalarının yaygınlaşması, mükellefleri vergi ödememe eğilimine yönlendirerek vergi etiğine zarar verebilmektedir.

Tablo 2’de 2009 ile 2016 yılları arasında Ocak ayı itibariyle Türkiye’deki faal vergi mükellefi sayıları gösterilmiştir.

	Gelir Vergisi Faal Mük. Sayısı	Gelir Stopaj Vergisi Faal Mük. Sayısı	G.M.S.İ. Faal Mük. Sayısı	Basit Usulde Vergilendirilen Mük. Sayısı	Kurumlar Vergisi Faal Mük. Sayısı	KDV Faal Mük. Sayısı	Toplam
2009	1.696.627	2.329.440	743.763	740.862	639.858	2.260.680	8.411.230
2010	1.684.948	2.331.185	839.564	736.046	640.987	2.252.806	8.449.536
2011	1.695.504	2.362.733	971.595	726.331	653.620	2.275.863	8.685.646
2012	1.708.617	2.395.787	1.040.734	711.407	664.510	2.299.861	8.820.916
2013	1.765.559	2.440.480	1.334.612	700.561	660.944	2.347.181	9.249.337
2014	1.776.356	2.454.907	1.547.738	718.968	662.341	2.357.339	9.517.649
2015	1.796.709	2.491.755	1.592.829	738.024	674.674	2.389.682	9.683.673
2016	1.827.867	2.554.553	1.668.044	749.414	702.811	2.446.425	9.949.114

Kaynak: Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı verilerinden oluşturulmuştur. http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/user_upload/V1/20161.htm.

Ülkede kayıtlı faal vergi mükellefi sayılarının sağlıklı değerlendirilebilmesi için ülkenin toplam nüfusunun da göz önüne alınması gerekmektedir. Kayıtlı bir ekonomide nüfusun yaklaşık %90'ının vergi mükellefi olarak bir şekilde vergi idaresine bildirimde bulunması gerektiği kabul edilmektedir²⁸. Ayrıca, ülkedeki istihdam oranı verileri de toplam faal mükellef sayısının nüfusa oranı ile karşılaştırma yapılabilmesi için değerlendirmeye alınabilir.

Tablo 3'de 2009 ile 2016 yılları arasında faal toplam mükellef sayılarının toplam nüfus içerisindeki oranı ve istihdam oranı gösterilmiştir.

	Toplam Faal Mük. Sayısı	Toplam Nüfus	Oranı (%)	İstihdam Oranı (%)
2009	8.411.230	72.561.312	11.59	41,2
2010	8.449.536	73.722.988	11.46	43,0
2011	8.685.646	74.724.269	11.62	45,0
2012	8.820.916	75.627.384	11.66	45,4
2013	9.249.337	76.667.864	12.06	46,4
2014	9.517.649	77.695.904	12.24	49,5
2015	9.683.673	78.741.053	12.29	50,2
2016	9.949.114	79.814.871	12.46	50,6

Kaynak: TÜİK verileri kullanılarak hesaplanmıştır. <http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>.

Tablo 2 ve Tablo 3 birlikte değerlendirildiğinde, kayıtlı faal mükellef sayılarının ülke nüfusuna oranının çok düşük seviyelerde olduğu görülmektedir. 2009-2016 yılları arasındaki sekiz yıllık süreçte toplam ülke nüfusu 7.253.559 kişi artmıştır. Toplam nüfusun bu artışına karşılık toplam faal mükellef sayısı aynı yıllar içerisinde 1.537.884 kişi artmıştır. Toplam faal mükellef sayısının toplam nüfusa oranı %11 ile %12,5 bandında, 2010 yılındaki düşüş istisna olacak şekilde olumlu olarak düzenli bir artış göstermektedir. Ancak bu oranlar, istihdam oranlarıyla²⁹ kıyaslandığında ise bir hayli düşük oldukları gözlenmektedir.

İstihdam oranlarının, ülkenin işgücüne katılabilen 15 yaş ve üzeri nüfusu kapsadığı dolayısıyla aktif mükellef sayısının da 15 yaş ve üzeri toplam nüfusa oranlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak istihdam edilebilmek için yaş şartının sağlanması gerekirken mükellefiyet açısından böyle bir şartın bulunmaması nedeniyle bu düşünce geçerli bir argüman olmayacaktır. Bu açıdan, 15 yaş ve üzeri toplam nüfusa oranlanan bir aktif mükellef sayısı

²⁸ KİTAPCI, s.151.

²⁹ İstihdam oranı, istihdam edilen kişi sayısının kurumsal olmayan çalışma çağındaki toplam nüfusa oranlanması ile hesaplanmaktadır. Kurumsal olmayan çalışma çağındaki nüfus, 15 yaş ve üzerindeki kişileri kapsamaktadır.

düşünülse dahi ortaya çıkacak olan oranın en azından istihdam oranına yaklaşması beklenmelidir. Nitekim her iki halde de en iyi oranı sağlayan 2016 yılı ele alındığında; 15 yaş ve üzeri toplam nüfus 60.889.089 kişi olarak toplam faal mükellef sayısı ile oranlanması sonucunda ulaşılan %16,33 oranı istihdam oranı olan %50,6 karşısında epey aşağıda kalmaktadır.

OECD'ye üye ülkelerin 2011 yılı gelir vergisi mükellefi sayısının toplam nüfusa oranının ortalaması 56,31 olarak gerçekleşmiştir³⁰. Bu oranın hesabına, KDV mükelleflerinin sayısı dâhil edilmemiştir. KDV mükelleflerinin sayısı da eklendiğinde toplam faal mükellef sayısının nüfusa oranı daha da artacaktır.

Genel olarak, vergi kaçırma eğiliminin yüksek olması, kayıtlı toplam mükellef sayısının hem nüfusa hem de istihdam oranına göre bir hayli düşük olması sebebiyle Türkiye özelinde vergi etiğinin gelişkin olmadığı söylenebilir. Sınırlı verilen tablolarda dahi bir mükellef algısı olarak, vergiye uyumun sağlanamadığı ve kayıt dışılığa yönelimin olduğu sonucuna varılabilmektedir.

III. VERGİ ETİĞİNE STRATEJİK YÖNETİM YAKLAŞIMI

Strateji etimolojik olarak, Yunanca ordu anlamına gelen “*stratos*” ve yönetmek anlamına gelen “*ago*” kelimelerinden türetilmiştir. Bu bakımdan strateji, temelde askeri yönetim olarak algılanabilmekle birlikte, bunun yanında ekonomik, politik ve psikolojik yönetimi de kapsayan çok yönlü bir yönetim sistemini ifade etmektedir.

Yönetim sistemi, tüm örgütsel veya kurumsal yapıyı yönetme ve idare etme sürecidir. Günümüzde bu süreç, alt yönetim sistemleri üzerinden yürütülmektedir. Bir örgüt veya kurum içerisindeki yönetim sürecinin alt bölümlere ayrılması, ancak stratejik bir yönetim yaklaşımı izlenmesiyle sağlıklı ve verimli bir şekilde işletilebilmektedir³¹. Bu bakımdan stratejik yönetim yaklaşımı; bir organizasyonun amaçlarına ulaşabilmesi için etkili stratejiler geliştirmesini, bunların planlanmasını, uygulanmasını ve kontrolünü ifade etmektedir³².

Günümüzde strateji anlayışı, tüketicinin henüz farkında olmadığı ihtiyaçlarını karşılamayı hedeflemektedir. Bu açıdan vergi etiğine stratejik yönetim yaklaşımının sergilenmesi, ancak vergi sorumlusu ve mükelleflerden oluşan vergi ödevlilerinin vergiye uyumunu kolaylaştırmak amacıyla geleceğe yönelik planlama ve uygulamaların belirlenmesi yoluyla gerçekleştirilebilecektir.

³⁰ İbrahim ORGAN / Baki YEGEN, “OECD’ye Üye Ülkeler Açısından Kişisel Gelir Vergisi Mükellef Sayılarının ve Seçmen Sayılarının Değerlendirmesi” **Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.4, Sa.5, 2015, s.170.

³¹ Cemal ÖZTÜRK, **Kamu Yönetiminde Stratejik Yaklaşımlar**, SAGE Matbaacılık, Ankara, 2016, s.35.

³² Coşkun Can AKTAN, “Stratejik Yönetim ve Stratejik Planlama”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.1, Sa.1, Temmuz-Ağustos 2008, s.6.

Hukuk nezdinde stratejik yaklaşım türünün, ideal hukuk şeklinde tezahür ettiği ileri sürülebilir. Dolayısıyla, vergi etiğine etki edeceği kurgulanan birtakım faktörlerin geliştirilmesi, mükelleflerin farkında olmadan vergi etiğini benimsemeleri sonucunu doğurabilecektir. Bu durum, vergiye karşı tepkilerin önlenmesi yoluyla vergiye uyumu kolaylaştıracak ve kayıt dışılığı azaltacaktır.

A. Vergi Etiğini Etkileyen Faktörler

Vergi etiğini etkilediğini ve iyileştirilmeleri halinde vergiye uyumu kolaylaştıracağını kabul ettiğimiz faktörler, etki alanları ve kaynakları bakımından yönetsel, ekonomik ve sosyal faktörler olarak tasnif edilmiştir.

a. Yönetmel Faktörler

Vergi etiğine etki eden yönetsel faktörler; vergilemenin politik sınırı, toplumdaki demokrasi kültürü, vergi idaresinin işleyişi, vergi yargı organlarının işleyişi, vergi denetimlerinin etkinliği ve vergi afları olarak belirlenmiştir.

Vergilemenin politik sınırı, vergi oranlarının artarken oy oranlarının da artması ancak belli bir eşikten sonra oy oranlarında azalmanın başladığı sınırdır³³. Dolayısıyla siyasi aktörler, vergi oranlarını kullanarak iktidara gelmek veya mevcut iktidarlarını korumak adına hareket edebilmektedir. Bu durumda, oy kaygısıyla baskı gruplarının lehine kararlar alarak bu kesimlerin vergi yükünü düşürürken diğer kesimlerin vergi yükünü artırabilmektedirler³⁴. Bu tür uygulamalar, ihmal edilen kesimde vergi uyumunu zedelemekte ve vergi etiğini zayıflatmaktadır.

Vergi etiğinin gelişimi için önem arz eden bir diğer faktör, toplumda yerleşmiş olan demokrasi kültürüdür. Demokrasi, en bilinin tanımıyla, “halkın, halk tarafından, halk için yönetimi”dir³⁵. Demokrasi ile vergi arasındaki ilişki tüm tarih boyunca sürmüştür. Hatta ilk demokrasi mücadelesinin iktidarların keyfi vergi salmalarına tepki olarak başladığı söylenmektedir³⁶. Bu açıdan, “temsilsiz vergi olmaz” kuralı demokratik yönetimlerin temel ilkeleri arasında yer almıştır. Demokratik ilkeleri benimsemiş bir toplum, hem bir ödev hem de bir hak olarak vergi ödevini yerine getirmede gönüllülük esaslarına uygun davranacaktır. Bu da vergiye uyumu kolaylaştıracak ve vergi etiğini güçlendirecektir.

Vergi idaresinin işleyişi de vergi etiğini etkilemektedir. Vergi idaresinin uygulamalarının vergi ödevlileri tarafından kabul edilebilir nitelikte olması

³³ Naci Tolga SARUÇ, **Vergi Uyumu: Teori ve Uygulama**, Seçkin, Ankara, 2015, s.28.

³⁴ KİTAPCI, s.223.

³⁵ Arend LIJPHART, (Çev. Ergun ÖZBUDUN / Ersin ONULDURAN), **Çağdaş Demokrasiler, Yetkin**, Ankara, 1986, s.1.

³⁶ Mualla ÖNCEL / Ahmet KUMRULU / Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.7. Daha detaylı bilgi için bkz. ÖMERCİOĞLU, **Vergi Demokrasisi**, s.18-28.

ancak güçlü, istikrarlı ve etkin bir mali örgütlenme ile sağlanabilir. Doğru işleyen vergi politikası ve vergi idaresi ile vergi ödevlilerinin vergiye uyumu kolaylaştırılabilir. Vergi idaresinin işleyişi, yönetim ve planlamada da olduğu gibi vergi ile ilgili her türlü kararın denetime açık, şeffaf ve demokratik yollarla alınmasını gerekli kılar. Bu süreç mükellef ve idare arasında karşılıklı bir etik oluşumu yaratır. Şöyle ki, vergi idaresi her şeyden önce vergileme etiğine uygun davranmalıdır. Vergileme etiği; vergi ödevlisi ile idare arasındaki ilişkilerin karşılıklı güvene dayalı kurumsal bir yapı oluşturmasıdır³⁷. Ancak bu sağlandıktan sonra mükellefin vergiye uyumunun gelişerek etik davranmaya başlayacağı söylenebilir.

Vergi idaresinin işleyişinde olduğu gibi vergi yargı organlarının işleyişi de vergi etiği üzerinde etki doğurabilmektedir. Vergi ile ilgili uyuşmazlıklarda başvuru tüm yargı organlarının, ulusal ve uluslararası düzeyde tanınmış olan temel hak ve hürriyetlere uygun ve adil bir yargılama yürütmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak ve bireye hem toplum hem de devlet nezdinde adil davranmak yükümünde olan yargı organları, şeffaf ve nitelikli işledikleri oranda bu yükümlerini yerine getirmiş olurlar. Bu sayede toplumdaki adalet ve eşitlik duygularının güçlenmesi de, bireylerin hak arama yoluna olan inançlarını pekiştirerek özelde vergi ile ilgili işlerinde etik davranmaları sonucunu doğuracaktır.

Etkin bir vergi denetim mekanizmasının sağlanması da vergi ödevlilerini kurallara uyma eğilimine itecektir. Ancak denetim uygulamalarının, vergi ödevinin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini araştırma amacı dışında yürütülmemesi, başka bir deyişle baskı aracı olarak kullanılmaması gerekir. Aksi takdirde toplumda devlete karşı olan güven duygusu zedelenerek denetimden kaçmak için kayıt dışına yöneliş artabilecektir. Vergi denetiminde esas olan her vergi ödevlisinin denetlenmesi değil, toplumdaki denetlenme olasılığı algısını etkilemektir³⁸.

Vergi etiğine etki eden son yönetsel faktör olarak vergi afları; ekonomik, sosyal veya siyasal nedenlerle vergi borç veya cezalarından vazgeçilmesidir. Bir yasama tasarrufu olması dolayısıyla vergi afları genel anlamda yönetsel bir faktör olarak ele alınabilir. Uygulamada vergi aflarının cezalar bakımından geçerli olduğu, verginin aslı bakımından ise ödeme kolaylığı sağlandığı görülmektedir. Aflar, vergi adaletini ve dolayısıyla mükellef uyumunu zedeler³⁹.

³⁷ KİTAPCI, s.232.

³⁸ KİTAPCI, s.243.

³⁹ ÇAŞKURLU / ARSLAN, s.210.

b. Ekonomik Faktörler

Vergi etiğine etki eden ekonomik faktörler; vergilerin mali sınırı, vergilerin ekonomik sınırı, vergide faydacılık, bireylerin ekonomik durumu ve yüksek enflasyon ve vergi ödeme gücü olarak belirlenmiştir.

Mali vergileme sınırı; vergi oranlarının artırılmasına rağmen vergi gelirlerinde artışın sağlanamadığı sınırı ifade eder. Bu sınır Laffer Eğrisi ile açıklanmaktadır. Buna mali etki veya vergi optimumu da denmektedir. Yüksek vergi oranları, bireylerin çalışma isteklerini azaltır ve onları vergi dışı faaliyetlere yöneltir⁴⁰.

Ekonomik vergileme sınırı; vergilerin en yüksek seviyeye ulaştığı ancak ekonominin bundan zarar görmediği eşiği ifade eder⁴¹. Vergileme kapasitesi makro anlamda milli gelir; mikro anlamda ise bireysel gelir ile sınırlıdır. Bu gelirlerin tamamının vergilendirilmesine müsadere denmektedir⁴². Vergiler, ekonomik sınırı aştığı zaman ürün arzının düştüğü, gelir dağılımının ve fiyat dengesinin bozulduğu gözlenmiştir⁴³. Dolayısıyla vergilerin salınırken toplumun iktisadi yapısını bozmayacak bir sınırdaki tutulması, kayıt dışı eğilimi azaltacak ve vergiye uyumu kolaylaştıracaktır.

Vergide faydacılık yaklaşımı da vergi etiğini etkileyen bir faktör olarak kabul edilebilmektedir. Yükümlülerin vergiye karşı tepki oluşturmalarında önemli sayılabilecek nedenlerden biri, verginin karşılıksız olmasıdır⁴⁴. Dolayısıyla bireyler ödedikleri vergilerin karşılığını kümülatif olarak aldıklarını düşünmedikleri müddetçe vergi ödeme isteklerinde bir azalma meydana gelebilir. Bu bakımdan elde edilen vergi gelirlerinin tekrar halka yansıtılması ve bu yansımanın toplumun sosyal ve ekonomik ilerlemesine fayda sağlaması, bireylerin vergiye uyumunu geliştirerek vergi etiğini güçlendirecektir.

Bireylerin ekonomik durumu da vergi etiğini etkilemektedir. Bu durum, doğrudan yaşam kalitesini etkileyen bir faktördür. Bireyler, daha iyi bir yaşam standardı geliştirmek veya mevcut düzeylerini korumak amacıyla ekonomik ihtiyaçlarını belirleme yoluna giderler. Gelir düzeyinin artması ile zorunlu harcamalardan sonra sosyal harcamalara ayrılan pay yükselerek kişilerin refah duyguları güçlenmektedir⁴⁵. Gelir düzeyinin artmasına karşılık elde edilebilen mal ve hizmetlerin azalması ise enflasyon yaratır. Yüksek enflasyon paranın değerinin azalması sonucunu doğurarak alım gücünü azaltır. Bu da kişileri bir de vergi ödeyerek malvarlıklarında azalma meydana getirmemesi için vergiye

⁴⁰ AKDOĞAN, s.493.

⁴¹ KİTAPCI, s.142.

⁴² SARUÇ, s.27.

⁴³ ERDEM / ŞENYÜZ / TATLIOĞLU, s.180.

⁴⁴ GİRAY, s.9.

⁴⁵ Zafer YÜKSELER / Ercan TÜRKAN, *Türkiye’de Hanehalkı: İşgücü, Gelir, Harcama ve Yoksulluk Açısından Analizi*, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 2008, s.46.

karşı tepki oluşturmaya iter. Dolayısıyla, bireylerin ekonomik durumlarını geliştiren ve yüksek enflasyonu engelleyen uygulamalar mükellef algısında olumlu sonuçlar yaratarak vergiye uyumu kolaylaştıracak ve vergi etiğine olumlu etki gösterebilecektir.

Son ekonomik faktör olarak vergi ödeme gücü, herkesin mali durumuna göre vergilendirilmesi açısından vergi etiğine etki etmektedir. Bu kavram temelde sosyal faktörler içerisinde yer verilecek olan vergide eşitlik ve adalet ilkeleri ile ilgilidir. Uygulama bakımından, kişinin kendisi ve ailesinin yaşamını sürdürmeye yetecek gelirin üzerindeki kısım vergi ödeme gücünü oluřturmaktadır⁴⁶. Başka bir deyişle, temel ihtiyaçların karşılanmasından sonra elde kalan gelir vergilendirilmelidir. Bu görüşün yansımaları asgari geçim indirimi şeklinde tezahür etmektedir. Vergi ödeme gücü göz önüne alınarak hazırlanan vergi kanunları ve mali örgütlenme yapısı, vergi ödevlilerinin vergiye uyumunu kolaylaştıracaktır.

c. Sosyal Faktörler

Vergi etiğine etki eden sosyal faktörler; psikolojik vergileme sınırı, vergide eşitlik ve adalet, vergi eğitimi ve kültürü ile demografik özellikler olarak belirlenmiştir.

Psikolojik vergileme sınırı, bir mükellef algısıdır. Bu sınır, vergi ödevlilerinin vergiyi içsel olarak kabul edebilecekleri, başka bir deyişle vergiye tahammül edebilecekleri en üst eşiği ifade eder. Bu bakımdan, yükümlülerin kendilerini vergi ile baskı altında hissetmemeleri, üzerlerindeki vergi yükünü tolere edilebilir seviyede görmeleri, ödedikleri vergilerin elde ettikleri kamusal menfaat ile orantılı olduğunu düşünmeleri bu sınırın belirlenmesinde önem taşır.

Vergide eşitlik ve adaletin sağlanması da vergi etiğini etkileyen sosyal faktörlerdendir. Vergide eşitlik ilkesi, mükelleflerin ödeme güçleri göz önüne alınarak genel vergi yüküne katılımlarını ifade eder⁴⁷. Eşitlik ilkesini adalet kavramıyla birlikte ele almak gerekir; adalet, eşitliğin tamamlayıcısı konumundadır. Vergide adalet; kişilerin vergi ödeme güçlerine göre vergilendirilmesi ya da sosyal ve ekonomik düzenlemelere olanak sağlayacak bir uygulamanın etkin kılınmasıdır⁴⁸. Eşitlik ve adalet duyguları toplumda yer edindiği müddetçe karşılığını bir mükellef algısı olarak vergiye uyum gösterilmesi şeklinde ortaya çıkaracaktır.

Vergi eğitimi, bireylerin eğitim durumları ile doğru orantılı bir kavramdır. İyi eğitilmiş vergi ödevlileri vergi kanunlarını daha kolay anlamakta ve vergisel

⁴⁶ AKDOĞAN, s.221.

⁴⁷ AKDOĞAN, s.206.

⁴⁸ AKDOĞAN, s.205.

değişikliklere daha kolay uyum sağlamaktadır⁴⁹. Genel eğitim durumunun yanında vergilere ilişkin aydınlatıcı ve tanıtıcı eğitimlerin uygulanması toplumda vergi hakkında farkındalık oluşturarak vergi kültürünün gelişmesini sağlar. Bu kültür, mükelleflerin vicdanen vergi verme gereği hissetmeleri şeklinde tanımlanabilmektedir⁵⁰. Her toplumun kendi öz yapısına göre vergi kültürü farklılık gösterir. Dolayısıyla toplumun ihtiyaçları göz önüne alınarak vergi kültürünü geliştirmeye yönelik tedbirlerin alınması gerekir. Vergi eğitimi ve kültürü gelişmiş toplumlarda vergiye uyum kolaylaşır ve vergi etiği olumlu etkilenir.

Demografik özellikler de vergi etiğine etki edebilmektedir. Cinsiyet, yaş, eğitim, meslek, inanç gibi göstergeler genel olarak etik kavramı ile ilişkili görülmektedir. Cinsiyet ile etik arasında yapılan araştırmalarda, kadınların erkeklere göre etik tutumlar geliştirmelerinin daha olası olduğu sonucuna varılmıştır⁵¹. Benzer şekilde yaşça büyük kişilerin gençlere göre, eğitim düzeyi yüksek kişilerin daha az eğitilmiş olanlara göre etik tutum sergileme oranlarının daha çok olduğu görülmüştür⁵². Din konusunda da, iyi ve güzeli öğütlemesi bakımından inananları etik kurallara yönlendirdiği açıktır. Genel olarak etik kavramını geliştiren bu özellikler, özelden vergiye karşı bakış açısı ve yaklaşımları da etkilemektedir.

SONUÇ

Etik, toplum hayatının her alanında geçerlilik bulan ve uyulması gerekli görülen ideal ahlak kurallarının bütünüdür. Hem bireysel anlamda hem de mesleki anlamda etik olarak kabul gören birtakım ilkelere riayet edilmesi dürüst bir toplum yapısının kurulmasında öncüdür. Pek tabii her şeyden önce kişisel etiğin yüksek olması, bireyleri mesleki faaliyetleri içerisinde de etik davranışlara yönlendirmektedir.

Meslek faaliyetleri içerisinde uyulması gereken etik kurallar, faaliyet alanına göre bazı farklı özellikler içerebilmektedir. Etik kavramının vergi hukuku bakımından uygulamasını oluşturan vergi etiği kavramı da kendine özgü birtakım etik değerlere sahiptir. Bunlara genel olarak vergi etiği denmekte ve çift taraflı olarak, başka bir deyişle hem vergi idaresi özelinde Devlet'in hem de vergi ödevlilerinin uymak durumunda oldukları iyi ve güzel davranışları içermektedir. Bu davranışlara uyulmaması halinde fiilin nitelemesine göre suç veya kabahat olarak tanımlanabildiği görülmektedir. Diğer bazı davranışlar ise suç veya kabahat oluşturmamakla birlikte alınan vergi miktarının azalmasına

⁴⁹ KİTAPCI, s..255.

⁵⁰ Işıl AYAS / Naci Tolga SARUÇ, "Vergi Kültürü ve Vergi Ahlakı: İtalya ve Türkiye", **AKÜ İİBF Dergisi**, C.XVII, Sa.2, 2015, s.178.

⁵¹ ÖZYER / AZZOĞLU, s.66.

⁵² SARUÇ, s.146.

ve dolayısıyla kamusal menfaatin daha güç gerçekleştirilmesine neden olabilmektedir. Ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın, vergi etiğine uymamanın sonuçları vergi uyumsuzluğu şeklinde tezahür etmekte ve vergiye karşı tepki oluşmasına neden olmaktadır. Bu durum kayıt dışılığı artırabilmektedir.

Toplumda vergi uyumunun güçlenmesi, psikolojik anlamda ancak vergi etiğinin geliştirilmesi ile sağlanabilir. Bunun için de bireyleri vergi dışına çıkmaya iten birtakım nedenlerin tespit edilmesi ve düzeltmeye yönelik tedbirlerin alınması gerekmektedir. Çalışmada vergi etiğini etkileyen faktörler, etki alanları ve kaynakları bakımından yönetsel, ekonomik ve sosyal faktörler olarak tasnif edilmiştir. Yönetsel faktörler vergilemenin politik sınırı, toplumdaki demokrasi kültürü, vergi idaresinin işleyişi, vergi yargı organlarının işleyişi, vergi denetimlerinin etkinliği ve vergi afları olarak; ekonomik faktörler vergilerin mali sınırı, vergilerin ekonomik sınırı, vergide faydacılık, bireylerin ekonomik durumu ve yüksek enflasyon ve vergi ödeme gücü olarak; sosyal faktörler ise psikolojik vergileme sınırı, vergide eşitlik ve adalet, vergi eğitimi ve kültürü ile demografik özellikler olarak belirlenmiştir.

KAYNAKÇA

ACAR, Fatih / AYDIN, Fazıl. **Kayıt Dışı Ekonomi**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2014.

AKDOĞAN, Abdurrahman. **Kamu Maliyesi**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

AKGÜL YILMAZ, Gülay. **Kamu Maliyesi**, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007.

AKTAN, Coşkun Can. “Stratejik Yönetim ve Stratejik Planlama”, Çimento İşveren Dergisi, C.1, Sa.1, Temmuz-Ağustos 2008, s.4-21.

AYAS, Işıl / SARUÇ, Naci Tolga. “Vergi Kültürü ve Vergi Ahlakı: İtalya ve Türkiye”, **AKÜ İİBF Dergisi**, C.XVII, Sa.2, 2015, s.177-188.

AYDEMİR, şinasi. **Türkiye’de Kayıtdışı Ekonomi**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 1995.

BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / SARUÇ, Naci Tolga / SAĞBAş, İsa. “Vergi Kaçırmaı Etkileyen Faktörlerin Belirlenmesi ve Vergi Kaçaklarının Önlenmesi: Anket Çalışmasının Bulguları”, **19. Türkiye Maliye Sempozyumu**, Antalya, 10-14 Mayıs 2004, s.204-254.

ÇAşKURLU, Eren / ARSLAN, Cem Barlas. **Kamu Maliyesine Giriş**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.

ÇELİKKOL, Suat. “Aristoteles’te Etik Göreceliğin Eleştirisi”, **ERZSOSDER**, Erzincan, 2015, s.161-172.

ERDEM, Metin / ŞENYÜZ, Doğan / TATLIOĞLU, İsmail. **Kamu Maliyesi**, Ekin, Bursa, 2012.

FELDMAN, Fred. (Çev. Ferit Burak Aydar), **Etik Nedir?**, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 2013.

GİRAY, Filiz. **Vergi Teşvik Sistemi ve Uygulamaları**, Ekin, Bursa, 2012.

GÜÇLÜ, Abdülbaki / UZUN, Erkan / UZUN, Serkan / YOLSAL, Ümit Hüsrev. **Felsefe Sözlüğü**, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2008.

GÜRİZ, Adnan. **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009.

KİTAPCI, İsmail. **Vergi Etiği - Vergi Psikolojisi**, Seçkin, Denizli, 2015.

LIIPHART, Arend. (Çev. Ergun ÖZBUDUN / Ersin ONULDURAN), **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin, Ankara, 1986.

ORGAN, İbrahim / YEGEN, Baki. "OECD'ye Üye Ülkeler Açısından Kişisel Gelir Vergisi Mükellef Sayılarının ve Seçmen Sayılarının Değerlendirmesi" **Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.4, Sa.5, 2015, s.161-176.

ÖMERCİOĞLU, Abdullah / DAYIOĞLU, Melike Rana / ARSLAN, Cem Barlas. "Vergi Suçlarının Türkiye'de Adli Görünümü", **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.8, Sa.1, 2018, s.51-70.

ÖMERCİOĞLU, Abdullah. **Vergi Demokrasisi**, Gazi Kitabevi, Kırıkkale, 2018.

ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami. **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

ÖZTÜRK, Cemal. **Kamu Yönetiminde Stratejik Yaklaşımlar**, SAGE Matbaacılık, Ankara, 2016.

ÖZYER, Kubilay / AZZOĞLU, Öznur. "Demografik Değişkenlerin Kişilerin Etik Tutumları Üzerindeki Etkileri", **Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C.6, Sa.2, 2010, s.59-84.

PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif. "Vergiye Karşı Direnme Şekilleri ve Vergi İnzivası", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVII, Y.2013, Sa.1-2, s.1293-1313.

SARUÇ, Naci Tolga. **Vergi Uyumu: Teori ve Uygulama**, Seçkin, Ankara, 2015.

SONG, Y. D. / YARBROUGH, T. E. "Tax Ethics and Taxpayer Attitudes: A Survey", **Public Administration Review**, C.38, 1978, s.442-452.

TÜREDİ, Salih / TOPAL, Mehmet Hanefi. "Vergilendirme ve Demokrasi Arasındaki İlişki: Gelişmekte Olan Ülkeler İçin Panel Nedensellik Analizi", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, C.11-1, Nisan 2016, s.63-86.

YÜKSELER, Zafer / TÜRKAN, Ercan. **Türkiye'de Hanehalkı: İşgücü, Gelir, Harcama ve Yoksulluk Açısından Analizi**, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 2008.

İŞ HUKUKUNDA PRİM

Premium in Labour Law

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP¹

Geliş Tarihi: 08.06.2018 Kabul Tarihi: 23.07.2018

ÖZET

Prim, uygulamada sıklıkla karşılaşılan ücret ekleri arasında yer almaktadır. Taraflarca sözleşme serbestisi ilkesinden hareket edilerek iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılabileceği gibi işveren tarafından tek taraflı sağlanarak işyeri uygulaması haline de gelmiş olabilir. Zorluk ve uzmanlık gerektiren işlerde, genellikle işçileri teşvik ve ödüllendirmek amacıyla verilmektedir. Prim belirlenirken farklı ölçütler esas alınmakla birlikte, uygulamada genellikle miktar esas alınarak prim belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Diğer ölçütler esas alınarak belirlenen primlere tasarruf primi, iskarta primi, başarı primi, galibiyet primi örnek olarak verilebilir. Farklı ölçütler esas alınarak prim belirlenmesi halinde işçiler arasında eşitsizliklere sebebiyet vermemek adına objektif ve açık hesaplama yöntemleri uygulanmalıdır. Primle ilgili yargıya intikal eden uyuşmazlıklara bakıldığında bunların daha ziyade fazla çalışma alacağı ile ilgili olduğu görülmektedir. Uyuşmazlıklar fazla çalışma alacağı ile primin ayrı ayrı talep edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak prime ilişkin teorik ve genel bilgiler verilmiş olup, akabinde prim ve fazla çalışma alacağı ile ilgili yargıya intikal eden uyuşmazlıklar neticesinde verilen kararlara değinilerek konu ile ilgili değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Prim, prim türleri, fazla çalışma, satış temsilcisi, zamlı ücret.

ABSTRACT

In practice, premiums frequently are included in the benefits. Premiums can be settled in the employment contract, the collective employment contract, or unilaterally by the employer, acting on the basis of the contract release principle. Premiums are given to encourage and reward workers in questions that require more difficulty and expertise. The determination of bonuses is based on different criteria. However, in practice, only an amount is determined. Saving, wastrel, success, and win bonuses are examples of premiums that are determined based on other criteria. If premiums are determined on the basis of different criteria, objective and explicit calculation methods should be applied in order not to cause inequalities among the workers. When we look at the disputes that come before Courts, it seems that they are mainly about pay for working extra hours. Disagreements are about the question that premiums can be claimed with extra working hours pay or must be claimed separately. In our study, we will first give theoretical and general information on premiums. And then, we will make an analysis on the subject taking into consideration judicial decision given about premiums and pay for working extra hours.

Keywords: Premium, type of premium, overtime work, sales representative, pay for working extra hours.

¹ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aslihan.kayik@inonu.edu.tr

GİRİŞ

Ücret, iş sözleşmesinin meydana gelebilmesi için gerekli olan esaslı unsurlardan biridir². Dolayısıyla ücret söz konusu olmaksızın, iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemez³. İş sözleşmesinde ücret, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan, işverenin asli borçları arasındadır⁴. Ücretin tanımına 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 32. maddesine göre; "Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". Uygulamada farklı ölçütler esas alınarak belirlenen ücret sistemleri mevcuttur. Bu ücret sistemlerine baktığımızda; zamana göre ücret, verime göre ücret, yüzde usulüne göre ücret ve bahşişleri görmekteyiz⁵. Zamana göre ücret, verime göre ücret, yüzde usulü ödenen ücret ve bahşişler esas ücret şeklinde karşımıza çıkarken; primler, ikramiyeler, komisyon ücreti, kardan pay verilmesi gibi ücretler esas

² ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 149; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 236; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, Ankara 2016, s. 126; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 306; EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 58.

³ AKYİĞİT, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008, s. 1476; AKYİĞİT, s. 1480; SÜZEK, s. 236; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 307, 557; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; "...İş sözleşmesinin varlığı için gerekli ikinci unsur «ücret» olup, bu unsur iş sözleşmesinin esaslı öğelerindedir. Bir işin görülmesi, karşı tarafın ücret ödemeyi vaat etmesi karşılığında olur. Bu nedendir ki, ücret karşılığı olmadan yapılan çalışmalar iş sözleşmesi sayılmaz. Burada hemen belirtelim ki, ücret miktarının açıkça kararlaştırılması gerekli olmayıp, işin bir ücret karşılığı yapılacağına gerekli ve olağan görüldüğü hâllerde ücret kararlaştırılmış sayılır...", YHGK, E.2015/9-3561, K. 2018/77, T. 24.1.2018, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁴ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 292; SÜZEK, s. 236; AKYİĞİT, s. 1476; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 129; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 307; AKYİĞİT, s. 126; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 478; ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 2148; ÇOPUROĞLU, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013, s. 11; EVREN, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007, s. 21; ZEYTİNOĞLU, Emin: "Bahşişin Ücret Olarak Kabul Edilip Edilmeyeceğinin İncelenmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 13, S. 26, 2014/2, s. 59; Bu konu hakkında Yargıtay'ın bir kararına göre; "... İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır...", Y. 22. HD., E. 2016/23515, K. 2017/28384, T. 11.12.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁵ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 296; SÜZEK, s. 377-385; AKYİĞİT, s. 228; TUNÇOMAÇ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 104-106; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 133; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 562-568.

ücrete ek ödemeler şeklinde kabul edilir⁶.

Çalışma konumuzu ücret ekleri arasında önemli bir yere sahip olan primler oluşturmaktadır. Primin uygulandığı işlere bakıldığında, yapılan işin niteliği ve zorluğu dikkat çekmekte, bu işler ücret ekindeki yükseklik nedeniyle tercih edilmektedir⁷. Primlere ilişkin yargıya intikal eden uyuşmazlıklara bakıldığında, bunların fazla çalışma ile bağlantılı olduğu görülmektedir. Çalışmamızda ilk olarak prime ilişkin teorik bilgilere yer verilecek olup, akabinde prim ve fazla çalışma olgusunun birlikte değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. ÜCRETİN BELİRLEMESİNDE ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

İşverenin asli borçları arasında yer alan ücretin belirlenmesinde farklı ölçütlerden yararlanılır. Bu ölçütler karşımıza çoğunlukla zaman ya da verim olarak çıkmaktadır⁸. Zaman esas alınarak belirlenen ücrette, yapılan işin sonucu önemli olmaksızın, işçinin iş görme edimini yerine getirdiği ya da yerine getirmeye hazır bulunduğu sürenin uzunluğu esas alınarak ödeme yapılır⁹. Dolayısıyla ifa edilen işin sonucundaki değişiklikler, işçinin diğer borçlarına bağlı yaptırımlar saklı kalmak üzere¹⁰, ücrette değişiklik yapılmasını gerektirmez¹¹. Verime göre ödenen ücret ise çalışılan zaman dikkate alınmaksızın, işçinin şahsi performansı esas alınarak ödenen ücrettir¹². Verime

⁶ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 296; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 133; Yargıtay'ın bir kararına göre; "...4857 Sayılı Kanun'un 32. maddesinde sözü edilen esas ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı...", Y. 22. HD., E. 2016/22726, K. 2017/27956, T. 6.12.2017; Y. 22. HD., E. 2015/24350, K. 2017/31019, T. 27.12.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁷ KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 486.

⁸ STREIFF, Ullin/ von KAENEL, Adrian/ RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, 2012, Art. 322, s. 275; FISHINGER, S. Philipp/ RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht Kommentar, Staudinger Praxis Edition, Berlin 2012, § 611, Rn. 779, s. 578; EMMEL, Frank: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 322, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, Zürich 2016, Rn. 1a, s. 44; UŞAN, Fatih: İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara 2003, s. 19.

⁹ FRITSCH, Daniela: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art. 322, Rn. 3, s. 809; STREIF/ von KAENEL/ RUDOLPH, 2012, Art. 322, s. 275; MALLA, Jasmin: Bundespersonalgesetz Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2013, Rn. 27, s. 252; SÜZEK, s. 377; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 296; AKYİĞİT, s. 1477; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 133; AKYİĞİT, s. 228; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 570; ÇOPUROĞLU, s. 13; EVREN, s. 24.

¹⁰ İşçinin verimsiz çalışması nedeniyle özen borcu çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi mümkündür, ÇOPUROĞLU, s. 13.

¹¹ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 296; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 133; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 570.

¹² PORTMANN, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Rn. 33, s. 1862; EMMEL, Art. 322, Rn. 6, s. 48;

göre ücret de yapılan işin miktarı ya da kalitesi dikkate alınarak kendi içinde ayrıma tabi tutulabilir¹³. Verime göre ücretlendirmede zaman değil, yapılan işin sonucu esas alınarak ücret belirlenmesi yapılır¹⁴. İşçinin verimi esas alınarak belirlenen ücretler ise karşımıza, aracılık ücreti, parça başına ücret ve prim olarak çıkmaktadır¹⁵.

II. PRİM

A. Tanım

Prim işçinin çalışmasının nitelik ve nicelik bakımından başarılı olması halinde, teşvik amacıyla işveren tarafından ödenen, ücrete ek bir ödemedir¹⁶. Prim performansa dayalı olarak ödenen ücretlerden biridir¹⁷. Dolayısıyla prim ödemesi ile aynı zamanda işçinin performansının da ölçülmesi söz konusudur¹⁸. Prim ödemesi uygulamada karşımıza, zaman esas alınarak

STREIF/ von KAENEL/ RUDOLPH, Art. 322, s. 275; FRITSCH, Art. 322, Rn. 3, s. 809; MALLA, Rn. 27, s. 252.

¹³ EMMEL, Art. 322, Rn. 6, s. 48; FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 782, s. 578; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 135; ÇOPUROĞLU, s. 16.

¹⁴ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 783, s. 578.

¹⁵ PORTMANN, Rn. 33, s. 1862; EMMEL, Art. 322, Rn. 7, s. 48; FRITSCH, Art. 322, Rn. 3, s. 809; MALLA, Rn. 27, s. 252.

¹⁶ SÜZEK, s. 379; AKYİĞİT, s. 106; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 486; Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararına göre; "...4857 Sayılı İş Kanununun 32. maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki "...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının.." ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden, "prim" ve "ikramiye" ücretin eki olarak İş Kanununda ifadesini bulmuştur. Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin dava verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir. Pirimin kişiye özgü olması sebebiyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmez. Bununla birlikte, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece prim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur...", Y. 7. HD., E. 2015/2788, K. 2016/12030, T. 1.6.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

¹⁷ PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2013, Rn. 395, s. 1458; WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012, Rn. 197, s. 85; FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 797, s. 581.

¹⁸ BAG 13.9.1983 AP BetrVG 1972 Prg. 87 Prämie Nr. 3; Yargıtay'ın bir kararına göre; "... Davacının hizmet akdi performans düşüklüğünden dolayı feshedilmemiş, yeni organizasyon planı gereği kadrosu lağvedildiği için akdin feshi yoluna gidilmiştir. Davacının performansının düşük olduğu yolunda bir saptama da yoktur. Bu durumda eşdeğerde olan kişilere yapılan ödemelerle mukayese yapıp kistelyevm esasına göre davacının alabileceği performans primi belirlenerek hüküm altına alınmalıdır. Eksik inceleme ile performans primi isteğinin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...", Y. 9. HD., E. 2005/7710, K. 2005/37196, T. 24.11.2005, ÇİL, s. 2203.

belirlenen esas ücrete ek olarak, işçiyi daha yüksek performansa teşvik etmek amacıyla verilir¹⁹. Bu sayede işçinin performansından duyulan memnuniyet ödüllendirilmiş olur²⁰.

Prim, sadece primin esas ücret olarak nitelendirildiği ücretlendirme yönteminden farklıdır²¹. Zira asgari ücretin altında olmamak şartıyla, esas ücretin primlerden oluşması da mümkündür. Ancak uygulamada tek başına iş görme ediminin karşılığı olarak esas ücret şeklinde yapılan bir ödeme türü olarak değil, zaman esas alınarak belirlenen ücretlendirme sistemine göre belirlenen ya da parça başına belirlenen ücrete ek bir ücret olarak kararlaştırılmaktadır²². Kısacası prim ile işçi esas ücrete ek olarak, belirli kıstaslara göre belirlenmiş ek bir ücrete de hak kazanır²³.

B. Parça Başına Ücret ve Prim

İşçinin üretmiş olduğu mal ya da çıkarmış olduğu işin miktarının ücretlendirmede esas alındığı ücrete parça başına (akort) ücret denilmektedir²⁴. Parça başına ücrette ücrete, parça sayısı, uzunluk ya da ağırlık gibi birimler esas alınarak, her birim için bir ücretin belirlenmesi ve bu ücretin işçi tarafından belirli bir çalışma döneminde üretilen birim sayısı ile çarpılmak suretiyle ulaşılır²⁵. Prim hesaplamasında üretilen ürünün miktarının kıstas olarak alınması, parça başına ücret uygulamasına benzemektedir²⁶. Ancak performansın zamana bağlı olarak ölçülmemesi noktası, primi parça başına ücretten ayırmaktadır²⁷. Primi parça başına ücretten ayıran bir diğer fark olarak, çalışma performansının sadece üretilen ürün miktarı gibi birimlere dayanılarak değil, diğer bazı unsurlar esas alınarak da belirlenebilir olması

¹⁹ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458; SÜZEK, s. 379.

²⁰ GEISER, Thomas/ MULLER, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, Rn. 398, s. 148.

²¹ WEIDENKAFF, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2013, § 611, Rn. 77, s. 915.

²² FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 797, s. 581.

²³ PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht, 4. Auflage, aus Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012, s. 390; LOWISCH, Manfred/ CASPERS, Georg/ KLUMPP, Steffen: Arbeitsrecht, 9. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012, Rn. 305, s. 87; WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915.

²⁴ Parça başına ücret hakkında detaylı bilgi için bkz. UŞAN, s. 23 vd.; UŞAN, Fatih: "Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu", http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_6.pdf, E.T. 13.7.2018.

²⁵ SÜZEK, s. 378; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 297; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 135.

²⁶ PREIS, s. 390; WALTERMANN, Rn. 197, s. 85.

²⁷ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 797, s. 581; Parça başına ücret uygulamasında "zaman", zaman esas alınarak uygulanan ücret sistemindeki gibi temel nitelikte olmasa da, parça başına ücrette de zamanın önemli bir rolü vardır. Bkz. UŞAN, s. 130.

söylenebilir²⁸.

C. Prim Çeşitleri

Primin, farklı ölçütler dikkate alınarak belirlenmesi mümkündür²⁹. Belirlenen ölçütün, işçinin performansını ölçebilir nitelikte olması gerekir. Zira seçilen ölçütün, performansın ölçülmesine müsaade ediyor olması bizi primin verime dayalı bir ücret olduğu sonucuna götürmektedir³⁰. Prim belirlenirken esas alınan ölçüt olarak uygulamada karşımıza en sık çıkan ölçüt, yapılan işin miktarının dikkate alınmasıdır³¹.

Prim belirlenirken ölçüt olarak yapılan iş miktarının yanı sıra, farklı ölçütlerin de kabul edilmesi mümkündür³². Prim belirlenirken, işçinin üretmiş olduğu ürünün ya da vermiş olduğu hizmetin kalitesi esas alınıyorsa, kalite primi söz konusu olur³³. İşçinin iş görme edimini yerine getirirken daha az ayıplı mal üretmesini sağlamak adına bir prim ödemesi mevcutsa, buna iskarta primi denilmektedir³⁴. İşçinin iş görme edimini yerine getirirken daha az enerji ya da hammadde kullanmasını sağlamak adına verilen prime, tasarruf primi denilir³⁵. İşin niteliği gereği araç kullanan işçiye, kazasız yapmış olduğu sürüşler için verilen prime, kazasızlık primi denilebilir³⁶. Profesyonel sporculara galibiyetleri neticesinde verilen prim, galibiyet primi olarak nitelendirilmektedir³⁷. İşçinin

²⁸ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 797, s. 581.

²⁹ PREIS, s. 390; *Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararına göre; "...Dosya kapsamı ve 19.2.2015 tarihinde temyiz incelemesine tabi tutulan benzer mahiyette 40 adet dosya içeriği nazara alındığında; davacı işçilere ödenen işçilik ücretinin bazı dosyalarda banka kayıtlarına, bazı dosyalarda banka kayıtları ve işverence sunulan prim ödeme belgelerine, bazı dosyalarda ise tanık ifadelerine göre belirlendiği bu durumun ise benzer koşullarda çalışan işçiler arasında ücret farklılıkları meydana getirdiği görülmüştür. Bir kısım dosyalarda giydirilmiş brüt ücretin tespitinde prim ödemeleri dikkate alınırken bir kısım dosyada bu yönde uygulama bulunmaması da işyerinde uygulanan prim sistemi hakkında tereddütler oluşturmaktadır. Şu halde öncelikle işyerinde uygulanan prim ödeme sisteminin kıstasları şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmeli ve giydirilmiş brüt ücretin tespitinde prim ödemeleri dikkate alınmalıdır..."*, Y. 7. HD., E. 2016/6843, K. 2016/5406, T. 3.3.2016; Benzer yönde bkz. Y. 7. HD., E. 2015/5902, K. 2015/17383, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

³⁰ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 798, s. 582.

³¹ STREIF/ von KAENEL/ RUDOLPH, Art. 322, s. 275; WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 305, s. 87; PORTMANN, Rn. 33, s. 1862; FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 783, s. 579; EMMEL, Art. 322, Rn. 6, s. 48.

³² PREIS, s. 390; WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 305, s. 87.

³³ PORTMANN, Rn. 33, s. 1862; STREIF/ von KAENEL/ RUDOLPH, Art. 322, s. 275; EMMEL, Art. 322, Rn. 6, s. 48; FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 783, s. 579.

³⁴ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 799, s. 582.

³⁵ PORTMANN, Rn. 33, s. 1862; FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 799, s. 582.

³⁶ PORTMANN, Rn. 33, s. 1862.

³⁷ Detaylı bilgi için bkz. ALBRECHT, Kathrin: Prämien im Berufsfussball, Stämpfli Verlag AG,

işyerinde sahip olduğu kıdem nedeniyle kendisine sadakat primi adı altında bir prim ödemesi yapılabilir³⁸. Uygulamada karşılaşılan başlıca prim çeşitleri sayılanlar olmakla birlikte, bunlarla sınır değildir. Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, yasal sınırlar kapsamında, serbestçe prim uygulamasına esas alınacak farklı ölçütler belirleyebilir.

İşçinin devamsızlığını ödüllendiren primlere devamsızlık ya da hazır bulunma primi denilebilir. Ancak devamsızlık primi işçinin çalışma performansını ödüllendirmeyip bilakis devamsızlığın azaltılması amacını taşıdığından, gerçek anlamda bir prim değildir³⁹. Devamsızlık primi istisnai bir ödeme olduğundan, işçinin hastalığı gibi çalışmasına engel durumlara bağlı olarak prim ödemesi azaltılır⁴⁰.

Prim belirlenirken esas alınan ölçütlerin birden fazla olma imkânı, prim hesabı için gerekli farklı formüllerin mevcudiyeti ihtiyacını da beraberinde getirmiştir⁴¹. Dolayısıyla prim ödemelerin doğru hesaplanabilmesi ve işçiler arasında eşitsizliğe yol açabilecek uygulamalardan kaçınılabilmesi adına, somut, objektif hesaplama yöntemlerine ihtiyaç vardır.

Bern 2012, s. 76-97; Yargıtay'ın bir kararına göre; "...Dosya içeriğine göre taraflar arasında iş sözleşmesinin yapıldığı ve davacının 24.11.2011-1.3.2012 tarihleri arasında çalıştığı sabittir. Yine davacıya 27.12.2011 tarihinde 10.000.00 TL Kasım-Aralık maaş ödemesi adı altında, 16.1.2012 ve 6.2.2012 tarihlerinde 2.000.00 TL tutarında ibb ve Eskişehirspor Galibiyet primi olarak ödemelerin yapıldığı da sabittir...", Y. 7. HD., E. 2014/2459, K. 2014/10761, T. 14.5.2014, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

³⁸ WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; "...Dosyada bulunan davacıya ait ücret bordrolarından her yıl Nisan ayında bir defaya mahsus yıllık şirket primi (teşvik ve sadakat primi) tahakkuku ve ödemesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Teşvik ve Sadakat Programı Politikası'nın "prensipler" başlıklı kısmında "Teşvik ve sadakat primi" ile ilgili olarak teşvik programının her yıl 1 Ocak- 31 Aralık tarihleri arasında olduğu çalışanın prim alabilmesi için takip eden yılın Mart ayının son gününe kadar çalışıyor olması gerektiği düzenlendiğine göre 2012 yılı yıllık şirket priminin 2013 yılı Nisan ayında tahakkuk ettirilerek ödeneceği açıktır...", Y. 7. HD., E. 2015/4559, K. 2015/7347, T. 27.4.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

³⁹ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458; Konu hakkında bit Yargıtay kararına göre; "... Davalı işyerinde uygulanan 1.8.2001 - 30.4.2003 dönemine dair toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra da davalı işveren tarafından sendikali işçilere 30.4.2004 tarihine kadar uygulanmıştır. Bu toplu iş sözleşmesinin 46 ncı maddesinde iş yerinde fiilen tam çalışan ay içinde rapor ve izin almayan işçilere işe devamlılık primi olarak her ay brüt 2,50 TL ödeme yapılacağı öngörülmüştür. Dosya içindeki sendikali emsal işçi ücret bordrolarına göre bu ödemenin 30.4.2004 tarihine kadar yapıldığı sabittir...", Y. 9. HD., E. 2009/3630, K. 2011/2198, T. 3.2.2011; Benzer nitelikte diğer bir Yargıtay kararına göre; "...Gerçekten 1978-1980 dönemi TİS'nin 22/E maddesinde işçiye her ay için devamlılık primi olarak üç yevmiye, iş primi olarak da üç yevmiye olmak üzere toplam altı yevmiye prim ödenmesi kabul edilmiştir...", Y. 9. HD., E. 1989/1524, K. 1989/2965, T. 31.3.1989, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁴⁰ WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77a, s. 915.

⁴¹ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 306, s. 87.

D. Primin Belirlenmesi

Prim, iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olabilir⁴². İş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olması halinde, işverence tek taraflı olarak da sağlanıyor olabilir⁴³. Sözleşmelerde prime ilişkin bir düzenlemenin yer almaması halinde, işveren tarafından tek taraflı olarak ödenen prim işyeri uygulaması haline gelmişse, işçinin işyeri uygulamasına dönüşen bu primi talep hakkı doğar⁴⁴.

Prim miktarı ve esas alınacak ölçüt iş sözleşmesinde açık bir şekilde gösterilmelidir. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme yoksa işveren, iş ilişkisi başladıktan sonra çalışma şartlarını, işçinin esas ücretini ve varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belgeyi düzenleyip işçiye vermelidir⁴⁵. Dolayısıyla taraflar arasında yazılı bir sözleşme olmamasına rağmen prim kararlaştırılmışsa, bu durum yazılı belgeye dökülerek primin ne kadar olduğu ve hangi ölçütler esas alınarak belirlendiği noktasında açıklık sağlanmış olur.

Sözleşme serbestisinden hareketle taraflar prim için bir üst ya da alt sınır belirleyebilirler. Üst sınırın belirlenmesi halinde, yapılan işin miktarı ne kadar artarsa artsın, en fazla üst sınır üzerinden prim ödemesi yapılır⁴⁶. Primin belirlenmesinde yapılan işin miktarı dışındaki ölçütlerin belirlenmesi durumunda da prim ödemesi, belirli bir nokta ve belirli bir ücretle sınırlandırılabilir⁴⁷. Bu gibi hallerde, çalışma performansı artmasına rağmen, artan performansla doğru orantılı olarak artan bir ücret ödenmeyip, prim ödemesi üst sınırdaki sabit kalır⁴⁸. Prim için bir üst sınırın belirlenmiş olduğu durumlarda, işin miktarının artması halinde, aynı zamanda işin kalitesi de

⁴² PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458; SÜZEK, s. 379; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 300; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 136; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 566.

⁴³ SÜZEK, s. 380; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 136; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 566.

⁴⁴ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 300; SÜZEK, s. 380; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 566; Konu hakkında bir Yargıtay kararına göre; "...Prim uygulaması, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan prim ödemesi "işyeri şartı" niteliğindedir. Her durumda uygulamanın tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması doğru değildir. Prim uygulaması yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı Kanun'un 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen primler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder..." Y. 7. HD., E. 2015/6315, K. 2016/6457, T. 16.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁴⁵ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 17, s. 2419.

⁴⁶ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 306, s. 87.

⁴⁷ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 306, s. 87.

⁴⁸ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 306, s. 87.

artıyorsa, üst sınırı aşan prim ödemesinin yapılabileceği kararlaştırılabilir⁴⁹. Prim için bir alt sınırın belirlenmiş olması durumunda da işçinin prim için esas alınan ölçütlerin gerçekleşmesi halinde alabileceği en az primin kararlaştırılması söz konusudur.

Bahsetmiş olduğumuz üzere, sözleşme serbestisinden hareketle taraflar her zaman primi kararlaştırabilir. Ancak karşılaştırmalı hukukta prim uygulaması, işçi sağlığının korunması amacıyla, hamileler, gençler ve sürüş personeli için yasaklanmıştır⁵⁰. İşçi sağlığının korunması amacından yola çıkılarak hukuk sistemimiz açısından fazla çalışmanın yasak olduğu haller, prim uygulaması bakımından da yasak kapsamında kabul edilebilir⁵¹.

E. Primin Şartları

Primin ödenebilmesi için ilk olarak iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olması, kararlaştırılmaması halinde de işyeri uygulamasına dönüşmüş olması gerekir⁵².

Prim performansa bağlı bir ödeme olduğundan, ölçüt olarak esas alınan performansın gerçekleşmiş olması gerekir⁵³. Diğer bir anlatımla prim ödemesi şarta bağlı bir ödeme türü olup, ödemenin gerçekleşebilmesi için şart olarak nitelendirilen performans ölçütünün gerçekleşmiş olması gerekir.

Sözleşme serbestisinden hareketle taraflar sözleşmeye, performans şartına ek olarak farklı şartları da ekleyebilirler⁵⁴. Örneğin; prim ödemesinin yapılabilmesi için, iş ilişkisinin işçi tarafından istifa suretiyle sona erdirilmemiş olması gibi⁵⁵.

İşçinin performansına dayalı ücretlendirme sistemlerinde, performansın ölçülebilmesi için normal performansın tespitine ihtiyaç vardır⁵⁶. Performans

⁴⁹ LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 306, s. 87.

⁵⁰ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 802, s. 583; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 305, s. 87; PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458; § 4 III Nr. 1 MuSchG, § 23 I Nr. 1 JArbSchG, § 3 FPersG.

⁵¹ Fazla çalışma yasakları hakkında bkz. ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s. 196-200; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 670; AKYİĞİT, s. 1673-1674; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 273; AKYİĞİT, s. 409.

⁵² Bkz. Bölüm D. Primin Belirlenmesi; WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; "...Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler...", YHGK, E. 2016/9-571, K. 2017/1454, T. 29.11.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁵³ WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915.

⁵⁴ WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915.

⁵⁵ WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915.

⁵⁶ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458.

tespiti ise istatistiki ya da çalışma bilimine ilişkin yöntemlerle tespit edilebilir⁵⁷. Dolayısıyla prim ödemesi için normal performansın tespit edilmesi gerekir ki, normal sınırın aşılması durumunda prim ödemesi yapılabilir. Ayrıca performansın ölçülebilir, miktar olarak belirlenebilir olması da şarttır⁵⁸.

Performansa dayalı ücretlendirme sistemlerinin ortak özelliği, işçinin performans sonucunu etkileyebilme imkânına sahip olmasıdır⁵⁹. Bu nedenle işçi performans sonucunu etkileyebilme imkânına sahip değilse, performansa dayalı ücretlendirme sisteminden, dolayısıyla prim ödemesinden söz edilemez⁶⁰.

Prime hak kazanma açısından, primin ödenme zamanına kadar çalışmış olmak gerekli olmayıp, işçi çalışılan süreyle orantılı olarak prime hak kazanır⁶¹.

F. Prim Alacaklarının Tabii Olduğu Hukuki Rejim ve Zamanaşımı

Prim esas ücretin yanında ücret eki niteliğindedir. Bu nedenle primler ücretin bağlı olduğu hukuki rejime tabidir. Ücret alacağının varlığını ispat yükü işçiye aitken, ücretin ödendiğini ispat yükü işverene aittir⁶². İş Kanunu'nun

⁵⁷ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458.

⁵⁸ EMMEL, Art. 322, Rn. 7, s. 48; FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 784, s. 579, Rn. 798, s. 581.

⁵⁹ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 784, s. 579.

⁶⁰ FISHINGER/ RICHARDI, § 611, Rn. 798, s. 581.

⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 566; Yargıtay'ın bir kararına göre; "...İşçinin prime hak kazanması için işyerinde prim ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmış olması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin prim talep hakkı vardır...", Y. 7. HD., E. 2015/6315, K. 2016/6457, T. 16.3.2016; Diğer bir Yargıtay kararına göre; "... Davacı işçi 2002 yılı için çalıştığı dönemle sınırlı olarak başarı primi isteğinde bulunmuş, mahkemece yılın tamamında çalışılmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir. Adı geçen isteğin dayanağı, taraflar arasında 5.8.1999 tarihinde imzalanan iş sözleşmesidir. Sözleşmede, başarı priminin işyerindeki karlılığa ve satış cirosuna bağlı olarak belirleneceği ve yıl sonunda ödeneceği kararlaştırılmış ise de söz konusu prime hak kazanabilmek için yılın tamamında çalışma koşulu öngörülmemiştir. Kaldı ki, davacı işçinin 2002 yılında çalışması olduğuna göre, yıl sonu itibarıyla şayet iş sözleşmesinde belirlenen karlılık ve satış cirosunun gerçekleşmesi halinde davacı işçi genel müdür olarak hizmet verdiği işyerinde bu oluşuma katkı sağlamıştır. Davacının görev yaptığı dönem itibarıyla işyerinin karlılık ve satış cirosu belirlenmeli ve buna göre iş sözleşmesinde öngörülen başarı primi tutarı hesaplanmalıdır... İş sözleşmesi hükümleri ve kistelyevm esasına göre hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir...", Y. 9. HD., E. 2005/3498, K. 2005/29659, T. 13.9.2005, ÇİL, s. 2227.

⁶² ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 307; SÜZEK, s. 395; AKYİĞİT, s. 1492; ÇİL, s. 2157; Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına göre; "...Davacının ücret alacağı talep ettiği tarihlerde davalı işyerinde çalıştığı mahkemenin de kabulündedir. Davalı işverenin ücret ödemelerini yazılı belgelerle kanıtlaması gerekir. Eğer bu konuda yazılı belge sunamıyorsa davacıya yemin teklif edebilir...", Y. 9. HD., E. 2005/32521, K. 2006/11775, T. 27.4.2006, ÇİL, 2007, s. 2173; "...Primlerin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. 4857 Sayılı Kanun'un 5754 Sayılı Yasayla değişik 32. maddesine göre, belli bazı işyerleri bakımından prim ödemeleri işçi adına açılan banka hesabına yatırarak gerçekleştirilmelidir...", Y. 7. HD., E. 2015/2788, K. 2016/12030, T. 1.6.2016, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, E.T.25.5.2018.

32. maddesine göre; “Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır”. İş sözleşmesinin devam etmesi zamanaşımı süresinin işlenmesini durdurmamakla birlikte, zamanaşımı süresi kural olarak ücret alacağının doğduğu andan itibaren işlemeye başlar⁶³. Ücret eki niteliğinde olması nedeniyle ücretin bağlı olduğu hukuki rejime tabi olan prim alacakları için de zamanaşımı süresi, prim alacaklarının muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. İş Kanunu’nun 34. maddesinden hareketle, gününde ödenmeyen prim alacağı için yasal faiz değil, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanması gerekir⁶⁴.

⁶³ SÜZEK, s. 396, 397; AKYİĞİT, s. 1494; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 480; AKYİĞİT, s. 236; ÇİL, s. 2157; EVREN, s. 38.

⁶⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 312; AKYİĞİT, s. 236; ÇOPUROĞLU, s. 189; Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre; “...4857 Sayılı İş Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde faiz konusunda düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan Kanunu’nun 34. maddesinde, gününde ödemeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı hükmü bulunmaktadır. Maddede sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olup, çalışma karşılığı ücretler ile ikramiye, prim, jestiyon ve benzeri ödemeler ve fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsama dâhildir...”, Y. 22. HD., E. 2017/17772, K. 2017/ 30879, T. 21.12.2017; Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 22. HD., E. 2017/ 43932, K. 2017/28359, T. 11.12.2017; Y. 22. HD., E. 2017/8665, K. 2017/22536, T. 23.10.2017; Y. 22. HD., E. 2016/17630, K. 2016/23222, T. 1.12.2016; Y. 22. HD., 2016/20356, K. 2016/24222, T. 1.12.2016; Y. 22. HD., E. 2015/6298, K. 2016/13176, T. 3.5.2016; Y. 22. HD. E. 2015/16825, K. 2016/12401, T. 26.4.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018; Faizin başlangıç noktasına ilişkin, ÇOPUROĞLU, 2013, s. 191; Faizin başlangıç noktasına ilişkin Yargıtay kararları bkz. “...Prim ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca temerrüt için işçinin ihtarına gerek vardır. Prim uygulaması bireysel iş sözleşmesinden veya işyeri uygulamalarından doğmaktaysa, gününde ödenmeyen primler için 4857 Sayılı Kanun’un 34. maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 Sayılı Kanun döneminde doğan prim alacakları bakımından temerrüt tarihinden 4857 Sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir...”, Y. 7. HD., E. 2015/2788, K. 2016/12030, T. 01.6.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018; “...Davacı tarafça, dava açılmadan önce gönderilen 07.01.2013 tarihli ihtarnamein 10.01.2013 tarihinde davalı tarafa tebliğ edildiği, ihtarname içeriğinde 61.521,00 TL prim alacağının 3 iş günü içinde ödenmesinin talep edildiği, buna göre davacı tarafın faiz başlangıç tarihi olarak talep ettiği 15.01.2013 tarihi itibarıyla davalı tarafın temerrüde düştüğü anlaşılmalı, prim alacağı için faizin başlangıç tarihinin bu tarih olması gerekirken dava tarihinden itibaren yürütülmüş olması hatalı olup bozma sebebi ise de, bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 438/7. maddesi uyarınca aşağıda belirtilen şekilde düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur...”, Y. 22. HD., E. 2017/7757, K. 2017/10811, T. 11.5.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018; “...Prim ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca temerrüt için işçinin ihtarına gerek vardır...”, Y. 7. HD., E. 2015/6315, K. 2016/6457, T. 16.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

III. FAZLA ÇALIŞMA HALİNDE PRİM

A. Genel Olarak

Prime ilişkin yargıya intikal eden uyuşmazlıklara bakıldığında, bunların genellikle fazla çalışma alacağı ile ilgili oldukları görülmektedir. Bu nedenle bu başlık altında fazla çalışmaya ilişkin kısa ve genel mahiyette bilgiler verilmekle yetinilecektir⁶⁵. İş Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca "Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır... Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir... işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı ...serbest zaman olarak kullanabilir".

Fazla çalışmanın yaptırılabilmesi için kural olarak işçinin onayının alınması gerekir⁶⁶. Yine işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için kural olarak fazla çalışmanın işveren tarafından istenmiş olması gerekir⁶⁷. Ancak işveren, işçinin fazla çalışma yaptığını bilmesine rağmen bu çalışmaya ses çıkarmaz ise, fazla çalışmanın işveren tarafından istenmediğini söyleyerek fazla çalışmayı reddetmek doğru olmaz⁶⁸. İşçilerin şahıslarına ilişkin olmak üzere, fazla çalışmaya yıllık bir üst sınır belirlenmiştir. Buna göre, işçiler yılda en fazla 270 saat fazla çalışma yapabileceklerdir⁶⁹.

B. Prim ve Fazla Çalışma Olgusunun Değerlendirilmesi

1. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Taraflarca kararlaştırılmış ya da işverenin tek tarafı uygulaması ile işyeri uygulaması haline gelmiş prim mevcutsa, bu ödemenin fazla çalışma ücreti karşısındaki durumu önem taşımaktadır. Performansa dayalı bir ödeme türü olan prime hak kazanabilmek için işçiler çoğunlukla, haftalık çalışma sürelerini aşar nitelikte çalışma yapmaktadır. Haftalık çalışma süresini aşan ve prim için esas alınan ölçütü de gerçekleştiren çalışmalar için, işçinin hem prime hem de fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanamayacağı meselesi önem taşımaktadır. Bu başlık altında yargı kararlarına yer verilmiş olup, kararlara ilişkin değerlendirme, bir sonraki değerlendirme başlığı altında yapılacaktır.

⁶⁵ Fazla çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KABUL, Sibel: "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", İÜHF, C. 72, S. 2 (2014), s. 233-268.

⁶⁶ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 655; SÜZEK, s. 826; AKYİĞİT, s. 1670; ASTARLI, s. 183; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 269; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 595; AKYİĞİT, s. 403; KARACAN ÇETİN, Hatice: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2015, s. 105.

⁶⁷ AKYİĞİT, s. 1670; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 155; SÜZEK, s. 833; ASTARLI, s. 182; AKYİĞİT, s. 403; KARACAN ÇETİN, s. 101.

⁶⁸ SÜZEK, s. 826.

⁶⁹ SÜZEK, s. 826; ASTARLI, s. 188.

Uygulamada, yukarıda da değinildiği üzere, prime esas alınan ölçüt olarak daha ziyade yapılan işin miktarı esas alınmaktadır. İşin miktarı esas alınarak prim ödemesi usulü ile de genellikle satış temsilcileri çalışmaktadır. Hatta çoğu zaman satış temsilcilerinin almış oldukları prim ödemesi, esas ücretlerini aşar niteliktedir. Prim usulü çalışan işçiler, daha fazla prime hak kazanabilmek adına haftalık 45 saati aşan çalışmalar yapmaktadır. Dolayısıyla aynı çalışma için hem fazla çalışma hem de prim ödemesine hak kazanıp kazanmayacakları hususu taşıdığı önem nedeniyle pek çok yargı kararına konu olmuştur. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların bir kısmı, satış temsilcilerinin daha fazla prime hak kazanmak adına fazla çalışma yaptıkları (kararda satış temsilcilerinden olan tıbbi mümessiller konu edilmiş olmakla birlikte, sadece tıbbi mümessiller değil satış temsilcilerinin pek çoğu mesai saatlerini kendilerini belirlemektedir), kendi mesailerini kendilerinin ayarlayabileceği gerekçesiyle fazla çalışmaya ilişkin talepleri reddedilmiştir. Konuya ilişkin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararında; *"Somut olayda; davacı işçinin davalı işveren işyerinde en son ilaç tanıtım elemanı olarak çalıştığı sabittir. Dairemizce incelemesi yapılan 2012/22230 esas sayılı dava dosyasında da, davacı gibi tıbbi mümessil olarak çalışan davacının fazla çalışma yapıp yapmadığının tespiti için aynı şekilde bozma yapılmış olup; bozmadan sonra mahkemece "Tıbbi Mümessillerin çalışma koşullarının diğer işçilerden farklılık gösterdiği bilinmektedir. Tıbbi mümessil olarak çalışan kişi çalışma saatlerini kendisi belirlemekte bunu haftalık program olarak işverene sunmakta işyeri dışında doktor ve eczacılara ilaç tanıtımı yaparak işverenin kontrolü dışında kendi belirlediği serbest bir düzen içinde çalışma yapmaktadır. Görevi ilaç tanıtımı ve bilgilendirmesi olan mümessilin tanıtımını yaptığı ilacın satış rakamlarının yüksek olması mümessilin prim ve kariyer anlamında fazladan kazançlar elde etmesini sağlar. Satış rakamları bağımsız I.M.S firması tarafından elde edilen satış verileri ışığında ilaç firmalarıyla paylaşılarak mümessilin ve tanıtımı yaptığı ilacın pazar payı belirlenir. Bu belirlenen pazar payına ve kendisine verilen satış hedefine göre mümessil prim kazanmaktadır. Sağlık Bakanlığı yayınladığı genelgelerle bünyesindeki sağlık kurumlarında mümessil ziyaretlerine çeşitli sınırlamalar getirmiştir... Tıbbi mümessiller bu genelgeye ve çalışma saatlerine uygun olarak çalışma programını hazırlamak durumundadır. İşverenin denetimi dışında çalışma serbestisi içinde olan ve çalışma programını kendisi hazırlayan mümessilin kurumların durumunu ve çalışma saatlerini göz önüne alarak en doğru çalışma programını yapması kendi inisiyatifinde olduğu, söz konusu programı uygulamak ve daha fazla tanıtım yaparak prim almak amacıyla belirlenen program dışında fazla mesai yapması yönünde işveren tarafından kendisine herhangi bir emir veya talimat verildiği iddia ve ispat edilmiş olmadığından davacının fazla mesai ücret alacağı talep edemeyeceği" gerekçesi ile fazla çalışma alacağı reddedilmiş ve mahkeme kararı Dairemizin 2014/esas sayılı dosyası ile onanarak isabetli bulunmuştur. Yine Dairemizin*

2014/7733 vd. seri dosyasında da davalı işveren işyerinde çalışan tıbbi mümessillerin fazla çalışma alacaklarının reddine dair kararlar bozma sonrası onanmıştır. Benzer şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.06.2013 tarih ve 2013/ esas, 2013/ karar ile 2012/esas, karar sayılı dosyalarında da verilen ret kararlarının onandığı anlaşılmaktadır. Gerek tıbbi mümessillerin kendi mesaisini kendileri ayarlayabilecek konumda olmaları ve gerekse Dairemiz ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi emsalleri birlikte değerlendirildiğinde; davacının fazla çalışma alacağına reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”⁷⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararında; “Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir...”⁷¹. Yargıtay bu kararında, satış temsilcilerinin mesai

⁷⁰ Y. 22. HD., E. 2015/27213, K. 2015/29326, T. 20.10.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018; Benzer nitelikteki Yargıtay kararına göre; “...Davacının satış müdürü olarak yüksek ücretle çalıştığı ve tanık anlatımlarına göre satış işlemleri için gün içinde işyeri dışında da zaman geçirebildiği anlaşılmaktadır. Davacının konumu itibarıyla gün içindeki mesaisini kendisinin belirleyebildiği kabul edilmeli ve fazla çalışma ücreti isteğinin reddine dair hüküm kurulmalıdır. Davacı ile aynı yerde satış müdürü olarak üstelik daha düşük ücretle çalışmış olan Y. M. adlı işçinin açtığı davada mahkemece fazla çalışma ücreti isteği reddedilmiş ve tarafların temyizi üzerine karar Dairemizce onanmıştır(Yargıtay 9. HD. 10.04.2012 gün, 2009/34075 E, 2012/12066 K)...”, Y. 9. HD., E. 2012/6472, K. 2014/6794, T. 4.3.2014, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018; Benzer yöndeki diğer bir Yargıtay kararına göre; “... Davacının satış müfettişi – satış temsilcisi olarak anlaşılmaktadır. Davacının çalışma gün saatlerini kendisinin düzenlemede insiyatif sahibi olduğu, çalışmasının çoğunluğunu işyeri dışında işverenin denetim ve gözetimine tabi olmaksızın çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının çalışma saatini düzenleme konusundaki insiyatif sahibi olma özelliğinin akışını gösteren işveren tarafından davacıya verilmiş bir talimat veya emir verildiğine dair dosyada kayıt ve belge bulunmamaktadır. Aynı işyerinde davacı ile aynı işi yapan işçilerin açmış oldukları davalarda fazla çalışma ücret alacağına reddine dair kararlar dairemizce onanarak kesinleşmiştir. (Dairemizin 02.11.2009 T. 2008/11613 E. 2009/30148 K. 2009/13098 E. 2009/13577 K. 2008/16179 E. 2008/12788 K. Sayılı ilamları). Böyle olunca davacı işçi fazla çalışma yaptığını yöntemince kanıtlayamamıştır. Mahkemece fazla çalışma ücret alacağı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” , Y. 9. HD., E. 2009/5366, K. 2011/5034, T. 25.2.2011, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁷¹ Y. 9. HD., E. 2011/22744, K. 2012/26655, T. 5.7.2012; Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 7. HD., E. 2013/21486, K. 2014/5546, T. 10.3.2014; Y. 9. HD., E. 2011/52131, K. 2014/2283, T. 29.1.2014; Y. 22. HD., E. 2013/3056, K. 2014/1214, T. 31.1.2014; Y. 22. HD., E. 2013/3593, K. 2014/1731, T. 7.2.2014; Y. 7. HD., E. 2013/20925, K. 2014/4066, T. 18.2.2014; Y. 7. HD., E.

saatlerini kendilerini belirleyebileceği gerekçesiyle fazla çalışma taleplerinin doğrudan reddedilmesi yönündeki görüşünden vazgeçmiş olup, satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi yönünde karar vermiştir.

Yargıtay daha sonra vermiş olduğu kararlarında görüşünü değiştirmiştir. Görüş değişikliği sonrası vermiş olduğu bir kararında; *“Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Satış temsilcileri genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışmaktadırlar. Prim, çalışanı özendirici ve ödüllendirici bir ücret ödemesi olup işverence işçiye garanti edilmiş bir temel ücretin üzerine belirli bir usule bağlı olarak ödenen ek bir ücrettir. İşverenin istek ve değerlendirmesine bağlı olabileceği gibi, sözleşme gereği olarak da verilebilir. Fazla mesai ise kural olarak 4857 Sayılı İş Kanunu'na göre, kanunda yazılı şartlar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. İşçi fazla mesai yapsın yapmasın prim ödemesi var ise bu ek ücrete hak kazanır. Ancak ister gezerek, isterse işyerinde çalışsın satış temsilcisi mesaisi arttıkça prim alacağı artacağından, bir anlamda yüzde usulü ile çalışması söz konusu olduğundan fazla çalışma ücretinin yüzde usulünde olduğu gibi sadece zamlı kısmının (% 50) hesaplanması gerekir.”*⁷². Yargıtay bu kararında, işçinin fazla mesai yapip yapmadığına bakılmaksızın prim ödemesine hak kazanacağını, ancak ister gezerek ister işyerinde çalışan satış temsilcisinin mesaisi arttıkça prim alacağı artacağından, fazla çalışma ücretinin yüzde usulünde olduğu gibi sadece zamlı kısmının hesaplanması gerekeceği yönünde karar vermiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin kararına göre; *“...Somut olayda davacı dağıtım ve satış görevlisi olarak davalı yanında çalışmış olup tanık beyanlarına göre davacının Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarında haftalık 3,5 saat, diğer aylarda 2 saat fazla mesai yaptığı kabul edilmiştir. Diğer yandan davacının maaş+prim sistemi ile çalıştığı sabittir. Fazla mesai ücreti hesaplanırken; davacının almış olduğu prim miktarı dikkate alınmadan, haftalık fazla mesai saati normal ücretin % 150'si ile çarpılmak suretiyle hesaplama yapılmış*

2013/18438, K. 2014/3408, T. 24.2.2014; Y. 9. HD., E. 2009/2318, K. 2011/186, T. 24.1.2011, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁷² Y. 9. HD., E. 2017/7302, K. 2017/18505, T. 16.11.2017; Aynı yönde bkz. *“...Somut uyuşmazlıkta; davacının davalı işyerinde satış temsilcisi olarak çalıştığı ve yapılan satış miktarına bağlı olarak prim aldığı dikkate alındığında, yukarıdaki ilke kararımızda belirtildiği üzere fazla çalışma hesabında sadece % 50 zamlı kısmın hesaplanması gerekirken, prim ödemeleri gerekçe gösterilerek fazla mesai alacağı talebinin reddedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”*, Y. 9. HD., E. 2017/7783, K. 2017/20247, T. 7.12.2017; Aynı yönde bkz. Y. 9. HD., E. 2017/7302, K. 2017/18505, T. 16.11.2017; Y. 9. HD., E. 2017/7037, K. 2017/18541, T. 20.11.2017; Y. 9. HD., E. 2014/32584, K. 2016/4622, T. 2.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

olması hatalıdır. Yapılacak iş davacının almış olduğu *primin; yapmış olduğu fazla mesailerin karşılığında alacağı zamlı ücretin zamsız kısmını karşıladığı kabul edilerek, fazla mesai saati normal ücretin % 50'si ile çarpılmak suretiyle çıkacak sonuca göre karar verilmelidir. Mahkemece bu husus gözetilmeksizin fazla mesai ücretinin hatalı şekilde hesaplanıp hüküm altına alınması isabetli olmayıp bozma nedenidir...*⁷³.

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda; “...Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir...”⁷⁴.

2. Değerlendirme

Fazla çalışma alacağı ile birlikte prim alacağına ilişkin yargıya intikal eden uyuşmazlıklara ilişkin verilen yüksek yargı kararlarına baktığımızda, görüş değişikliğine gidildiği görülmektedir. Bu görüş değişikliği, prim alacağının fazla çalışmayı karşıladığı gerekçesiyle fazla çalışmanın reddi, fazla çalışma alacağının prim alacağı tarafından karşılanmayan kısmı için hüküm kurulması ve son olarak da fazla çalışma alacağının % 50 zamlı kısmının hesaplanması yönünde gerçekleşmiştir.

Güncel olarak Yargıtay'ın görüşü; aynı çalışma süresine ilişkin fazla çalışma ve primin mevcut olması halinde, fazla çalışma alacağının zamsız kısmının prim ödemesi ile karşılandığı dolayısıyla fazla çalışma alacağının yüzde usulünde olduğu gibi sadece % 50 zamlı kısmının hesaplanması gerektiği yönündedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca çıkarılan Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik m. 5'e bakıldığında; “... İşyerinde çalışan her işçi, toplanan yüzdelerden, fiilen çalıştığı gün sayısına ve elde ettiği puana göre yararlanır...Yüzdelerden ödenen fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark, işveren tarafından ödenir...”. Hükme göre yüzde usulüne göre çalışan işçilere, haftalık çalışma süresini aşan kısım için belirli bir yüzde esas alınarak zaten bir ödeme yapılmaktadır. Dolayısıyla fazla çalışma alacağı bakımından zaten fazla çalışma alacağının zamsız kısmının ödemesi yapılmaktadır. Dolayısıyla düzenlemede yer alan fazla çalışma alacağının

⁷³ Y. 7. HD., E. 2015/5381, K. 2016/7658, T. 30.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

⁷⁴ YHGK, E. 2016/9-571, K. 2017/1454, T. 29.11.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2018.

zamsız kısmı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark da aslında, fazla çalışma alacağıının zamlı kısmı oluşturmaktadır. Ancak prim ödemesi ile yüzde usulüne göre ödeme birbirinden tamamen farklı uygulamalardır. Yüzde usulü çoğunlukla esas ücret olarak belirlenen bir ücretlendirme sistemidir. Oysaki prim ödemesi işçiyi teşvik etmek, ödüllendirmek için yapılmaktadır. Aynı zamanda prim ödemesi şarta bağlı bir ödemedir. Dolayısıyla işçinin prim ödemesi için esas alınan ölçütü gerçekleştirememesi halinde her ne kadar fazla çalışma yapsa da prim ödemesi alamamaktadır. Üstelik fazla çalışma alacağı ile prim ödemesinin nedenleri de birbirinden farklıdır. Dolayısıyla fazla çalışma alacağıının prim ödemesinde mahsup edilememesi gerekir.

Prim ödemesi ile benzerliği dikkate alındığında karşılaştırılabilecek diğer bir ödeme de parça başına ücret uygulamasında fazla çalışma ücretinin nasıl belirlendiğidir. Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m. 4/f.2'ye göre parça başına ya da yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça ya da iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır⁷⁵. Yine yönetmelik hükümleri dikkate alındığında bu şekilde hesaplanan zorluk arz ettiği durumlarda, parça başına ya da yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası ise fazla sürelerle çalışma ücreti olarak bulunacaktır. Parça başına ücret uygulamasıyla ilgili yargıya intikal eden pek çok olay için verilen kararlar, işçinin zaten normal çalışması karşılığı ödendiğinden, sadece fazla çalışma için geçerli olan % 50 ücret artırımının ödenmesi yönündedir⁷⁶. Zira işçi, yaptığı bu çalışmaların karşılığının bir katını

⁷⁵ UŞAN, s. 132; ASTARLI, s. 216; KARACAN ÇETİN, s. 145.

⁷⁶ UŞAN, s. 134; "...Davacı parça başı ücretle çalıştığını belirtmektedir. Davacı ile davacı tanıklarının bir telefon başlama ücreti olarak bildirdikleri miktar farklıdır. Bilirkişi raporunda aylık ücretin nasıl belirlendiği yazılı olmadığından ücretin 1475 sayılı Yasanın 14/11. maddesindeki esaslara uygun olup olmadığı denetlenememektedir. Bilirkişi raporu açık ve denetlemeye elverişli olmalıdır. Parça başı ücretle çalışması durumunda fazla mesai ücretinin sadece % 50 zamlı kısmının, genel tatil ücretinin ise sadece bir kat fazlasının hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir. Yazılı şekilde fazla mesai yapıldığında ve genel tatilde çalışıldığında zamsız olarak parça başı ücret karşılığı ödenen kısmın da hesaba dâhil edilmesi hatalıdır..." , AKYİĞİT, s. 1550; "...Davacının parça başı ücretle çalıştığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı gibi bu konu tarafların da kabulündedir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, fazla çalışma saatinin zamsız kısmının parça başı ücret karşılığı ödendiğinin kabulü gerekir. Buna göre fazla mesai saatinin sadece % 50 fazlası hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır..." , KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 638.

normal çalışma ücreti üzerinden zaten almıştır⁷⁷. Ancak prim uygulaması parça başına ücret uygulamasından da farklıdır. Zira parça başına ücrette, haftalık çalışma süresinin aşılması halinde zaten işçiye üretmiş olduğu her bir parça için belirlenen bir bedel ödenmektedir. Ayrıca fazla çalışmanın zamsız ve zamlı kısmı arasındaki fark, yani % 50 zamlı ücret, de ödenmektedir. Dolayısıyla işçi fazla çalışmasının karşılığını zaten almıştır. Ancak prim uygulamasında bahsetmiş olduğumuz üzere şartlı bir ödeme söz konusudur. Üstelik bu şartın konulma amacı da işçiye teşvik etmek, çalışma performansını artırmak içindir.

İşçinin elde etmiş olduğu prim ödemesinin fazla çalışma alacağına zamsız kısmını karşıladığını kabul edip, sadece % 50 zamlı kısmının hesaplamasının yapıp ödenmesi prim ve fazla çalışma kurumunun amacına aykırıdır. Yargı kararlarına da bakıldığında esasen haftalık çalışma süresini aşmayan kısım için prim ödemesi yapılmaktadır. Aynı noktadan yola çıkıldığında, haftalık çalışma süresi içinde kalan kısım için de işçinin esas ücretinin mahsup edilmesinin gerektiği gibi anlamsız bir sonuç çıkar. Üstelik işçinin elde etmiş olduğu toplam prim miktarına bakıldığında, bunun bir kısmının haftalık çalışma süresi içinde kalan zaman için de elde edildiği görülür. Dolayısıyla tespiti güç olmakla birlikte, haftalık çalışma süresi içindeki kısma denk gelen prim ödemesi ayrı tutularak hesaplama yapılmalıdır. Zira bu kısım için fazla çalışma söz konusu değildir.

SONUÇ

Fazla çalışma alacağına zamsız kısmının prim alacakları ile karşılandığının kabulü ve fazla çalışma alacağına sadece % 50 zamlı kısmının ödenmesinin sebebi, işvereni yüksek fazla çalışma ücreti ve prim ödemesi ile karşı karşıya bırakmamak için olabilir. Ancak bu sonucun aşılmasına, mahsup yoluyla ulaşmamak gerekir. Çözüm yolu olarak, tarafların sözleşme serbestisi içinde prim ödemesinin fazla çalışma yapılması halinde ödenmeyeceğini kararlaştırması sunulabilir. Uygulamada toplu iş sözleşmelerine bu yönde hükümler konulduğu görülmektedir⁷⁸. Sonuç olarak fazla çalışma ücreti ile

⁷⁷ KARACAN ÇETİN, s. 145.

⁷⁸ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; “...Dairemizce işyerinde uzunca süreden beri uygulanan toplu iş sözleşmeleri incelenmiş ve son toplu iş sözleşmesi olan 24. dönem toplu iş sözleşmesine (01.03.2013-28.02.2015 arası için) kadar olan tüm sözleşmelerinde aynı şekilde düzenlenen 60. maddesinin (e) bendinde işçilerin çalıştıkları normal mesai günleri için işbaşında kaldıkları saat başına, günlük mesai süresi sekiz buçuk saat ve üzerinde olan işçilere saat ücretlerinin %...’i, günlük normal çalışma süresi yedibuçuk saat ve altında olan işçilere ise saat ücretlerinin %... oranında verimliliği teşvik primi ödeneceği ve maddenin son cümlesinde de “Fazla mesai çalışması yapılan süreler için bu prim ödenmez” denilerek bir sınırlama getirilmiştir...”, Y. 22. HD., E. 2017/23852, K. 2017/5849, T. 23.3.2017; Aynı yönde bkz. Y. 22. HD., E. 2016/29625, K. 2016/29667, T. 29.12.2016; Y. 22. HD., E. 2016/5716; K. 2016/13511, T. 5.5.2016; Y. 22. HD., E. 2017/2225, K. 2017/3452, T. 23.2.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, E.T.25.5.2018.

prim ödemesi, herhangi bir mahsuplaşma olmadan ayrı ayrı ödenmelidir. Ya da en azından haftalık çalışma süresine denk gelen prim miktarı, toplam miktarından düşüldükten sonra fazla çalışma süresine denk gelen prim miktarı bulunarak hesaplama yapılması yoluna gidilmelidir.

KAYNAKÇA

- ALBRECHT, Kathrin: Prämien im Berufsfussball, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
- ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, Ankara 2016.
- AKYİĞİT, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008.
- ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara 2007. ÇOPUROĞLU, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013.
- EMMEL, Frank: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 322, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, Zürich 2016.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- EVREN, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007.
- FISHINGER, S. Philipp/ RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht Kommentar, Staudinger Praxis Edition, Berlin 2012.
- FRITSCH, Daniela: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.
- GEISER, Thomas/ MULLER, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
- KARACAN ÇETİN, Hatice: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2015.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KABUL, Sibel: “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İÜHFİM, C. 72, S. 2 (2014), s. 233-268.

LOWISCH, Manfred/ CASPERS, Georg/ KLUMPP, Steffen: Arbeitsrecht, 9. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.

MALLA, Jasmin: Bundespersonalgesetz Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2013.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

PORTMANN, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2013.

PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht, 4. Auflage, aus Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012.

STREIFF, Ullin/ von KAENEL, Adrian/ RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, 2012.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015.

UŞAN, Fatih: İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara 2003.

UŞAN, Fatih: "Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu", http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_6.pdf, E.T. 13.7.2018.

WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.

WEIDENKAFF, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Neubearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2013.

ZEYTİNOĞLU, Emin: "Bahşışın Ücret Olarak Kabul Edilip Edilmeyeceğinin İncelenmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 13, S. 26, 2014/2, s. 57-71.

ROMA HUKUKU'NDA AYNI TEMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE REHİN HAKKI (PIGNUS VE HYPOTHECA)

*Historical Progress of Real Security and Pledge (PIGNUS AND HYPOTHECA)
In Roman Law*

Dr. Öğr. Üyesi Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ*

Geliş Tarihi: 22.05.2018

Kabul Tarihi: 28.06.2018

ÖZET

Aynı teminat, alacaklının alacağına karşılık, başkasına ait bir mal üzerinde aynı bir hak elde ettiği teminat türüdür. Roma Hukuku'nda aynı teminat aşamalı olarak ve *praetor*'ların faaliyetleri ile gelişmiştir. Bu bağlamda Roma Hukuku'nda öncelikle aynı teminat olarak *fiducia* (inançlı işlem) ortaya çıkmış, daha sonra zilyetliğin rehinli alacaklıya devredildiği *pignus* aşamasına ulaşılmış, sonrasında ise rehinin teslimsiz olarak kurulabildiği *hypotheca* kabul edilmiştir. Rehın hakkı, bir borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklının alacaklarının güvencesi olması için, alacaklı lehine verilen taşınır ve taşınmaz mal güvencesi olarak ifade edilmektedir. Rehın hakkı başkasına ait mallar üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) arasında yer alır. Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda bu ifade yer alırken, günümüzde sınırlı aynı haklar ifadesi kullanılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aynı teminat, rehin hakkı, *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*.

ABSTRACT

Real security is a security kind which is founded against the receivable of creditor and is founded on another person's property. In Roman law, real security has progressed step by step with the works of *praetors*. In this regard, firstly, in Roman law as a real security *fiducia* came out, afterwards the step of *pignus* was reached in which possession was given to creditor, and lastly *hypotheca* was accepted in which pledge was founded without delivery. Pledge is expressed as the security of movable and immovable property given on behalf of the creditor, in order to guarantee the receivables of the creditor, if a debt is not fulfilled. Pledge takes part in another person's rights of property (*iura in re aliena*). While in the resources which are related to Roman law use this term, today the term of restricted real rights is used.

Keywords: Real security, pledge, *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*.

GİRİŞ

Borç, kişiyi diğer bir kişiye bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan, diğer taraf için ise bu edimin yerine getirilmesini isteme hakkı veren bir bağ olarak tanımlanır. Bu tanım *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de (Iust. Ins. 3.13. pr.) yer almaktadır. Teminat ise bir kişinin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bir hukuki işlem olarak ifade edilir.

¹ Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, bengisermet@yahoo.com

Roma Hukuku'nda ifanın sağlanması açısından borcun teminat altına alınması önemli bir husus olmakla birlikte aynı teminattan ziyade şahsi teminata daha fazla ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Bunun en önemli nedeni borçlunun borcundan fiziki varlığı ile sorumlu olduğu eski hukuk sistemlerinde şahıs üzerinde icranın kesinliğidir. Bunun yanı sıra Roma toplumunda verilen söze bağlılığın önemi, tapu sicilinin bulunmaması sebebiyle rehin haklarında aleniyetin sağlanamaması, teslim olmadan rehin hakkının kurulabilmesi ve kanuni rehin hakkının ortaya çıkması gibi nedenlerle Romalılar şahsi teminatlara daha fazla önem vermişlerdir. Dolayısıyla Roma Hukuku'nda aynı teminatın gelişimi ve uygulanması zaman içinde gerçekleşmiştir.

Roma Hukuku'nun son dönemlerinde ise günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi aynı teminatın daha fazla uygulandığı sonucuna varılmaktadır. Bunun sebebi taşınır mal zenginliğinin artması, ferdi toprak mülkiyetinin yayılması ve şahıs üzerinde icranın sertliğinin azalmasıdır.

Roma Hukuku'nda aynı teminat aşamalı olarak ve *praetor*'ların faaliyetleri ile çeşitli yeniliklerle gelişmiştir. Bu bağlamda Roma Hukuku'nda öncelikle aynı teminat olarak bir malın mülkiyetinin alacaklıya devredildiği *fiducia* (inançlı işlem) ortaya çıkmış, daha sonra zilyetliğin rehinli alacaklıya devredildiği *pignus* aşamasına ulaşılmış, sonrasında ise rehinin teslimsiz olarak kurulabildiği *hypotheca* kabul edilmiştir.

Bu çerçevede Roma Hukuku'nda aynı teminatın tarihsel gelişimi ve rehin hakkını konu alan bu çalışma altı kısımdan oluşmaktadır. Çalışmanın birinci kısmında, Roma Hukuku'nda borç ve teminat kavramları incelenmiştir. İkinci kısımda ise Roma Hukuku'nda aynı teminatın tarihsel gelişimi hakkında bilgi verilmiştir. Roma Hukuku'nda rehin hakkının konusu ve içeriğinin anlatıldığı üçüncü kısmın ardından, dördüncü kısımda rehin hakkının kurulması konusuna yer verilmiştir. Beşinci kısımda rehin hakkının korunması konusu anlatılmış ve son kısımda rehin hakkının sona ermesi konusu incelenmiştir.

Çalışmanın metodolojisi ile ilgili olarak borç ve teminat kavramlarına ilişkin kısaca bilgi verilmiş ve esas olarak Roma Hukuku'nda aynı teminatın tarihsel gelişimi ve rehin hakkı konusunda değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca Roma Hukuku'nda rehin hakkının hukuki sonuçları hakkında bilgi vermek amaçlanmıştır. Çalışmanın konusu itibarıyla kavramsal düzeyde genellikle birincil kaynaklardan yararlanılmıştır.

I. ROMA HUKUKU'NDA BORÇ VE TEMİNAT KAVRAMLARI

İki veya daha çok kişi arasında kurulan, alacaklı tarafın, borçludan bir edimi yerine getirmesini isteme hakkını veren hukuki ilişki borç (*obligatio*) olarak nitelendirilir. Borçların meydana gelmesine sebep olan hukuki olaylar borcun kaynaklarıdır. Borcun kaynakları günümüz hukuku açısından incelendiğinde, yapılan sınıflandırmaların Roma Hukuku'nda yapılmış olan sınıflandırmalarla

benzerlik gösterdiği görülmektedir². Bu bağlamda *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan bir metne göre (*Gaius Ins.3.88*) *Gaius*, borçların sözleşmeden (*obligationes ex contractu*) ve haksız fiilden (*ex delicto*) olmak üzere iki şekilde doğabileceğini ifade etmiştir.

Gaius'un *Res Cottidianae (Aurea)* adlı eserinde bulunan bir diğer metinde borç kaynaklarına üçüncü bir çeşit daha eklenmiştir. Aynı şekilde *Digesta*'da (D. 44.7.1.pr. *Gaius*) yer alan bir diğer metne göre borçlar, sözleşme ve haksız fiillerin yanı sıra diğer çeşitli sebeplerden de (*obligationes ex variis causarum figuris*) doğmaktadır.

Gaius'un üçlü bir ayrıma tabi tuttuğu borcun kaynakları, *Iustinianus* tarafından dört kategoride öngörülmüştür. *Iustinianus* Dönemi'nde hazırlanan *Institutiones* adlı eserde ise, borcun kaynakları olarak, sözleşmeler, sözleşme benzerleri, haksız fiiller ve haksız fiil benzerleri incelenmiştir³. Bu dört kategoriden birine girmeyen hukuki işlemlerin dava edilebilirlik kabiliyetinin olmayacağı da belirtilmiştir⁴.

Borcun kaynakları bakımından, bunların dışında farklı sınıflandırmaların da yapıldığı görülmektedir. Bizans Hukuku'nun gelişiminin etkisiyle oluşan bu sınıflandırmalar için ortak kıstaslar konulamamakla birlikte⁵ Roma Hukuku'nun temel eserlerinden olan *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bu konu şu şekilde açıklanmıştır:

Iust. Ins. 3. 13 pr. – **3. 13. 2**

“Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvandae rei secundum nostrae civitatis iura. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu”.

² RADO, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1997 [Borçlar], s. 55.

³ TAHIROĞLU, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2005, [Borçlar], s. 103 vd.

⁴ LEE, R. W., *The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian*, London–1956, s. 285.

⁵ TAHIROĞLU, *Borçlar*, s. 104.

Iust. Ins. 3. 13 pr. – 3. 13. 2

“Şimdi borç ilişkilerine geçelim. Borç ilişkisi öyle bir hukuki bağdır ki onunla, devletimizin hukuku gereğince, bir kimseye, bir şeyin ifası konusunda mecburi olarak bağlanırsınız. Borçların esas sınıflandırmasına göre bütün borçlar ikiye ayrılır: şöyle ki, ya *Ius Civile* ya da *Praetor Hukuku* gereğince meydana gelirler. Kanunlar tarafından tesis edilenler veya *Ius Civile* gereğince kabul edilenler *civilestir*. *Praetorun yargı yetkisine dayanarak tesis edilenler praetoriae dir; bunlara honorariae ismi verilir. Bir diğer sınıflandırmada borçlar dörde ayrılır, yani ya sözleşmeden, ya sözleşme benzerinden, ya haksız fiilden, ya haksız fiil benzerinden meydana gelirler. Öncelikle sözleşmeden doğanlardan bahsedelim. Bunlar dört çeşittirler: ya şey ile (aynı), ya sözlerle, ya yazılarla, veya rıza ile kurulurlar”.*

Teminat bir kişinin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören bir hukuki işlemdir⁷. Roma Hukuku'nda borcun ifası aynı ve şahsi teminatla sağlanırdı. Aynı teminat söz konusu olduğunda, alacaklı alacağına karşılık, başkasına ait bir mal üzerinde aynı bir hak elde ederdi. Bu doğrultuda bir aynı dava (*actio in rem*) ile bu aynı hakkını hem o şeyin malikine hem de üçüncü kişilere karşı ileri sürebilirdi. Bir taşınır mal, taşınmaz mal, alacak hakkı veya intifa hakkı üzerinde rehin tesisi yükümlülüğünü içeren teminatlar aynı niteliklidir⁸. Bir diğer ifadeyle aynı teminattan maksat rehin ve ipotektir. Şahsi teminat, bir borcun ödenmesi için, üçüncü bir kişinin borcu üstlenmesidir⁹. Bu durumda borçlunun, borcunun karşılığını teşkil etmek üzere, haczi mümkün olan bütün malvarlığı ile yükümlülüğü söz konusu olur¹⁰.

Şahsi teminatın en önemli şekli kefalettir. Kefalet, esas borçlu yanında üçüncü bir kişinin, kefil yani ferî borçlu olarak, borcun ifasını taahhüt etmesiyle, bir borcun teminat altına alınmasıdır. Alacaklı, bu durumda, borçludan başka, kefil ismi verilen üçüncü bir kişiden alacağını talep etmek konusunda şahsi bir hak elde eder ve kefile karşı kefaletten doğan şahsi bir dava açabilir¹¹. Bu teminat yöntemi, Roma Hukuku'nda ve Roma toplumunda önem verilen ve uygulanan bir kişisel teminat çeşididir¹². Roma Hukuku'nda şahsi teminatı sağlayan kurumlar¹³ kefalet sözleşmesi ve kefalet hizmeti gören diğer garanti

⁶ IUSTINIANUS (Çev. UMUR, Ziya), *Institutiones*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1968, s. 239.

⁷ ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul 2003 (Eşya), s. 61.

⁸ TAHIROĞLU, Bülent, *Roma Hukuku'nda Borcun Teminatlarından Kefalet*, İÜHF, C: 42, S. 1-4 (1976), (Kefalet) s. 323.

⁹ YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2006, s. 507.

¹⁰ YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2002, s. 761.

¹¹ TAHIROĞLU, Kefalet, s. 323.

¹² YILMAZ, s. 507.

¹³ Türk Hukuku'ndaki başlıca şahsi teminatlar; kefalet, garanti sözleşmesi, birlikte borç üstlenme, sigorta sözleşmesi, itibar emri ve vesikalı akreditiftir. (YAVUZ, s. 761.)

işlemleridir¹⁴.

Roma Hukuku aynı ve şahsi teminatlar işlevleri bakımından incelendiğinde şahsi teminatların günümüzdekinden daha önemli bir yer tuttuğu görülür. Günümüzde ise alacaklılar genellikle aynı teminatı tercih ederler¹⁵. Özellikle Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde şahsi teminatlara daha fazla önem verilmiştir. Bunun nedenleri, borçlunun borcundan fiziki varlığı ile sorumlu olduğu eski hukuk sistemlerinde şahıs üzerinde icranın kesinliği, verilen söze bağlılığın önemi, tapu sicilinin bulunmaması sebebiyle rehin haklarında aleniyetin sağlanamaması, teslim olmadan rehin hakkının kurulabilmesi ve kanuni rehin hakkının ortaya çıkması olarak sıralanabilir¹⁶. Roma Hukuku'nun son dönemlerinde ise günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi aynı teminatın daha fazla uygulandığı sonucuna varılmaktadır. Bunun sebebi taşınır mal zenginliğinin artması, ferdi toprak mülkiyetinin yayılması ve şahıs üzerinde icranın sertliğinin azalmasıdır. Bunun yanı sıra aynı teminat söz konusu olduğunda alacaklıların teminat olarak belirlenmiş malları çabuk ve kolay bir şekilde paraya çevirebilme imkânı bulunmakta ve borcun ifa edilmediği durumlarda alacaklı kefile karşı talep ve dava açma yükünden de kurtulmaktadır¹⁷. Konuya ilişkin bir metinde bu husus ifade edilmektedir:

D.50.17.25 Pomponius

“Plus cautionis in re est quam in persona”.

D.50.17.25 Pomponius

“Aynı teminat şahsi teminattan daha güvenlidir”.

II. ROMA HUKUKU'NDA AYNI TEMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Roma Hukuku'nda aynı teminat kavramı aşamalı olarak ve *praetor*'ların faaliyetleri ile çeşitli yeniliklerle gelişmiştir. Bu bağlamda Roma Hukuku'nda öncelikle aynı teminat olarak mülkiyetin naklini gerektiren *fiducia* (inançlı işlem) ortaya çıkmış, daha sonra *praetor*'ların faaliyetleriyle zilyetliğin rehinli alacaklıya devredildiği *pignus* aşamasına ulaşılmış, sonrasında ise rehinin teslimsiz olarak kurulabildiği *hypotheca* kabul edilmiştir. Böylece alacaklının sınırlı aynı hakka sahip olduğu bir aynı teminat şekli olan rehin hakkı ortaya çıkmış ve günümüz hukuklarındaki niteliğini kazanmıştır¹⁸.

¹⁴ GÜRTEK, Kadir, Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi, Ankara 2007, s. 71 vd.

¹⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992, s. 115.

¹⁶ ERDOĞMUŞ, Eşya, s. 118. Modern hukuklar rehin hakkında aleniyet konusunda Cermen Hukuku'nun etkisi altında kalmışlardır. Taşınmazlarda aleniyet tapu sicili ile sağlanırken, taşınırlarda teslim ile mal rehin edilmektedir. Çünkü teslim aynı taşınırın borçlu tarafından bir başkasına rehin edilmesini zorlaştıracaktır. (KOSCHAKER/AYİTER, s. 180).

¹⁷ GÜRTEK, s. 72; TAHİROĞLU, Kefalet, s. 324.

¹⁸ ERDOĞMUŞ, Eşya, s. 118 vd.

A. *Fiducia* (İnançlı İşlem)

Fiducia (inançlı işlem), Romalıların kullandıkları ilk aynı teminat işlemi olarak kabul edilir. *Fiducia*'nın ortaya çıkış tarihi tam olarak saptanamamakla birlikte, *Plautus*'un metinlerindeki ifadelerden yola çıkarak eski dönemlerden beri var olduğu ve aynı teminat amacıyla kullanıldığı sonucuna varılmaktadır¹⁹. *Fiducia* kavramı, güvenmek, inanmak anlamlarını taşıyan *fides*'ten türetilmiştir²⁰. Bu işlemin en önemli özelliklerinden biri güvene dayanmasıdır. Bu nedenle bu hukuki ilişkide inanan ve güvenen taraf *fiduciant*, inanılan ve güvenilen taraf ise *fiduziar* olarak ifade edilir²¹.

İnançlı sözleşme olarak da ifade edilen bu işlem ile inanan bir malın mülkiyetini sonradan geri almak koşulu ile inanılana devrederdi²². Bir diğer ifadeyle rehin veren borcunu ödediği takdirde alacaklının o şeyi geri vereceğine güvenerek malın mülkiyetini devretmiş olurdu. Böylece alacaklı rehin yerine aslında tam bir mülkiyet hakkı elde ederdi²³. Borçlu borcunu ifa etmediği takdirde söz konusu mal inanılanın kayıtsız şartsız mülkü olurdu²⁴. *Pactum fiduciae* adı verilen bir anlaşma ile belirlenen şartlar gerçekleşince, söz konusu malın inanana tekrar devredileceği kararlaştırılırdı²⁵. Burada kazandırılan bir hakkın iadesi söz konusudur²⁶. Bir diğer ifadeyle *pactum fiduciae*, teminata bağlanmış olan alacağın sona ermesi halinde, inanılan kişinin kendisine itimaden devredilmiş olan şeyi tekrar inanan kişiye devredeceğine yönelik taahhüdünü içerirdi. Bunun yanı sıra bu *pactum* ile taraflar, teminata bağlanan alacağın cinsini ve miktarını, devredilen şeyi ve alacağın muacceliyet zamanını kesin olarak belirlerlerdi²⁷. Bu bağlamda *fiducia*, borçlunun bir malını borcun ödenmesi bozucu şartına bağlı olarak alacaklına vermesi işlemi olarak da yorumlanabilir²⁸.

¹⁹ OĞUZ, Arzu, *Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması*, AÜHFD, C.41, S.1-4, Ankara 1989-1990, ss. 225-286 s. 234; WATSON, Alan, *Origins of Fiducia*, Z. S., 1962, ss. 329-334, C.79, (*Fiducia*) s. 329.

²⁰ OĞUZ, s.233.

²¹ HANS, Peter, *Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler* (Çev. KARADENİZ, Özcan), AÜHFD, C. 21, S. 1-4, Ankara 1964, s. 530.

²² KOSCHAKER, Paul /AYİTER, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1983, s. 177; WATSON, Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, [Obligations], s. 172.

²³ RADO, *Borçlar*, s. 89.

²⁴ KOSCHAKER /AYİTER, s.177

²⁵ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 403; KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Havva, *Roma Hukukunda Lex Commissoria Yasağının Kapsamı ve Bu Yasağın Uygulama Alanını Daraltan İşlemler*, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2004 s. 128.

²⁶ HATEMİ, HÜSEYİN, *Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet ile İlişkisi*, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1976, s. 133; WATSON, *Obligation*, s. 178.

²⁷ PETER, s. 532.

²⁸ KOSCHAKER /AYİTER, s.177.

Romalılar *fiducia*'yı rehnin yanı sıra başka amaçlar için de kullanmışlardır. Bu işlem ariyet, vedia, *emancipatio*, *manus* altına alma, kölelerin azadı veya aile evlatlarının *adoptio*'su, kadınlara vasiyet ehliyetinin sağlanması gibi sebeplerle de yapılmıştır²⁹. Her durumda, mülkiyetin devri işleminin yanı sıra bu mülkiyetin hangi amaçla devredildiğini gösteren bir anlaşma olan *pactum fiduciae*'nin yapılması gerekirdi³⁰.

İlk zamanlar sadece taşınır ya da taşınmaz mal ayrımı olmaksızın *res mancipi* olan mallar için kullanılan ve malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile alacaklıya devredilmesiyle kurulan *fiducia*'nın, sonraki dönemlerde *res nec mancipi* olan mallar için de kullanıldığı görülmektedir. Borçlu *fiducia* ile mülkiyetini devrettiği malın zilyetliğinin kendisinde kalması hususunda alacaklıyla anlaşabilirdi. Bu durumda borçlu, iyiniyet (*bona fides*) ve geçerli hukuki neden (*titulus*) bulunmadığı halde *usureceptio* olarak ifade edilen özel bir kazandırıcı zamanaşımı ile *fiducia* olarak verdiği malın bir yıl sonunda mülkiyetini yeniden kazanırdı³¹. Bu hususlar *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan metinlerde ifade edilmektedir:

Gaius Ins.2.59

“Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem”.

Gaius Ins.2.59

“Bir kişi bazı koşullar altında başkasına ait bir malı zamanaşımıyla kazanabilir. Eğer kişinin inançlı işlemle mülkiyetini devrettiği malın zilyetliği kendisinde kalmışsa, arazi bile olsa, bir yılın sonunda zamanaşımı ile malın mülkiyetini kazanabilir. Zamanaşımıyla kazanılmış bu mal kullanma yoluyla kurtarılmış olarak ifade edilir. Çünkü daha önce maliki olduğumuz bu eşyayı zamanaşımı ile kurtarmış (mülkiyetini kazanmış) oluruz”.

Gaius Ins.3.201

“Item debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipauerit aut in iure cesserit, secundum ea, quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest”.

²⁹ OĞUZ, s. 234; PETER, s. 530; RADO, *Borçlar*, s. 89; UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1975, [Lügat] s. 73.

³⁰ RADO, *Borçlar*, s. 89.

³¹ KARADENİZ, Eşya, s. 295; KOSCHAKER /AYİTER, s.177.

Gaius Ins.3.201

“Borçlu, *fiducia* sebebiyle (inançlı sözleşme) ve *mancipatio* veya *in iure cessio* yoluyla alacaklısına devrettiği şeyi hırsızlık olmadan (*sine furto*) zilyetliğinde bulundursa zamanaşımıyla kazanabilir³²”.

Fiducia'nın uygulamada genellikle iki türüne rastlanmaktadır. Birincisi bir borcun teminatı olarak, ikincisi ise malın daha güvende olması amacıyla mülkiyetin devridir. İlk durum *fiducia cum creditore*, ikinci durum ise *fiducia cum amico* (dostlarla yapılan inançlı işlem) olarak ifade edilir³³. *Fiducia cum creditore*'de devredilen malın mülkiyeti bir borcun güvencesini oluşturur. Bu tür *fiducia*, rehin veya ipoteğe göre kazanan kişiye daha fazla yetki vermesi nedeniyle Klâsik Hukuk Dönemi'nin sonlarına kadar uygulanmıştır. *Fiducia cum amico* 'da ise bir kişi, kendi malını daha güvende olması için bir arkadaşına mülkiyetini devrederek bırakırdı. Bu şekilde yönetim amacıyla bir inanç ilişkisinin kurulduğu kabul edilirdi. Bu işlem, inanç konusunun korunması, gözetilmesi ya da bir şeyin satılması veya üçüncü bir kişiye devredilmesi amacıyla yapılırdı³⁴.

Doktrinde *fiducia* vesayeti terimine de rastlanmaktadır. Burada bir baba oğlunu hâkimiyetinde bırakarak, torununu hâkimiyetten çıkarmışsa; kendisi öldüğü zaman oğlu, hâkimiyetten çıkmış torunun (kendi oğlunun) vasisi olur. Bu durum Roma Hukuku'nda *fiducia* (inançlı işlem) vesayeti olarak ifade edilir³⁵. Kaynaklarda *fiducia*'ya ilişkin çeşitli metinlere rastlanmaktadır:

Iust. Ins. 3.2.8

“*Ad legitimam successionem nihilo minus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps, emancipat. quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset*”.

Iust. Ins. 3.2.8

“*Fiducia* sözleşmesi ile kız veya erkek çocuğunu ya da kız veya erkek torununu vs. hâkimiyetten çıkarmış olan kimse de, kanuni mirasa çağırılır. Bu da; hâkimiyetten çıkarma daima *fiducia* sözleşmesi ile yapılır doğrultusundaki düşünceye uyarak, emirnamemizle değiştirilmektedir; oysa eskilere göre bu, ancak baba son azat işlemini, belirtilen *fiducia* sözleşmesiyle yapmışsa kabul edilmekteydi³⁶”.

³² GAIUS (Çev. RADO, Türkan), *Institutiones-Borçlar Kısmı*, Doğan Kardeş Yayınları, 1953, s. 89 vd.

³³ PETER, s. 530; HONSELL, Heinrich, *Römisches Recht*, Zürich 2011, s.76; KASER/KNÜTEL, s. 149; OĞUZ, s. 235.

³⁴ OĞUZ, s. 235 vd.

³⁵ UMUR, *Institutiones*, s. 55, dn. 13.

³⁶ UMUR, *Institutiones*, s. 209.

Iust. Ins. 1.19.pr.

“Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur. nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, et deinceps, impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam: quo defuncto, si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis et ceterorum efficiuntur”.

Iust. Ins. 1.19.pr.

“Fiducia vesayeti olarak bilinen bir vesayet türü vardır. Bir baba ergen olmayan kızını veya oğlunu, kız veya erkek torununu vs., baba hakimiyetinden çıkarırsa, kanuni vesayetlerine sahip olur. Vefatında erkek evlatlar bırakırsa, bunlar kendi çocuklarının, kız erkek kardeşlerinin ve diğerlerinin fiducia vasisi olurlar³⁷”.

Fiducia aynı sözleşme niteliği taşımaktadır³⁸. Bir tarafın bir şeyin mülkiyetini devretmesiyle diğer taraf bunu ileride iade etme borcu altına girmektedir. Bir diğer ifadeyle *fiducia* ile malın mülkiyetini devralan alacaklı borçlu borcunu ödediği zaman, bu malı iade etmek zorundadır. Eğer alacaklı malı satmışsa ve borçlu borcunu ödediğinde bu malı iade edemiyorsa, *actio fiduciae* ile sorumlu tutulurdu. Ayrıca alacaklı semere olarak elde ettiği miktar üzerinden, borcun tutarını aşan miktarını borçluya vermek zorundaydı. Bir uyuşmazlık çıkması durumunda taraflar *actio fiduciae* ile sorumlu tutulurdu³⁹.

Fiducia, eksik iki taraflı ve iyiniyet davası doğuran bir sözleşmedir. *Fiducia* yoluyla bir şeyi almış olan tarafa iade için açılacak dava *actio fiduciae directa*'dır. Bu davanın sonucunda *infamis* mahkumiyeti bulunmaktadır. *Fiducia* ile birşeyin mülkiyetini devralan taraf aldığı şey yüzünden zarar görmüş veya masraf yapmış ise, onların ödenmesi için *actio fiduciae contraria* davasını açabilirdi⁴⁰.

Iust. Ins.4.6.28

“Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam strictiuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimatoproponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive interbonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit”.

³⁷ UMUR, *Institutiones*, s. 55.

³⁸ WATSON, *Obligation*, s. 172; WATSON, *Fiducia*, s. 329.

³⁹ KASER/KNÜTEL, s. 150; KOSCHAKER /AYİTER, s.177; PETER, s. 532 vd.

⁴⁰ DI MARZO, Salvatore, (Çev. UMUR, Ziya), *Roma Hukuku*, İstanbul 1954, s. 285; KASER/KNÜTEL, s. 150; PETER, s. 534; RADO, *Borçlar*, s. 90; WATSON, *Obligation*, s. 174.

Iust. Ins.4.6.28

“Bazı davalar iyiniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: alım satım, *locatio conductio*, vekâletsiz iş görme, vekâlet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, mirasa ilişkin istihkak davalarıyla, *aestimatum*'dan ve *trampa*'dan doğan *praescriptis verbis* davası. Her ne kadar mirasa ilişkin istihkak davasının, bu ana kadar, iyiniyet davalarından olup olmadığı konusu pek açık değil idiyse de, bir emirnamemiz, bunu da açıkça iyiniyet davaları arasına koymaktadır⁴¹”.

B. Pignus ve Hypotheca (Rehin Hakkı)

Fiducia'da alacaklı alacağı için büyük bir teminat elde ettiği halde, malını *fiducia* yoluyla devretmiş olan kişinin durumunun oldukça zayıf olduğu görülmektedir. Çünkü *fiducia*'da borçlu açısından çeşitli sakıncalar ortaya çıkmaktadır. Alacaklının malın maliki olması sebebiyle mülkiyetten doğan tüm yetkilerden yararlanabilmesi bu sakıncalardan ilkidir. Malik olması sebebiyle alacaklı malı kullanabilir, semerelerini elde edebilir ve malı üçüncü kişilere satıp devredebilirdi. *Fiducia*'nın sakıncalarından bir diğeri ise aynı malın birden fazla kişiye teminat verilememesidir. Bu hususlar nedeniyle *praetor*'ların faaliyetleri sonucunda *pignus* olarak ifade edilen gerçek bir rehin sözleşmesinin zamanla geliştiği görülmektedir⁴².

Pignus, *fiducia*'nın kullanışsız ve karışık olarak görülmesi sebebiyle ortaya çıkan yeni bir ayni teminat şekli olarak değerlendirilir⁴³. Anlaşma ile rehin gösterilen malın zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi durumunda alacaklı ile borçlu arasında rehin sözleşmesi ismi verilen bir sözleşmenin doğduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Bu sözleşme ile var olan bir borcun alacaklısı ve borçlusu alacağı teminat altına almak için, rehin gösterilen malın zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi konusunda anlaşılırdı. *Pignus* (*contractus pigneraticius*) ismi verilen bu sözleşme ile rehin hakkının kurulabilmesi için alacaklı ve borçlunun rehin konusunda anlaşması (*pignus conventum / conventio pignoris*) ve malın zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi (*pignus datum / datio pignoris*) gerekirdi⁴⁵. Bu sözleşmede rehin alan her zaman, rehin veren ise bazı durumlarda borçlanırdı. Bu nedenle *pignus* eksik iki taraflı ayni bir sözleşme olarak kabul edilir⁴⁶.

⁴¹ UMUR, *Institutiones*, s. 325.

⁴² ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 120 vd; PETER, s. 532; RADO, *Borçlar*, s. 90.

⁴³ KOSCHAKER / AYİTER, s.178.

⁴⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 313.

⁴⁵ SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN, *Özlem, Roma Hukukunda. Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, Ankara 2016, s. 155 vd.

⁴⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 313.

Pignus, temeli M.Ö. 3. yüzyıla dayanan bir aynı teminat sistemidir⁴⁷. Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklar incelendiğinde bazı kaynaklarda *pignus*'un *pangere* (bağlamak) kelimesi ile bazı kaynaklarda ise *pungo* (yumruk) kelimesi ile ilişkilendirildiği görülür. Her iki kelime ile de bağlantısı *pignus*'un teslimi gerektiren bir rehin türü olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁸.

D.50.16.238.2 Gaius

“Pignus” appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui”.

D.50.16.238.2 Gaius

“Pignus, pungo (yumruk) kelimesinden türetilmiştir. Çünkü rehin olarak verilen her şey elle devredilir. Bu nedenle bazıları *pignus*'un taşınır eşyalar için söz konusu olduğunu savunabilir ve bu doğru olabilir”.

Bu bağlamda alacaklıya, borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından aynı teminat olarak bir malın verilmesiyle oluşan fiili bir ilişki olan *pignus*, alacaklının *interdictum* ile korunmaya başlaması ile hukuki bir ilişki haline gelmiştir⁴⁹. Bu ilişkide, borçlu borcunu ödeyene kadar, taşınır veya taşınmaz bir malın mülkiyeti devredilmeden, sadece zilyetliği devredilirdi⁵⁰. Bir diğer ifadeyle borcun ifasına kadar bir şeyin alacaklının nezdinde saklanmak üzere kendisine tesliminden ibaret olan basit bir teminat şekliydi⁵¹.

Pignus'un oluşabilmesi için, malın zilyetliğinin alacaklıya verilmesi gerekirdi (*pignus datum*). Bu durumda Borçlar Hukuku alanına giren *pignus* (rehin sözleşmesi) oluşmuş olurdu⁵². *Pignus* (rehin sözleşmesi), aynı sözleşmeler sisteminde yer alır. Dolayısıyla, bu sözleşmenin kurulması için iradelerin uyuşması (*consensus*) yeterli olmamakta ve bir şeyin verilmesi de (*res*) gerekmektedir⁵³.

Eksik iki taraflı bir sözleşme olan rehin sözleşmesi, her iki tarafın menfaati için yapıldı. Sözleşmenin bir tarafında krediye ihtiyacı olan borçlu, diğer tarafında ise alacağını güvence altına almak isteyen alacaklı bulunurdu⁵⁴. Klasik Hukuk Dönemi'nde rehin alanın *custodia* sorumluluğu bulunmaktadır.

⁴⁷ UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1999, [Ders Notları] s. 494.

⁴⁸ HONSELL, s. 78.

⁴⁹ UMUR, *Ders Notları*, s. 494.

⁵⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s.297.

⁵¹ DI MARZO, s. 285.

⁵² ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 120; ; KARAMAN Başak, *Roma Hukuku'nda Rehın Akti*, İstanbul 2008, s. 51 vd.

⁵³ KARAMAN, s. 51; RADO, *Borçlar*, s. 62.

⁵⁴ ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005 [Borçlar], s. 57.

Iustinianus Hukuku'nda ise bu sözleşmeden her iki tarafın da menfaati bulunduğu düşüncesiyle tarafların sorumluluğu tüm kusurlara (*omnis culpa*) göre belirlenmektedir⁵⁵. Bu durum *Ulpianus* 'un *Digesta*'da yer alan bir metninde ele alınmıştır:

D.50.17.23 Ulpianus

“Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit”.

D.50.17.23 Ulpianus

“Bazı sözleşmelerde sadece kasıttan sorumluluk söz konusuysen, diğerlerinde hem kasıt hem de ihmalden sorumluluk vardır. *Vedia* ve *precarium*'da sadece kasıttan sorumlu olunurken; vekâlet, ariyet, satım, rehin, kira, cihaz vaadi, vesayet ve vekâletsiz iş görmede hem kasıt hem de ihmalden sorumlu olunur. Aynı zamanda özen yükümünden de sorumluluk vardır. Şirket sözleşmesi ve müşterek mülkiyette de hem kasıt hem de ihmalden sorumluluk vardır”.

Rehini alan alacaklı borç ödenmediği takdirde, rehin konusu malı satma ve satış bedeli üzerinden alacağını elde etme hakkına sahip olurdu. Rehin sözleşmesi ile malı almış olan kişi, ariyet alandan ve *vedia* alandan farklı olarak, malın zilyedi (*possessor*) sıfatını alırdı⁵⁶. Rehin sözleşmesi, rehin gösterilen şeyin semerelerini de kapsamakla birlikte, asıl borç ödenmedikçe alacaklı semereleri iadede kaçınabilme hakkına sahipti. Bu kapsamda taraflar, borcun faizlerine veya ana sermayeye mahsup edilmek üzere, alacaklının semerelere sahip olacağı hususunda da anlaşabilirdi. Bu anlaşma Roma Hukuku'nda *antichresis* olarak isimlendirilmektedir⁵⁷.

Rehin sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşme olması sebebiyle taraflardan biri her zaman borçlanırken, diğeri ise bazı durumlarda borç altına girmektedir. Burada esas borç alacaklının borcudur. Çünkü alacaklı rehin konusunu muhafaza ve esas borcun ifası ya da herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda rehin konusu şey üzerindeki aynı hakkını kaybederek onu iade ile yükümlü olurdu. Bu bağlamda, alacaklı malı muhafaza ve borcun sona ermesi halinde iade etme borcu altına girerdi. *Actio pigneraticia directa* davası ile rehinin geri verilmesi sağlanırdı. Rehin alan ise rehin verilen şey yüzünden zarar görmüş veya zaruri ve faydalı masraflarda bulunmuş ise *actio pigneraticia contraria*

⁵⁵ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 157.

⁵⁶ TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 176.

⁵⁷ RADO, *Borçlar*, s. 87.

davası ile bunların tazmin edilmesini rehin verenden talep edebilirdi⁵⁸. Bununla birlikte, rehin sözleşmesinin bir sonucu olarak, alacağı ödenmediği takdirde rehinli alacaklı malı satarak satış bedeli üzerinden alacağını alabilirdi⁵⁹. Zaten bu sözleşmenin amacı, bir borcun ifasını garanti altına almak için bir malın alacaklıya verilmesidir⁶⁰. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan bir metinde bu konuya değinilmiştir:

Iust. Ins.3.14.4

“Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere”.

Iust. Ins.3.14.4

“Bir şeyi rehin olarak alan alacaklı da aynı borç altındadır; almış olduğu şeyi rehin davası (*actio pigneraticia*) ile aynen iade etmek zorundadır. Fakat rehin her ikisinin de menfaati için verilmiş olduğundan, yani hem daha kolaylıkla kredi temin etmesi için borçlunun, hem de alacağını daha güvenli bir şekilde temin etmesi için alacaklının menfaati bulunduğundan, alacaklının rehin üzerinde tam bir özen göstermesi (*diligentia*) yeterli görülmüştür; bu özeni gösterdiği halde, herhangi bir beklenmedik durum sonucunda o şeyi kaybederse, sorumluluk altında değildir ve alacağını takip etmesine engel yoktur⁶¹”.

Rehin sözleşmesi, Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *pignus*'ta borçlunun mal üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmesine rağmen malın alacaklıya teslim edilmesi, aynı haklar için gerekli açıklık ve güveni sağlamakla birlikte bazı sakıncaları da beraberinde getiriyordu. Çünkü malın zilyetliği alacaklıya devredildiği için, borçlu maldan yararlanamadığı gibi, aynı mal ile birden fazla borcunu teminat altına alamıyordu⁶². Bu sakıncaları gidermek amacıyla Cumhuriyet Dönemi'nin son yüzyılında (M.Ö. 1. y.y) malın fiili hâkimiyeti devredilmeden bir anlaşma ile rehin hakkının tesis edilebileceği kabul edilmiştir. Eğer borçlu teminat olarak gösterdiği malın zilyetliğini devretmek

⁵⁸ HONSELL, s. 79; KASER, s. 134; KASER/KNÜTEL, s. 151; RADO, *Borçlar*, s. 87; TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 176.

⁵⁹ ERDOĞMUŞ, *Borçlar*, s.57.

⁶⁰ TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 175 vd.

⁶¹ UMUR, *Institutiones*, s. 243.

⁶² ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s.121.

istememezse rehin hakkı anlaşması (*pignus conventum/ conventio pignoris*) yapılırdı. Teslimsiz rehin olarak da ifade edilen bu rehin hakkına Yunanca'dan gelen tabirle *hypotheca* denilmektedir⁶³. Bu dönemden itibaren Roma Hukuku'nda teslimli rehin (*pignus*) ve teslimsiz rehin (*hypotheca*) olmak üzere iki tür rehin hakkı bilinmekteydi⁶⁴.

Hypotheca'nın çıkış noktası rehin gösterenin malı kullanarak borcunu daha kolay ödeyebileceği düşüncesidir. Rehin hakkının bu şekilde tesis edilmesine ilk olarak kira sözleşmesinde rastlanmaktadır. Bu bağlamda kiracı tarımsal araç gereçlerini, hayvanlarını ve kölelerini kiraladığı taşınmaza ödeyeceği kira bedeline güvence olarak gösterebilirdi. Ancak bu durumda kiracının tarımsal faaliyetlerini yürütebilmesi için bu malların kiracıda kalması gerekirdi. Bu nedenle *praetor*'lar önce bu alanda rehin hakkının malın zilyetliği verilmeden kurulabileceğini kabul etmişlerdir. Kiralayana kira bedelinin ödenmemesi durumunda ise söz konusu malların kiralayana zilyetliğini sağlamak üzere *praetor* tarafından *interdictum* tanınırdı. *Interdictum* sadece malike karşı ileri sürülebilirdi. Bu nedenle zamanla alacaklının talep hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebildiği bir dava hakkı tanınmaya başlanmıştır. *Actio serviana* olarak ifade edilen bu dava ile rehin hakkı gerçek bir aynı hak niteliği kazanmıştır⁶⁵. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan bir metinde bu konuya değinilmiştir:

Iust.Ins.4.15.3

“Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset”.

Iust.Ins.4.15.3

“Interdictum Salvianum olarak ifade edilen interdictum da zilyetliğin kazanılması için verilir, çünkü kira bedellerine karşılık rehin olarak kiracının eşyaları üzerinde arazinin malikine bir zilyetlik sağlar”⁶⁶.

Hypotheca olarak ifade edilen bu aynı teminat şeklinde ise *pignus*'tan farklı olarak zilyetliğin karşı tarafa devri söz konusu olmadan taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile rehin hakkı kurulmaktaydı. Mal borçlunun elinde kalmakla birlikte, alacaklı ile yapılan bir anlaşma ile güvence verilmekteydi. Bu güvence şekli rehin anlaşması olarak ifade edilmektedir. *Hypotheca* olarak da ifade edilen bu anlaşma günümüz hukukunda taşınmaz rehinini ifade eden

⁶³ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya* s.298, ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s.121; KOSCHAKER/AYİTER, s. 179; TAHIROĞLU, *Borçlar*, s. 176; UMUR, *Ders Notları*, s. 495 vd.

⁶⁴ HONSELL, s. 77.

⁶⁵ DI MARZO, s. 286; ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s.121; HONSELL, s. 78 vd.; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s.298; KASER/KNÜTEL, s. 151; WATSON, *Obligation*, s. 180.

⁶⁶ UMUR, *Institutiones*, s. 359.

ipoteğin temelini oluşturmaktadır. Ancak ipotek kavramı taşınmaz rehini için kullanılırken, *hypotheca*'nın konusunu hem taşınır mallar hem de taşınmaz mallar oluşturabilirdi. Ayrıca ipoteğin tesisi için tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Roma Hukuku'nda *pignus* olarak ifade edilen rehin sözleşmesi ise zilyetliğin rehinli alacaklıya geçirilmesi bakımından günümüz hukukundaki teslimine bağlı taşınır rehinine benzemektedir. Ancak *pignus* taşınmaz mallar için de kurulabilirdi⁶⁷.

Hukuki sonuçları bakımından *pignus* ve *hypotheca* arasında ilk zamanlar fark bulunmasına rağmen Roma'nın son dönemlerinde kelimeler arasında bu bakımdan bir fark olmadığı ve rehin hakkını ifade etmek için her iki kavramın da kullanıldığı değerlendirilmektedir⁶⁸. *Digesta*'da yer alan *Marcianus*'a ait bir metinde *pignus* ve *hypotheca* arasında sadece isim farklılığı olduğundan söz edilir:

D. 20.1.5.1 Marcianus

“Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt”.

D. 20.1.5.1 Marcianus

“Pignus ve hypotheca arasında sadece bir isim farkı vardır”.

Rehin hakkı, bir borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklının alacaklarının güvencesi olması için, alacaklı lehine verilen taşınır, taşınmaz mal güvencesi olarak ifade edilmektedir. Rehin hakkı başkasına ait mallar üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) arasında yer alır⁶⁹. Bu bağlamda rehin hakkı, geçerli bir alacağa bağlı olarak ortaya çıkan ve bu alacağı teminat altına alan, alacaklıya alacağını rehinin konusu olan başkasına ait eşyayı veya alacak hakkını öncelikli olarak paraya çevirerek tahsil etme yetkisi veren bir sınırlı aynı haktır. Rehin hakkının, diğer bir ifadeyle aynı teminatın Roma Hukuku'nda gösterdiği gelişme, bir hukuk müessesinin zaman içerisinde nasıl şekillendiğine bir örnek oluşturmaktadır. Önce aynı teminat olarak *fiducia* (inançlı işlem) ortaya çıkmış, daha sonra *praetor*'ların faaliyetleriyle rehinli alacaklıya sadece zilyetliğin devredildiği aşamaya ulaşılmış, sonrasında ise rehinin teslimsiz olarak kurulabileceği (*hypotheca*) kabul edilmiştir⁷⁰. *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde bu konuya değinilmiştir:

⁶⁷ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s.297 vd.; LEAGE, Richard William *Roman Private Law*, London 1942, s. 193.

⁶⁸ DI MARZO, s. 286 vd.; TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 176.

⁶⁹ Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda bu ifade yer alırken, günümüzde sınırlı aynı haklar ifadesi kullanılmaktadır.

⁷⁰ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s.119; KASER/KNÜTEL, s. 149.

D.13.7.9.2 Ulpianus

“Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem”.

D.13.7.9.2 Ulpianus

“Rehin olarak gösterilmiş bir şeyin sadece zilyetliği alacaklıya devredilmişse *pignus*, devredilmemişse *hypotheca* olarak adlandırırız”.

III. REHİN HAKKININ KONUSU VE İÇERİĞİ

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde, rehin hakkının konusunu üzerlerinde fiili egemenlik kurulabilecek olan maddi mallar oluşturabilmekte ve bu malların paraya çevrilebilecek olması gerekmektedir. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise rehin hakkının paraya çevrilebilen ve devredilmesi mümkün maddi ve maddi olmayan tüm mallar üzerinde kurulabileceği kabul edilmiştir⁷¹. Dolayısıyla, paraya çevrilmesi mümkün olan maddi mallar, taşınır veya taşınmazlar, alacak hakları veya intifa hakkı rehin hakkının konusunu oluşturabilirdi⁷².

Bir malvarlığının bütünü (*universitates rerum*) üzerinde de rehin hakkı kurulabilirdi. Bir malvarlığının bütünü üzerinde bir rehin hakkı kurulduğunda rehin hakkının sahibi izin vermedikçe, bu malvarlığına dahil olan mallar satılmazdı. Malvarlığına rehin hakkının kurulmasından sonra giren mallar da rehin hakkının kapsamına dahil sayılırdı. Bunun yanı sıra rehin verenin yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan mallar, rehin hakkının kapsamı dışında tutulurdu. Bu gelişmelerin sonucunda Roma Hukuku'nda halen mevcut olan ve ileride elde edilecek olan tüm malları kapsayacak şekilde malvarlığı üzerinde rehin hakkının kurulması mümkün olmuştur⁷³. *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde bu konuya değinilmiştir:

D.20.1.6 Ulpianus

“Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligatum non fuisse. ut puta supellex, item vestis relinquenda est debitori, et ex mancipiis quae in eo usu habebit, ut certum sit eum pignori daturum non fuisse. proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis vel quae ad affectionem eius pertineant”.

⁷¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 300; DI MARZO, s. 287.

⁷² ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 125.

⁷³ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 301; DI MARZO, s. 287.

D.20.1.6 Ulpianus

“Borçlunun hem sahip olduğu hem de sahip olabileceği bütün mülkleri etkileyen genel bir yükümlülüğe göre, rehinin kapsamına örneğin ev eşyaları gibi özellikle kimseyi zor duruma düşürmeyecek olan mallar dahil edilmemiştir. Kıyafetler borçluya bırakılmalıdır ve köleler arasında rehin olarak verilemeyecek kadar hizmetleri kendisi için gerekli olan veya değer verdikleri yine borçluya bırakılmalıdır”.

Rehin anlaşmasının belli bir şekle bağlı olmaması, satılması mümkün olan alacak haklarının teslimsiz rehin yoluyla rehin verilmesine olanak sağladı. Bunun yanı sıra Roma Hukuku’nda sadece borçlunun değil, üçüncü bir kişinin de borçlu için rehin verebileceği kabul edilmiştir⁷⁴.

D.20.1.5.2 Marcianus

“Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena”.

D.20.1.5.2 Marcianus

“Bir kimse sadece kendi borcu için değil, başkasının borcu için de bir şeyi rehin olarak verebilir”.

Rehin hakkı, alacaklıya, rehin konusu maldan, borç zamanında ödenmediği takdirde, alacağını elde etme ve malda tasarruf etme yetkisi vermektedir. *Gaius* ise rehin veren kişinin rehin vermekle malın satılmasına rıza gösterdiği görüşündedir. Bu görüşe göre böyle bir anlaşma bulunmasa dahi alacaklının malı satma yetkisi rehin hakkının içeriğinde bulunmaktadır⁷⁵.

Gaius Ins. 2. 64

“Sed hoc forsitan ideo uideatur fieri, quod uoluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur”.

Gaius Ins. 2. 64

“Rehinin verilmesi ile borçlunun borcun ödenmemesi durumunda alacaklının rehini satmasına izin vermiş olduğu ve bunu önceden kabul ederek rıza gösterdiği şeklinde değerlendirilir”.

⁷⁴ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 123 vd.

⁷⁵ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 126 vd.

Roma'nın ilk dönemlerinde taraflar arasında yapılan anlaşmaya göre borcun ödenmemesi durumunda ya alacaklı rehin verilen malın mülkiyetini kazanıyor (*lex commissoria*⁷⁶) ya da satma yetkisine (*ius distrahendii*⁷⁷) sahip oluyordu⁷⁸. Bir diğer ifadeyle taraflar sözleşmeye bağlı anlaşma yaparak borcun ödenmemesi durumunda, alacaklının hangi yolu takip edeceği hususunda anlaşabiliyorlardı⁷⁹. *Lex commissoria* şartıyla kurulan anlaşmalarda gösterilen rehin değerinin alacaktan üstün olması durumunda borçlu aleyhine haksızlık doğurması sebebiyle M.S. 326 yılında İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir emirname ile yasaklanmıştır⁸⁰. Böylece alacaklı borcun ödenmemesi durumunda sadece malı satmak ve bedeli üzerinden alacağını almak hakkına sahip olabilmıştır⁸¹.

Ius distrahendii ise ilk zamanlarda rehin anlaşmasının geçici bir unsuru (*accidentale negotii*), daha sonra tabii unsuru (*naturale negotii*), ve son olarak esaslı bir unsuru (*essentiale negotii*) olmuştur⁸². Alacaklı bu hakkı *Iustinianus* Dönemi'nde borçluya borcu ifa etmesini üç defa ihtar etmiş olmak kaydıyla rehinin satılmaması hakkında yapılmış bir anlaşmaya (*de non distrahendo pignore*) rağmen ileri sürebilirdi⁸³. Rehinli alacaklının alacağını alamaması durumunda malın maliki olabilmesi Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'ne kadar tarafların anlaşmasıyla mümkündü.

⁷⁶ *Lex commissoria* sözleşmeye eklenen bir şart olarak ifade edilir. Bu bağlamda *lex commissoria* Roma Hukuku'nda alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*) ve rehin sözleşmesinde (*pignus*) uygulama alanı bulurdu. (KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, s. 127 vd.)

⁷⁷ Alacaklıya rehin verilen malı satma yetkisi (*ius distrahendii*) tanınması için yapılan anlaşma *pactum de distrahendo* olarak isimlendirilir. (KASER/KNÜTEL, s. 150.)

⁷⁸ Türk Hukuku'nda rehin hakkı, hak sahibine alacağını elde edebilmesi için, hakkın konusu olan malın veya diğer bir malvarlığı değerini paraya çevirme ve bu meblağdan alacağını temin etme yetkisi veren bir sınırlı aynı hak olarak tanımlanır. Mal üzerinde doğrudan hâkimiyet yetkisi vermesi sebebiyle hak sahibi malikin aracılığına gerek olmaksızın malı paraya çevirebilme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, hak sahibine malın değeri tahsis edildiği için, rehin hakkı söz konusu malın devrini engellemekte ve yeni malik malın mülkiyetini rehinle yüklü olarak kazanmaktadır. (OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2006, s. 691; SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 1995, s. 29.)

⁷⁹ ERDOĞMUŞ Belgin, *Roma Hukukunda Borcun Aynı Teminatına Genel Bakış*, Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan, İstanbul 1982, [Teminat] s. 269; UMUR, *Ders Notları*, s. 495.

⁸⁰ HONSELL, s. 77 vd.; RADO, *Borçlar*, s. 87.

⁸¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 208; ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 127; ERDOĞMUŞ, *Teminat*, s. 270; HONSELL, s. 77 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s. 179; UMUR, *Ders Notları*, s. 495.

⁸² ERDOĞMUŞ, s. 128 dn.

⁸³ DI MARZO, s. 289.

D.13.7. 4. Ulpianus

“*Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*”

D.13.7. 4. Ulpianus

“Başlangıçta ya da sonradan rehinli malın satılacağına ilişkin bir anlaşma yapıldığında, satış geçerlidir ve alıcı derhal mülkiyeti kazanır. Bunun yanı sıra rehinli malın satılacağı ya da satılmayacağı konusuna dair bir anlaşma olmamasına rağmen yapılan satış da hukuken geçerlidir. Ama rehinli malın satılmayacağına dair bir anlaşma yapılır ve alacaklı onu satarsa borçlunun üç defa borcu ödemesi için ihtar edildiği ve ödeme yapmadığı durumlar dışında alacaklı hırsızlıktan sorumlu olacaktır”.

Konuyla ilgili diğer önemli husus ise, borcun zamanında ödenmemesi durumunda rehin gösterilen malın rehinli alacaklı tarafından satılmasının Roma’da özel nitelikli kişisel bir satış olarak değerlendirilmiş olmasıdır⁸⁴. Satış sonunda rehinli maldan elde edilen paranın alacağı aşan kısmının borçluya iade edilmesi gerekirdi, bu durum Roma Hukuku’nda *hyperocha (superfluum)* olarak nitelendirilir⁸⁵. Bunun yanı sıra, rehinli malın değerinin alacağı karşılama durumu, alacaklının eksik kalan miktar için borçludan talep hakkı devam ederdi. Rehlinli malı gerçek değeri üzerinden satın almak isteyen kimse çıkmazsa, alacaklı imparator hükmü ile rehinli malı belirlenen değer üzerinden mülkü olarak elde edebilirdi (*impetratio dominii*)⁸⁶. Bu usul rehinli mala kıymet takdir edilmesi⁸⁷ bakımından *lex commissoria*’dan ayrılmaktadır⁸⁸.

Mal üzerinde, rehin verenin mülkiyet hakkı devam ettiği için, rehin veren malın mülkiyetini üçüncü kişilere devredebilirdi. Ancak, devredilen bu mülkiyet hakkı, borç ödenip rehin hakkı sona erinceye kadar, rehin hakkı ile kısıtlanmış bir mülkiyet hakkı olarak kalırdı. Rehlinli alacaklı rehin hakkından doğan davaları, rehin hakkı devam ettiği sürece üçüncü kişilere karşı açabilirdi. Bununla birlikte, rehin veren, rehin konusu mal üzerinde rehin hakkını ihlal etmeyecek nitelikte, sınırlı aynı haklar kurabilirdi⁸⁹.

⁸⁴ Türk Hukuku’nda ise, rehlinin paraya çevrilmesi, kamu yararı düşüncesiyle, kamusal makamların denetimi altında ve özel kurallara göre yürütülmektedir. (KOSCHAKER/AYİTER, s. 181; UMUR, *Ders Notları*, s.495.)

⁸⁵ KASER/KNÜTEL, s. 156; UMUR, *Ders Notları*, s. 495.

⁸⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 314 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s. 181.

⁸⁷ Taraflardan birisinin diğerine belirli bir sürede satması için kıymeti takdir edilmiş bir mal vermesi *aestimatum* olarak ifade edilir. (KASER/KNÜTEL, s. 152)

⁸⁸ KOSCHAKER/AYİTER, s. 181.

⁸⁹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 310.

Bu çerçevede belirtilmesi gereken hususlardan biri de zilyetliğin devredilmesi ve malın semerelerine ilişkin durumdur. Alacaklı rehinli mala zilyet olsa bile, rehin hakkı ona o maldan yararlanma hakkı vermemekteydi. Eğer rehinli mal semere veriyorsa, rehin alanın bunları toplaması, onları faiz ve sermaye hesabına katması gerekirdi. İmparatorluk zamanında ise, semerelerden yararlanmayı sağlayan *antichresis* ismi verilen bir anlaşmanın yapıldığı görülmektedir. Bu anlaşmanın yapıldığı durumlarda semereler alacaklıda kalır ve alacağın faizi yerine geçerdi. Ancak her şartta, borçlu yine malın maliki olarak kalmaya devam ederdi. Dolayısıyla malın mülkiyetini bir başkasına devredebilirdi. Ancak rehin hakkı aynı bir hak olduğu için hak sahibi yeni malike de *actio serviana*'yı açabilmekteydi. *Antichresis*'in *Iustinianus Dönemi*'de de varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir⁹⁰.

Bir eşya üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulduğu durumlarda *prior tempore potior iure* (zaman itibariyle önce gelen hak kuvvetlidir) ilkesi gereği zaman bakımından önce kurulmuş olan bir rehin hakkı, sonrakilere nazaran hukuk tarafından öncelikle korunurdu⁹¹. Bunun yanı sıra rehin hakkı daha sonra kurulmuş olan alacaklı, kendisinden önce hak sahibi olan alacaklıya alacağını ödemeyi önerme hakkına sahiptir. Bu ödemeyi yapan alacaklı, ilk alacaklının yerine geçerdi. Rehinli mal zaman olarak önce gelen alacaklı tarafından paraya çevrilmişse, alacağın alınmasından sonra geriye kalan miktar, diğer rehinli alacaklılara güvence olmaya devam ederdi⁹².

Rehin veren zilyetliğini devrettiği rehinli malı gizlice geri aldığı anda zilyetlik hırsızlığı (*furtum possessionis*) işlemiş olurken, rehinli malı kullanan alacaklı da kullanma hırsızlığı (*furtum usus*) işlemiş olurdu. Ancak taraflar rehinli malın alacaklı tarafından kullanılabileceğini kararlaştırmış ise kullanma hırsızlığı meydana gelmezdi⁹³. Roma Hukuku kaynaklarında konuya ilişkin metinlere rastlanmaktadır:

Iust. Ins. 4.1.10

“Aliquando autem etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit subtraxerit.”

Iust. Ins. 4.1.10

“Bazen kendi malı üzerinde bile furtum mümkün olur. Mesela borçlu, rehin olarak verdiği şeyi alacaklısından gizlice alırsa, furtum vardır⁹⁴.”

⁹⁰ HONSELL, s. 78; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 309; KOSCHAKER/AYİTER, s. 181; UMUR, *Ders Notları*, s. 495.

⁹¹ HONSELL, s. 79.

⁹² HONSELL, s. 77; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 311.

⁹³ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 126.

⁹⁴ UMUR, *Institutiones*, s. 293.

Gaius Ins.3.204

“Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamuis ipse dominus [id est ipse debitor] eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti”.

Gaius Ins.3.204

“Rehinli alacaklının, rehin verilenin çalınmasından dolayı *actio furti*'yi açabileceği açıktır. Hatta, öyle ki, rehinli malı çalan bizzat onun maliki, yani bizzat rehinli borçlu olsa bile *actio furti* yine de alacaklıya aittir⁹⁵.”

IV. REHİN HAKKININ KURULMASI

Roma Hukuku'nda rehin hakkının tarafların anlaşması, ölüme bağlı tasarruf, hâkimin kararı ve kanun ile kurulması mümkündür⁹⁶. Tarafların anlaşması ile rehin hakkının geçerli olarak doğabilmesi için üç şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Bu üç şart rehin hakkının hem teslimli rehin (*pignus*) ve hem de teslimsiz rehin (*hypotheca*) yoluyla kurulmasında aranmaktadır⁹⁷.

- Mal, üzerinde aynı hak kurulması sırasında rehin verenin mülkiyetinde bulunmalıdır.
- Tarafların, diğer bir ifadeyle alacaklı ile rehin veren arasında şekilsiz bir rehin anlaşması yapılmalıdır.
- Rehine güvence altına alınan bir alacağın varlığı bulunmalıdır. Alacak olmadığı takdirde, rehin hakkı da doğmamaktadır. Bu durum, rehin hakkının fer'i niteliğinin bir sonucudur⁹⁸.

Rehin anlaşmasının belli bir şekle bağlı olmaması, satılması mümkün olan alacak haklarının teslimsiz rehin yoluyla rehin verilmesine olanak sağlardı. Alacağın rehini, Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *pignus nominis* söz konusu olduğunda borçlu düzenlediği bir belge ile alacaklının, kendi borçlusundan rehinli alacaklının alacağını tahsil edebilmesine imkân tanıdığını bildirirdi. Rehin hakkının teslim yoluyla kurulduğu hallerde, rehinli alacaklı zilyet olmakta ve rehin veren malik olarak kalmaktaydı. Rehin hakkı, teslim edilmeden kurulmuşsa, alacaklı sadece rehin hakkını elde etmekte, malın maliki malın zilyetliğini muhafaza etmekteydi⁹⁹.

⁹⁵ RADO, *Institutiones*, s. 91 vd.

⁹⁶ UMUR, *Ders Notları*, s. 495 vd.

⁹⁷ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 122.

⁹⁸ TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Hukuku Meseleleri*, İstanbul 2003 [Meseleler], s. 88.

⁹⁹ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 126.

Roma Hukuku'nda Eski Hukuk Dönemi'nde rehin hakkı ölüme bağlı bir tasarruf ile kurulabilmekteydi. *Iustinianus* Dönemi'nde de ölüme bağlı bir tasarruf yoluyla rehin hakkının kurulduğu görülmektedir. *Codex*'te yer alan bir metinde Eski Hukuk Dönemi'nde rehin hakkının vasiyetname yoluyla kurulabildiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde de imparator emirnamelerinde rehin hakkının bir vasiyetnameden doğabileceği bilgilerine rastlanmaktadır¹⁰⁰.

Iust. Cod. 6.43.1.2 İmparator Iustinianus

“Cum enim hoc iam iure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare”.

Iust. Cod. 6.43.1.2 İmparator Iustinianus

“Bu yasamız, vasiyetçinin kendi iradesi ile seçtiği her kişiye belirlediği malını rehin vermesine müsaade eder”.

D. 13.7.26 pr. Ulpianus

“Cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit”.

D. 13.7.26 pr. Ulpianus

“İmparatorumuzun ve babasının birçok emirnamelerinde rehin hakkının vasiyetname yoluyla da kurulabileceği belirtilmiştir”.

Roma Hukuku'nda rehin hakkının kanun yoluyla da kurulması mümkündür. Klasik Hukuk Dönemi'nde bazı durumlar için söz konusu olmak üzere rehin hakkının kanundan doğduğu görülür. Örneğin, şehir taşınmazlarına kiracının beraberinde getirdiği şeyler (*invecta et illata*) üzerinde, kira bedellerinin teminatı olarak kiraya verenin kanuni bir rehin hakkı bulunurdu. Aynı şekilde söz konusu taşınmazın semereleri de kiraya verenin yararına rehin verilmiş olarak kabul edilirdi. Bunun yanı sıra bir binayı yeniden inşa için karz veren kimsenin o bina üzerinde, vesayet altındakilerin vasi ve kayyımlarının malları üzerinde, kadının cihazını teminat altına almak için kocasının malları üzerinde kanuni bir rehin hakkı bulunmaktaydı¹⁰¹. *Digesta*'da yer alan *Neratius*'a ait bir metinde bu konuya değinilmiştir:

¹⁰⁰ DI MARZO, s. 287 vd.

¹⁰¹ DI MARZO, s. 288; HONSELL, s. 78; KASER/KNÜTEL, s. 151; KOSCHAKER/AYİTER, s. 181; WATSON, *Obligation*, s. 181.

D.20.2.4. pr. Neratius

“Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur”.

D.20.2.4. pr. Neratius

“Bizim uygulamamızda kentsel taşınmazlara yerleştirilen her şeyin zimni bir anlaşma yoluyla rehin verilmesi söz konusudur. Kırsal taşınmazlarda ise aksine bir kural görülür”.

Roma Hukuku’nda Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde resmi bir makam tarafından verilen bir karar ile rehin hakkının kurulabileceği kabul edilmiştir. *Praetor* rehni (*pignus praetorium*) ve hükme dayanılarak alınan rehin (*pignus in causa iudicati captum*) durumları, bir makamın verdiği kararlar rehinin kurulması olarak tanımlanır¹⁰². *Pignus praetorium* durumunda *praetor*’un emri ile bazı alacaklılar lehine rehin tesis edilirken, *pignus in causa iudicati captum* durumunda ise alacaklılara teminat oluşturmak amacıyla resmi organlar aracılığıyla bir hükmün zorla yerine getirilmesi için borçlunun malları haczedilirdi. *Pignus in causa iudicati captum*, *Iustinianus* Dönemi’nde yargısal rehin (kazai rehin) olarak ifade edilmiştir¹⁰³.

Iust. Cod. 8.22.2.pr. İmparator Iustinianus

“Veteris iuris dubitationem decedentes ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur”.

Iust. Cod. 8.22.2.pr. İmparator Iustinianus

“Eski yasalardan doğan şüpheleri bertaraf etmek amacıyla, biri kişilerin sözleşmelerinden ve anlaşmalarından doğan diğeri ise hakimlerin kararları ve *praetor*’ların emirleri ile kurulan olmak üzere iki şekilde rehin verildiği kabul olunur”.

V. REHİN HAKKININ KORUNMASI

Roma Hukuku’nda rehin hakkının korunması, bu hakkın gelişim aşamalarında kazandığı farklı niteliklere paralel olarak değişik hukuki yollarla olmuştur. Yukarıda bahsedildiği şekilde, ilk aynı teminat yolu olarak, borçlunun eşyanın mülkiyetini alacaklısına geçirdiği *fiducia cum creditore*’de, alacaklının korunması bir mülkiyet hakkının korunması olarak kabul edilir. Bir

¹⁰² ERDOĞMUŞ, s. 124; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 303; KASER/KNÜTEL, s. 153.

¹⁰³ DI MARZO, s. 288.

alacağın güvence altına alınması amacıyla da olsa, alacaklıya devredilen bir mülkiyet hakkı olduğu için, alacaklının bu hakkı, mülkiyet hakkının davalarıyla korunmaktaydı. Ayrıca alacaklı sahip olduğu bu hak nedeniyle, eşya üzerinde diğer malikler gibi tasarruf etme hakkına da sahip olurdu¹⁰⁴.

Yukarıda da ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu gibi, alacakların aynı yoldan teminat altına alınmasının borçlu bakımından çok ağır olabilecek hukuki sonuçları nedeniyle, *fiducia* yanında yeni bir usule başvurulmuştur. Bu usulde, borçlu borcunun güvencesi olarak, alacaklıya bir eşyanın fiili egemenliğini sağlamaktaydı¹⁰⁵. Roma Hukuku'ndaki ifadesiyle *corpus* imkânı olabilmekteydi¹⁰⁶ Bu da *interdictum*'la mümkün oluyordu. Diğer bir ifadeyle *interdictum*'la alacaklının elinde bulundurduğu mal üzerindeki zilyetliğinin korunması sağlanırdı¹⁰⁷. Bu bağlamda rehin hakkının korunmasında ilk olarak *Interdictum Salvianum*'dan yararlanılmıştır¹⁰⁸. Yasaklayıcı bir *interdictum* olan *Interdictum Salvianum* ile hasılat kirasında kiracının malları üzerinde kiraya verenin sahip olduğu rehin hakkının korunması sağlanmıştır. Bu doğrultuda kira bedeli ödenmediğinde kiracının mallarını zilyetliğine geçirmek isteyen kiraya verene kiracının engel olması bu *interdictum* ile yasaklanırdı¹⁰⁹ *Interdictum*'la malın zilyetliğinin elde edilmesi dolayısıyla, aynı haktakine benzer bir etki sağlanırdı. Ancak bu *interdictum*'la sadece rehin gösterilen malların malikten zilyetliği kazanılabilmekteydi. Bu *interdictum*'un kiracının mallarını elinde bulunduran her zilyede karşı kullanılabileceğinin kabul edilmesiyle birlikte, üçüncü kişilere karşı etkisi söz konusu olmuştur¹¹⁰.

Rehin hakkının korunmasında başvurulacak bir diğer yol *actio serviana*'dır. Rehin hakkını koruyan bu dava *Praetor* Hukuku'ndan doğan bir yeniliktir¹¹¹. Bu dava ile rehin hakkı sahibi borcun zamanında ödenmemesi durumunda, rehin gösterilen malı, rehinli mal o sırada kimin elinde ise ondan alabilmekte ve o maldan alacağını elde edebilmekteydi. Şekilsiz anlaşmaya dayanan rehin hakkı, *actio serviana* ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme olanağına kavuşunca, gerçek bir aynı hak niteliği kazanmıştır. Rehin hakkının kurulmasının sadece şekilsiz bir anlaşma ile yapılması (*hypotheca*) ya da anlaşma yanında rehin konusu malın zilyetliğinin alacaklıya devriyle yapılması (*pignus*) rehin hakkının aynı hak niteliğini etkilememekteydi. Her iki durumda da kurulmuş olan bu hak herkese karşı ileri sürülebilmekteydi. Sadece şekilsiz bir anlaşmanın

¹⁰⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 312.

¹⁰⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 312.

¹⁰⁶ AKINCI, Şahin, *Roma Hukuku Dersleri*, Konya 2003, s. 253.

¹⁰⁷ UMUR, *Ders Notları*, s. 494.

¹⁰⁸ KASER/KNÜTEL, s. 155.

¹⁰⁹ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 130.

¹¹⁰ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 130; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 313.

¹¹¹ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 130.

rehin hakkının kurulması için yeterli olduğu dönemlerde, zilyetliği geçirilerek bir mal üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra, aynı mal üzerinde zilyetlik geçirilmeksizin, birden çok rehin hakkının kurulması mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla bir mal üzerinde birçok zilyetsiz rehin hakkı kurulabilmiştir¹¹².

VI. REHİN HAKKININ SONA ERMESİ

Rehin hakkı fer'i bir aynı hak olması sebebiyle rehin hakkının varlığı bir alacak hakkının varlığına bağlıdır. Bu nedenle rehinle güvenceye bağlanmış bir alacağın ifa ya da başka nedenlerle ortadan kalkması rehin hakkını sona erdirirdi. İfa yerine edim (*datio in solutum*¹¹³) rehin hakkını sona erdiren bir diğer nedendi¹¹⁴. Ancak borcun bu şekilde sona erebilmesi için borçlunun söz konusu ifayı kabul etmesi gerekirdi. Alacaklı, ifade edimden başka bir şeyi almaya zorlanamazdı¹¹⁵. Borcun kısmen ifa edilmesi durumunda malın tümü üzerindeki aynı teminat devam ederdi¹¹⁶.

Gaius Ins.3.168

“Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur”.

Gaius Ins.3.168

“Borç ilişkisi özellikle borcun ifası (solutio) ile ortadan kalkar¹¹⁷”.

D.20.6.6 pr. Ulpianus

“Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est”.

D.20.6.6 pr. Ulpianus

“Borç ödendiğinde ya da başka yollarla giderildiğinde rehin sona erer. Bunun dışında aynı kuralların borcun zamanaşımıyla ya da herhangi bir şekilde sona erdiği durumlarda da uygulandığını belirtmemiz gerekir”.

¹¹² KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 315.

¹¹³ *Datio in solutum*, alacaklının rızası ile borcun konusu yerine başka bir malın temlikli ile borçlunun borcundan kurtulması olarak ifade edilir. (UMUR, *Lügat*, s. 54)

¹¹⁴ KASER/KNÜTEL, s. 152.

¹¹⁵ Roma Hukuku'nda bu durum *“aliud pro alio invito creditori solvi non potest”* (alacaklının rızası olmadan borçlanılmış edim yerine borcu başka bir şeyle ifa etmek mümkün değildir) prensibiyle ifade edilir. (ERDOĞMUŞ, Belgin, Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011 [Terimler], s. 11)

¹¹⁶ DI MARZO, s. 289 vd.; ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s.131; KASER/KNÜTEL, s. 155.

¹¹⁷ RADO, *Institutiones*, s. 65.

D. 45.1.85.6 Paulus

“Quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere”.

D. 45.1.85.6 Paulus

“Bir borcun bir kısmının alacaklıya ödenmesi, rehin verilen eşyayı serbest bırakmak için yeterli değildir”.

Aynı borç için birden çok malın rehin gösterilmesi durumunda da bunların tümü, borcun tamamı ödeninceye kadar rehinli olarak kalırdı. İmparator *Gordianus*'un M.S. 239 yılında çıkardığı bir emirname ile rehinli alacaklının durumu daha da çok güçlendirilmek istenmiştir. *Pignus Gordianum* ismi verilen bu düzenlemeye göre, rehinli alacağın tümüyle ifa edilmesi durumunda, eğer aynı alacaklının aynı borçluya karşı güvencesiz karzdan doğan başka bir alacağı varsa, alacaklı rehinli malı bu alacak için saklayabilmekteydi¹¹⁸.

D. 20.1.19 Ulpianus

“Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur”.

D. 20.1.19 Ulpianus

“Alacaklı birden fazla eşyayı rehin olarak elinde bulundurduğunda, borcun tamamı kendisine ödenmedikçe bu eşyalardan birini serbest bırakmak mecburiyetinde değildir”.

Rehinli malın telef olması rehin hakkını sona erdiren bir diğer sebeptir. Ancak bir arazi üzerindeki bina ile birlikte rehin gösterildikten sonra bina yıkılırsa, arazi üzerindeki rehin hakkı devam ederdi. Aynı şekilde bir bina rehin gösterildikten sonra yandığında da rehin hakkı devam ederdi. Çünkü bu hakın o arazi üzerine inşa edilecek yeni binayı kapsadığı kabul edilirdi¹¹⁹.

D. 20.6.8. pr. Marcianus

“Sicut de re corporali extincta, ita et usu fructu extincto pignus hypothecave perit”.

D. 20.6.8. pr. Marcianus

“Bir eşyanın varlığının ortadan kalktığı ya da telef olduğu durumlarda *pignus* veya *hypotheca* sona erer”.

¹¹⁸ DI MARZO, s. 290; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 317.

¹¹⁹ ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 131.

D. 20.1. 29. 2. Paulus

“Domus pignori data exusta est eamque aream emit lucius titius et extruxit: quaesitum est de iure pignoris. paulus respondit pignoris persecutionem perseverare et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est cum iure pignoris”.

D. 20.1. 29. 2. Paulus

“Lucius Titius almış olduğu araziye bir ev inşa etti. Daha sonra bu evi rehin verdiğinde ve ev yandığında, rehin hakkının ne olacağı sorusu ortaya çıktı. Paulus rehin hakkının devam edeceğini ve telef olan eve ilişkin bu hakkın o arazi üzerine inşa edilecek yeni evi de kapsayacağını söyler”.

Rehinli alacaklı tarafından malın satılması rehin hakkını sona erdirirdi. Bu durum mal üzerindeki tüm rehin haklarını ortadan kaldırmakla birlikte, satıştan elde edilen bedelin alacağı aşan kısmından, diğer rehinli alacaklılar yararlanırlardı. Bundan başka, rehin konusu malın yok olması da borcu sona erdirirdi. Bu kapsamda söylenmesi gereken en önemli hususlardan bir diğeri, tarafların anlaşması ve tek taraflı irade beyanıyla da rehin hakkının sona erdirilebileceğidir¹²⁰.

Mülkiyet hakkıyla rehin hakkının aynı kişide birleşmesi rehin hakkını sona erdiren bir diğer sebeptir. *Confusio* olarak da ifade edilen bu durumun sebebi ise Roma Hukuku’ndaki genel prensip gereği hiç kimsenin kendi malı üzerinde rehin hakkına sahip olamamasıdır. Aynı şekilde, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi de rehin hakkını sona erdiren bir nedendir¹²¹.

Zamanaşımı rehin hakkını sona erdiren bir diğer nedendir. Bu bağlamda rehinli bir taşınmazı iyiniyetle ve haklı bir sebebe dayanarak on veya yirmi yıl zilyetliğinde bulunduran kişi eyalet arazileri için geçerli olan *longi temporis praescriptio*’yu ileri sürerek malı rehinli alacaklıya iade etmeyebilirdi. *Iustinianus* bu kuralı bütün malları içine alacak şekilde genişletmiş ve zamanaşımı sürelerini otuz ve kırk yıl olarak belirlemiştir¹²².

¹²⁰ DI MARZO, s. 292; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 317.

¹²¹ DI MARZO, s. 291; KASER/KNÜTEL, s. 155; UMUR, *Ders Notları*, s. 497.

¹²² ERDOĞMUŞ, *Eşya*, s. 132; KASER/KNÜTEL, s. 155.

SONUÇ

Rehin hakkı, bir borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklının alacaklarının güvencesi olması için, alacaklı lehine verilen taşınır, taşınmaz mal güvencesi olarak ifade edilmektedir. Rehin hakkı başkasına ait mallar üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) arasında yer alır. Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklarda bu ifade yer alırken, günümüzde sınırlı aynı haklar ifadesi kullanılmaktadır. Roma Hukuku'nda aynı teminat *praetor*'ların faaliyetleri ile gelişmiştir. Bu bağlamda Roma Hukuku'nda öncelikle aynı teminat olarak bir malın mülkiyetinin alacaklıya devredildiği *fiducia* (inançlı işlem) kullanılmış, daha sonra zilyetliğin rehinli alacaklıya devredildiği *pignus* aşamasına ulaşılmış, sonrasında ise rehinin teslimsiz olarak kurulabildiği *hypotheca* kabul edilmiştir.

Pignus ve *hypotheca* kavramlarının farklılığının ortaya konması önemli bir husustur. *Pignus* (rehin sözleşmesi) bir borç ilişkisidir ve alacaklı bu malı kendi nezdinde bulundurmaya istediği takdirde yapılmaktadır. *Hypotheca* ise malın fiili hâkimiyeti devredilmeden bir anlaşma ile rehin hakkının kurulmasıdır. Cumhuriyet Dönemi'nden itibaren Roma Hukuku'nda teslimli rehin (*pignus*) ve teslimsiz rehin (*hypotheca*) olmak üzere iki tür rehin hakkı bilinmekteydi. Ancak Roma Hukuku kaynakları incelendiğinde Roma'nın son dönemlerinde kelimeler arasında bu bakımdan bir fark kalmadığı ve rehin hakkını yani bir malın üzerinde teminat göstermeyi ifade etmek için her iki kavramın da kullanıldığı değerlendirilmektedir. Rehin hakkı aynı hak olmakla birlikte eşya hukukunun kapsamına girmektedir.

Rehin hakkı konusu bakımından incelendiğinde Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde, rehin hakkının konusunu üzerlerinde fiili egemenlik kurulabilecek ve paraya çevrilebilecek olan maddi mallar oluşturabilirken, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise rehin hakkının paraya çevrilebilen ve devredilmesi mümkün maddi ve maddi olmayan tüm mallar üzerinde kurulabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, paraya çevrilmesi mümkün olan maddi mallar, taşınır veya taşınmazlar, alacak hakları veya intifa hakkı rehin hakkının konusunu oluşturabilirdi.

Roma Hukuku'nda rehin hakkının, tarafların anlaşması, ölüme bağlı tasarruf, hâkimin kararı ve kanun ile kurulabildiği görülmektedir. Rehin hakkının korunması konusunda karşılaşılan ilk yol *interdictum*'la alacaklının elinde bulundurduğu mal üzerindeki zilyetliğinin korunmasının sağlanmasıdır. Bunun dışında *actio serviana* olarak ifade edilen ve rehin hakkını koruyan bir dava ile rehin hakkı sahibi borcun zamanında ödenmemesi durumunda, rehin gösterilen malı, rehinli mal o sırada kimin elinde ise ondan alabilmekte ve o maldan alacağını elde edebilmekteydi.

Rehin hakkı fer'i bir aynı hak olması sebebiyle rehin hakkının varlığı bir alacak hakkının varlığına bağlıdır. Bu nedenle rehinle güvenceye bağlanmış bir alacağın ifası, rehinli malın telef olması, alacaklının malı satması, mülkiyet

hakkı ile rehin hakkının aynı kişide birleşmesi ve zamanaşımı rehin hakkını sona erdiren nedenlerdi.

Türk Hukuku'nda rehin hakkına ilişkin düzenlemeler ile Roma Hukuku'ndaki düzenlemeler karşılaştırıldığında bazı konularda farklar bulunduğu görülmektedir. Modern hukuklar özellikle aleniyet konusunda Cermen Hukuku'nun etkisi altında kalmışlardır. Taşınmazlarda aleniyet tapu sicili ile sağlanırken, taşınırlarda teslim ile mal rehin edilmektedir. Çünkü teslim aynı taşınırın borçlu tarafından bir başkasına rehin verilmesini zorlaştıracaktır.

Hypotheca olarak ifade edilen anlaşma günümüz hukukunda taşınmaz rehinini ifade eden ipoteğin temelini oluşturmaktadır. Ancak ipotek kavramı taşınmaz rehini için kullanılırken, *hypotheca*'nın konusunu hem taşınır mallar hem de taşınmaz mallar oluşturabilirdi. Ayrıca ipoteğin tesisi için tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Roma Hukuku'nda *pignus* olarak ifade edilen rehin sözleşmesi ise zilyetliğin rehinli alacaklıya geçirilmesi bakımından günümüz hukukundaki teslimle bağlı taşınır rehinine benzemektedir. Ancak *pignus* taşınmaz mallar için de kurulabilmekteydi.

İki hukuk sistemi arasındaki bir diğer fark, malların sınıflandırılmasına ilişkindir. Türk Hukuku'nda taşınır ve taşınmaz mal ayrımı esas alınırken, Roma Hukuku'nda Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarına kadar en önemli ayırım *res mancipi-res nec mancipi* ayrımıdır. Bu ayırım Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde önemini yitirmiş ve böylece Roma'da temel ayırım taşınır mal- taşınmaz mal ayrımı olmuştur.

Roma'nın ilk dönemlerinde taraflar arasında yapılan anlaşmaya göre borcun ödenmemesi durumunda alacaklı ya rehin verilen malın mülkiyetini kazanıyor (*lex commissoria*) ya da satma yetkisine (*ius distrahendi*) sahip olabiliyordu. *Lex commissoria* şartıyla kurulan anlaşmalarda gösterilen rehin değerinin alacaktan üstün olması durumunda borçlu aleyhine haksızlık doğurması sebebiyle M.S. 326 yılında İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir emirname ile yasaklanmıştır. Böylece alacaklı borcun ödenmemesi durumunda sadece malı satmak ve bedeli üzerinden alacağını almak hakkına sahip olabilmıştır. *Lex commissoria* yasağı modern hukuklarda da yer alan bir düzenlemedir. Konuyla ilgili diğer önemli husus ise, borcun zamanında ödenmemesi durumunda rehin gösterilen malın rehinli alacaklı tarafından satılmasının Roma'da özel nitelikli kişisel bir satış olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Türk Hukuku'nda ise, rehinin paraya çevrilmesi, kamu yararı düşüncesiyle, kamusal makamların denetimi altında ve özel kurallara göre yürütülmektedir.

Aynı teminat ve rehin hakkı konuları hem Roma Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda yer almaktadır. Roma Hukuku'nda konuya ilişkin olarak yer alan düzenlemeler ile Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler arasında bazı konularda farklar bulunsa da, Roma Hukuku'ndaki pek çok ilke bugün modern hukukun konuya ilişkin düzenlemelerinin oluşumunu etkilemiştir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin, *Roma Hukuku Dersleri*, Konya 2003.
- DI MARZO, Salvatore, (Çev. UMUR, Ziya), *Roma Hukuku*, İstanbul 1954
- ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005 [Borçlar]
- ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, Der yayınları, İstanbul 2003 [Eşya].
- ERDOĞMUŞ Belgin, *Roma Hukukunda Borcun Aynı Teminatına Genel Bakış*, Prof. Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan, İstanbul 1982, [Teminat].
- GÜRTEK, Kadir, *Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi*, Ankara 2007.
- HANS, Peter, *Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler* (Çev. KARADENİZ, Özcan), AÜHFD, C. 21, S. 1-4, Ankara 1964.
- HATEMİ, HÜSEYİN, *Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet ile İlişkisi*, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1976.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- HONSELL, Heinrich, *Römisches Recht*, Zürich 2011.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, *Roma Eşya Hukuku*, Ankara 2000, [Eşya].
- KARAGÖZ ÇOKYAŞAR, Havva, *Roma Hukukunda Lex Commissoria Yasağının Kapsamı ve Bu Yasağın Uygulama Alanını Daraltan İşlemler*, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, 2004.
- KARAMAN, Başak, *Roma Hukuku'nda Rehin Akti*, İstanbul 2008.
- KASER, Max/KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht*, München 2005.
- KOSCHAKER, Paul /AYİTER, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1983.
- LEAGE, Richard William *Roman Private Law*, London 1942.
- LEE, R. W., *The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian*, London 1956.
- OĞUZ, Arzu, *Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması*, AÜHFD, C.41, S.1-4, Ankara 1989-1990, ss. 225-286.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2006.

- RADO, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1997, [Borçlar].
- SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 1995.
- TAHİROĞLU, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul 2005.
- TAHİROĞLU, Bülent, *Roma Hukuku'nda Borcun Teminatlarından Kefalet*, İÜHF, C: 42, S. 1-4 (1976), [Kefalet].
- TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Hukuku Meseleleri*, İstanbul 2003 [Meseleler].
- UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1999, [Ders Notları]
- UMUR, Ziya, *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul 1975, [Lügat]
- WATSON, Alan, *Origins of Fiducia*, Z. S., 1962, C.79, [Fiducia] s. 329-334.
- WATSON, Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965 [Obligations].
- YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2002.
- YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2006.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992.
- LATİNCE METİNLER İÇİN YARARLANILAN KAYNAKLAR
- Birks, P./ McLeod, G.: *Justinian's Institutes*, New York 1993.
- Gordon, W.M./Robinson, O.F.: *The Institutes of Gaius*, London 1997.
- Gaius (Çev. Rado, Türkan) *Institutiones-Borçlar Kısmı*, İstanbul 1953.
- Iustinianus (Çev. Umur, Ziya) *Institutiones*, İstanbul 1968.
- Watson, A.: *The Digest of Justinian*, Vol. 1-4, Philadelphia 1998.
- http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest_Scott.htm
- <http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
dn.	: Dipnot
Gaius Ins.	: Gaius Institutiones
Iust. Cod.	: Iustinianus Codex
Iust. Ins.	: Iustinianus Institutiones
M. Ö.	: Milattan önce
M. S.	: Milattan sonra
pr.	: Principium
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
vd.	: Ve devamı

METİN DİZİSİ

- D.13.7. 4 Ulpianus
- D.13.7.9.2 Ulpianus
- D. 13.7.26 pr. Ulpianus
- D. 20.1.5.1 Marcianus
- D.20.1.5.2 Marcianus
- D.20.1.6 Ulpianus
- D. 20.1.19 Ulpianus
- D. 20.1. 29. 2 Paulus
- D.20.2.4. pr. Neratius
- D.20.6.6 pr. Ulpianus
- D. 20.6.8. pr. Marcianus

D. 45.1.85.6 Paulus
D.50.16.238.2 Gaius
D.50.17.23 Ulpianus
D.50.17.25 Pomponius
Gaius Ins.2.59
Gaius Ins. 2. 64
Gaius Ins.3.168
Gaius Ins.3.201
Gaius Ins.3.204
Iust. Cod. 6.43.1.2 İmparator Iustinianus
Iust Cod. 8.22.2.pr. İmparator Iustinianus
Iust. Ins. 1.19.pr.
Iust. Ins. 3.2.8
Iust. Ins. 3. 13 pr.
Iust. Ins. 3. 13.1
Iust. Ins. 3. 13. 2
Iust. Ins.3.14.4
Iust. Ins. 4.1.10
Iust. Ins.4.6.28
Iust.Ins.4.15.3

ULUSLARARASI ADALET İSTATİSTİKLERİNDE KASTEN ÖLDÜRME

The Intentional Homicide In International Justice Statistics

Dr. Öğr. Üyesi Filiz TEPECİK¹

Geliş Tarihi: 20.06.2018

Kabul Tarihi: 17.08.2018

ÖZET

Bu çalışma, bir suç olarak 'kasten öldürme'yi ülkelerin ceza adalet sistemlerine ilişkin Birleşmiş Milletler'in Uyuşturucu ve Suçla Mücadele Dairesi (UNODC) tarafından toplanan ve düzenli olarak güncellenen bilgiler aracılığı ile daha iyi anlamayı hedeflemektedir.

Bu küresel düzeyde toplanan bilgiye göre, kasten öldürme istatistikleri, bölgelere, ülkelere, suçun nedenine, failin ve mağdurun cinsiyetine, kullanılan silahlara göre değişmektedir. Örneğin 2000'ler boyunca Latin Amerika ve bu bölgedeki El Salvador, Honduras, Jamaika gibi bazı ülkeler Dünya'daki ölümcül şiddetin tavanını oluştururken, Avrupa ya da Asya ve bu bölgelerdeki Avusturya, Hollanda, Singapur, Hong Kong, Japonya gibi ülkeler en düşük kasten öldürme oranlarına sahip görünmektedir.

Ayrıca elde edilen veriler, kasten öldürme olaylarının, nedenleri açısından kabaca üç başlık altında sınıflandırılabileceğini düşündürmektedir. Hırsızlık, gasp veya organize suç gibi suç aktiviteleri ile bağlantılı olarak işlenen cinayetler; bireyler arasındaki çıkar çatışmaları nedeni ile işlenen cinayetler; kişisel ya da kültürel önyargılardan ya da politik nedenlerden kaynaklananlar. Örneğin Latin Amerika da organize suç bağlantılı olaylar en önemli cinayet nedeni olarak ortaya çıkarken, Avrupa'da kişisel çıkar bağlantılı olaylar daha sık görülmektedir.

Cinsiyet açısından ise kasten öldürme olayları incelendiğinde, tüm dünyadan toplanan bilgiler, mağdurların ve failerin büyük çoğunluğunun erkekler olduğunu ama akrabaları/yakınları/sevgileri tarafından öldürülenlerin genellikle kadınlar olduğunu söylemektedir.

ABSTRACT

This study aims to better understand 'the intentional homicide' as a crime through the information collected and regularly updated by the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) about the criminal justice systems of different countries.

According to the information gathered at this global level, the intentional homicide varies by regions, countries, cause of offense, gender of the perpetrator and the victim and weapons used. For example, during the 2000's, while Latin America and some countries such as El Salvador, Honduras, Jamaica in this region have formed the ceiling of lethal violence on Earth, in Europe or Asia, countries like Austria, Netherlands, Singapore, Hong Kong, Japan seem to have the lowest homicide rates.

This information also suggests that the intentional homicide incidents could be roughly classified under three headings for their reasons. Homicides related to the criminal activities such as robbery, burglary or organized crime; homicides committed by conflicts of interest between individuals; homicides originated from personal / cultural prejudices or political reasons. In Latin America, for instance, organized crime-related incidents are emerging as the most important cause of homicides, while in Europe personal interest-related events are more common.

In terms of gender, the analysis of intentional homicides' data says that the overwhelming majority of victims and perpetrators are men, whereas those killed by their relative/ intimate partner/ lover are usually women.

¹ Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ftepecik@anadolu.edu.tr

Çalışmanın son kısmında, kolluk, yargı ve infaz kurumlarının kayıtları aracılığı ile kasten öldürmenin toplum üzerindeki yükü değerlendirilmiştir. Veriler en yüksek kasten öldürme oranlarına sahip Amerika kıtasında, Amerika ve Kanada hariç cezasızlık oranının yüksek olduğuna, Fransa, Finlandiya gibi ülkelerde ise, yüksek mahkûmiyet oranı olduğuna işaret etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kasten Öldürme, Uluslararası Karşılaştırma, Suç İstatistikleri, Suç Ekonomisi, Hukuk ve Ekonomi

Finally, in the last part of the article, the burden of the intentional homicide on society has been assessed by means of the records of law enforcement, judicial and executive institutions. The data indicates that America as a continent has a high impunity rate except for the US and Canada and the high conviction rate in countries like France and Finland is noteworthy.

Keywords: Intentional Homicides, International Comparison, Crime Statistics, Crime Economy, Law and Economy

Giriş

Kasten öldürme, bütün suçlar içinde belki de insan hayatının kaybına yol açtığı için, en göz önünde olanıdır. Kabil'in Habil'i öldürmesi düşünülürse, kaydının tutulması da insanlık tarihi kadar eskidir. Suçun doğasının anlaşılmasında tutulan bu kayıtların hayati bir rolü vardır. Kimler, hangi ortamlarda, hangi nedenlerle, hangi suçları işliyor ya da başka bir insanın hayatını alacak hale geliyor? Bu tür bir bilginin edinilmesi kaçınılmaz olarak çok sayıda olayın detaylı kaydının tutulmasını gerektirir. Herhangi bir suça sadece bir olayın üzerinden bakıldığı zaman her olay münferit olacaktır. Fakat pek çok olay bir araya getirildiğinde, olayların benzer yanları ya da hiç benzemeyen özellikleri, suçun doğasına ilişkin ipuçlarının elde edilmesini sağlayabilir.

Örneğin 1950'lere dayanan bir veri ile kasten öldürme olaylarının gelişiminin incelendiği Lappi-Seppälä ve Lehti çalışmasında, Avrupa için bölgesel bir suç şablonunun olduğu iddia edilmektedir². Bu çalışmaların bulgularına göre İskandinav ülkeleri ve Fransa ile Benelüks ülkeleri kendi aralarında benzer bir seyir göstermektedirler. Diğer bir ifade ile bu iki ülke grubu, kendi içlerinde, kasten öldürme olaylarında benzer zamanlarda yükselişler ve düşüşler yaşamışlardır. Bu durum İskandinav ülkelerinin ve Fransızca konuşan ülkelerin kültürel ortamları ile kasten öldürme olayları arasında bir ilişki olabileceğini düşündürmektedir³. Benzer şekilde uzun tarihsel bir veri ile çalışan Eisner, 13.yy'dan günümüze Avrupa'daki belli başlı şehirleri dikkate alan çalışmasında, kişiler arası şiddet olaylarının Hollanda ve İngiltere'yi takiben tüm Avrupa'da belirgin bir şekilde azaldığını, fakat faillerin yaş aralıklarının ve cinsiyetlerinin yüzyıllar boyunca çok az değiştiğini iddia etmektedir⁴. Bu çalışmalar uzun bir

² Lappi-Seppälä, T. ve Lehti, M. (2014). "Cross-Comparative Perspectives on Global Homicide Trends", **Crime and Justice** 43 (1), s.135.

³ Lappi-Seppälä ve Lehti, 2014, s.148.

⁴ Eisner, M. (2003). "Long-Term Historical Trend in Violent Crime", **Crime and Justice** 30, s.122-123.

zamanı içeren bir bilginin herhangi bir suçun ya da genel olarak suç düzeyinin anlaşılmasında ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte pek çok ülkenin uzun bir geçmişi içeren suç kaydı bulunmamaktadır⁵ ve veri eksikliği aynı zamanda suçun doğasının anlaşılmasında eksiklik anlamına gelmektedir.

Uzun tarihsel verinin eksikliğinde bilgi açığını kapamanın bir yolu, aynı döneme ait ayrıntılı bilgi toplamak olabilir. Böyle bir çalışmada, örneğin 2000'li yıllar için, bir bölgedeki ülkelerden ya da Dünya genelinden suçun bir türüne ilişkin bilgiler toplanarak söz konusu suça ilişkin farklı nitelikler yakalanabilir ve suçun özellikleri daha iyi anlaşılabilir. Örneğin hırsızlığa ya da kasten öldürmeye ilişkin pek çok ülkeden toplanacak bilgi suçun doğasını anlamakta (uzun bir zaman serisinin eksikliğinde) ilk basamak oluşturabilir. Bu tür, büyük ya da küresel kabul edilebilecek bilgi birikimi, ülkelerin ceza adalet sistemlerine ilişkin tuttukları kayıtları Birleşmiş Milletler ile paylaşımları ile elde edilmiştir. Bu bilginin bir suç (bu makale kapsamında kasten öldürme) için ne sunabileceği bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Suç olarak kasten öldürme iki nedenden tercih edilmiştir. Öncelikle kasten öldürme daha öncede bahsedildiği gibi çok göz önündedir. Oysa bütün suç türleri için bunu söylemek kolay değildir. Suçun kaydedilmesi ancak ceza adalet sisteminin durumdan haberdar olması ile başladığı için, pek çok suç sayılan eylemin kaydı mağdurun ya da şahidin korku, utanç, zaman kaybı vb. nedenlerle haber vermemesi nedeniyle eksik tutulmaktadır⁶. Fakat bir insanın hukuk dışı öldürülmesi, diğer suçlar düşünüldüğünde çok az gizli kalmaktadır. Faili meçhul bile olsa hukuk dışı ölüm olaylarının ceza adalet sistemi tarafından öğrenilme olasılığı, hırsızlık, saldırı ya da cinsel saldırı suçlarına göre daha fazladır⁷. Bu da

⁵ Bu makalenin birinci kısmında uluslararası suç istatistiklerinin geçmişi anlatılmaktadır. Ulusal suç istatistikleri için ise ihtiyaç 1800 sonralarında başlamasına rağmen, bilginin toplanması ve sınıflanması pek çok ülke için 1900, hatta 1950'lere ancak giden bir geçmişe sahip görünmektedir. Ayrıntılı okuma için Lauritsen, J.L. ve Cork, D.L. (Edts) (2016). **Modernizing Crime Statistics**, Washington, DC: The National Academies Press.

⁶ Bu bildirilmeyen kısım siyah sayılar, suçta karanlık alan olarak adlandırılmaktadır (Demirbaş, T. (2012). **Kriminoloji**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.92; Tutar, E. (2002). "Suçta Karanlık Alan - Suçta Siyah Sayılar", <http://www.kriminoloji.com>, ET: 26/12/2016).

⁷ Karanlık alan, fail ya da mağdur anketleri aracılığı ile ölçülmeye çalışılmaktadır. UNODC mağdur (victim) anketi çalışmalarına göre, örneğin fiziksel saldırıların (Police Reporting Rate for Physical Assault) Avustralya'da %54'u (2015), Kanada'da %38'i (2014), Fransa'da %27'si (2015), İsveç'te %30'u polise bildirilmektedir; ev, konut vb. yerlerden yapılan soygun ya da hırsızlığa teşebbüs olaylarının (Police Reporting Rate for Robbery) ise ABD'de %62'si (2014), Fransa'da %45'i (2014), Avustralya'da %54'u (2014) polise bildirilmiştir. Cinsel saldırı (Police Reporting Rate for Sexual Assault) konusunda ise daha değişken yüzdeler söz konusudur. Örneğin ABD'de %55 (2009) den %32'e (2015), İsveç'te %23'den (2011) %8'e (2015), Avustralya'da %36'dan (2010) %24'e (2015) değişen oranlarda olaylar polise yansımıştır (<https://data.unodc.org/#state:0>, ET: 01/01/2018).

onun daima göz önünde olmasına neden olmaktadır. Bu durumunun bir doğal sonucu olarak ülkelerin adalet sistemlerinin tuttukları kasten öldürme kayıtları, diğer ceza adalet sistemi verilerinden daha güvenilir bilgiye sahiptir. Hatta eylem sırasında kullanılan silah ya da mağdurun/failin cinsiyetine ilişkin bilgi içermesi açısından da analizi genişletme şansı vermektedir. Bu durum kasten öldürme verilerini, açıkça tanımlanabilir, diğer suçlara göre kolay ölçülebilir ve sonuç olarak dünya çapında şiddetin ölçülmesinde bir nebze karşılaştırılabilir bir gösterge haline getirmektedir⁸. Dolayısıyla Birleşmiş Milletler tarafından bir araya getirilen neredeyse tüm dünyayı kapsayan bilgi hemen hemen her ülkenin suç kabul ettiği yaralama, hırsızlık, kasten öldürme vb. suçlara ilişkin ölçülebilir bilgileri içermektedir. Bu makalede bu bilgilerden kasten öldürmeye ilişkin olanlar, suçun genel niteliklerinin ortaya konulması, ana hatlarının tarif edilmesi amacıyla kullanılmıştır. Türkiye'ye ilişkin olanlarsa, hem ülkemizin tüm ülkeler içerisinde nerede olduğunu anlamak hem de bu küresel gözlükle, farklı ülkelerin deneyimlerini kullanarak Türkiye'deki kasten öldürme olaylarını analiz amacı taşımaktadır.

1. Uluslararası Karşılaştırmalar için Bilgi Toplamının Tarihsel Gelişimi

Uluslararası düzeyde suçla ilgili istatistiklerin toplanmasının ilk kez konuşulduğu tarih 1853'te Brüksel'de yapılan Genel İstatistik Kongresi'ne kadar götürülebilir⁹. Sonraki çaba 1872'de Londra'da düzenlenen Suçun Önlemesi ve Bastırılması (Azaltılması) Konusundan Uluslararası Kongre (the International Congress on the Prevention and Repression of Crime, IPPC)'dir. Kongre, güvenilir cezaevi istatistikleri toplamayı, farklı cezaevi ve ceza mevzuatı sistemlerinin sonuçları hakkında bilgi ve deneyimleri paylaşmayı; caydırıcı etkilerini karşılaştırmayı amaçlamaktadır¹⁰. Bunun için ABD kongresi, pek çok Avrupa ülkesinden¹¹ cezaevleri, infaz memurları, ceza adalet sisteminin hemen hemen her basamağındaki yetkilileri ve sistemin maliyetleri ile ilgili bir takım sorulara cevaplar vermelerini, dönemin koşulları gereği bir elçi göndererek rica etmiştir.

⁸ UNODC. (2013). **Global Study on Homicide 2013**, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf, s.23.

⁹ UNODC. (1997). **A Short History of the Collection of UN Crime and Justice Statistics at the International Level**, <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/A-short-history-of-the-collection-of-UN-crime-and-justice-statistics-at-the-international-level.html> , (ET: 05/02/2018).

¹⁰ Pears, E. (Edt) (1872). **Transactions of the International Penitentiary Congress**, Londra: Longmans, Green, and Co, http://data.decalog.net/enap1/liens/congres/CONGRES_PENIT_1872_VOL1_0001.pdf, (ET: 05/09/2017), s.1-5.

¹¹ Avusturya, Belçika, Danimarka, İngiltere, Fransa, Almanya (Bavyera, Prusya, Saksonya, Würtemberg'den ayrı ayrı), İtalya, Meksika, Hollanda, Norveç, Rusya, İsveç, İsviçre ve İrlanda (Pears, 1872, s.1-5).

Bu çalışmalar küresel kurumların ve bilginin oluşmasının ilk adımları olarak değerlendirilebilir. Sonrasında 1914'de Uluslararası Polis Kriminal Kongresi'nde (the International Police Criminal Congress) ulusların kendilerine özgü tutuklama süreçleri aktarılmış; merkezileştirilmiş uluslararası kriminal kayıtları ve suçlu iadesi konuları tartışılmıştır¹². Nihayetinde 1923'de, sınırları aşan bir polis teşkilatı olarak düşünülebilecek Interpol kurulmuştur¹³.

1800'lerde başlayan bütün bu süreç, ülkelerin adalet mekanizması ile ilgili farklı basamaklara ve tanımlara sahip olduğunun görülmesine neden olmuştur. Dolayısıyla bir karşılaştırma için temel problemin ortak değişkenler geliştirmek olduğunun düşünülmesini sağlamıştır. Diğer bir ifade ile hemen hemen her ülkede adam öldürme, hırsızlık gibi suç kabul edilen benzer eylemler yanı sıra suç olduğu ve cezayı gerektirdiği düşünülen farklı eylemler olduğu görülmüş, benzer eylemlerde de hangi koşullarda işlenen suçların nasıl ve ne kadar ceza gerektireceğine ilişki uygulamaların farklı olduğunu anlaşılmıştır. Bu da bilginin toplanmasını ve aynı başlıklar altında birleştirilmesini yani istatistiki bilgi oluşturulmasını zorlaştırmıştır¹⁴.

1940'larda, geçmişi 1872 toplantısına dayanan Uluslararası Ceza ve Cezaevi Vakfı (the International Penal and Penitentiary Foundation, kısaca IPPF) ve takiben Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi ortak tanımlar geliştirilmesini sağlamak için çalışmalarla ilgilenmeye başlamıştır¹⁵. Birleşmiş Milletler çatısı altında bile olsa veri oluşturabilecek tanımların ve nelerin öncelikli olduğunun belirlenmesi zaman almıştır. Örneğin ülkelerden veri toplamak için benzer suçlar ve benzer tanımlar içeren formlar oluşturulmaya çalışılmıştır. Hazırlıkların iyileştirilebilmesi için 1981'de New Jersey Rutgers Üniversitesi Ceza Adalet Okulu (the School of Criminal Justice), 1983'de Texas Sam Houston Eyalet Üniversitesi Ceza Adaleti Merkezi (the Criminal Justice Center), 1986'da ABD Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri Bürosu, 1991'de Birleşmiş Milletler Bölgelerarası Suç ve Adalet Araştırmaları Enstitüsü (United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, UNICRI), 1997'de Arjantin hükümeti, 1998'de Hollanda Veldhover yönetimi uzmanları aracılığı ile kimi zaman da formların denenmesine kimi zaman soru formlarının iyileştirilmesine katkı sağlamıştır¹⁶. Nihayet tüm veri, suçların çağımızda ulusal sınırları aşan yapısı nedeniyle oluşturulan Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suçlarla Mücadele Ofisi (United Nations Office on Drugs and Crimes, kısaca

¹² Leguey-Feilleux, J.R. (2017). **Global Governance Diplomacy: the Critical Role of Diplomacy in Addressing Global Problems**, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, s.176.

¹³ Leguey-Feilleux, 2017, s.176.

¹⁴ Lauritsen ve Cork, 2016: 103-115.

¹⁵ UNODC, 1997.

¹⁶ UNODC, 2013, s.39.

UNODC)¹⁷ çatısı altında toplanır hale gelmiştir. UNODC'nin internet sayfasında sunduğu veri ve göstergeler (Data and Indicators)¹⁸, *uyuşturucu*¹⁹ ve *suç ve ceza adaleti*²⁰ balıklarını taşımaktadır. Bu çalışmada *suç ve ceza adaleti* veri grubunun kasten öldürme başlığı altında sunduğu veri kullanılmaktadır.

2. Şiddet İçeren Ölümler ve Kasten Öldürme

2.1. Genel Olarak

Kasten öldürme, toplum vicdanını çok rahatsız eden bir suçtur. Kasten öldürme ve ölüm sonuçlu (neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama gibi) şiddet suçlarının etkileri insan hayatının kaybolmasının çok ötesine geçmektedir. Her ölüm vakasıyla (faili bilinmeyenlerde daha da fazla olmak üzere) korku ve belirsizlik ortamı oluşmaktadır. Bu da bireylerin kendilerini güvensiz hissetmelerine neden olmaktadır. Bireyler bu durumu açık bir tehdit olarak algılamaktadırlar²¹. Gerçekten güvenlik eksikliğinin varlığı değil sadece bu şekilde algılanması bile genellikle zayıf bir ceza adalet sisteminin varlığı ile de ilişkilendirilmektedir²². Bu da ölümcül şiddetin diğer suç türleri ile karşılaştırıldığında öncelikli olarak düşünülmesine ve takip edilmesine neden olmaktadır.

İnsan yaşamının sona ermesinin farklı yolları söz konusu olabilir. Örneğin savaş pek çok yaşamın yitirildiği ortamlardandır; sonucun arzu edilmediği ihmal ya da tesadüfen kaynaklanmış ölümlerde olabilir; insanın kendi canına

¹⁷ Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suçlarla Mücadele Ofisi (United Nations Office on Drugs and Crimes, kısaca UNODC, üye ülkelere sınır aşan suçlarla bağlantılı alanlarda teknik destek sağlamak ve işbirliğini artırmak amacıyla oluşturulmuştur. Terörizm, silah/uyuşturucu/insan kaçakçılığı, organize suç ve bu tür illegal faaliyetlerden elde edilen gelirin aklanması (dolayısıyla yozlaşma) başlıca çalışma alanları arasında sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için UNODC, About UNODC, <https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html>, (ET: 08/08/2018).

¹⁸ UNODC internet sayfasına <https://www.unodc.org/> adresinden ulaşılabilir.

¹⁹ Uyuşturucu veri tabanı, uyuşturucu kullanımı, HIV, Hepatit vb hastalıklarla bağlantısı, ölüm oranı, yaygınlığı, cezaevlerindeki uyuşturucu ticaretinden hükümlü sayısı gibi başlıklar yanı sıra uyuşturucu fiyatları, dünyadaki üretimi gibi konuları da içeren geniş bir veri tabanıdır (UNODC veri tabanı, <https://data.unodc.org/#state:1>, (ET: 08/08/2018).

²⁰ Suç ve ceza adaleti veri tabanı, saldırı, hırsızlık, cinsel şiddet, kasten öldürme, ceza adaleti, mağdur anketleri, insan ticareti başlıkları altında, dünya genelinden toplanmış istatistiki bilgiyi sunmaktadır.

²¹ Mağduriyet algısı için, Gaziarifoğlu, Y. (2009). **Suç Mağduriyeti Korkusu ve Algılanan Suç Mağduriyeti Riskinin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'ne Sunulmuş Yüksek Lisans Tezi, s.8'e veya iletişim alanında yapılmış pek çok çalışmayı özetleyen; haberlerin verilmiş tarzı, suç mağduriyeti algısı ve kişisel tercihe farklı bir bakış açısı sunan Şenat, F.A. (2018). **Medya Din İlişkisi Tefsir İlmî Özelinde Bir Analiz**, İlahiyat Yayınları, s.37-39'den ayrıntılı bilgi edilebilir.

²² Suç korkusu ve ceza adalet mekanizmasının işleyişinin nasıl algılandığı üzerine Kul, M. (2013). **Suçtan Daha Büyük Suç Korkusu**, İstanbul: YeniYüzyıl Yayınları, s. 142-169.

kıyması da söz konusu olabilir. Bu çalışmada üzerinde durulacak olan sadece bile isteye ve hukukun yasakladığı bir durumda oluşan ölüm olaylarıdır.

UNODC'nin çalışmalarında kullanılan tanımla “*kasten öldürme, bir kişinin başka bir kişiyi bilerek yasadışı öldürmesi*” anlamına gelmektedir ve *terörist saldırı sonucu ölüm ve ölüme yol açan ciddi saldırıları kapsarken; kasten öldürmeye teşebbüsü, taksirli öldürmeyi, yasal müdahale²³, meşru savunma ya da silahlı çatışma nedeniyle ölüm olaylarını içermemektedir²⁴*. Şekil 1’de UNODC’nin sınıflamasına göre şiddet içeren ölümler görülmektedir. Bu makalenin konusu bu şiddet içeren ölümlerden kasten öldürme olayları ile ilgili dünya genelinden toplanmış istatistikî bilgileri içermektedir.



Şekil 1: Şiddet içeren Ölüm Olayları

Kaynak: UNODC, 2013, s.9.

UNODC'nin topladığı bilgiler birkaç farklı şekilde değerlendirilebilir. Örneğin belirlenen (ya da sabit kabul edilen) bir zamanda, bölgeleri veya ülkeleri karşılaştırmak için kullanılabilir. Şekil 2’de 2015 yılı için (tek bir yıl için) kasten öldürme olaylarının 100000’e düşen oranları²⁵ bölgesel ortalamalara

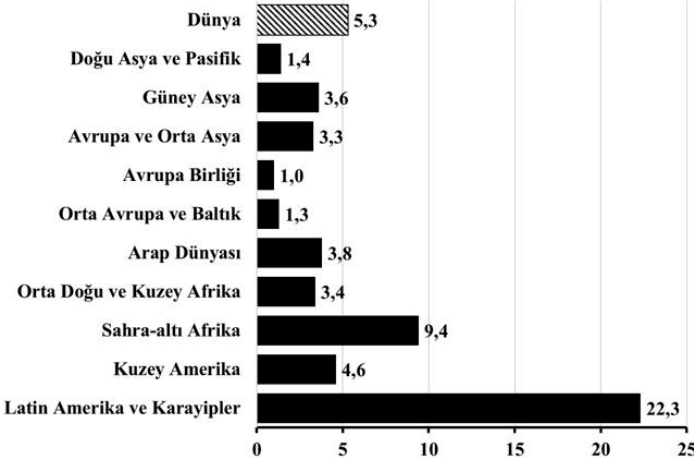
²³ Yasal müdahaleden, güvenlik güçlerinin ya da hukukun izin verdiği çerçevede başka bir hizmet personelinin bir insanın yaşamına son vermesi anlaşılabilir.

²⁴ Kasten öldürme, aile içi anlaşmazlıklar, kişisel uyumsuzluklar, arazi kaynakları üzerinde şiddetli çatışmalar, bir bölgenin kontrolü gibi bir sebepten çeteler arası çatışmalar ya da silahlı gruplar arasındaki yoğun şiddetin sonucu oluşan yasadışı insan öldürme bilgilerini içermektedir. Bununla birlikte bu bilgiler tüm kasıtlı öldürme eylemlerini içermemektedir; genellikle çok sayıda üyesi olan örgütlerin silahlı çatışmalarda neden oldukları ölümler, ülkelerin sınıflandırma teknikleri nedeniyle farklı kaydedilmiş olabilir. Ayrıntılı bilgi için UNODC, International Homicide Statistics database, (ET: 05/02/2018).

²⁵ Suç için tutulan kayıtları nüfusun kendisinden ve artışıdan etkilenmektedir. Diğer bir ifade ile nüfus ne kadar büyükse o kadar yüksek suç kaydı olmakta ya da nüfus arttıkça suç işleme oranları da artmaktadır. 2017 yılında nüfusu 326 milyon olan ABD, 127 milyon olan Japonya/Meksika ya da 80 milyon olan Türkiye nüfus büyüklükleri hesaba katılmadan, suç

olarak gösterilmektedir.

Şekil 2’de 2015 yılında Dünya genelinde 100000 kişiye düşen kasten öldürme değerinin 5,3 gibi bir ortalama olduğu görülebiliyor. Yine şekildeki bilgiye göre Dünya’da pek çok bölge bu ortalamanın altında değerlere sahiptir. Görece en düşük oranlar Doğu Asya ve Pasifik bölgesi ile Avrupa ve Baltık’larda bulunmaktadır. Tersine Sahra çölünün altındaki (güneyindeki) Afrika ülkeleri (Sahra-Altı Afrikası) ile Latin Amerika ve Karayipler bölgesi ülkelerinin de Dünya ortalamasının üzerinde olan değerleri dikkat çekmektedir. Kabaca denilebilir ki en yüksek kasten öldürme olayları nedeniyle Dünya üzerindeki en güvensiz bölgeler Latin Amerika, Karayipler, Sahra-Altı Afrikası’nda yer almaktadır. Ayrıca bu bölgelerin ortalamalarının yüksekliği, Dünya ortalamasını yukarı çekmektedir.



Şekil 2: Kasten Öldürme Oranları (2015 Yılı İçin 100 000 Kişiye Düşen)

Kaynak: Dünya Bankası, Intentional homicides (per 100,000 people), <https://data.worldbank.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5?end=2015&start=2015>, (E.T:03/01/2018)

Şekil 2 sadece bir yıl için bilgi içermektedir. Bu tek yıllık bilgi sanki akıp giden zamanda bir anın fotoğraflanması gibidir, yanıltıcı olabilir. Daha ayrıntılı yorum için daha uzun zamanı içeren bilgiye ihtiyaç vardır ve küresel düzeyde toplanan veri 10 -15 yıllık bir bilgi birikimini içermektedir. Tablo 1’de farklı zamanlar için kasten öldürme olaylarının ortalamaları, UNODC ile veri paylaşan ülkeler içinde

kayıtları ile karşılaştırılırsa, Türkiye’nin en düşük oranlara sahip olmasını beklemek yanlış olmaz. Bu nedenle bu veriler her ülkenin kendi ulusal nüfuslarına bölünerek kişi başına suç değeri elde edilmekte, bir anlamda ülkelerin nüfuslarının farklı olmasından kaynaklanan sorunlardan arındırılmaktadır. Genellikle kişi başına elde edilen değer çok küçük olduğu için de ulusal nüfusların 100000 kişisine düşen miktarı üzerinden gösterilmektedir.

en yüksek ve en düşük değerlere sahip ülkeler açısından gösterilmiştir²⁶. Tablo, 100000 kişiye düşen kasten öldürme değerlerinin yıllar itibari ile gelişimini de göstermektedir.

Tablo da çoğunluğu Uzak Doğu ülkesi olan Japonya, Singapur, Hong Kong (Çin) gibi ülkelerin en düşük kasten öldürme değerlerini aldıkları ve bunu yaklaşık on yıl sürdürdükleri görülmektedir. Şekil 2 ile de uyumlu olarak bu özelliğinin bölgesel olduğunu düşünülebilir. Benzer şekilde Kolombiya, El Salvador, Jamaika, Honduras, Venezüella aynı bölgeden ülkelerdir (Irak göz ardı edilirse) ve 100000 kişiye düşen kasten öldürme olaylarının en yoğun görüldüğü ülkeler arasında yer almaktadırlar. Latin Amerika’da da kasten öldürme olaylarının yüksekliği bölgesel gibi görünmektedir. Ve bu yoğunluk 2004-2015 arasında 10 yıl boyunca sürekliliğini korumaktadır. Şekil 2’de yer alan 5,3’lük Dünya ortalaması ya da 22,3’lük bölge ortalamasının çok üstünde (örneğin El Salvador’da 2015 yılı için 108 gibi bir ortalama değer) ortalamalar tabloda görülebilmektedir.

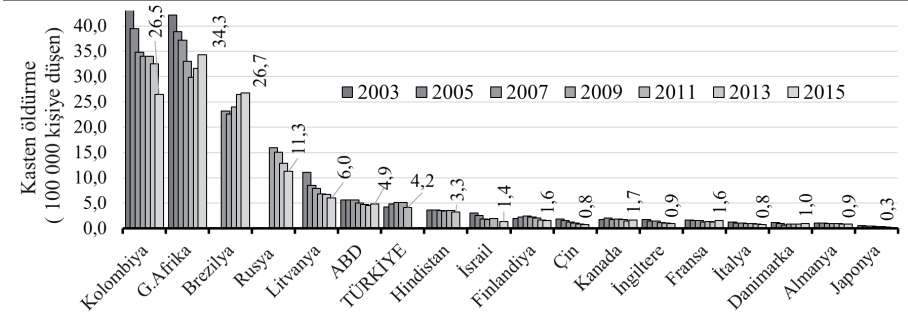
2004		2007		2011		2015	
Jamaika	55,2	Irak	66,1	Honduras	93,2	El Salvador	108,6
Honduras	53,8	Jamaika	58,6	El Salvador	72,2	Honduras	63,8
El Salvador	46,8	El Salvador	58,4	Saint Kitts and Nevis	64,2	Venezüella	57,2
Kolombiya	39,5	Honduras	50,3	Venezüella	47,9	Jamaika	43,2
G. Afrika	36,9	Venezüella	47,5	Jamaika	41,2	G.Afrika	34,2
Endonezya	0,6	Avusturya	0,5	Filistin	0,6	Hollanda	0,6
Bruney	0,6	Japonya	0,5	Bahreyn	0,5	Avusturya	0,5
Japonya	0,6	Bahreyn	0,4	Japonya	0,4	Hong Kong	0,3
Singapur	0,5	Singapur	0,4	Singapur	0,3	Singapur	0,3
Mısır	0,4	Hong Kong	0,3	Hong Kong	0,2	Macao	0,2

Kaynak: UNODC Statistics, Crime and Criminal Justice içinde Intentional homicide, counts and rates per 100,000 population, <https://data.unodc.org/#state:11>, (ET:03/01/2018)

Ayrıca Dünya için genel olarak konuşulursa, 2004’den 2015’e, en yüksek değerleri alan ülkeler aracılığı ile 55,2’den 108,6’ya artan küresel bir şiddet ortalaması gözlenmektedir. Denilebilir ki, kasten ölüm çıtası, söz konusu on yıl boyunca, bu ülkeler aracılığı ile daha yukarı taşınmıştır.

²⁶ Veri, UNODC verisi olduğu için, tabloda ve şekillerde kullanılan bilgiler “Kasten Öldürme” konusunda BM ile veri paylaşan ülkeler içinde (163 ülke) en çok ve en az oranlara sahip olanları göstermektedir.

Bütün bu ülkeler içinde Türkiye'nin yeri ve zaman içinde gelişimi, seçilmiş ülkelerle birlikte Şekil 3'de görülebilir. Latin Amerika'yı temsilen Kolombiya ve (bölgenin neredeyse en düşük oranlarına sahip) Brezilya'da tabloya dahil edilmiştir. Şekilde Türkiye'nin ve diğer ülkelerin 100000 kişiye düşen kasten öldürme ortalamalarının 2004-2015 arasında aldığı değerler topluca gösterilmektedir.

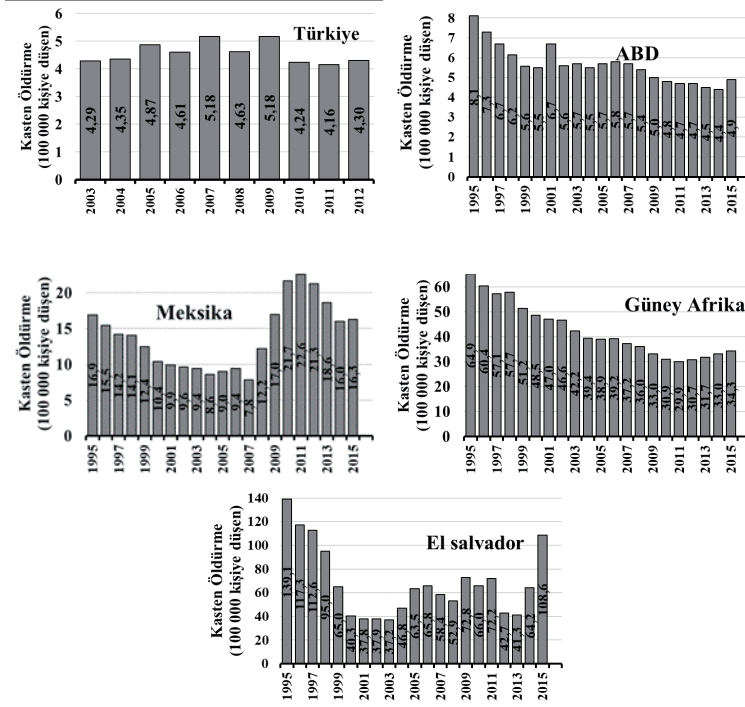


Şekil 3: Bazı Ülkelerde ve Türkiye'de Kasten Öldürme (100 000 Kişiye Düşen)

Kaynak: UNODC, Intentional homicide, counts and rates per 100,000 population, <https://data.unodc.org/#state:0>, (ET: 10.02.2018) tablosundan oluşturulmuştur.

Şekil 3'de Kolombiya'nın, Güney Afrika'nın, Brezilya'nın (son yıldaki gelişme düşünülmezse) Rusya ve Litvanya'nın iyileşen bir suç verisine sahip oldukları görülmektedir. Türkiye'de aynı süre içindeki çok az değişen (şekil 4'de de görülebilir, 100000 kişiye düşen en az 4,2, en çok 5,18) oranlara sahiptir. Grafikte Avrupa ve Asya'dan ülkelerin seçilen ülkelerin düşük oranları da görülebilmektedir. Grafikten Türkiye'nin kasten öldürme ortalaması, bakış açısına göre farklı yorumlanabilir. Örneğin pek çok Avrupa ülkesinin 1'e yakın ya da az üzerinde değerlerine göre 4-5 kat yüksektir; ABD ile benzer ve Rusya'nın yarısı kadar ya da Güney Afrika'nın altıda biridir.

Ayrıca şekil 4'de Türkiye yanı sıra ABD, Meksika, El Salvador ve Güney Afrika'nın zaman içinde kendi serilerinin gelişimi ayrıntılı verilerle gösterilmiştir. Grafiklerde ilk dikkat çeken nokta ABD, Meksika ve Güney Afrika'nın 1995'e kadar giden Türkiye'ye oranla daha uzun zaman serileridir. Örneğin Meksika'nın zamana yayılan verisinden 2000'lerin başlarında ve 2011'den sonra nispeten iyi bir dönem geçirdiği görülebilmektedir. ABD'nin ise Dünya ortalamasının altındaki değerlere 2009'larda düştüğü anlaşılmaktadır. El Salvador'un inişli çıkışlı zor yılları ve Güney Afrika'nın Dünya ortalamasının 6 katı olan 2015 değerlerinin kendisi için nispeten iyi olduğu gözlenmektedir. Türkiye için ise 10 yıllık serinin kısıllığı yanı sıra bir istikrar gözlenmektedir.



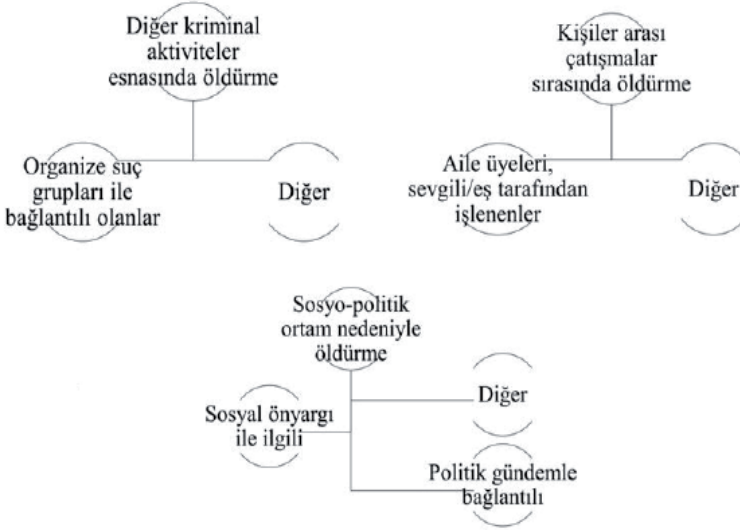
Şekil 4: Yıllara göre Kasten Öldürme

Kaynak: Dünya Bankası, Intentional homicides (per 100,000 people) <https://data.worldbank.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5>, (ET: 10/02/2018).

Bu ülkelerin kasten öldürme (ya da ceza adalet sistemi için diğer takip edilen değişkenlerde olabilir) bilgilerinin uzun geçmişi, yirmi yıl içinde farklı basamaklardan geçen gelişimlerini takip etme şansı vermektedir. İnış ve çıkışları, hali hazırdaki durumları, veriler ne kadar geriye gidiyorsa o kadar iyi değerlendirilebilir. Diğer bir ifade ile uzun zaman serileri ülkelerin bireysel güvenliklerinin gelişimini değerlendirmek için iyi bir başlangıç noktasıdır. Böylece neden sorusu sorulabilir ve belki cevaplanabilir hale gelir. Örneğin Latin Amerika'da ya da Güney Afrika'da bu kadar yüksek kasten öldürme oranlarına neden olan ve bu ülkeleri diğer ülkelere farklılaştıran nedir? Cevap, küresel olarak toplanan veri aracılığı ile aşağıda elde edilmeye çalışılacaktır.

2.2. Kasten Öldürme Nedenleri

UNODC elinde toplanan ve Dünya'nın pek çok ülkesinden gelen bilgiler kasten öldürme nedenlerinin üç genel başlıkta toplanabileceğini düşündürmektedir²⁷. Şekil 5'de özetlendiği gibi bunlardan ilki, diğer kriminal faaliyetler sırasında (örneğin uyuşturucu, insan ticareti, silahlı soygun ya da çete ve organize suç örgütlerinin faaliyetleri esnasında) bireylerin hayatlarını kaybetmeleridir. İkincisi kişiler arasında çözümlenemeyen çatışmalardan örneğin aile içi şiddetten ya da iş veya toprak anlaşmazlıklarından kaynaklanan kasten öldürme olaylarını içermektedir. Nihayet üçüncü açıklama ülkelerin sosyo-politik ortamlarını içeren geniş bir başlık olarak sınıflandırılmıştır. İnsanların derisinin rengine, geçimini temin ettiği mesleğe, dinine veya siyasi görüşüne yönelik bir önyargı ile işlenen cinayetler bu grup içinde değerlendirilmektedir.



Şekil 5: Kasten Öldürme Nedenleri

Kaynak: UNODC, 2014, s.39.

Farklı ülkelerde ve bölgelerde bu üç başlığın mevcut olayları açıklayıcılığı değişmektedir. Daha önceki verilerde dikkat çeken Güney Afrika'daki veya Latin Amerika'daki bölgesel yüksek kasten öldürme değerlerinin, uyuşturucu, kadın ya da insan ticareti vb. büyük gelir getiren, çoğunlukla sınıraşan bir suçla bağlantılı, organize suç örgütlerin faaliyetleri sonucu olarak ortaya çıktığı düşünülmektedir. Küresel düzeyde organize suç ve çeteler bağlantılı ölümler, en sık Orta Amerika'da ve bütün olayların %30'u gibi bir oranla görülmektedir²⁸. Okyanusya, Asya ve Avrupa'da, benzeri suçla bağlantılı

²⁷ UNODC, 2013, s.39.

²⁸ UNODC, 2013, s.15.

örgütlenmeler bulunmasına rağmen (Mafya, uyuşturucu baronu, Yakuza vb. gazete başlıklarına yansıyan olaylardan anlaşılacağı üzere), cinayet olayları içinde payları %1'lerde kalmaktadır. Bu durum Latin Amerika'nın adının uyuşturucuya bağlı organize suçla birlikte anılmasına neden olmaktadır²⁹.

Şekil 4'de bölge ülkelerinden Meksika ve El Salvador'un zaman içindeki gelişiminde, kasten öldürme olaylarının dalgalı bir seyre sahip olduğu izlenebilmektedir. Zaman zaman ataklar halinde artış ve azalışlar göstermektedir. Suçların büyük kısmı organize suç kaynaklı olarak düşünüldüğünde, örneğin düşüşler organize suç örgütleri veya çeteler arasında yapılan saldırmazlık anlaşmalarından³⁰ ya da toplum önderlerinin tarafları ikna etmesi ile oluşturulan barış ortamından kaynaklanabilmektedir. Ya da bir tetikleyici cinayetin sonucu tarafların birbirlerinden (kan davası gibi) karşılıklı can almaları ile dev bir insan kaybı tusunamisine dönüşebilmektedir. Bu örgütler, *“otoritelerini göstermek, bölgelerini işaretleme veya yetkililere meydan okumak gibi nedenlerle şiddete başvurabilmekte; hatta doğrudan uyuşturucu kaçakçılığı ile bağlantısı olmayan kamu temsilcilerine yönelen şiddet olaylarının bile arkasından çıkabilmektedirler”*³¹.

Suç örgütlerinin ya da çetelerinin ihtiyacı olan insan gücü ve yeterli gelir de bölgedeki durumun diğer ayağını oluşturmaktadır. *“Görünür neden uyuşturucu kartellerinin sahip olduğu büyük gelir ve insan gücünün getirdiği rantların kavgası olsa da tetikleyici neden toprak hakları”* (yani toprak dağılımındaki eşitsizlikler) olarak da düşünülebilir³². Son olarak ceza-adalet sisteminin olaylara verdiği cevabın yetersiz olduğu da iddia edilmektedir. *Bölgede cinayetlerin nadiren çözüldüğü veya mahkûmiyete yol açtığı*³³ ya da *Latin Amerika'daki her 100 cinayetin yalnızca 20'sinin mahkûmiyetle sonuçlandığı (küresel oran 100'de 43'tür)*³⁴ gibi bilgiler, işlenen suçların cezasız kaldığı ve

²⁹ Geniş tarihi bir bakış açısı için Afat, E. (2004). “Latin Amerika'nın Şiddet Sarmalında Terör”, **Anlayış**, <http://www.anlayis.net/makaleGoster.aspx?dergiid=8&makaleid=3213>, (ET: 9.8.2018).

³⁰ Ceza adalet sisteminin dikkatinin çekmemek için aralarında anlaşmışları için gelir getiren faaliyetleri devam ederken şiddet içeren ölümlerin azaldığı görülebilmektedir.

³¹ Le Clercq Ortega, J.A. ve Sánchez Lara, G.R. (2017). **Global Impunity Dimensions. Global Impunity Index 2017, (GII-2017)**, https://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017_eng.pdf, (ET: 02/03/2018), s.127.

³² CBC. (2018). “Mexico had over 29,000 murders in 2017, but homicide rate still lower than some Latin American nations”, <http://www.cbc.ca/news/world/mexico-record-homicide-rate-1.4497466>. (ET: 21/02/2018)

³³ Muggah, R.ve de Carvalho,I.S. (2017). “Latin America’s Murder Epidemic- How to Stop the Killing”, **Foreign Affairs**, <https://www.foreignaffairs.com/articles/central-america-caribbean/2017-03-22/latin-americas-murder-epidemic>, (ET: 02/02/2018).

³⁴ The Conversation (2017). “How to fix Latin America’s homicide **problem**”, <https://theconversation.com/how-to-fix-latin-americas-homicide-problem-79731>, (ET: 26/04/2018).

toplumsal çatlakları derinleştirdiği³⁵ düşüncesine neden olmaktadır. *Latin Amerika ve benzeri yerlerde hukukun ve devletin zafiyetinin, suçların cezazsız kalmasının ve sorunun ağırlaşmasının*³⁶ başlıca nedenlerinden olduğu, diğer bir ifade ile devletin sunduğu hizmetlerde başarısız olmasının kasten öldürme suç kayıtları aracılığı izlenebildiği dillendirilmektedir. Sonuçta Latin Amerika ya da Litvanya, Ukrayna gibi bölgelerde kasten öldürme suçlarının büyük kısmı illegal bir gelire yönelik organizasyonlardan kaynaklanmaktadır. Tablo 2’de örnek ülkelerdeki kasten öldürme olaylarının nedenleri görülebilir.

		Jamaika	Hollanda	Hindistan	İsveç	Finlandiya
Diğer kriminal aktiviteler sırasında	Organize suç grupları ile bağlantılı olan ölümler	%44	%15		%11	%3
	Hırsızlık veya diğer suç faaliyetler ile bağlantılı ölümler	%40	%7		%6	%3
Kişiler arası çatışma kaynaklı	Aile üyeleri, eş/ sevgili tarafından işlenenler	%5	%30	%27	%40	%34
	Diğer kişiler arası çatışmalardan kaynaklananlar		%6	%21	%14	%11
Sosyo-politik ortamdan kaynaklı	Sosyo-politik ortamdan kaynaklananlar			%3		
Bilinmeyen		%11	%41	%49	%28	%50

Kaynak: UNODC, 2013, s.41.

Kasten öldürme olaylarının ikinci nedeni kişiler arasındaki çatışmalardır. Çatışmalar ya da uyuşmazlıklar, bireyler arasındaki sürtüşmeler ve bunların makul, barışçıl bir şekilde çözümlenememesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Barışçıl çözüm sosyal, kültürel normlardan, ayrıca hukuki düzenlemelerden gelebilir. Anlaşmazlıkların en çok görüldüğü ticaretle, mirasda ya da eşler arasındaki ilişkilerde karşılıklı haklar hem hukuk hem de toplumsal düzenlemeler aracılığı ile korunur. Fakat pek çok durumda bu düzenlemelere rağmen taraflar arasında sürtüşmeler çözümsüz bir noktaya gelebilir. Çıkarlar çatıştığında, toplum/ sistem bir çözüm üretmediğinde, ölüme varan şiddet çatışmayı çözme ve/ veya bir tarafı cezalandırma aracı olarak ortaya çıkmaktadır³⁷. Örneğin 2012

³⁵ Le Clercq Ortega ve Sánchez Lara, 2017, s.127.

³⁶ Le Clercq Ortega ve Sánchez Lara, 2017, s.127-129.

³⁷ UNODC, 2013, s.40.

yılında kasten öldürme olayları içinde Kosta Rika'da %47, İsveç'te %54 gibi bir oranın kişiler arası çatışmalardan kaynaklandığı³⁸ aktarılmaktadır.

Şekil 2 ve Tablo 2 birlikte düşünüldüğünde, nedeni bilinmeyen çok olay olmasına rağmen, ölümlerin büyük oranda kişiler arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklandığı ülkelerde (örneğin farklı bölge ve kültürleri temsil eden Hindistan, Hollanda'da), 100000 kişiye düşen ölüm oranının azaldığı söylenebilir. Tablo'daki Jamaika bilgisinden de görülebileceği, Latin Amerika ve Karaibler bölgesindeki pek çok ülke yüksek organize suç ve çete bağlantılı ölümden muzdariptir³⁹. Başka şekilde ifade edilirse, organize suç ve çetelerden kaynaklanan ölümler azaldığında, toplam içinde kişisel anlaşmazlıklar daha ön plana çıkarken 100000 kişiye düşen kasten öldürme oranları da azalmaktadır.

Faillerin yakın aile üyeleri, eşler/sevgiler vb yakınlar olduğu örneklerin dışında kalan kişisel uyuşmazlıkların yol açtığı ölümlerde ayrıca ülkelerin kültürlerinin, ekonomik hayatlarının önemli etkisi olduğunu düşünülmektedir. Örneğin Hindistan'da, aile/sevgili/eş vb yakınardan kaynaklanan ölümler bir yana bırakılırsa, diğer olarak tanımlanan kişisel çatışmalardan kaynaklanan ölümler her 5 kasten öldürmeden birini içermektedir; bu grup içinde de cinayetlerin yarısı mülkiyet anlaşmazlıklarından diğer yarısı da kişisel kan davalarından kaynaklanmaktadır⁴⁰. Finlandiya için yapılmış bir çalışmada ise kişisel şiddet olaylarının arkasında "*Finlerin seyrek nüfus yapısı, birbirleriyle az bağlantı kurmaları, alkol kültürü ve hakaret fiillerine orantısız şiddet tepkisi vermeleri*" olduğu iddia edilmektedir⁴¹.

Ayrıca kişiler arası çatışmaların neden olduğu ölümcül şiddetin bir grubu eş (nişanlı, sevgili vb) veya akrabalık bağı olan bireylerin arasındaki çatışmaların sonucu oluşan kasten öldürmelerdir ki (cinsiyetle bağlantılı olarak da isimlendirilen *kadın cinayetleri*) günümüz de özellikle dikkat çekmektedir. Bu konu kasten öldürme olaylarının cinsiyete göre dağılımında ayrıca incelenecektir.

³⁸ UNODC, 2013, s.14.

³⁹ Kastan öldürme olaylarındaki kurbanların Bahamalar'da %65'inin (2011 için), Costa Rika'da %37'sinin (2011 için) Panama'da %52'sinin (2012 için), El Salvador'da %16,8'inin (2012 için) çete ve organize suç bağlantılı olduğu ülkelerin kayıtlarından görülmektedir. (UNODC, Intentional homicide victims killed by gangs or organised criminal groups as percentage of total homicide victims by country/territory (2005-2012), <https://data.unodc.org/?lf=1&lng=en#state:20>, (ET:09/08/2018).

⁴⁰ Hindistan'daki kişisel kan davalarının pek çoğunun evlilikte kadınların getirdiği çeyiz (drahoma) tartışmalarından kaynaklandığı düşünülmektedir (UNODC, 2013, s.57).

⁴¹ Yazarlar bunu orman aptallığı (forest foolishness) olarak adlandırmaktadırlar (Verkkove ve Yikongos'den aktaran Vuorela, M. (2017). "The Historical Criminal Statistics of Finland 1842-2015 -a Systematic Comparison to Sweden", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 42(2-3), s.6).

Üçüncü neden, ülkelerin çoğunlukla sosyal veya politik gündemlerinden kaynaklanan, kamusal alanda işlenen cinayetleri içermektedir. Bazen kamuoyuna ya da belirli yerlere mesaj iletmek kastı ile gazetecilerin, yazarların ya da politikacıların öldürüldüğü görülmektedir. Kişilerarası cinayetin aksine, bu tipolojinin kurbanları genellikle failleri için anonimdir veya en azından kişilerin arasındaki ilişkinin niteliği öldürme kararında dikkate alınmamıştır, amaç bir fikre, bir idole saldırmaktır. Bu tür suçlarda ayrıca bir kayıt problemi de olabilir. Politik çalkantılı dönemlerden geçilirken, rejime ya da muhalefete saldırmak anlamına gelen politik saldırılar bütün ülkelerde artmaktadır. Özellikle kutuplaşmaların arttığı dönemlerde ve ülkelerde bu türden saldırılar da artmaktadır. Bu problemlili dönemlerde aslında kişisel olan saldırılar maktulün politik kimliği söz konusu ise politik algılanabilir ya da daha az sorun olan zamanlarda/ülkelerde politik veya önyargı içeren saldırılar bu şekilde kayıt altına alınmamış olabilir. Bu nedenle bu tür suçların kaydının tutulması hem çok kolay hem de zordur. Ayrıca sosyal önyargılardan kaynaklanan nefret suçları⁴² olarak tanımlanabilecek suçlar da bu grup içindedir ve pek çok ülkede gözlenmektedir. Bununla birlikte Tablo 2’de sosyo politik nedenlerle işlenen suçlar için sadece Hindistan’ın bilgi topladığı görülmektedir. Bu konuda veri açığı kayıt sisteminin bu başlığa ilişkin suçları en azından iyi değerlendiremediğini düşündürmektedir. Tablo 2’de nedeni bilinmeyen kasten öldürme olayları da olduğu görülmektedir. Bu kısım ülkelerin adalet sistemlerinin iyi kayıt tutmamasından ya da problemi adlandırma sorunu yaşamasından kaynaklanıyor olabilir.

2.3. Kasten Öldürme Olaylarının Cinsiyete Göre Dağılımı

UNODC’ye göre 2015 yılında Dünya genelinde yaklaşık 400 bine yakın kişi kasten öldürülmüştür ve küresel cinayet kurbanlarının ortalama %75’i erkeklerdir. Ülkelerin tuttukları kasten öldürme kayıtlarının cinsiyet bilgisi içermesi bu sonucun söylenebilmesine imkân vermektedir. Bu bilgi, Dünya’da insan ırkı iki cinsiyet arasında nispeten eşit dağılmış olması nedeniyle⁴³, kadınların öldürüldüğü olaylar daha çok dikkat çekmesine rağmen, erkeklerin kadınlara göre 3 kat daha büyük risk altında olduğunu göstermektedir⁴⁴.

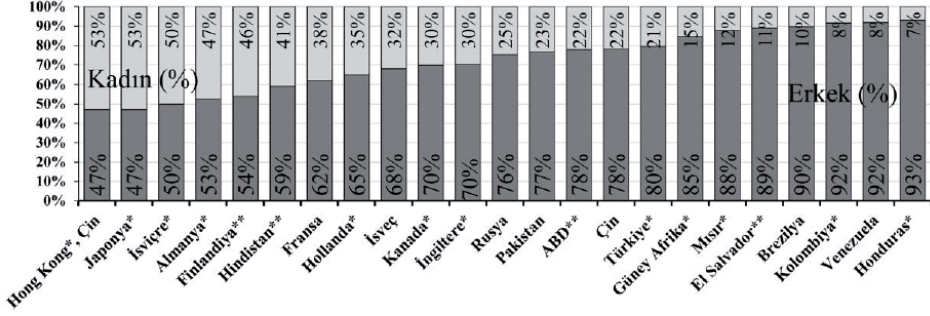
Bu bütün Dünya için ortalama bir değerdir. Makale boyunca takip ettiğimiz sistematik düşünüldüğünde de ülkelere ve belki de yıllara göre farklılaşıyor olabilir. Örneğin Türkiye’deki kurbanlar yıllara ya da diğer ülkelere göre farklı

⁴² Nefret suçları bir fikre bir idole saldırmak gibi, siyah ya da beyaz derili insanlara ya da ırklara veya hayat kadını, polis vb. bir meslek grubuna saldırı fiillerini içermektedir.

⁴³ 2015 yılında 7 383 009 kişi olduğu düşünülen Dünya nüfusunun 3,66 milyarı kadın ve 3,72 milyarı erkeklerden oluşmaktadır. Diğer bir ifade ile Dünya’da 100 kadına karşılık 102 erkek vardır (Birleşmiş Milletler veri tabanı, <https://esa.un.org/unpd/wpp/DataQuery/>, (ET: 28/01/2018).

⁴⁴ 2015 yılı verilerine ulaşılabilen ülkeler açısından hesaplanmıştır.

oranlara sahip olabilir. Bu nedenle çeşitli değerler alan bazı ülkeler seçilerek, en son ulaşılabilen yıl üzerinden (yani her ülke için tek bir yılı göstermek üzere) Şekil 6 oluşturulmuştur. Grafik kadın ve erkek olarak kasten öldürme kurbanlarının cinsiyete göre dağılımını göstermektedir. Örneğin Hong Kong'da öldürülenlerin %47'si erkek ve %53'ü kadınlardan oluşmaktadır. Türkiye'de %80'i erkek ve %21'i kadındır ya da Kanada'da %70'i erkek %30'u kadındır.



Şekil 6: Kasten Öldürme Kurbanlarının Cinsiyete Göre Dağılımı (% , en son ulaşılan yıl olarak⁴⁵)

Kaynak: UNODC, Percentage of male and female intentional homicide victims, by country/territory (latest available year) <https://data.unodc.org/#state:11>, (ET: 10.02.2018) tablosundan oluşturulmuştur. Yıldız olmayan ülkeler 2010, * 2011, ** 2012 yılına ait bilgi ile tabloda yer almaktadırlar.

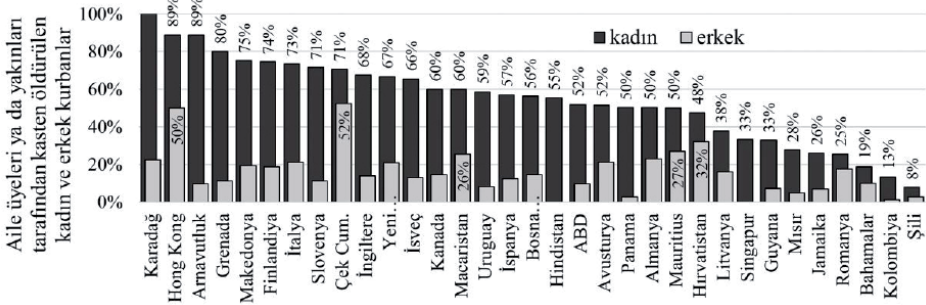
Grafik kadınlar ve erkekler arasındaki risk farkını açıkça göstermektedir. Dünya'nın pek çok ülkesinde kasten öldürme kurbanlarının Dünya ortalaması olan %25'den de azı kadınlardan oluşmaktadır. Örneğin daha önce yüksek cinayet oranları ile tanımlanan Honduras, Venezüella, El Salvador'da, kasten öldürme olayları kurbanlarının %89'u ve daha fazlası erkektir. Şekil 6'da kadınların kasten öldürülme riski en yüksek olduğunda en fazla %50 civarı olduğu da görülmektedir. Ayrıca bu yüksek oranların görüldüğü ülkelerin de Hong Kong, Japonya, İsviçre, Almanya, Finlandiya gibi ülkeler olması da dikkat çekicidir. Bu bilgi bu ülkelerin nitelikleri açısından çok önemlidir. Bu ülkeler yüksek gelir düzeyi, kadın ve erkek arasında daha iyi eşitlik seviyesi ve iyi sosyal güvenlik şemsiyeleri ile tanımlanan; refah devleti olarak adlandırılan ülkelerdir. Bu nedenle de ekonominin kötü koşullarından ya da erkeklerin baskın statülerinin yaygın uygulamalarından kaynaklandığı düşünülen kadın cinayetlerinin engellenmiş olması beklenmektedir. Fakat kadınlar için en yüksek kasten öldürme oranları gelirleri daha yüksek, kadınların evlerinin dışındaki hayata daha çok katıldıkları bu ülkelerde gözlenmektedir. Bu durum kasten öldürme olayları hakkında daha ayrıntılı bilgi ihtiyacını işaret etmektedir.

⁴⁵ Kurbanların cinsiyeti daha yakın tarihli olarak elde edilememiştir.

Erkek ölümlerinin çok yüksek gözlendiği ülkelerde bir açıklama organize suç örgütleri olabilir. Bu tür suç faaliyetlerinde baskın olarak erkeklerin bulunduğu düşünüldüğünde, failerin ve kurbanların erkek ağırlıklı olması kaçınılmazdır.

Kurbanları kadın olan kasten öldürme olaylarında ise erkeklere oranla farklılık, cinayetlere ilişkin ek bilgilerin örneğin fail ve maktul arasındaki ilişkinin/akrabalığın kaydedilmesiyle görünür hale gelmiştir. Kadın cinayetleri “bütün vakaların neredeyse yarısında bir ilişki sırasında ya da aile içinde gerçekleşmektedir ve neredeyse tüm durumlarda bir erkek tarafından işlenmekte ve olay öncesinde yaşanmış az ya da çok şiddet seviyeleriyle ilişkilendirilebilmektedir”⁴⁶. Bu bilgi ülkeler açısından farklı değildir, aksine bütün Dünya’da gözlenmektedir. Şekil 7, yakınları tarafından öldürülen kadın ve erkek oranlarını ülkelere göre sunmaktadır. Grafik fail ve maktul arasındaki ilişkiyi kaydeden ve toplanan bilgiyi UNODC ile paylaşan ülkeler arasından seçilerek oluşturulmuştur.

Şekilden görülebileceği gibi, kasten öldürme kurbanlarının kadın olanları, küresel olarak sevgili/eş (eski ya da halihazırdaki) ya da diğer aile üyeleri (baba, abi, kardeş, amca, dayı vb) tarafından öldürülmektedirler. Grafikte Hong Kong’da kasten öldürülen kadınların %89’unun, İtalya’da %73’unun, İsveç’te %66’sinin, ABD’de %52’sinin katili aile üyeleri, (eski ya da değil) sevgilileri veya eşleridir. Bu durumda büyük bir ihtimalle bir kadın için en tehlikeli yer evi, kendisi için en tehlikeli kişiler normal durumda onlara bakan, umursayan kişilerdir.



Şekil 7: Aile Üyeleri ya da Yakınları Tarafından Kasten Öldürülen Kadın ve Erkek Maktuller (2011 Yılı ve Toplam Cinayet Kurbanlarının Yüzdesi Olarak)

Kaynak: UNODC, Male and female intentional homicide victims killed by intimate partners or family members as a percentage of total homicide victims, by country/ territory; <https://data.unodc.org/#state:3>, (ET:10.02.2018).

⁴⁶ Terranova, C. ve Zen, M. (2018), “Women Victims of Intentional Homicide in Italy: New Insights Comparing Italian Trends to German and U.S. Trends, 2008–2014”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 53, s.77.

Bu konudaki saha çalışmaları tüm Dünya’da benzer bir tabloyu resmetmektedir. Örneğin Gana’da yapılan bir çalışmaya göre “önceden planlanmış, ateşli silahların dahil olduğu, mağdurun boşanmak ya da ayrılmak istemesiyle alevlenen veya sadakatsizlik şüphesinin olduğu bir ortam⁴⁷” kadın cinayetlerinin, Türkiye içinde çok tanıdık gelecek temel arka planını oluşturmaktadır. Veya Kanada’da yapılan araştırmalara göre, “kadının erkek partneri (eş/sevgili) tarafından öldürülmesinin arkasındaki en yaygın sebep, fiilen oluşan ya da gelmekte olan bir ayrılmaya yönelik erkeklerin öfkesi veya çaresizliğidir⁴⁸.”

Kadın cinayetleri, “kadına yönelik şiddet” bakış açısı ile, “erkeklerin kadınlar üzerindeki tahakkümüne ve ayrımcılığa neden olan, erkekler ve kadınlar arasındaki tarihsel eşitsiz güç ilişkilerinin bir tezahürü⁴⁹” olarak değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile aile üyeleri, eşleri, sevgilileri tarafından öldürülen kadınlar, özel alanda yüzyıllardır süren kadınlarla erkekler arasında eşit olmayan güç ilişkilerinin kurbanıdır. Ve bu bakış açısı ile “namus” ile bağlantılı, çeyiz (drahoma), cadılık veya büyücülük ile ilgili cinayetler, adı her ne olursa olsun, cinsiyete dayalı cinayetlerin (femicide⁵⁰) doğrudan şekilleri kabul edilmektedir⁵¹. Ve çözüm ya da önleyici politikalarda kadınların desteklenmesinden geçmektedir. Diğer bir ifade ile *kadınlara sağlıksız bir ilişkiyi kesmek için gerekli kaynakları verme⁵² ya da erkeklerin de yeni güç dengesine alıştırılması* şiddet düzeylerini düşürebilir.

Bununla birlikte kadınların katledildiği olaylarda tanının tekrar düşünülmesi gerektiğine ilişkin bulgularda mevcuttur. Şekil 6 ve 7 birlikte değerlendirildiğinde görülebileceği gibi nispeten cinsiyet eşitliğinin olduğu, Dünya’nın genelinden daha yüksek gelir ve düşük şiddet oranları ile tanımlanabilecek Avusturya, Belçika, Almanya, Japonya, Finlandiya veya İsviçre gibi ülkelerde de, kadın ölümleri büyük oranda yakınlarının ellerinde gerçekleşmektedir⁵³.

⁴⁷ Adinkrah, M. (2014). “Intimate Partner Femicide–Suicides in Ghana: Victims, Offenders, and Incident Characteristics”, **Violence Against Women**, 20 (9), s.1078–1096.

⁴⁸ Dawson M, Bunge V.P. ve Balde T.(2009). “National Trends in Intimate Partner Homicides: Explaining Declines in Canada, 1976 to 2001”, **Violence against Women**, 15(3), s.278.

⁴⁹ Birleşmiş Milletler (1996). The Beijing Declaration, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm> , (ET: 10/01/2018).

⁵⁰ Femicide, kadının sadece kadın olduğu için öldürülmesine verilen isimdir.

⁵¹ UNODC, 2013, s. 52.

⁵² Terranova ve Zen, 2018, s.73.

⁵³ İzlanda, Norveç, Finlandiya gibi ülkelerde düşük kasten öldürme olayları içerisindeki yüksek kadın kurban oranı için Nordik paradoksu ismi kullanılmaktadır. Normalde bu ülkelerin sahip olduğu refah önlemlerinin ve demokrasi düzeyinin kadın ve erkek arasındaki anlaşmazlıkları çözebileceği varsayılmaktadır. Bu nedenle mevcut sayısal durum bir paradoks (açmaz) olarak değerlendirilmektedir (Ibe, C. (2017). “The Nordic Paradox: Gender Equity and Sexual Assault”, **Harvard Political Review**, <http://harvardpolitics.com/world/the-nordic-paradox-gender-equity-and-sexual-assault/>, ET: 30.12.2017).

2016'da sanayileşmiş ülkelerde, kasten öldürme oranlarında genel bir düşüş görülmesine rağmen, kadınların ölümüne yol açan şiddet olaylarında bir düşüş gözlenmemiştir⁵⁴. Hatta önlem olarak alınan “eşitliği destekleyen ve (bir yan etki olarak) erkek ayrıcalıklarında kayıplara neden olan” tedbirlerin kadınlara yönelik şiddetin artmasına⁵⁵ neden olabileceğini iddia eden çalışmalar söz konudur. Diğer bir ifade ile önleyici politikaların şiddetin artmasında payı olabileceği düşünülmektedir.

Bütün bu değerlendirmeler kurbanı kadın olan kasten öldürme olaylarının, diğerlerinden farklı bir dinamiğe sahip olduğunu göstermektedir. Örneğin ABD'nin 11 eyaletinde, hamilelik ve hamilelikte anne kayıpları üzerine yapılan bir çalışmada, kadın cinayetlerinde hamileliğin risk artırıcı bir unsur olduğu görülmüştür⁵⁶; Gana'da yapılan bir çalışmada da, hane içinde daha önceki evliliklerden olan çocukların bulunması⁵⁷, kasten öldürme olaylarının öncesindeki çözümsüz gerilim ortamı ile ilişkilendirilmiştir. Ayrıca kadın cinayetlerinin önemli bir farkı da topluma maliyetlerinin yüksekliğidir. *Bu olaylarda sıklıkla diğer aile üyeleri, olay sırasında çevrede bulunanlar, çiftin çocukları, akrabaları, komşuları, dostları, avukatları, yeni eşleri de hedef olmaktadır. Geri kalanlar üzerinde etkisi çok uzun süreli olmakta, kalan çocuklar, sadece öldürülen ebeveyni değil, intihar eden ya da hapse giren ebeveyni de kaybettikleri gibi, sosyal ortamlarında ciddi değişikliklerle yüz yüze kalmaktadırlar*⁵⁸. İngiltere'de yapılan bir çalışmada aile üyeleri ve yakınlar tarafında işlenen cinayetlerde nadiren tek kurban görüldüğü belirlenmiştir⁵⁹. Sonuç olarak olayların daha iyi anlaşılması için pek çok bilgiyi içeren bir kayıt sistemi gerekmektedir.

2.4. Öldürme Araçları ve Tetikleyiciler

Farklı ülkelerde hem ülke hem de bölgesel karşılaştırmalar üzerinden yürütülen araştırmalar ölümcül şiddet olayları ile ateşli silahlara, uyuşturucu

⁵⁴ Mc Evoy, C. ve Hideg, G. (2017). **Global Violent Deaths 2017**, Geneva: Small Arms Survey, Graduate Institute of International and Development Studies, <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/U-Reports/SAS-Report-GVD2017.pdf>, (ET: 31/02/2018), s.12.

⁵⁵ Terranova ve Zen, 2018, s.73.

⁵⁶ WHO (2011). Intimate Partner Violence During Pregnancy, Information Sheet, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70764/WHO_RHR_11.35_eng.pdf;jsessionid=E0D6350B446FC57E4A64B18A48558BAE?sequence=1, (ET: 31/03/2018).

⁵⁷ Adinkrah, 2014, s.1090-1091.

⁵⁸ Stöckl, H., Devries, K., Rotstein, A., Abrahams, N., Campbell, J., Watts, C. Moreno, C.G. (2013). “The Global Prevalence of Intimate Partner Homicide: a Systematic Review”, **The Lancet**, 382 (9895), s.865.

⁵⁹ WHO (World Health Organization, Dünya Sağlık Örgütü) (2012). “Femicide”, **Understanding and Addressing Violence against Women**, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77421/WHO_RHR_12.38_eng.pdf;jsessionid=FDDF4000D1DC31DCEB5C1B3E1EE19D96?sequence=1, (ET: 1/012/2017), s.2.

ya da alkole ulaşma arasında yakın bir ilişki olduğunu düşündürmektedir. Bu bilgiye suç kayıtlarının silahın türü, fail ve maktulün alkol ya da uyuşturucu etkisi altında olup olmadığı bilgisini içermesi nedeniyle ulaşılabilmektedir.

UNODC'nin verilerine göre bir ateşli silahın kolay ulaşılabilir, erişilebilir çevrede bulunması, alkol gibi failin kontrolünü azaltan bir faktörün varlığı, olayları hızlandırıcı olarak işlev görmektedir. Tablo 3'de kasten öldürme olaylarındaki silah seçimi bölgesel olarak verilmiştir. Tabloya göre Amerika kıtasındaki cinayetlerin üçte ikisi ateşli silahlarla işlenirken Avrupa'da, küt cisimler ve zehirler tercih edilmiştir. Kasten öldürme olaylarında Amerika'da Avrupa'nın beş katı, Afrika ve Asya'nın iki katı oranda ateşli silah kullanılmaktadır.

	Ateşli silahlar	Keskin cisimler	Künt cisimler, zehirler vd.
Afrika	%28	%30	%42
Amerika	%66	%17	%17
Asya	%28	%25	%47
Avrupa	%13	%33	%54
Okyanusya	%10	%55	%35
Dünya	%41	%24	%35

Kaynak: UNODC, 2013, s.16

Diğer bir ifade ile Amerika kıtasındaki yüksek insan kayıpları, organize suç ve ateşli silahların kolay ulaşılabilir olması ile birleşince ulaşılan bir sonuç olarak da düşünülebilir. Araştırmalar "*Latin Amerika'da öldürmelerin yüzde 75'inden fazlasının (küresel ortalamanın çok üzerinde) ateşli silahlarla gerçekleştiği*"⁶⁰ni göstermektedir. Fakat ateşli silahların tek kullanıldığı alan organize suç örgütleri ve onların soygun, alan koruma türü suç faaliyetleri değildir. Aksine ateşli silahlar bütün öldürme olayları ile ilişkilendirilebilmektedir. Örneğin yapılan araştırmalarda "*ateşli silahların huzursuz ev ortamında cinayet riskini artırdığı ve sıradan bir evlilik tartışmasının ölümcül sonuçlar yaratmasına neden olduğu*"⁶¹ ya da "*ateşli silahlara erişimin eş/sevgili cinayetlerini 5 kat arttırdığı*"⁶² bulunmuştur. Aile içi şiddet ve yakın eşten gelen şiddet bağlamında, evdeki ateşli silahlara erişim, profesyonel nedenlerle elde tutulan silahlar da

⁶⁰ Muggah, R. and de Carvalho, I.S. (2017). "Latin America's Murder Epidemic- How to Stop the Killing", **Foreign Affairs**, <https://www.foreignaffairs.com/articles/central-america-caribbean/2017-03-22/latin-americas-murder-epidemic>, (ET: 02/02/2018).

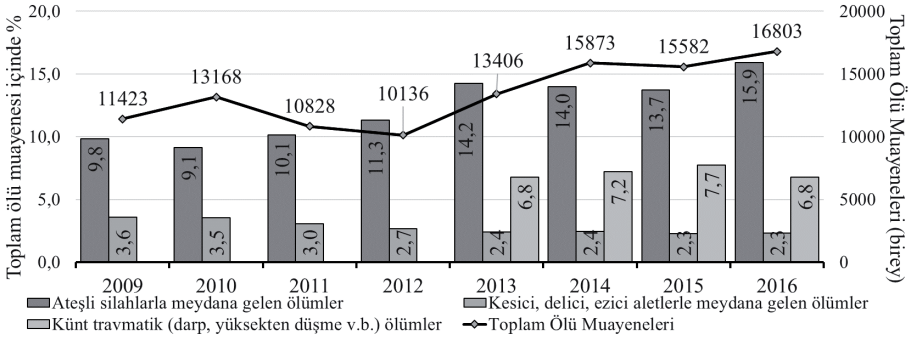
⁶¹ Adinkrah, 2014, s.1091

⁶² Díez C, Kurland RP, Rothman EF, Bair-Merritt M, Fleegler E, Xuan Z, et al. (2017). "State Intimate Partner Violence-Related Firearm Laws and Intimate Partner Homicide Rates in the United States, 1991 to 2015", **Annals of Internal Medicine**, 167(8), s.536, DOI: 10.7326/M16-2849

dahil olmak üzere, ölümcül sonuç riskini artırmaktadır⁶³. Sonuç olarak ateşli silahlar tartışmaların ölümle bitmesinde anahtar role sahip gibi görülmektedir.

Bununla birlikte tüm ölümler ateşli silahlarla gerçekleşmemektedir. Bıçaklar, palalar, jiletler, kılıçlar ve süngüler gibi çok bilinenler ya da tahmin edilebilecekler yanı sıra kırık camlar, tornavidalar, buz parçaları veya ince çelik topuklar gibi daha az geleneksel örnekler de dahil olmak üzere keskin nesnelere de yaralama ve ölümlerde kullanılabilir⁶⁴. Tablo 3’de de görülebileceği gibi küresel olarak kasten öldürme olaylarının %24’ünde keskin cisimler kullanılmaktadır. Planlanmamış bir ölümü çağrıştıran küt cisimler ise bazı bölgelerde daha yaygın gibi görülmektedir. Tablo 3’den görülebileceği gibi, ateşli silahlara erişimin zor olduğu durumlarda, Avrupa’da, Asya’da, Afrika’da olduğu gibi en çok tercih edilen küt cisimler ve zehirlerdir.

Şekil 8’de Adli Tıp Kurumunun iş yükü aracılığı ile Türkiye’deki ölümlerde kullanılan araçlar dolaylı yoldan belirlenmeye çalışılmıştır. Adli tabiplere yansıyan tüm ölümler kasten öldürme olmayabilir. Kaza sonucu ölüme sebep olma ya da kendini öldürme de bu sayının içinde yer alacaktır. Bununla birlikte doğrudan elde edilebilen veri eksikliğinde bu bilgi kaba bir tahmin için yeterli olabilir. Grafikten Türkiye’de adli tabiplerin görmesi gereken ölümlerin yaklaşık %16’sinin ateşli silahlar aracılığı ile gerçekleştiği, son birkaç yıldır kayıt altına alınan küt travmatik ölümlerin de ikinci sırada yer aldığı görülmektedir. Eğer bir sıralama yapmak gerekirse, adli tabiplerin karşılaştığı her 11 ölümden 7’si ateşli silahlardan 3’ü küt cisimlerden ve 1’i kesici, delici aletlerden kaynaklanmıştır. Bu veriler Türkiye’de de ateşli silahlara erişimin bütün düzenlemelere rağmen çok da zor olmadığını düşündürmektedir.



Şekil 8: Türkiye Adli Tabiplere Yansıyan Ölümlere Göre Ölüm Nedenleri

Kaynak: Adalet İstatistikleri, Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüklerinin İş Durumu tablolarından grafikleştirilmiştir, <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/adaletistya.html>, (ET: 05/05/2018)

⁶³ Shaw, M. (2013). "Too close to home- guns and intimate partner violence". Everyday Dangers içinde, **Small Arms Survey**, Cambridge University Press, s.31-32.

⁶⁴ UNODC, 2013, s.69

Alkolün ya da uyuşturucunun da ateşli silahlara benzer bir etkisi söz konusudur. Örneğin “İsveç ve Finlandiya’da, tüm cinayet suçlarının yarısından fazlası, cinayet işlediklerinde alkolle sarhoş olmuşlardır. Avustralya’da, tüm cinayet olaylarının yaklaşık yarısında, kurban veya fail veya her ikisinin de uyuşturucu ya da alkol etkisinde olduđu⁶⁵ ileri sürölmektedir.

Ateşli silahların ve alkolün kasten öldürme olaylarındaki etkisi bu tetikleyicilere kolay ulaşılmaması ile azaltılmaya çalışılmaktadır. Ateşli silahlara ulaşılmasını yasal engeller getirerek zorlaştırmak, organize suç veya aile içi tartışmalarını ve/veya onun şiddete kaymasını engelleyemese de maliyetin ağırlaşmasını engelleyebilecek bir önlem olarak düşünölmektedir⁶⁶.

3. Ceza Adalet Sisteminin Cevabı

3.1. Genel Olarak

Kasten öldürme olaylarında ceza adalet sisteminin cevabı da önemlidir. Faillerinin adalete teslim edilmesi ve ölümcül şiddetin sorumluları için cezasızlığın önlenmesi devletin temel sorumluluğudur. Elbette suç işleyenlerin kendi gündemleri, onları harekete geçiren kendilerine özel ortamları vardır. Yine de olay sonrası olabileceklerin de, diğer bir ifade ile bir insanın öldürölmesi sonucunda yakalanma ve cezalandırılma ihtimalinin de hesaba katılmış olması beklenir. Bu düşünce suçun önlenebileceğine ilişkin politikaların arkaplanındaki felsefedir ve belki de tüm ceza-adalet sisteminin varlık nedenidir. Kanımızca tüm ceza adalet sistemi, suçun işlenmesi esnasında bir tereddüt, ikinci bir defa düşünme ve böylece caydırıcılık oluşturma hedefi taşımaktadır. Caydırıcılığının elde edilebilmesi de kanunların çığınması durumunda sisteminin faili cezasız bırakmayacağına inanılmasını gerektirir. Sonuçta suçları ve faillerini belirlemek; mahkeme sürecinde bunu kanıtlayarak ceza verebilmek (veya cezasızlığı engellemek) sistemin caydırıcılığını gösterecektir.

Suçta toplum adına tepki verecek olan ceza adalet sistemleri her ölkede farklı olabilir. Türk adalet sistemi açısından basamaklar suçun kolluk ve savcılık tarafından kayıt altına alınmasını, araştırılmasını, sonra mahkemede yargılanmasını ve hükmün verilmesini içermektedir. Kasten öldürme ile ilgili olarak da sisteminin yeterliliğinin ölçülebilmesi, ilgili suçla bağlantılı olarak bu basamakların iş yükünün kabaca da olsa ölçülebilmesini gerektirir. Uygulamada, çok az ölkede başlangıçta açılan dosyaların sürecinin tamamını içeren, birleştirilmiş bir veri seti mevcuttur. Bunun yerine genellikle her biriminin kendi iş yükünü belgelemek için tuttuğu kayıtlar söz konusudur. Örneğin kolluk kuvvetlerinde kaydedilmiş suçlar, şüpheliler ve onlar hakkında toplanan veriler; mahkeme sisteminde hüküm giymiş/beraat etmiş kişiler hakkında veriler; infaz kurumlarında da hürriyeti bağlayıcı ceza almış

⁶⁵ UNODC, 2013, s.16.

⁶⁶ WHO, 2012, s.4.

bireylerin verileri mevcuttur (Şekil 9'a bakılabilir). Fakat başlangıçtaki her bir suç dosyasını süreçte takip eden ve nihayetinde mahkeme sonucu ile istatistik bilgi haline dönüştüren bir veri bulunmamaktadır. Her bir dosya üzerinden basamakları birbirine bağlayan bir kayıt sistemi olmadığı içinde genellikle takvim yılı üzerinden bir karşılaştırma yapılmakta ve örneğin 2010 yılındaki suç dosyası, mağdur sayısı ve/veya şüpheli sayısı toplamları birbiriyle eşlenerek yorumlanmaktadır.



Şekil 9: Ceza Adalet Sisteminin Basamakları

Normalde faili bilinen, bulunmuş⁶⁷ ve hatta mahkeme edilmiş bile olsa aynı sene içinde bir suç dosyasının sonuçlanması son derece ender bir durumdur. Örneğin Türk adalet sisteminde 2015 yılında Cumhuriyet Savcılığının soruşturma süresi ortalama 104 gün, bir ceza mahkemesi ortalama 231 gün sürmüştür⁶⁸. Toplamda temyiz süreçleri, davaların özel durumları düşünülmeden bile yaklaşık bir yıllık bir süre söz konusudur. Eğer sayılarla söylemek gerekirse, Türk adalet sisteminde 2015 yılında karara bağlanan davaların %43'ü, 2016 yılında % 38'i aynı yıl açılmıştır⁶⁹. Diğer bir ifade ile dosyaların yarısından fazlası sonraki yıla aktarılmıştır. Türk adalet sistemi bu konuda yalnız da değildir. Örneğin 2013 yılında ilk derece ceza mahkemesi ABD'de ortalama 207 gün, İsveç'te 132 gün, Fransa'da 343 gün sürmüştür⁷⁰. Normal bir davanın süresi bir yıldan fazla sürmesine rağmen tüm ceza adalet sistemlerindeki bilgiler, burada olduğu gibi takvim yılı üzerinden sunulmaktadır. Şekil 10'da, 2011 yılı için bu tarzda hazırlanmış bir bilgi kıtalara göre örneklenmektedir. Şekilde

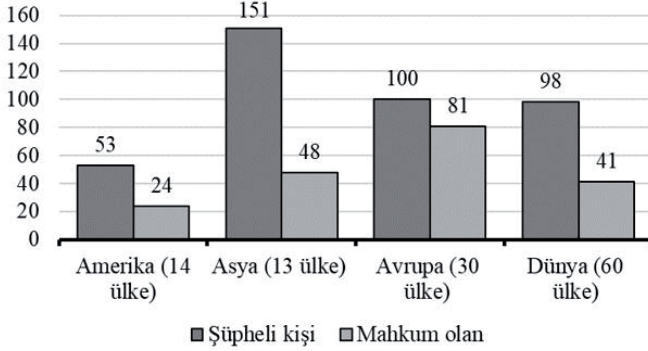
⁶⁷ Bir suçun faili bilinebilir fakat kolluk kuvvetleri yakalayamamış, bulamamış olabilir.

⁶⁸ Savcılık soruşturma süresi için Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, "Soruşturma Evresi Ortalama Görülme Süreleri, TÜRKİYE (2005-2015); http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CUMHUR%C4%B0YET%20BA%C5%9E_SAVCILIKLARI/9.pdf; mahkeme soruşturma süresi için "Ortalama Görülme Süresi (Gün), MAHKEME (2005-2015)", http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/32.pdf; ET: 30.01.2018).

⁶⁹ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, "Açılış Yıllarına Göre Karara Bağlanan Davalardaki Suç Sayıları, Türkiye" http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/39.pdf, (ET: 30.01.2018).

⁷⁰ UNODC, "Administration of Justice (2011-2013) içinde "Average Duration of Criminal Trials in First Instance Courts", <https://data.unodc.org/#state:1>, (ET: 02/04/2018).

2011 yılında, 100 cinayet kurbanına düşen şüpheli ve hüküm giymiş kişi sayısı birlikte yer almaktadır. Böylece dosyaların kendi faillerinin belirlenmesi, bulunması ve hüküm giymesi üzerinden bir bilgi sunulamamasına rağmen, ortalama olarak 100 cinayet olayına karşılık, başka olayların olsa bile bulunan faillerin/şüphelilerin ve hüküm giyenlerin sayısı karşılaştırılarak, sistemin çalışması üzerine kabaca bir bilgi elde edilmektedir.



Şekil 10: 100 Cinayet Kurbanına Düşen Şüpheli ve Hüküm Giymiş Kişi Sayısı (2011 veya elde edilebilen en son yıl olarak)

Kaynak: UNODC, 2013, s.91

Öncelikle bu bilgiyi ceza adalet sisteminin verimliliğini ölçmek için kullanırsak, ilk bilgi, şüpheli sayısı, suçların hangi oranda çözümlendiğini, ikinci bilgi, *hüküm giyen oranı*, şüphelilerin mahkeme süreci sonucunda, şüphelerin kanıtlanıp ceza alıp almadıkları gösterebilir. Verinin kusurlarına rağmen, bu kaba bilgi, kasten öldürme olaylarının çok yüksek olduğu Amerika'da, polisin bütün cinayet kurbanlarının yarısından fazlasının şüphelisini (%53) tanımadığı ve belirlenen şüphelilerinde yarısının mahkumiyet aldığı şeklinde yorumlanabilir. Diğer bir ifade ile olayların dörde biri çözülmüş gibi görülmektedir. Amerika kıtası, kaba rakamlar üzerinden bile olsa ceza adalet sisteminin kasten öldürme olaylarına verdiği cevap konusunda (%24 cezalandırma oranı ile) başarısız görülmektedir ve kıtada suçun cezasız kalma oranı ya da daha çok kullanılan adlandırma ile cezasızlık⁷¹ oranı yüksektir. Bununla birlikte, bu bilgi farklı şekilde de yorumlanabilir. Örneğin Amerika kıtasındaki kasten öldürme olaylarının genellikle organize suç veya çete bağlantılı olması, bu ölümlerin faillerinin bulunmasında zorlaştırıcı unsur olabilir. Bu tür kasten öldürme olaylarının failin belirlenmesi (tanıkların konuşmaması, profesyonel suç

⁷¹ Cezasızlık (cezasız kalma), temelde suç olaylarının faillerinin bulunma oranı ve ceza alma oranı arasındaki farka dayanan bir verimlilik ölçüğü olarak düşünülebilir: Global Impunity Index, Küresel Cezasızlık (ya da cezasız kalma) Endeksi bu iki faktör üzerine kurulu bir değerlendirme şablonudur. Ülkeleri, bölgeleri suçları çözüp çözemediklerine göre sınıflamaktadır. Ayrıntılı bilgi için Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) web sayfasına <https://www.udlap.mx/inicio.aspx?idioma=2> bakılabilir.

işleyen bireylerin silah edinme ve olay kurgusunda polisin işini zorlaştırması gibi hemen düşünülebilecek nedenler dışında pek çok nedenle) oldukça zor olmaktadır.

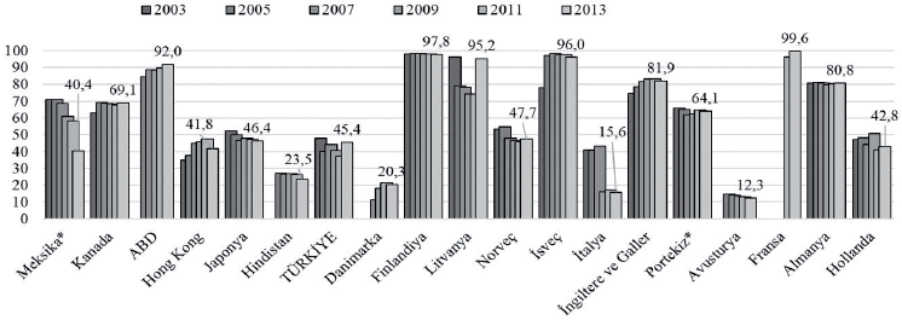
Şekil 10'dan Asya kıtası için elde edilen bilgi ise daha ilginçtir. Kıtada her 100 cinayet kurbanına karşılık 151 şüpheli belirlenmiş ve üçte biri hüküm giymiştir. Bu aşırı tanımlılık hali, makale boyunca kıtanın temel kasten öldürme nedeni ile bağlantılandırılarak şu şekilde açıklanabilir: Asya kıtasındaki 100 cinayete 151 şüpheli oranı, birden fazla aile üyesinin katıldığı aile içi şiddet türlerine bağlı olabilir. Örneğin Hindistan'da, (çoğunluğu çeyiz, drohoma kaynaklı olan) aile ile bağlantılı kasten yaralama ve öldürme olaylarında, her suç dosyasına iki veya daha fazla şüpheli ortalaması gözlenmektedir⁷². Yaklaşık 100 olayda 48 mahkumiyette, olayların ortalama yarısının çözümlendiğini düşündürmektedir.

Avrupa kıtasında ise, ceza adalet sistemleri kasten öldürme kurbanlarının her biri için bir şüpheli belirlemiş ve büyük çoğunluğu da (%81'i) bir mahkumiyete yol açmıştır. Bu bilgi, Dünya üzerindeki en düşük cezasızlık oranını göstermektedir. Dolayısıyla Avrupa kıtasında kolluk kuvvetlerinin ve ceza adalet sisteminin görevini yerine getirdiğini gösterebilir. Bununla birlikte kıtadaki kasten öldürmelerin çoğunluğu kişiler arası çatışmalardan kaynaklandığı için de nispeten kolay çözümlenebilir dosyalar nedeniyle elde edilmiş de olabilir. Bu makale boyunca verilen bilgilerden hatırlanacağı üzere, kişiler arası çatışmalarda, fail sıklıkla mağdurun tanıdığı (eş/sevgili/aile cinayetlerinde çok yakını) biridir. Örneğin, verilere göre Finlandiya'da 2003 ve 2011 yılları arasındaki tüm işlenen cinayetlerin kurbanlarının yüzde 90'ı katillerini tanımaktadır⁷³. Bu cinayetlerin çözümlenmesi organize suç cinayetlerine göre daha kolaydır.

Şekil 11'de, kıtalar için oluşturulan grafik ülkeler açısından oluşturulmaya çalışılmıştır. Kasten öldürme suçu bakış açısından ülke temelli bu bilgi toplanamadığı için de tüm suç türleri açısından elde edilen bilgi ile grafik oluşturulmuştur. Şekil, ülkelere ve yıllara göre tüm suçlar için kovuşturulan kişilerin sayısına göre aynı yıl mahkumiyet alan kişilerin sayısı oranlanarak elde edilmiştir. Başka bir deyişle kovuşturulan her 100 kişiye göre mahkumiyet alma oranı belirlenmiştir. Örneğin ABD'de 2003-2013 yılları arasında mahkumiyet oranı %80-92 arasında, Hindistan'da %20'lerde, Japonya'da %40'larda, Türkiye'de %45'lerde görülmektedir. Genellersek, ABD, Fransa, Finlandiya ve Litvanya'da davalar büyük oranda mahkumiyetle; Hong Kong, Türkiye ve Norveç'in içinde bulunduğu ülkelerde ise yarıyarıya mahkumiyetle; Avusturya, Danimarka ve Hindistan'da çok düşük bir oranla mahkumiyetle sonuçlanmaktadır.

⁷² UNODC, 2013, s.94.

⁷³ UNODC, 2013, s.95.



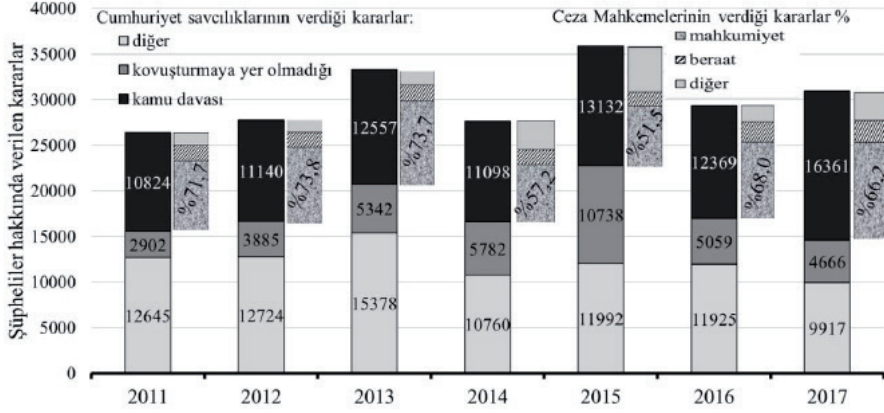
Şekil 11: Kovuşturulan Kişiler İçinde Mahkumiyet Oranı (Tüm Suçlar için, %)

Kaynak: "Total Persons Convicted, All Crimes" ve "Total Persons Prosecuted, All Crimes" Total Persons Prosecuted, All Crimes ve Total Sentenced Persons Held tablolarından yararlanılarak oluşturulmuştur.

Türkiye için, kasten öldürme olayları için benzer bilgi, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verileri aracılığı ile dolaylı olarak üretilmeye çalışılmıştır. Şekil 12'de Cumhuriyet savcılıklarının kasten öldürme suçu için kamu davası açma oranları, ceza mahkumiyet oranları ile birlikte gösterilmiştir. Kasten öldürme için Türk Ceza Kanunu'nun 81-83.maddeleri⁷⁴ dikkate alınmıştır. İkinci sütunlar ise, aynı takvim yılında, ceza mahkemelerinde aynı maddelerden açılmış davalarda verilen mahkumiyet ve beraat kararlarının yüzleri ile oluşturulmuştur. Bu nedenle grafik, kasten öldürme suçunun yıllar içindeki artış ve azalışları ve Cumhuriyet Savcılarının dosyalarının ne kadarının cezaya dönüştüğü konusunda bir bilgi verebilir.

Örneğin 2011 yılında 81-83.maddeden şüphelilerin 10824'u hakkında (%41'i) kamu davası açılmıştır. Aynı yıl kasten öldürme nedeniyle açılan davaların %71,7'si mahkumiyetle sonuçlanmıştır. Diğer bir ifade ile şüphelilerin %30'u ya aklanmış (beraat etmiş) ya da farklı cezalar almışlardır. En yüksek kamu davası sayısına ulaşılan 2017'de (16361, tüm dosyaların %52'si) ise açılan davaların %66,2'si mahkumiyetle sonuçlanmıştır. Farklı bir şekilde ifade edilirse, 2011 yılında her 10 dosyadan 4'u kamu davasına dönüşmüş, 3'u mahkumiyetle sonuçlanmıştır. 2017 yılında ise, her 10 dosyadan 5 kamu davası konusu olmuş, 3,5'i mahkumiyetle sonuçlanmıştır. 2011-2017 aralığı genel bir sonuç ifade etmek için çok kısa olmasına rağmen, kamu davası ya da mahkumiyet oranlarının çok değişmediği görülmektedir. Eğer Cumhuriyet savcılıklarının açtığı kamu davalarının suçun varlığını gösterdiği düşünülürse, bu kaba bilgi ciddi bir oranda suçun cezasız kaldığını ima etmektedir.

⁷⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 81-85. Maddeleri *Hayata Karşı Suçlar* başlığını taşımaktadır. 81.md: Kasten öldürme; 82.md: Kasten öldürmenin nitelikli halleri; 83.md: Kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi; 84.md: İntihara yönlendirme; 85.md: Taksirle öldürme olarak sınıflanmıştır.



Şekil 12: Cumhuriyet Başsavcılıklarında Soruşturma Evresinde Şüpheliler Hakkında Verilen Kararlar (TCK 81-83.Maddeler için) ve Türkiye Ceza Mahkemelerinde Kasten Öldürme Suçu İçin Verilen Kararlarının Oranları (%)

Kaynak: Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri, “TCK ve Özel Kanunlar Uyarınca Cumhuriyet Başsavcılıklarında Soruşturma Evresinde Şüpheliler Hakkında Verilen Kararlar” tablolarından ve Kasten Öldürme Suçu ve Karar Sayıları Türkiye tablosundan oluşturulmuştur; <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/adaletistya.html>, (ET: 25.03.2018).

3.2. Kasten Öldürme Hükümlülerinin İnfaz Kurumlarındaki Durumu

Suçun ve suçluluğun ölçülmesinde diğer bir ölçüt infaz kurumlarının bilgilerinden elde edilebilir. Aslında, çoğu ülkede kasten öldürme tüm suçların içinde çok küçük bir kısmı oluşturur. Örneğin Türkiye’de Cumhuriyet savcılarının takip ettiği tüm olayların %1’i gibidir⁷⁵. Bu nedenle de diğer suçlara oranla ekstrem, uç bir durum kabul edilebilir. Fakat işlenen suçlar içinde kasten öldürme suçunun az olması infaz kurumlarında bu suçtan hükümlü bulunanların da az olacağını göstermez. Aksine ceza kanunları suç ağırlaştıkça daha ağır ceza (ya da daha uzun hürriyeti bağlayıcı ceza) öngördüğü için, herhangi bir zamanda, kasten öldürme olayları failleri (ya da devletlerin ceza hukuklarına göre en ağır cezayı gerektiren suçlar hangileri ise onların failleri) toplam hapisane nüfusunun önemli bir kısmını oluşturacaktır. Bu nedenle ceza infaz kurumlarının mevcudunun suçlara göre dağılımı (ceza adalet sisteminin ne kadar sert cezalar öngördüğü, şartlı tahliye olanakları, hukuk sisteminin kabul ettiği hafifletici sebepler vb bir dizi faktöre bağlı olmakla birlikte) hem ülkelerin hangi suçlara daha ağır cezalar verdiklerini hem de hangi suçları önemstediklerini göstermesi açısından bir ölçek olarak kullanılabilir.

⁷⁵ Adli Sicil Genel Müdürlüğü, “Kasten Adam Öldürme Suçu ve Karar Sayıları, Türkiye (2005-2015)” isimli tablodan, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/44.pdf, (ET: 28/04/2018)

Tablo 4, farklı ülkelerin 2014 yılı için ceza infaz kurumundaki mahkumların dağılımlarını göstermektedir. Tabloya göre Rusya, ceza infaz kurumlarında kasten öldürme hükümlüsü en yüksek ülke olarak dikkat çekmektedir. Bu çalışma boyunca bahsedilen kıtasal/bölgesel farklılıklar dikkate alındığında, Amerika kıtası ülkelerinin Dünya genelinden farklı ve yüksek kasten öldürme hükümlüsüne sahip olmaları beklenebilirdi. Bununla birlikte El Salvador en düşük oranlardan birine sahip görünmektedir. Bu durum, faillerinin yakalanamamış ya da hüküm giymemiş olmasından kaynaklanabileceği gibi, ülkelerin farklı sınıflama tekniklerinden de kaynaklanıyor olabilir. Yine El Salvador örneğinden devam edilirse, bu ülkede infaz kurumu mevcudunun %73'unun uyuşturucu bağlantılı olarak sınıflanması dikkat çekmektedir.

Tablo özet olarak, infaz kurumlarının %10'dan daha fazlasının kasten öldürme hükümlülerinden oluştuğu İsviçre, Arjantin ve ABD'de en çok mülkiyet ve şiddet suçlarının görüldüğünü düşündürmektedir. Azerbaycan, İtalya ve Rusya'da ise infaz kurumunda bulunmanın kasten öldürme dışındaki nedenleri, mülkiyet ve uyuşturucu suçları olarak dikkat çekmektedir. Finlandiya ise, şiddet ve uyuşturucu suçlarından etkilenmektedir.

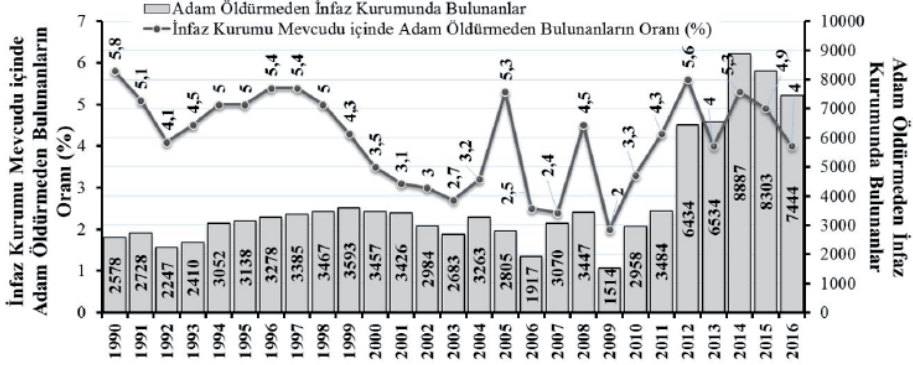
Türkiye'de ise kasten öldürmeden hükümlü bireyler mevcudun %5'ini oluşturmaktadır. Şekil 13'de bu bilgi yıllar içindeki gelişimi ile birlikte izlenebilmektedir. Şekil, Ceza İnfaz Kurumu Hükümlü İstatistiklerinden elde edilen bilgi ile oluşturulmuştur. Bu nedenle bu genel başlık üzerinden derlenen bilgiyi yansıtmaktadır. Grafikten görülebileceği gibi, 2009'a kadar adam öldürmeden hükümlü bireylerin sayısı çok değişmemiştir. Bununla birlikte mevcudun içindeki oranları aynı kalmamıştır. 1990-2003 arasında 1992'ye kadar bir düşüş, 1997'ye kadar yeniden bir artış, sonra 2003'e kadar hızlı bir düşüş gözlenmektedir. Oranlardaki bu yükseliş ve düşüşlerin, infaz kurumlarındaki diğer hükümlülerin sayısının değişiminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durum 2009'dan sonra daha net görülebilmektedir. Bir eşik gibi de düşünülebilecek 2009'dan sonra, adam öldürme nedeniyle infaz kurumunda bulunanların sayısı hızla artmıştır. 2009'daki 1514 kişiden 2014'de 5 kattan fazla artarak 8887 kişiye çıkmıştır. Aynı dönemde infaz kurumu mevcudu da iki katından fazla arttığı için, mevcudun içindeki oran %5'lerde kalmıştır. 2009'dan sonra infaz kurumu mevcudunun çok hızlı yükseldiği anlaşılmaktadır. Diğer suçlardan hüküm giyenler infaz kurumunda azalır (af ya da başka bir nedenle), adam öldürme hükümlüleri mevcut içerisinde oranı artacaktır.

2009 sonrası infaz kurumu mevcudunun hızlı yükselişi özel bir araştırma konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi eksikliğinde sadece ihtimaller üzerinde düşünülürse, kolluk ve savcılık birimlerinin daha iyi çalışması nedeniyle daha çok kasten öldürme olayı çözülüyor ve mahkûmiyetle sonuçlanıyor olabilir veya toplumda daha çok suç işleniyor olabilir ya da ceza kanunundaki / ceza infaz kurallarındaki değişiklik birikimli olarak mevcudun artmasına neden olmuş olabilir. Fakat ceza adalet sisteminin topluma maliyetinin arttığı açıktır ve bu maliyetin nedenlerinin anlaşılması için daha fazla veri toplanmasına ihtiyaç vardır.

Tablo 4: Ceza İnfaz Kurumlarında Tutulan Toplam Hükümlü Sayısı (%, Ceza Aldıkları Temel Suça Göre, 2014)						
	Kasten öldürme (%)	Şiddet suçları (1) (%)	Mülkiyet suçları (2) (%)	Mali Suçlar veya Yolsuzluk (%)	Uyuşturucu Ticareti (3) (%)	Diğer (%)
El Salvador	1	23	3	0	73	41
TÜRKİYE	5	24	18	4	8	40
Japonya	6	22	36	1	26	9
Avustralya	6	41	17	2	12	22
İngiltere ve Galler	7	48	16	2	14	12
Danimarka	9	39	13	4	25	11
Portekiz	9	16	28	0	19	29
İsviçre	11	32	35	0	22	0
Arjantin	12	25	46	1	5	11
ABD (2013)	12	41	19	0	16	12
Azerbaycan	13	6	18	5	29	28
İtalya	18	9	33	1	33	6
Finlandiya	24	29	11	7	19	9
Rusya	27	9	32	1	23	9

(1) Şiddet içeren suçlar: Kasıtsız öldürme, saldırı, soygun, adam kaçırma, cinsel şiddet suçlarını içermektedir; (kasten öldürme hariç).
(2) Mülkiyet Suçları: Hırsızlık, motorlu araç hırsızlığı, mülke zarar vermeyi içermektedir; (mali suçlar veya yolsuzluklar hariç).
(3) Uyuşturucuya bağlı suçlar arasında uyuşturucu kullanımı / bulundurma ve uyuşturucu kaçakçılığı suçları sayılabilir.

Kaynak: UNODC, Persons held in Prisons (2010-2014), "Total number of sentenced persons held in prisons, penal institutions or correctional institutions, by principle offence of final sentence, 2014", <https://data.unodc.org/#state:1>; (ET:25.03.2018)



Şekil 13: Adam Öldürme Nedeniyle İnfaz Kurumunda Bulunanların Yıllar İçinde Gelişimi

Kaynak: Türkiye İstatistik Kurumu, Ceza İnfaz Kurumuna Giren Hükümlü İstatistikleri, http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070.

Sonuç:

Dünya genelinden toplanan bilgilere göre kasten öldürme olaylarında ortalama dört kurbandan birini kadınlar, üçünü erkekler oluşturmaktadır. Farklılık sadece cinsiyetlere göre de değildir. Erkekler, kişisel uyuşmazlıklarda ya da başka bir suç faaliyetinden kaynaklı olarak yaşamlarını kaybederken; kadınlar çoğunlukla eski ya da mevcut eşleri/sevgileri, aile üyeleri, yani yakınları tarafından genellikle güvenli olduğunu düşündükleri yerlerde örneğin evlerinde öldürülmektedir. Dünya genelinde (Türkiye’de olduğu gibi) kasten öldürme suçlarında cinsiyet açısından hem sayı olarak hem de neden olarak farklılığın olması, alınacak tedbirlerin de cinsiyete göre farklılaşması gerektiğini göstermektedir. Gerek durumun belirlenmesi gerek alınacak tedbirlerin geliştirilmesi için faile ve kurbanı ilişkin, hatta aralarındaki ilişkinin derecesine ve çeşidine, olayın konumuna, şiddetin ardındaki motivasyona ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması gerekmektedir. Daha genel bir ifade ile detaylı, doğru bilgileri sağlayan yüksek kaliteli veriler, etkili politikaların tasarlanması, izlenmesi ve değerlendirilmesi konusunda hayati öneme sahiptir.

Kasten öldürme olaylarında bölgesel olarak da farklılıklar söz konusudur. Erkek failer Dünya’daki şiddetin çok yoğun olduğu Latin Amerika ve Karayipler’de, büyük oranda organize suçla bağlantılı bir olayda, ateşli bir silah kullanarak kurbanları ile yüzleşmektedirler. Avrupa’da ise, daha çok kişisel uyuşmazlıkların olduğu tartışmalarda, künt cisim ve zehirler aracılığı ile kayıplar oluşmaktadır. Bölgesel farklılıklar sadece kıta ölçeğinde değil herhangi bir ülkenin içinde de düşünülebilir. Organize suç ve bireysel anlaşmazlıklardan kaynaklanan ölümlerin önlenmesi farklı mücadeleyi gerektirmektedir.

Ateşli silahlara kolay erişim kurban sayısını artıran, sıradan bir tartışmayı kanlı bir olaya dönüştüren anahtar tetikleyicilerdendir. Mağdur sayısının artmasında, alkol ya da uyuşturucu kullanımının rolü olduğu görülmektedir. Olaylarda silah ve keyif verici maddelerin etkisinin kayıt altına alınması, olaylardaki rollerinin ve sosyal maliyetlerinin belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

Ceza-adalet sisteminin cevabı toplum vicdanının teskin edilmesi ve caydırıcılık bağlamında önemlidir. Amerika kıtasında kasten öldürme suçlarının çok az cezalandırıldığı ve yoğun şiddetin oluşmasında bununda önemli etkisi olduğu görülmektedir. Gerek gerçek rakamlarla gerek sadece kamuoyu algısı olarak olsun ceza adalet sisteminin etkinliği değerlendirilebilir olmalıdır. Kanımızca ceza adalet sisteminin de kendi kayıtlarını sadece iş yükü açısından değil, suçun çözümlenip çözümlenemediğinin belirlenmesi açısından da tutması gerekir. Ayrıca ayrıntılı belgeleme, *ceza adalet sisteminin kanıta dayalı çalışmasını kolaylaştıracaktır.*

Ve nihayet bu küresel bilgi, sorunların sadece bize özgü olmadığı da göstermektedir. Mağduru kadın olan cinayetler, organize suçtan kaynaklanan problemler ya da kültürel/politik önyargı kaynaklı olaylar tüm Dünya’da görülmekte ve benzer özellikler taşımaktadır. Burada olduğu gibi kusurların bize özgü olmadığı fark edilmesi, çözüm için de çok geniş bir deneyim havuzunun bilgisinden yararlanma şansı verecektir. Bununla birlikte şüphesiz daha iyisi Türkiye’ye özgü detaylı veri birikimidir. Bu birikim, olayların benzer özellikleri üzerinden daha kolay tanımlanabilmesini, daha doğru politika geliştirilebilmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Adinkrah, M. (2014). “Intimate Partner Femicide–Suicides in Ghana: Victims, Offenders, and Incident Characteristics”, **Violence Against Women**, 20(9), s.1078–1096.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Açılış Yıllarına Göre Karara Bağlanan Davalardaki Suç Sayıları, Türkiye” http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/39.pdf, (ET: 30/01/2018).

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Soruşturma Evresi Ortalama Görülme Süreleri, TÜRKİYE (2005-2015); http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CUMHUR%C4%BOYET%20BA%C5%9E_SAVCILIKLARI/9.pdf, (ET: 30/01/2018).

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Ortalama Görülme Süresi (Gün), MAHKEME (2005-2015)”, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/32.pdf, (ET: 30/01/2018).

Adli Sicil Genel Müdürlüğü, “Kasten Adam Öldürme Suç ve Karar Sayıları, Türkiye (2005-2015)” isimli tablodan, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/CEZA/44.pdf, (ET: 28/04/2018).

Afat, E. (2004). “Latin Amerika’nın Şiddet Sarmalında Terör”, **Anlayış**, <http://www.anlayis.net/makaleGoster.aspx?dergiid=8&makaleid=3213>, (ET: 9.8.2018).

Biderman, C., De Mello, J. M. P. ve Schneider, A. (2010). “Dry Laws and Homicides: Evidence from the São Paulo Metropolitan Area”, **The Economic Journal**, 120 (543), s.157-182.

Birleşmiş Milletler (1996). **The Beijing Declaration**, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm>, (ET: 10/01/2018).

CBC (2018). “Mexico had over 29,000 murders in 2017, but homicide rate still lower than some Latin American nations”, <http://www.cbc.ca/news/world/mexico-record-homicide-rate-1.4497466>. (ET: 21/02/2018).

Dawson M, Bunge V.P. ve Balde T.(2009). “National trends in intimate partner homicides: explaining declines in Canada, 1976 to 2001”, **Violence against Women**, 15(3), s.276–306.

Demirbaş, T. (2012). **Kriminoloji**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Díez C, Kurland RP, Rothman EF, Bair-Merritt M, Fleegler E, Xuan Z, et al. (2017). “State Intimate Partner Violence –Related Firearm Laws and Intimate Partner Homicide Rates in the United States, 1991 to 2015”, **Annals of Internal Medicine**, 167(8), s.536-543.

Dünya Bankası, Intentional homicides (per 100,000 people), <https://data.worldbank.org/indicator/VC.IHR.PSRC.P5?end=2015&start=2015>, (E.T:03/01/2018).

Eisner, M. (2003). “Long-Term Historical Trend in Violent Crime.” **Crime and Justice** 30, s.83-142.

Gaziarifoğlu, Y. (2009). **Suç Mağduriyeti Korkusu ve Algılanan Suç Mağduriyeti Riskinin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü’ne Sunulmuş Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Ibe, C. (2017). “The Nordic Paradox: Gender Equity and Sexual Assault”, **Harvard Political Review**, <http://harvardpolitics.com/world/the-nordic-paradox-gender-equity-and-sexual-assault/>, (ET: 30/12/2017).

IEP (The Institute for Economics & Peace) (2017). **SDG16 Progress Report 2017**, <https://reliefweb.int/report/world/sdg16-progress-report-comprehensive-global-audit-progress-available-sdg16-indicators>, (ET: 10/03/2018), s.1-192.

- Kul, M. (2013). **Suçtan Daha Büyük Suç Korkusu**, İstanbul: YeniYüzyıl Yayınları, s. 142-169.
- Lappi-Seppälä, T. ve Lehti, M. (2014). "Cross-Comparative Perspectives on Global Homicide Trends", **Crime and Justice** 43(1), s.135-230; <https://doi.org/10.1086/677979>.
- Lauritsen, J.L. ve Cork, D.L. (Edts) (2016). **Modernizing Crime Statistics**, Washington, DC: The National Academies Press.
- Le Clercq Ortega, J.A. ve Sánchez Lara, G.R. (2017). **Global Impunity Dimensions. Global Impunity Index 2017, (GII-2017)**, https://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017_eng.pdf, (ET: 02/03/2018).
- Leguey-Feilleux, J.R. (2017). **Global Governance Diplomacy: the Critical Role of Diplomacy in Addressing Global Problems**, Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- Liptak, Adam (2008). "U.S. Prison Population Dwarfs that of Other Nations", 23 Nisan 2008, **The International Herald Tribune**, <http://www.nytimes.com/2008/04/23/world/americas/23iht-23prison.12253738.html> .
- Mc Evoy, C. ve Hideg, G. (2017). **Global Violent Deaths 2017**, Geneva: Small Arms Survey, Graduate Institute of International and Development Studies, <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/U-Reports/SAS-Report-GVD2017.pdf>, (ET: 31/02/2018), s.1-104.
- Muggah, R. ve de Carvalho, I.S. (2017). "Latin America's Murder Epidemic- How to Stop the Killing", **Foreign Affairs**, <https://www.foreignaffairs.com/articles/central-america-caribbean/2017-03-22/latin-americas-murder-epidemic>, (ET: 02/02/2018).
- Pears, E. (Edt) (1872). **Transactions of the International Penitentiary Congress**, Londra: Longmans, Green, and Co, http://data.decalog.net/enap1/liens/congres/CONGRES_PENIT_1872_VOL1_0001.pdf, (ET: 05/02/2017).
- Shaw, M. (2013). "Too close to home- guns and intimate partner violence". Everyday Dangers içinde, Small Arms Survey, Cambridge University Press.
- Small Arms Survey (2016). Gendered Analysis of Violent Deaths, **Small Arms Survey Research Notes**, No: 63, http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/H-Research_Notes/SAS-Research-Note-63.pdf , (ET: 15/03/2018), s.1-8.
- Stöckl, H., Devries, K., Rotstein, A., Abrahams, N., Campbell, J., Watts, C. Moreno, C.G. (2013). "The Global Prevalence of Intimate Partner Homicide: a Systematic Review", **The Lancet**, 382 (9895), s.859-65.
- Şenat, F.A. (2018). **Medya Din İlişkisi Tefsir İlmi Özelinde Bir Analiz**, Ankara: İlahiyat Yayınları.

Terranova, C. ve Zen, M. (2018). "Women Victims of Intentional Homicide in Italy: New Insights Comparing Italian Trends to German and U.S. Trends, 2008–2014", **Journal of Forensic and Legal Medicine**, 53, s.73-78, <https://doi.org/10.1016/j.jflm.2017.11.007> , (ET: 02/01/2018).

The Conversation (2017). "How to fix Latin America's homicide problem", <https://theconversation.com/how-to-fix-latin-americas-homicide-problem-79731>, (ET: 26/04/2018).

Tutar, E. (2002). "Suçta Karanlık Alan - Suçta Siyah Sayılar", <http://www.kriminoloji.com>, (ET: 26/12/2017).

UNODC. International Homicide Statistics database, <http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=2&type=metadata&series=vc.ihr.psrc.p5>, (ET: 26/02/2018).

UNODC. "A Short History of the Collection of Un-Crime and Justice Statistics at the International Level", <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/a-short-history-of-the-collection-of-un-crime-and-justice-statistics-at-the-international-level.html>, (ET: 05/02/2017).

UNODC. (1997). **A Short History of the Collection of UN Crime and Justice Statistics at the International Level**, <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/A-short-history-of-the-collection-of-UN-crime-and-justice-statistics-at-the-international-level.html> , (ET: 05/02/2018).

UNODC. (2013). **Global Study on Homicide 2013**, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf,

UNODC. "Average Duration of Criminal Trials in First Instance Courts", Administration of Justice (2011-2013) içinde <https://data.unodc.org/#state:1>, (ET: 02/04/2018).

WHO (World Health Organization) (2012). "Femicide", **Understanding and Addressing Violence against Women**, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77421/WHO_RHR_12.38_eng.pdf;jsessionid=FDDF4000D1DC31DCEB5C1B3E1EE19D96?sequence=1, (ET: 01/012/2017).

WHO (2011). Intimate Partner Violence During Pregnancy, Information Sheet, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70764/WHO_RHR_11.35_eng.pdf;jsessionid=E0D6350B446FC57E4A64B18A48558BAE?sequence=1 , (ET: 31/03/2018).

Vuorela, M. (2017). "The Historical Criminal Statistics of Finland 1842–2015 – A Systematic Comparison to Sweden", **International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice**, DOI: 10.1080/01924036.2017.1295395.

İLTİBAS SURETİYLE MARKAYA TECAVÜZ

Trademark Infringement by Confusion

Dr. Öğr. Üyesi Ülgen ASLAN DÜZGÜN¹

Geliş Tarihi: 09.05.2018

Kabul Tarihi: 17.07.2018

ÖZET

Markalar bakımından tecavüzün önlenmesi önem arz etmektedir. Marka hakkına yönelik tecavüzün önlenmesi hakkındaki esaslar, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) düzenlenmiştir. Marka hakkına tecavüz denildiğinde akla, tescilli bir markanın yetkili olmayan kişilerce hukuka aykırı olarak kullanılması gelmelidir. İltibas nedeniyle markaya tecavüz suçunda korunan amaç, tescilli marka ile aynı veya benzer olan mal ve/veya hizmetlerdeki kullanılan işaretlerin, tüketici üzerinde yanlışlığı oluşturması ihtimali karşısında, bir zarar doğmasının engellenmesidir. Çalışmamızda, marka hakkına tecavüz konusu 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında incelenecektir.

Ekonomik gelişmeler bakımından marka bilinci oluşturmaın önemi her geçen gün daha da artmaktadır. Güçlü ekonomilerde markanın değeri arttıkça benzer ticari markalar ticari arenaya girmekte bu da işletme sahiplerine ve tüketicilere aynı şekilde zarar veren karışıklıkların artmasına sebep olmaktadır. Türkiye'de marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilecek haller SMK'da düzenlenmiştir.

Tecavüz kavramı, yetkili olmayan bir kimsenin başkasının hakkına el uzatması anlamına gelmektedir. Marka hakkına yönelik tecavüz olarak adlandırılacak eylemler, SMK'nın Marka Hakkına Tecavüz başlıklı 6. kısmının 29. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, SMK'nın 29. maddesindeki koşulların mevcut olması halinde, marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş olmaktadır. 29. maddenin (a) bendine göre, marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7. maddede belirtilen biçimlerde kullanmak tecavüz sayılacaktır. Dolayısıyla 7. maddede geçen haller gerçekleştiğinde markaya karşı tecavüz meydana gelmiş olacaktır.

Çalışmamızda son olarak marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin, ileri sürebileceği hukuki talepler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Marka Hukuku, İltibas, Fikri Mülkiyet Kanunu, Karışıklık Yoluyla Marka İhlali.

ABSTRACT

It is important to prevent rape in terms of trademarks used to distinguish between goods and services. Principles on the prevention of trademark infringement have been laid down in the Industrial Property Law No. 6769 (SMK). When trademark infringement is called, a trademark registered should be used illegally against unauthorized persons. The intention is to prevent harm from occurring in the face of the possibility that the marks used in the goods and / or services that are the same or similar to the registered trademark may cause the public to be mistaken. The issue of trademark infringement will be examined with the Industrial Property Law No. 6769.

Trademark/branding becomes more important everyday especially during the prosperous economic developments. As trademark's value increases in a solid economy, analogous trademarks enter the arena of commercial. This in turn results in increase in confusion which ultimately damages firm owners and consumers in the same manner. Breaching acts against trademark rights are regulated by the Industrial Property Law No. 6769.

In the same legislative body, using the trademark in the manner specified in item 7 will be considered trademark infringement. Therefore when conditions set in the article 7 exist, then breaching against trademark can be thought to become a fact.

Finally, in our article, the legal claims that the rights holder of the trademark right may propose will be dealt with.

Keywords: Trademark law, Confusion, Intellectual property law, Violation of Trademark right Through Confusion

¹ Dr. Öğretim Üyesi, Polis Akademisi Başkanlığı, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Öğretim Üyesi, Ankara, (ulgenaslan@gmail.com).

GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Marka, bir işletmeye ait ürünlerin başka işletmelere ait ürünlerden farkını ortaya koyan ve bu iki işletme arasındaki ürün ayrımını muhataplarına arz eden işaretlerin tamamıdır. Markaya ilişkin esaslar, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)'da düzenlenmiştir². Daha öncesinde markalarla ilgili düzenlemeler, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (MarkKHK)³ düzenlenmişti. Yeni SMK'nın 4. maddesi hükmüne göre marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilmektedir. Buna göre, Kanunda, ses, hologram, pozisyon ve hareket markaları gibi geleneksel olmayan işaretlerin de marka olabileceği kabul edilmiştir.

Marka hakkı mutlak bir haktır. Bu mutlak hak, sahibine izni olmadan markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynî etkileri olan bir haktır⁴. Marka hakkı olumsuz yasaklama yetkileri ile olumlu kullanma haklarından oluşur⁵. Bunun sonucunda, tescilli markanın, sahibine markayı kullanma konusunda münhasır (tekelci) bir hak tanınmaktadır⁶. Böylece, izinsiz olarak bu hakkı kullananlara marka hakkı sahibi engel olabilir (SMK m. 7/2; mülga MarkKHK m. 9). Olumlu kullanma hakkı olarak da, marka hakkı sahibi bu hakkını kendisi kullanabilir veya lisans sözleşmeleri ile üçüncü kişilere devredebilir⁷.

Marka, SMK'da özellikleri belirtilen tek bir işaretten (tek bir sözcük, harf veya şekil) oluşabileceği gibi (Chanel, Vakko gibi), kelimeler, harfler, rakamlar, resimler, iki veya üç boyutlu şekiller veya bunların birbirleriyle yahut renklerle

² 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), 10 Ocak 2017 tarih ve 29944 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (MarkKHK), RG. 27/06/1995, S. 22326).

⁴ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005, (Fikrî Mülkiyet 2005), s. 21; TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, (2012), s. 24.

⁵ TEKİNALP, (Fikrî Mülkiyet), s. 358; TEKİNALP, (2012), s. 388.

⁶ ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, BTHAE Yayınları, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2017, (Ticarî İşletme 2017), s. 307, 308; Sabih ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, BTHAE Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2011, (Ticarî İşletme 2011). s. 287; ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 51, dn. 128; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 353; BOZER, Ali / GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, BTHAE Yayınları, 4. Bası, Ankara 2017, s. 248.

⁷ PHILLIPS, Jeremy: Trade Mark Law, Oxford University Press, 2003, s. 45; BOZER / GÖLE, S. 252.

olan kombinasyonlarından da (3M, Audi'nin A4 veya A6'sı, Mercedes'in SL'si, Pegasus markasının uçan at şekli gibi) oluşabilir (karma marka)⁸. Ayrıca ürün veya paketin şekli de marka olarak tescil edilebilir. Bütün bu durumlar, bir ürünün diğerinden ayırt edilebilmesini sağlamak, başka bir ifadeyle o ürünlerin veya hizmetlerin belirli bir işletmenin altında üretildiğinin garanti edilmesini sağlamalıdır⁹.

SMK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir (SMK m. 7/1). Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, markasının başkaları tarafından kullanılmasını engelleyebilir (SMK m. 7/2). Marka sahibinin bu münhasır hakkı, markanın kullanımına izin verme ve yasaklama yetkilerini içermektedir¹⁰.

Marka sahibi markasının izinsiz kullanımı durumunda, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini herkese karşı talep edebilir (SMK m. 7/2):

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından işaret ile tescilli markanın ilişkilendirilmesini de içerecek şekilde, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması,

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlarda izinsiz bir kullanım söz konusu ise, ikinci fıkra hükmü uyarınca bunlar yasaklanabilir (SMK m. 7/3) .

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması,

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,

c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması,

⁸ KAYA, Arslan: Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s.17.

⁹ STOTHERS, Christopher: Parallel Trade in Europe Intellectual Property, Competition and Regulatory Law, Oxford 2007, s. 33; TAYLOR, Lauren A., " A New Deference Standard: The Rebuttable Presumption of Validity for USPTO Trademark Likelihood-of-Confusion Determinations", Iowa Law Review, 2017, Vol. 103:367, s.372. Directive 89/104 [1989] OJ L40/1; Reg 40/94 [1994] OJ L11/1.

¹⁰ KARASU, Rauf / SULUK, Cahit / NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s.212.

- ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması,
d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması,
e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.
f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.

AB Marka Tüzüğü'nün 9. maddesi ve Alman Marka Kanunu'nun 14. maddesine paralel olarak düzenlenen SMK'nın 7. maddesinin 3. fıkrasındaki bu haller sınırlayıcı değildir. Örnek niteliğindedir¹¹, çoğaltılabilir¹². Anılan bu madde hükmü, (e) ve (f) bentleri dışında mülga MarkKHK 9/2'de benzer şekilde düzenlenmişti. Söz konusu maddenin (e) ve (f) bentlerindeki örnekler SMK ile getirilmiştir.

Marka hakkı sahibi, kendi rızası olmadan *tescilli* markasının aynısının veya karıştırılmaya (iltibasa) yer verecek derecede benzerinin, üçüncü kişiler tarafından, bunların mallarının veya paketlerinin üzerine konularak ithalat veya ihracata konu edilmelerine engel olabilir.

Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerle sınırlı olarak korunacağına ilişkin açıkladığımız bu ilkenin istisnası *tanınmış markalardır*¹³. Tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış tanınmış marka sahibinin itirazı ile, farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak bile olsa, sonraki markanın tescil başvurusu reddedilecektir (SMK M.6/5; mülga MarkKHK m. 8/IV). Getirilen bu koruma sayesinde, bir işletmenin büyük emek ve masraflarla yarattığı tanınmış markasından bir başka kişinin karşılığını ödemedi ve emek harcamadan faydalanmasının önüne geçilmiştir¹⁴.

Buna ek olarak, tanınmış markanın sahibi de bu markasının bütün izinsiz kullanımlarını engelleyebilir. Çünkü, tanınmış markanın marka hakkı sahibinin izni olmadan kullanılması, tanınmış markanın ayırt edici karakterine ve şöhretine zarar verir.

¹¹ SMK madde gerekçeleri (7. m/ikinci paragraf): "Maddenin ikinci fıkrasında marka tescilinden doğan hakkın kapsamı belirtilmiş, üçüncü fıkrada ise marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişilerin markayı kullanmalarının yasaklanabileceği haller örnekseme yoluyla sayılmıştır" (Bkz. Madde Gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayı 341).

¹² KARASU/SULUK/NAL, s. 213.

¹³ Toplumda tanınmış ve belirli bir itibara sahip bu markalar, haksız yararlanmalara, markanın itibarına zarar verebilecek veya markanın ayırt ediciliğini zedeleyici davranışlara karşı korunurlar (mülga MarkKHK m.9/1,c; 8/IV; 42/1,b; 61/a; SMK m. 7/2,b; m. 6/5; m. 29/1,a).

¹⁴ DİRİKKAN, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 3, 69,70; ARKAN, Sabih: Marka Hukuku C.I, Ankara 1997, (Marka I), s. 104.

I. MARKA HAKKINA TECAVÜZ OLARAK NİTELENDİRİLEN HALLER

Tecavüz kavramı, yetkili olmayan bir kimsenin başkasının hakkına el uzatması anlamına gelmektedir¹⁵. Marka hakkına yönelik tecavüz olarak adlandırılacak eylemler, SMK'nın Marka Hakkına Tecavüz başlıklı 6. kısmının 29. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, SMK'nın 29. maddesindeki koşulların mevcut olması halinde, marka hakkına tecavüz gerçekleşir, (a) bendi hükmüne göre de, marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7. maddede belirtilen biçimlerde kullanmak tecavüz sayılacaktır.

SMK'nın 7. maddesine¹⁶ baktığımızda ise 2. fıkrada, marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine ait olduğunu ve marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkına sahip olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla, 7. maddede yer alan hallerin ihlal edilmesi ile marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş olur. Buna göre, a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması. b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal ve hizmetleri kapsayan, bu nedenle de halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması. c) Aynı, benzer veya farklı mal ya da hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek, ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilecektir.

SMK'dan önce marka hakkına yönelik tecavüz olarak adlandırılacak eylemler mülga MarkKHK'nin 61. maddesinde belirtilmişti. Bu madde hükmü, aynı metnin 9. maddesine atf yapılarak marka hakkına yapılan tecavüzü 9. maddede yer alan hallerin ihlal edilmesi sonucuna bağlamıştır. Dolayısıyla, MarkKHK'nin 9. maddesindeki¹⁷ koşulların mevcut olması halinde marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş olmaktadır. MarkKHK'nin 9. maddesinde yazan hallere bakacak olursak; genel olarak, markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın

¹⁵ <http://www.tdk.gov.tr.>, 23.01.2017.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Avrupa Birliğinin 89/104 sayılı Marka Direktifi, m. 5.1.b.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Avrupa Birliğinin 89/104 sayılı Marka Direktifi, m. 5.1.b.

kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması şeklinde düzenlendiğini anlamaktayız.

Görüldüğü üzere marka hakkına tecavüze ilişkin SMK’daki düzenleme eski MarkKHK ile hemen hemen aynıdır. SMK’nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında, marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine ait olduğu ve marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Söz konusu maddede MarkKHK’dan farklı olarak, “*izinsiz olarak yapılması hâlinde*”, ibaresi eklenmiştir. Bu ibare ile madde metnindeki ifadenin daha açık hale geldiğini görmekteyiz.

Tescilli bir markayla arasında çok az benzerlik olan başka bir markanın kullanılması, alıcıların bu markaları taşıyan malları menşei itibariyle karıştırmalarına neden olmayabilir. Ancak, kullanılan bu markanın tescilli markayı akla getirmesi ve onun piyasadaki konumuna, orijinalliğine zarar vermesi, tescilli markaya bağlanan ‘goodwill’in yeni markaya aktarılması suretiyle tescilli markanın imajının sulandırılmasını sağlayabilir¹⁸.

Karıştırılma ‘*halk yönünden*’ olmalıdır, yani tescilli marka ile tescilsiz olarak kullanılan işareti halkın karıştırması ihtimali bulunmalıdır¹⁹. Halk tarafından karıştırılma ihtimali, çok genel olarak ifade edecek olursak, ortalama tüketicilerin her iki işaret arasında bağlantı kurmasıdır²⁰. Aksi hâlde ilgililerin veya işin uzmanlarının ya da dikkatli kişilerin, tescilli marka ile kullanılan işareti birbirine karıştırmamaları yahut karıştırmayacak olmaları, söz konusu tecavüz eylemini ortadan kaldırmaz²¹. *Halk* kavramı her somut olayda, o olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Somut olaydaki mal veya hizmetin çeşidine göre, ortalama seviyedeki tüketici kitlesinin halk kavramını oluşturması

¹⁸ ARKAN, Sabih: “İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1999, C.XX, S.2, s. 8, (İltibas); CHON, Margaret: “Trademark Goodwill As A Public Good: Brands And Innovations Incorporate Social Responsibility”, 21st Annual Business Law Fall Forum Innovating Corporate Social Responsibility: From The Local To The Global, Lewis & Clark Law Review, 2017, Vol. 21:2, s. 283.

¹⁹ David KITCHIN, LLEWELYN David, MELLOR James, MEADE Richard, MOODY-STUART Thomas, D. KEELING, JACOB Robin: Kerly’s Law of Trade Marks and Trade Names, 14th ed, London 2005. s. 248, (prgf. 9-043, 9-044). Bkz. Sabel v Puma kararı, [1997] ECR. I-6191; [1998] RPC. 199, prgf. 26.

²⁰ ARSEVEN, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 151, 152; BAHADIR, Zeynep, Markaların Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 87; Bkz. YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler - Hukuki Mütalaalar - Birlikçi Raporları IV, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 623.

²¹ TEKİNALP, (2012), s. 437.

mümkün olduğu gibi, bazen de bilinçli tüketici kitlesinin halk kavramını oluşturması mümkün olabilir²². Başka bir ifadeyle *halk*, Dünyada veya herhangi bir ülkede yaşayanların hepsi değil, o markanın üzerine konularak sunulduğu piyasada aynı veya benzeri mal veya hizmetleri talep eden “*alelade üçüncü kişiler (müşteriler) dir*”²³.

SMK'nın iltibas ile ilgili hükmüne baktığımızda da karşımıza aynı/benzer işaret ya da mal ve hizmet çıkmaktadır. Dolayısıyla, iki marka arasında oluşacak karıştırma ihtimalinde işaret, mal ve hizmet üçlüsünün birbirinin aynısı ya da benzeri olup olmadığına bakılmalıdır. Bu üçlünün aynı olması halinde zaten karıştırılma ihtimali hakkında tereddüde yer verilmemelidir. Benzer olduğu durumda ise, bu benzerliğin karıştırılma ihtimaline sebep olup olmadığına bakılmalıdır. Benzerlikte esas olan *karıştırılma ihtimalidir*. İşaret ile tescilli marka arasında, klasik ölçülere göre *benzerlik* olmasa bile ikisi arasında *bağlantı olduğu ihtimali* (ilişkilendirme ihtimali) varsa bu da *karıştırılmaya* dâhildir ve dolayısıyla benzerlik söz konusudur²⁴. Markada, genel görünüm estetik, grafik, renk, kompozisyon, boyut ve biçim bakımından iltibas yani aldatici benzerlik varsa tecavüz var sayılmalıdır²⁵. SMK'nin 7. maddesinde; ‘işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme (bağlantı) ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali’ denilerek, ‘*ilişkilendirilme ihtimali*’nin bir anlamda *karıştırılmanın* bir şekli olduğuna işaret edilmiştir²⁶.

Markanın marka sahibine sağladığı haklar tescil ile doğar. Marka hakkına tecavüz denildiğinde akla tescilli bir markanın yetkili olmayan kişilerce hukuku aykırı olarak kullanılması gelmelidir. Tescilin önemi SMK'nin 7/1. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede marka için gerçekleştirilecek korumanın tescil ile sağlanacağı düzenlenmiştir. Tescil edilmiş markaya ait koruma ise tescilin, yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade edecektir.

Ancak burada bir istisnadan bahsetmek gerekir. Tescilli olmasa da tanınmış olan markalar, marka olmaktan kaynaklı haklardan yararlanabilecektir. Bu koruma sınırlı bir koruma olacaktır. Kaldı ki, tescil edilmeseler de hak sahibi olan kişiye mutlak ve nispi nedenler ile itiraz hakkı veren işaretler vardır. Bu da yine tescil olmaksızın markanın sınırlı olarak korunacağı bir seçenektir²⁷.

²² BAHADIR, s. 87.

²³ KARAN / KILIÇ, s. 199, 200.

²⁴ TEKİNALP, (2012), s. 442.

²⁵ DÖNMEZ, İrfan: En Son İçtihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 1987, s. 85.

²⁶ TEKİNALP, (2012), s. 440.

²⁷ Markalar bakımından tescil şartının istisnaları hakkında bkz. ASLAN DÜZGÜN, Ülgen: Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 24, 34 vd.

1. İLTİBAS SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Marka hakkına tecavüz durumunda bizim ele alacağımız konu; iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz hali olacaktır. İltibas kelime anlamı olarak; birbirine çok benzeyen iki şeyin karıştırılması şeklinde ifade edilir²⁸. Bu anlamıyla da örtüştüğü gibi, doktrinde bu duruma marka hukukunda *karıştırılma ihtimali* de denilir²⁹. Ancak şu hususa dikkat çekmek gerekir, karıştırılma ve iltibas kavramları tam anlamıyla birbirini karşılamamaktadır. İltibasta, kişi mal ve hizmeti piyasaya süren süjenin birbirinden farklı olmadığı şeklinde bir yanılgıya kapılmaktadır. Karıştırılma ihtimalinde ise, iki marka arasında olduğu düşünülen basit bir benzerlik bile dikkate alınabilir³⁰. Dolayısıyla burada iki marka arasında kurulan her türlü ilgi markalar arasında karıştırılma ihtimaline sebep olabilecektir.

Aslında, iltibas suretiyle markaya tecavüz suçunu düzenleyen SMK'nın 30. maddesi hükmünde iltibasın tanımına yer verilmemiştir. SMK'dan önce yürürlükte bulunan MarkKHK'nin 61/A hükmünde de iltibasın tanımına yer verilmemiştir. İltibasın söz konusu olabilmesi için tescili yapılacak olan markanın daha önce tescili yapılmış veya tescil başvurusu kabul edilmiş bir marka ile benzerlik taşıması gerekir. Bu benzerliğin varlığı iki markanın özelliklerinin karşılıklı olarak incelenmesi suretiyle ortaya çıkarılabilir. Karşılaştırmalı (mukayeseli) değerlendirmede markanın bütün olarak bıraktığı izlenim dikkate alınır³¹. Burada dikkat edilecek husus, karşılaştırma yaparken iki marka ile ilgili esaslı noktaların dikkate alınması ve her iki markadaki benzerliğin ilgili kişiyi yanıltmak amacıyla konulup konulmadığının yansız bir şekilde belirlenmesidir. Bu halde, işaret ile marka arasında halk tarafından ilişkilendirilme ihtimalinin bulunması bile yeterli sayılmıştır³². Halk tarafından karıştırılma ihtimalindeki ölçü ise, işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu göz önünde tutulacaktır³³. Yargıtay 7. CD. konu ile ilgili bir kararında, tescilli "Altınyıldız" markasının "Yumateks" markası adıyla kullanılması suretiyle haksız rekabet oluşturulduğuna dayanarak açılan davada, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı

²⁸ <http://www.tdk.gov.tr>.

²⁹ KESKİN, Serap: Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 134.

³⁰ TEKİNALP, (2012), s. 438; KITCHIN, LLEWELYN, MELLOR, MEADE, MOODY-STUART, D. KEELING, JACOB, s. 249. Bkz. Sabel v Puma [1997] ECR. I-6191; [1998] RPC. 199, prgf. 26. Öğretide bu kavram karışıklığının giderilmesi için, "iktibas veya iltibas" kavramları yerine "aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması" kavramlarının kullanılması tavsiye edilmektedir (ÇAĞLAR Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 152).

³¹ KAYA, s. 137.

³² ÇAĞLAR, s. 110; KITCHIN, LLEWELYN, MELLOR, MEADE, MOODY-STUART, D. KEELING, JACOB, s. 249.

³³ NOYAN, Erdal: Marka Hukuku, Adalet yayınları, Ankara 2009, s. 103.

hakkında bir önceki marka ile kumaş yapısı ve zemindeki şekle benzer yapılan yeni markanın orta düzeyde algılama yeteneğine sahip bir kişi tarafından ilk bakışta itibas yaratacağının anlaşılabilirliğini gözeterek bozma kararı vermiştir³⁴. Konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın bir başka kararında da katılan adına tescilli marka "PUMA", yazı ve şekil markası olup, sanığın işyerinde ele geçirilen suça konu yedi çift spor ayakkabının üzerinde ilk bakışta görünür bir şekilde yazılı FRUMAN ibaresinin, ürünleri ayırt edici nitelikte olduğu, bu nedenle itibasa sebebiyet vermediği ve ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı bulunmadığından, marka hakkına tecavüz suçunun oluşmadığı gözetilerek, sanığın beraatine hükmedilmesi gerekirken cezalandırılmasına karar verilmesi üzerine söz konusu kararın bozulmasına karar vermiştir³⁵.

İltibasla ilgili olarak SMK'nın 6/1. maddesinde (mülga MarkKHK m. 8/1/b)³⁶ nispi ret nedenleri³⁷ ele alınmıştır. Yine burada da birbiriyle karıştırılacak konumda olan markaların varlığı halinde, sonradan tescil talebinde bulunan markanın önceki marka sahibi tarafından itiraza konu edilerek tescil edilmesinin önüne geçilebileceği düzenlenmiştir. Aynı zamanda markaların benzer ihtiyaçlara sahip olan kitlelere hitap edip etmediği de söz konusu benzerliğin ortaya çıkarılmasında etkili olacaktır.

Markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki esas olduğundan, parçalara bölünerek inceleme yapılması ve özellikle markaların tek başına ayırım gücü bulunmayan tasviri işaretlerden oluşan kısımlarının aynı veya benzer olup olmadıkları üzerinde durulmasına da gerek yoktur³⁸. Benzerliğin mevcudiyetini tespit için iki marka yan yana konulmak suretiyle markaların bütün olarak görünüşlerinin dikkate alınması uygundur³⁹. Yargıtay, konu ile ilgili bir kararında,

³⁴ Yargıtay 7. CD., 02.07.2013, ve 2013/8680 E., 2013/17298 K., (Yargıtay Kararları, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)'tan alınmıştır. Yargıtay karar künyesi ile sorgulama yapılarak ilgili kararlara ulaşılabilir).

³⁵ Yargıtay 19. CD., 05.11.2014, ve 2013/5869 E., 2014/20711 K., (Bkz. UYAP).

³⁶ Aynı yönde bkz. Avrupa Birliğinin 89/104 sayılı Marka Direktifi, m. 4.1.b.

³⁷ Nispi Ret Nedenleri; Herhangi bir işaret üzerinde başka bir kişinin hakkının bulunmasından dolayı bu işaretin marka olarak tesciline engel olan hallerdir. Nispi ret nedenleri, mutlak ret nedenlerinden ayrı olarak işaretin kendisinden değil, üçüncü bir kişinin bu işaret üzerinde herhangi bir hakka sahip olmasından doğar. Bkz., Necati Meran, Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 182-313. SMK'nın "marka tescilinde nispi ret nedenleri" başlıklı 6. maddesinde belirtilen nedenlerle tescil talebinin reddedilebilmesi için daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunmuş bir markanın sahibi tarafından itiraz edilmesi gerekir. Zira bu nedenlerin varlığı durumunda marka başvurusu resen reddedilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, (Ticarî İşletme 2017), s. 297-302; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 347-349; BOZER / GÖLE, S. 230-233; BAHADIR, s. 84; ÇAĞLAR, Hayrettin / YILDIZ, Burçak / İMİROĞLU, Dilek, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Adalet Yayınları, Ankara, Ekim 2017, s. 51 vd.

³⁸ ARKAN, (Marka I), 99.

³⁹ NOYAN, s. 102.

Sanık B adına tescilli bulunan “ŞİTALL” adlı markanın, sanığın ürünlerinin bulunduğu ambalajlara tescil belgesindeki şekliyle değil de katılana ait “stahl” markasına benzeyecek şekilde “şital” şeklinde ve aynı renklerle yazılarak kullanılması durumunu marka hakkına tecavüz suçunun oluşturduğu gerekçesiyle, beraate ilişkin hükmün bozulmasına karar vermiştir⁴⁰.

İltibası ortaya çıkarırken dikkat edilecek bir diğer husus, iltibas üzerinde normal, orta zekâ seviyesindeki, makul bir kimsenin⁴¹ bu yargıya varabilmesidir. Bu nedenle işin uzmanı ya da çok dikkatli bir kişinin, işaret ile markayı karıştırmamasının, eylemin tipe uygunluğunun tespitini ölçmede bir anlamı yoktur⁴². Bu konuda öğretilerde karıştırılmanın *halk yönünden* olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre MarkKHK’da ve SMK’da⁴³ *halk* kelimesinin kullanılması, karıştırılma ihtimalinin tayin ve tespitinde kimin esas alınacağını göstermektedir. Başka bir ifade ile somut olaya kimin gözü ile bakılacağı MarkKHK’da ve SMK’da ifade edilmiştir⁴⁴. Halk terimini belirlerken, malın veya hizmetin niteliği ve hedef aldığı halk veya müşteri kitlesi göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin lüks ve pahalı ürünlerin hitap ettiği halk kesimi farklıdır. Bazı mal ve hizmetler ise hemen hemen bütün halk kesimine hitap ederler. Örnek olarak gıda, temizlik ve içecek maddeleri gibi⁴⁵. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, iltibasın varlığının tespitinde esas olan kriterin, ilgili malın tüketicisi olan halkın gözüyle yapılan değerlendirme olduğunu belirtmiştir⁴⁶.

Burada *tanınmış markalar* için bir ayrıma gitmek gerekir. Tanınmış markalar başkaları tarafından sadece aynı veya benzeri mal/hizmet grupları için değil,

⁴⁰ Yargıtay 7. CD., 26.11.2014, ve 2013/1337 E., 2014/19921 K., (Bkz UYAP).

⁴¹ Yargıtay 7. CD., 02.07.2014 tarihinde verdiği bozma kararında *ortalama düzeydeki tüketiciler* şeklindeki ifadesiyle bu kriteri kullanmıştır: “Sanık evden eve nakliyat işinde çalıştığını, Manisa-Horozköy’de oturduğu için Horoz Evden Eve taşımacılık ismini kullandığını savunmuş olup, şikayet üzerine ele geçen bir adet el afişinde yer alan ibareler iltibasa sebebiyet vermediği ve *ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde* yanıltıcı bulunmadığından marka hakkına tecavüz suçunun oluşmadığı gözetilerek sanığın beraatine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi”. Yargıtay 7. CD., 02.07.2014 tarih ve 2013/7927 E., 2014/14734 K., (Bkz. UYAP).

⁴² KESKİN, s. 134.

⁴³ SMK m. 7/1,b hükmüne göre, Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle *halk* tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

⁴⁴ TEKİNALP, (2012), s. 437; ARKAN, (Ticarî İşletme 2017), s. 308. Ayrıca bkz. s. 308, dn., 1; KAYA, s. 239.

⁴⁵ YAŞAMAN, Hamdi, (ALTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan), Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt I, İstanbul 2004), s. 401.

⁴⁶ Yargıtay 11. HD. 13.11.2003 T. ve 2003/4003 E., 2003/10839 K. Sayılı kararı, (GÜNEŞ,İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, (2009) s.73, 74).

tamamen farklı mal/hizmetler için de kullanılamaz ve bu markalar, iltibas tehlikesinin yanı sıra itibar ve reklam güçlerine zarar verecek davranışlara karşı da korunur⁴⁷.

Bir marka üzerindeki iltibasın varlığı araştırılırken, markanın genel olarak özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Sadece iltibas özelliğini taşıyan unsurların ele alınıp, markayı diğer hususları yönünden irdelememek yanlış bir netice elde etmeye mahal verebilir. Almanya Federal Mahkemesi'ne göre, markalar arasındaki karıştırılma tehlikesinin saptanmasında her iki işaretin bıraktığı genel etkiye bakılmalıdır⁴⁸.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise, aralarında iltibas yani karıştırma ihtimali bulunan iki markanın da tescilli olması halidir. Bu durumda daha önce tescil edilmiş marka geçerli sayılacak, daha sonra tescil edilmiş markanın ise terkinin gerekecektir⁴⁹. MarkKHK zamanında, eğer sonradan tescil edilmiş marka için açılmış terkin davasının süresi geçmiş ise, bu takdirde her iki markanın da sahipleri tarafından kullanılabilceği ve birbirlerinin kullanmalarına engel olamayacakları kabul edilmekteydi⁵⁰. Yargıtay 7. CD. konu ile ilgili bir kararında, sanığın tescilli "Horoz" markasını⁵¹, "Horoz Evden Eve Taşımacılık" ibaresi şeklinde iltibas suretiyle izinsiz olarak kullanmasını, ele geçen bir adet el afişinde yer alan ibarelerin iltibasa sebebiyet vermediği ve ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde yanıltıcı etkisi bulunmadığı gerekçesiyle, marka hakkına tecavüz suçunun oluşmadığına hükmetmiştir⁵². Bu bağlamda, 556 sayılı MarkKHK döneminde tescil yolsuz olsa dahi markanın sicilden terkin edilmesine kadar sahibine koruma sağlayacağı ve markaya tecavüz nedeniyle tescilli marka sahibinden herhangi bir talepte bulunulamayacağı kabul edilmişti. SMK'da ise m. 155/1'de bu konu özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, tescilli de olsa marka hakkı sahibinin, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, tescilli marka dolayısıyla sahip olduğu hakkını savunma gerekçesi olarak kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla SMK'da bu konunun hakkaniyete uygun olarak çözümlendiği görülmektedir⁵³.

⁴⁷ ARKAN, (Marka I), s. 104.

⁴⁸ KESKİN, s. 135; BGH, GRUR 1996-3, s. 198 vd., Sabel v Puma kararı, [1997] ECR. I-6191; [1998] RPC, s. 198 vd.].

⁴⁹ DÖNMEZ, s. 86; TEKİNALP, 2012, s. 436, 437; KARASU / SULUK / NAL, s. 211, 212; KAYA, 236, 237, 260.

⁵⁰ DÖNMEZ, s. 86.

⁵¹ Anılan Yargıtay kararında, markanın hangi mal ve hizmetler için tescilli olduğu belirtilmemiştir.

⁵² Yargıtay 7. CD., 02.07.2014 tarih ve 2013/7927 E., 2014/14734 K., (Bkz. UYAP).

⁵³ ARKAN, (Ticarî İşletme 2017), s. 326.

2. İLTİBAS SURETİYLE MARKAYA TECAVÜZ'ÜN CEZAI SORUMLULUK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Bir markanın koruma altında olduğu ya da tescil edilmiş bulunduğu, uluslararası bir işaret olan *registered* ibaresi ile belirlenir⁵⁴. Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, SMK'nın 29 ve 30. maddesinde dört bent halinde düzenlenmiştir. Bunlara uyulmadığı takdirde marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş sayılacağından SMK'nın 29 ve 30. maddesine (mülga MarkKHK m. 61) dayanarak gerekli cezai yaptırım uygulanır.

İltibas suretiyle markaya tecavüz suçu, iltibas kelimesinin bir diğer ifadesi olan karıştırılma olarak ele alındığında, *markanın karıştırılması suçu*⁵⁵ olarak da karşımıza çıkar⁵⁶. Markanın karıştırılması suçu, SMK'nın 7. maddesinde (mülga MarkKHK m. 9), *tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması* şeklinde dile getirilmiştir.

Burada öncesinde tescilli bir markanın mevcudiyeti gerekir. Bunun akabinde o tescilli markanın kapsadığı mal ve hizmet ile benzer olan mal ve hizmetin kullanılacağı bir başka marka arasında halk tarafından karıştırılma ihtimalinin olması gerekmektedir. Markanın karıştırılması suçunun oluşabilmesi için, işaret ile marka arasında *ticari piyasada* karıştırılma *ihtimalinin* olması yeterlidir. Bu anlamda sonucun fiilen doğmuş olması aranmayacaktır. Bahsedilen bu durumda suç bir *tehlike suçuna*⁵⁷ dönüşmektedir⁵⁸. Burada halkın zihniyetinde oluşabilecek bir *ihtimal* dahi suçun oluşmasına ortam hazırlayabilir.

⁵⁴ MERAN, s. 565.

⁵⁵ SMK'nın 29/1,a bendinin 7. maddeye yaptığı atf nedeniyle 7/2,b bendindeki düzenlemede geçen *karıştırılma ihtimali* ibaresi, *markanın karıştırılması suçunu* oluşturmaktadır.

⁵⁶ KESKİN, s.133.

⁵⁷ Tehlike suçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HAFIZOĞLULLARI, Zeki / ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 206, 207, 253, 501; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 340; ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 231-235; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 238, 239; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 208-210; ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 249-252.

⁵⁸ KESKİN, s. 136.

Marka hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerin yaptırım altına alınması TRIPS⁵⁹'in *ceza yargılaması* başlıklı 61. maddesi⁶⁰ ile hükme bağlanmıştır. TRIPS'in 61. maddesi hükmü marka hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen kasıtlı eylemlerin dahi ancak "ticari ölçüğe" ulaştığında suç sayılmasını ve ceza yargılamasını tabi tutulmasını gerektirmektedir. Kasten gerçekleştirilmiş olsa da herhangi bir ticari ölçüğe ulaşmayan markaya yönelik tecavüzlerin suç sayılması ve ceza yaptırımı ile karşılanması TRIPS'in 61. maddesinin özüne ve hükmün konuluş amacına (ratio legis) aykırıdır⁶¹.

Sinai Mülkiyet Kanunu'na göre, Tecavüz fiilini oluşturan hareketlerin mutlaka ticari amaçla yapılmış olması gereklidir (SMK m. 29/1,c). Sonuçta, ticari amaçla yapılmayan ancak, marka hakkı sahiplerinin haklarını açıkça ihlal eden fiiller cezazsız kalmaktadır. Bu bağlamda, *ticari amaçla yapılan faaliyetlerin* sınırını amaca uygun olarak tanımlamak gereklidir⁶².

Konuyla ilgili olarak her hal ve durumda markalarla ilgili karıştırılmış olma ihtimali ayrı ayrı ele alınıp karara bağlanacaktır⁶³. SMK'nın 29. maddesinde, marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, 30. madde hükmünde ise, marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler düzenlenmiştir.

⁵⁹ WIPO, 14 Temmuz 1967 tarihli Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi'ne dayanılarak kurulmuştur. Türkiye sözleşmeye 1997 yılında taraf olmuştur. Daha sonra, 1986-1994 yılları arasında gerçekleştirilen Uruguay zirvesi ile, Dünya Ticaret Örgütü'nün Kuruluşuna Dair Sözleşme'ye ek olarak, Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS, Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) imzalanmış ve Türkiye, 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasını 4067 Sayılı Kanun ile onaylayarak, TRIPS'e de taraf olmuştur. Çalışmamızda, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, TRIPS kısaltmasıyla ifade edilecektir. Bu Anlaşma'nın tam metni için bkz. (http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel3_e.htm) (1.06.2018).

⁶⁰ TRIPS'in 61. maddesine göre, "*Anlaşmaya taraf olan devletler, en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekârlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaktır. Başvurulacak telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Anlaşmaya taraf olan devletler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler.*" Bkz. BİRTEK, Fatih, 'Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması) (556 Sayılı KHK 61/A,I)', İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, 12-14 Haziran 2012 İstanbul, s.495.

⁶¹ BİRTEK, s. 498, 514, 515.

⁶² Serdar ARIKAN, "Tecavüz Davaları ve Talepler", 6769 sayılı Sinai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, (Editör Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK), BTHAE Yayınları, Ankara 2017, (Tecavüz Davaları), s. 148; ÇAĞLAR / YILDIZ / İMİROĞLU, s. 86, 88, 89.

⁶³ KESKİN, s. 136.

Sınai Mülkiyet Kanunun'dan önce, mülga MarkKHK'nin 61/A maddesinde, marka hakkına tecavüz neticesinde öngörülecek ceza yaptırımını düzenlenmişti. Cezaların kanunla konulması gerektiğiyle ilgili, gerek ceza hukuku mevzuatında gerekse Anayasa'daki ilgili düzenlemelerden yola çıkarak, ceza yaptırımını düzenlemiş olan bu kanun hükmünde kararnamenin 61. maddesinde değişiklik yapılarak, "5833 sayılı MarkKHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁶⁴ çıkarılmıştır. Bu kanunun oluşturulmasındaki etkili unsur, cezaların kanuniliği ilkesidir. Ceza hukukunda temel kural suç ve cezaların kanunla düzenlenmesidir. Şüpheli ya da sanığın karşı karşıya kaldığı her ceza ve bu cezayı ortaya çıkaran suç önceden bir kanun ile düzenlenmek zorundadır. Bu ilke gereği bir kimse, kanunda suç ve ceza olarak nitelendirilmeyen hiçbir halden sorumlu tutulamaz. Bu aynı zamanda tipiklik olarak da ifade edilir. Suç teşkil eden haksızlığın temelini kanuni tipin gerçekleştirilmesi oluşturur. Kanun tarafından ifade edilmemiş bir hususun tipik olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, tipiklik, haksızlığın unsurlarının kanun metninde belirtilmesini ifade eder⁶⁵. Anayasa'nın 38. maddesinde; "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" denilmektedir. Dolayısıyla Anayasada da yer alan kanunilik ilkesi, ilgili hükümlerin ve öngörülmüş yaptırımın suçun işlendiği zamanda kanunda belirtilmiş olmasını gerektirmektedir. Bu ilke, önemine binaen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu maddede de, Anayasamızın 38. maddesine benzer bir hüküm söz konusudur. 'Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez' şeklinde ifade edilen 7. maddede de yine suçun işlendiği yer mevzuatında suç olarak düzenlenmiş olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Marka hakkına tecavüz suçu ile ilgili yaptırım, önceden mülga 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile düzenlenmişti. Daha sonra yapılan değişiklik ile birlikte 5833 sayılı "MarkKHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişiklik suç ve cezanın kanun ile konulacağı ilkesine uygun olup isabetli bir değişiklikti. SMK'da marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümlerin, 30. maddede düzenlendiğini söylemiştik. Böylece, 556 sayılı KHK'nin SMK ile yürürlükten kaldırılması ile birlikte yukarıda açıkladığımız problemler çözülmüştür.

İltibas halinde suçun oluşabilmesi için *zarar* sonucunun gerçekleşmesi şartı yoktur. Zarar tehlikesinin varlığı suçun oluşması bakımından yeterli

⁶⁴ 5833 sayılı, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 28 Ocak 2009, Sayı: 27124.

⁶⁵ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 96.

olacaktır. Failin cezalandırılabilmesi için, bu fillerin gerçekleştirilebilmesi sonucunda ortaya somut bir tehlikenin çıkmış olması gerekmektedir⁶⁶. Bu bakımdan yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, suçun bir tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz⁶⁷. Burada, zarar ile tehlikeyi birbirinden ayırmak gerekir. Birden fazla marka arasında hâlihazırdaki karıştırma ihtimalinde, bu markalar hakkında aynı işletmeye ait olma yönünde oluşacak zan, suçun meydana gelmesi için yeterli olacaktır. Bunun haricinde iltibas sonucu iltibas tehlikesi oluşturan markanın arz edildiği kimseler üzerinde belli bir zararın ortaya çıkması gerekli değildir. Dolayısıyla somut bir tehlike suçunun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İltibas nedeniyle markaya tecavüz suçunda korunan hukuki yarar, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı ya da benzeri mal veya hizmetleri kapsayan, bu nedenle de tüketici tarafından, işaret ile tescilli marka arasında karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının toplumda yanılgı oluşturmaya ihtimali karşısında, tüketicinin mal varlığına yönelik bir zarar doğmadan bunun önüne geçebilmektir. Dolayısıyla, burada korunan hukuki değer, halkın malvarlığının marka üzerindeki yanılgı sebebiyle yanlış bir alışverişe yönlendirilmesinin önlenmesidir. Ayrıca, fikri mülkiyetin konusunu oluşturan fikri ve sınai ürünlerin ortaya çıkması, bir akıl ve düşünce faaliyetinin sonucu olmaktadır. Söz konusu faaliyetlerin en önemli özelliği, yaratıcı ve yenilikçi bir şekilde gerçekleşmeleridir. Bu şekilde ortaya çıkan fikri mülkiyet hakları, sahibine bir takım gayri maddi, tekelci ve ülkesel nitelikte haklar sağlar⁶⁸. Dolayısıyla, akıl ve düşünce faaliyetlerini üretenlerin haklarının da korunması gerekir. Başkasına ait marka hakkına iltibas veya iltibas nedeniyle tecavüz eden kişiye verilecek olan ceza; bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasıdır (SMK m.30/1). Yargıtay 19. Ceza Dairesi bu hususta vermiş olduğu bir kararında⁶⁹ konuyu; "...somut olayda içinde "Anka" kelimesinin yer aldığı şeklin 28.08.2008 tarihinde müşteki şirket adına tescil edilmiş marka olduğu, yine sadece "Anka" kelimesinin de, 21.05.2013 tarihinden itibaren müşteki şirket adına tescil edilmiş marka olduğu, her iki simgenin "geçici konaklama hizmetleri" sınıfında tescilli olduğu, ancak şüphelinin işletmekte olduğu "Anka Pansiyon" isimli işyerinde "Anka" kelimesini kullandığı ve bu şekilde internette tanıtım yaptığının anlaşılması karşısında şüphelinin eyleminin marka hakkına tecavüz suçunu oluşturacağı cihetle..." şeklinde değerlendirmiştir.

⁶⁶ YİĞİT, Nuri: "Genel Tehlike Yaratan Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/156.doc, s. 1, (Erişim, 02.04.2018).

⁶⁷ KESKİN, s. 136.

⁶⁸ AYİTER, Nuşin: "İhtira Hukuku", AÜHF Yayınları, Ankara 1968, s. 1, 2.

⁶⁹ Yargıtay 19. CD., E. 2016/5917, K. 2017/3660 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. CD., E. 2016/5892, K. 2017/3662; Yargıtay 19. CD., E. 2016/3296, K. 2017/3663. (Bkz UYAP).

SMK m. 30/5 uyarınca, anılan maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır (5833 sayılı kanunla değişik MarkKHK 61/A-V). Ancak, Paris Konvansiyonu anlamında tanınmış markanın Türkiye’de tescilli olması gerekmediğinden, tescilsiz (tanınmış) markayı haksız olarak kullanan kişinin ceza alması söz konusu olamayacaktır⁷⁰.

SMK m. 30/6. maddesinde bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlandığı belirtilmiştir (MarkKHK’nin 61/A-VI) . Normalde bir suçun resen kovuşturulması kuraldır. Ancak bazı suçlar ki, bu suçlar kanunda ayrı ayrı belirtilmiştir, şikâyete dayanarak kovuşturulacaktır. Bir suç hakkında ilgili kanunda şikayetle ilgili bir düzenleme yoksa o suçun resen takibi gereken suç olduğu anlaşılır⁷¹. Dolayısıyla ceza davası şikâyet üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından açılır. Ancak şikâyetin geri alınması halinde dava düşer⁷². Şikâyet hakkına sahip olanlar suçtan doğrudan zarar görenlerdir⁷³. Şikâyet hakkına sahip olan, iltibas suretiyle marka üzerindeki hakkı zarara uğrayan kişidir. Ancak, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, korsan ve taklitçiler hakkında Cumhuriyet Savcılarının, hak sahibinin şikâyeti üzerine değil de, resen harekete geçmelerinin sağlanması için gerekli düzenlemelerin yapılması uygulamada ortaya çıkan bir çok problemin çözülmesini sağlayacaktır⁷⁴.

Şikâyet süresi ile ilgili Sınai Mülkiyet Kanun’da bir belirleme yapılmadığından, bu hususta genel kanun olan Ceza Kanunundaki genel belirlemeye bakıp karar vermek gerekecektir. Kanunun 73. maddesi uyarınca, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse *altı ay* içinde şikâyette bulunmalıdır. Bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

Söz konusu suçlarda yetkili mahkeme, işaretlerin kullanıldığı yer mahkemesidir. Çünkü, suç, işaretin kullanıldığı yerde işlenmiş sayılır (CMK m.12/1). Ancak, bu suçlarda madde yönünden görevli mahkeme, özel görevli Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi olduğu ve bu mahkeme her yerde bulunmadığı için, yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer bakımından yetkili olan Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir⁷⁵.

⁷⁰ ARKAN, 5833 Sayılı Kanun, s. 11.

⁷¹ ALBAYRAK, Mustafa: “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, [www.http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr), s. 282.

⁷² MERAN, s. 567.

⁷³ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 356.

⁷⁴ ARIKAN, Serdar, “Fikri Hakların Etkin Korunması Alanındaki Mevcut Eksiklikler Çözüm Önerileri ve Türkiye’deki Durum”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Ankara 2005, s. 147.

⁷⁵ Mustafa ÖZEN, “Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2009-2/3.pdf>, s. 73.

SMK 156. madde hükmü uyarınca, bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ile Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesince; Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki Asliye Ceza Mahkemesince bakılır.

Türk Patent ve Marka Kurumunun, bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Kurumun kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Kurum aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir (SMK m. 156/2).

Sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir (SMK m. 156/3).

Marka tecavüzü sonucu açılacak olan davalarda zamanaşımı süresi için Borçlar Kanunu'ndaki iki ve on yıllık hak düşürücü süreler (TBK m. 72/1) uygulanır⁷⁶. Dolayısıyla, failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve herhalde zararın meydana geldiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımı geçmiş olacaktır. Marka hakkına tecavüz süregelen bir eylem ise, devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemez⁷⁷. Zamanaşımı süresi tecavüzün sona ermesi ile başlayacaktır. Ancak, marka hakkına tecavüz aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa ve bu suç ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Başka bir deyişle, ceza davası daha uzun bir zamanaşımına tabii ise, hukuk davası da aynı süreye tabi olacaktır (TBK m. 72/1, son cümle).

Suçun faili hususunda MarkKHK'de herhangi bir belirleme yapılmamıştı. Dolayısıyla bu suçun faili herkes olabilirdi. SMK m. 30/1 hükmünde de ise, açıkça başkasına ait olan marka hakkından söz edilmektedir. Buna göre marka hakkına sahip olmakla birlikte, tasarruf yetkisine sahip olmayan kimselerin, kendi marka hakkı üzerinde yapmış olduğu tasarruf işlemleri marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçuna konu olmayacaktır⁷⁸.

⁷⁶ SMK m. 157/1 hükmüne göre, sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Bkz. KAYA, s. 313.

⁷⁷ KAYA, s. 315.

⁷⁸ BAŞBÜYÜK, İsa: Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2018, s. 202.

Suçun maddi unsuru, tescilli bir markanın karışıklığa sebep olacak benzer bir işaret kullanmak suretiyle başka biri tarafından kullanılmasıdır⁷⁹. Haksız kullanma, tescilli olabileceği gibi çok tanınmış markalar bakımından tescilsiz de olabilir⁸⁰. Manevi unsur⁸¹ açısından baktığımızda; kural olarak kast, fiilin asıl işleniş şeklini oluşturmaktadır⁸². Dolayısıyla suç, kasten işlenmesi mümkün olan bir suçtur.

3- MARKA HAKKI İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZE UĞRAYAN HAK SAHİBİNİN İLERİ SÜREBİLECEĞİ TALEPLER

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin, ileri sürebileceği *hukuki talepler* SMK'nın 149. maddesinde sayılmıştır. Burada sayılanların dışında da delillerin tespiti konusu, 150/3 de, tecavüzün mevcut olmadığı konusundaki dava ve şartları da 154. maddede, ihtiyati tedbir talebi ve ihtiyati tedbirin niteliği 159. maddede hüküm altına alınmıştır.

A- Delillerin Tespiti

Hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (SMK m. 150/3).

Uygulamada bu talep, tecavüz eden kişinin delilleri karartması ihtimaline karşı haber vermeden o kişinin işyerine veya delillerin bulunduğu yere ani olarak gidilerek yapılmaktadır⁸³.

⁷⁹ Maddi unsur, Tipikliğin maddi unsurları fiilin dış dünyadaki görünüş biçimini nitelendirirler. Suçun maddi unsurları fail, mağdur, hareket, netice ve nedensellik bağıdır. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 101-131.

⁸⁰ CENGİZ, Dilek: Türk Hukukunda İltibas ve İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, İstanbul, 1995, s. 185.

⁸¹ Suçun manevi unsuru, fiilin kasten veya taksirle işlenmiş olmasıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir. Suçun oluşumu kastın varlığına bağlıdır. Tanımda suçun manevi unsuruna ilişkin bir açıklık yok ise, bu suç ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenen fiillerin cezalandırılabilmesi için, kanunda bunun açıkça belirtilmiş olması gerekir. Taksirle işlenen hali kanunda suç olarak tanımlanmadıkça, failin taksirle işlediği fiilden cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Kast kural, taksir istisnadır. Başka bir deyişle, suçlarda asıl kusurluluk şekli kast olup, taksir ise istisnai bir sorumluluk şeklidir. Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. KARAKEHYA, Hakan / USLUADAM, Asena Kamer, Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, Y. 2015, S.2, s. 7 vd.; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 182- 242.

⁸² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 137; BAŞBÜYÜK, s. 213.

⁸³ KARASU / SULUK / NAL, s. 409.

Kanunun açık hükmü karşısında, marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, marka hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, marka hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Dolayısıyla, mülga MarkKHK zamanında 75. maddedeki⁸⁴ düzenleme nedeniyle doktrinde ileri sürülen tespit davasının eda davası açma imkanı varken ayrı olarak açılmayacağı yönündeki tartışmalar⁸⁵ da sona ermiştir. SMK ile yapılan düzenlemeden sonra artık, eda davası açılmadan tespit davası açılması durumunda bunun reddedilmemesi gereklidir.

B- Tecavüzün Mevcut Olmadığının Tespiti Davası

Bir marka ile ilgili işlem yapmayı veya girişimde bulunmayı düşünen kişi ileride bir dava ile karşılaşmamak için, fiillerinin tecavüz oluşturmadığına karar verilmesini isteyebilir⁸⁶. Buna göre, Menfaati olan herkes, Türkiye’de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebilir⁸⁷. Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi tarafından kabul edilmemesi hâlinde, menfaat sahibi, hak sahibine karşı fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle dava açabilir. Bildirimin yapılmış olması, açılacak davada dava şartı olarak aranmaz. Bu dava, kendisine karşı tecavüz davası açılmış bir kişi tarafından açılmaz (SMK m.154/1). Anılan dava niteliği itibarıyla özgün bir menfi tespit davasıdır⁸⁸.

C- Marka Hakkı Tecavüze Uğrayan Hak Sahibinin Hukuk Davaları Yoluyla İleri Sürebileceği Talepler

a) Fiilin Tecavüz Olup Olmadığının Tespiti Davası

Marka hakkı sahibi, fiilin tecavüz olup olmadığının tespitini mahkemeden talep edebilir (SMK m. 149/1,a). Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti davası, uygulamada çoğunlukla tek başına açılmamakta, tecavüzün önlenmesi,

⁸⁴ Mülga MarkKHK m. 75 hükmüne göre, marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir.

⁸⁵ Bkz. KAYA, s. 277-281.

⁸⁶ Önder EGE, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 65, 66.

⁸⁷ Madde gerekçesinde bu talebin, mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve uyumsuzlukların yargılama olmaksızın giderilmesi için yapılabileceği belirtilmiştir. Bkz. Madde Gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayı 341.

⁸⁸ TEKİNALP, (2012), s. 476; KARAN / KILIÇ, s. 565; ARKAN, Marka II, s. 233; KAYA, s. 282. Bkz. Yargıtay 11. HD. 15.01.2004, E. 2003/12428, K. 2004/255 (KARAN / KILIÇ, s. 566).

durdurma, kaldırma ve bazen de tazminat davalarıyla beraber açılmaktadır⁸⁹.

b) Muhtemel Tecavüzün Önlenmesi Davası

Bu dava bir önleme davasıdır (SMK m. 149/1,b). Önleme davası başlama tehlikesi olan veya başlamış tecavüzün devam etmesini önlemek amacıyla açılır.

c) Tecavüz Fiillerinin Durdurulması

SMK m. 149/1,c'de düzenlenmiştir. Başlamış tecavüz eyleminin durdurulması amacıyla açılan davadır.

ç) Tecavüzün Kaldırılması ve Maddi ve Manevi Zararın Tazmini

SMK'da 149/1,ç hükmünde düzenlenen tecavüzün kaldırılması davası, tecavüzün sonuçlarının ve etkilerinin ortadan kaldırılması veya giderilmesi amacıyla açılır. Hukukumuzda giderme (ref) davasına karşılık gelir⁹⁰. Bu konu, mülga MarkKHK'nın 62/b maddesinde, tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmin talebi şeklinde düzenlenmiştir.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdürler (SMK m. 150/1). Hak sahibinin fiilleri işleyen kişilerden tazminat isteyebilmesi için, kendisinin bu fiiller nedeniyle *zarar* görmesi ve fiili işleyen kişilerin de *kusurlu* olması gerekir⁹¹. Hak sahibinin uğradığı zarara, fiili kayıp ve yoksun kalınan kazanç⁹² dahildir (SMK m. 151/1).

Hukuka aykırı sonucu ortadan kaldırmak için bu dava açılır⁹³. Bu dava ile tecavüzden önceki halin iadesi sağlanmaya çalışılır⁹⁴.

Bu davanın açılabilmesi için tecavüz sonucu ortaya bir takım sonuçlar çıkmış olmalıdır. Örneğin, haksız işareti taşıyan malların üretilmiş, ticaret alanına çıkarılmış, paketlenmiş olması gibi. Söz konusu bu ürünlerin ticari pazardan çekilmesinin yanı sıra imha edilmeleri de gereklidir⁹⁵. Davanın açılabilmesi için tecavüzün devam etmesi şart değildir. Önemli olan tecavüzün etkilerinin halen hissediliyor olmasıdır⁹⁶.

Tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve giderilmesi davaları genellikle aynı dava içinde talep edilirler. Zira çoğu zaman bu talepleri birbirinden ayırmak güç ve anlamsızdır. Tecavüzün sona erdiği durumlarda dava açma hakkı

⁸⁹ KARASU / SULUK / NAL, s. 409.

⁹⁰ TEKİNALP, 2012, s. 498.

⁹¹ Kusurun gerekliliği konusunda bkz. Madde Gereçesi, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayı 341.

BOZER / GÖLE, s. 265; ARKAN, (Ticarî İşletme 2017), s. 329.

⁹² Yoksun kalınan kazancın talebiyle ilgili bkz. EGE, s. 84.

⁹³ KARASU / SULUK / NAL, s. 409.

⁹⁴ KARAN / KILIÇ, s. 62.

⁹⁵ TEKİNALP, 2012, s. 498.

⁹⁶ KARAN / KILIÇ, s. 62.

zamanaşımına uğrayabilir⁹⁷.

SMK'ya göre üç tür tazminat söz konusudur. Bunlar maddi, manevi tazminat ve itibar tazminatıdır. Tescilli marka sahibi, tecavüz dolayısıyla malvarlığında veya şahıs varlığında ortaya çıkan eksilmeyi bir miktar para ile gidermek ve mütecevizi caydırmak amacıyla tazminat davasını açabilir⁹⁸. Tazminat davası açılabilmesi için ortada bir zararın olması şarttır. Zarar, hak sahibinin maddi ve manevi varlıklarının tecavüzden önceki ve sonraki durumları arasındaki farktır. Maddi zarar mal varlığında eksilme şeklinde veya malvarlığının artmaması biçiminde de ortaya çıkabilir. Zararın ve tazminatın hesabında fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç dikkate alınacaktır⁹⁹.

Tecavüz nedeniyle hak sahibinin manevi zarara uğraması da mümkündür. Manevi zarardan anlaşılması gereken, bir kimsenin haksız fiil sonucunda duyduğu acı ve ruhsal sıkıntılar gibi fiziksel ve psikolojik sarsıntılardır. Mahkeme tecavüz nedeniyle hak sahibinin duyduğu acı ve elemi ticari hayattaki güven zedelenmesini dikkate alarak manevi tazminatın miktarını genel hükümler çerçevesinde belirler. Duyulan sıkıntılar geniş yorumlanmaktadır bu nedenle tüzel kişilerde manevi tazminat isteyebilir.

İtibar tazminatında dikkate alınması gereken markanın itibarıdır. İtibarın zarar uğraması iki şekilde olabilir (SMK m. 150/2): Birincisi kötü üretim ve kullanım. İkincisi, uygun olmayan tarzda piyasaya sunmadır. İtibar tazminatı markanın zarara uğrayan itibarının onarılması amacıyla istenir¹⁰⁰.

d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması (SMK m. 149/1,d) hukuk davaları yoluyla istenebilir.

e) Yukarıdaki (d) bendi uyarınca el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması (SMK m. 149/1,e) talep edilebilir. Bu talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir (SMK m. 149/2).

f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası istenebilir (SMK m. 149/1, f).

⁹⁷ KARAN / KILIÇ, s. 62, 63.

⁹⁸ KARAN / KILIÇ, s. 62; TEKİNALP, 2012, s. 499-501.

⁹⁹ KARASU / SULUK / NAL, s. 410; TEKİNALP, 2012, s. 500, 501; Serdar ARIKAN, (Tecavüz Davaları), s. 478.

¹⁰⁰ Bkz. TEKİNALP, 2012, s. 505-508.

g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi talep edilebilir (SMK m. 149/1, g). Belirtilen bu talebin kabulü durumunda ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer (SMK m. 149/3).

D- Cezai Hükümler Bakımından

Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamındaki sınai haklardan uygulaması en çok olanı markalardır¹⁰¹. Uygulamada bu kadar çok karşılaşılan marka hakkın hukuki bakımdan olduğu kadar cezai anlamda da korunmaktadır. Marka hakkına tecavüze ilişkin cezai hükümler, SMK'nın 30. maddesinde 1.,2. ve 3. fıkralarında hüküm altına alınmıştır.

Buna göre, (1) Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas (karıştırılma ihtimali)¹⁰² suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde yukarıdaki cezalardan uygun olanlarının verilmesinin yanı sıra ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur (SMK m. 30/4). Örnek olarak belirli bir süre ticari faaliyetten yasaklanma şeklinde bir güvenlik tedbirine hükmedilebilir¹⁰³.

¹⁰¹ GÜNEŞ, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, (GÜNEŞ 2018), s. 483.

¹⁰² Bkz. madde gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayı 341. Buna göre, 30. maddenin gerekçesinde, maddenin ilk fıkrasındaki *iltibas* kavramı ile *karıştırılma ihtimalinin* kast edildiği belirtilmektedir.

¹⁰³ BOZER / GÖLE, s. 267.

SONUÇ

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüzde kişi mal ve hizmeti piyasaya sürenlerin birbirinden farklı olmadığı, başka bir ifadeyle iki markanın aynı işletmenin ürünü olduğu şeklinde bir yanılgıya kapılmaktadır.

Bu bağlamda önemli olan, karşılaştırma yaparken iki marka ile ilgili esaslı noktaların dikkate alınması ve her iki markadaki benzerliğin ilgili kişiyi yanıltmak amacıyla oluşturulup oluşturulmadığının tarafsız bir biçimde belirlenmesidir. Bu durumda, iki marka arasında halk tarafından ilişkilendirilme ihtimalinin bulunması bile yeterli sayılmıştır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde bakılacak ölçü ise, işin uzmanı değil, normal, orta zekalı, makul bir tüketicinin olduğu göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca, bir marka bakımından iltibas olup olmadığı araştırılırken, markanın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. İki marka arasında kurulan her türlü ilgi markalar arasında karıştırılma ihtimaline sebep olabilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas nedeniyle tecavüz eden kişiye verilecek olan ceza; bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasıdır. İltibas, karıştırılma ihtimali, iki marka arasında önceki tescilli marka zararına o markada bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının toplumda yanılgı oluşturması ihtimalidir. İltibas suretiyle işlenen markaya tecavüz suçunda, marka sahibinin markası üzerinde tasarruf edebileceği hakları zarar görecektir. Bu da ticaret hayatı açısından ciddi anlamda bir risktir. Bu suç, kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olduğu için, fiilin ve failin kim olduğunun bilindiği veya öğrenildiği günden itibaren altı ay içerisinde suçun işlendiği yer bakımından yetkili ve görevli olan Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesine başvurulmalıdır.

Dolayısıyla, iltibas nedeniyle markaya tecavüz suçunda korunan amaç, tescilli marka ile aynı veya benzer olan mal ve/veya hizmetlerdeki kullanılan işaretlerin halk üzerinde yanılgı oluşturması ihtimali karşısında, tüketicinin mal varlığına ve marka hakkı sahibinin malvarlığına yönelik bir zarar doğmadan bunun önüne geçebilmektir.

SMK m. 30/5 uyarınca, birinci fıkrada tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için, markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır. Ancak Paris Konvansiyonu anlamında tanınmış markanın Türkiye'de tescilli olması gerekmediğinden, tescilsiz markayı haksız olarak kullanan kişinin ceza alması söz konusu olamayacaktır.

SMK'nın 7. maddesine baktığımızda ise ikinci fıkrada, marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine ait olduğunu ve marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkına sahip olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla, 7. maddede yer alan hallerin ihlal edilmesi ile marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş olur.

Tescilli bir markayla arasında çok az benzerlik olan başka bir markanın kullanılması, alıcıların bu markaları taşıyan malları menşei itibariyle karıştırmalarına neden olmayabilir. Ancak, kullanılan bu markanın tescilli markayı akla getirmesi ve onun piyasadaki konumuna, orijinalliğine zarar vermesi, tescilli markaya bağlanan 'goodwill'in yeni markaya aktarılması suretiyle tescilli markanın imajına zarar verebilir.

Korsan ve taklitçiler hakkında Cumhuriyet Savcılarının, hak sahibinin şikayeti üzerine değil de, resen harekete geçmelerinin sağlanması için gerekli düzenlemelerin yapılması uygulamada ortaya çıkan bir çok problemin çözülmesini sağlayacaktır. Böylece korsan ve taklitçilerle daha etkin bir şekilde mücadele etmek mümkün olabilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre, Tecavüz fiilini oluşturan hareketlerin mutlaka ticari amaçla yapılmış olması gereklidir (SMK m. 29/1,c). Sonuçta, ticari amaçla yapılmayan ancak, marka hakkı sahiplerinin haklarını açıkça ihlal eden fiiller cezazsız kalmaktadır. Bu bağlamda, ticari amaçla yapılan faaliyetlerin sınırını amaca uygun olarak tanımlamak gereklidir.

KAYNAKÇA

I- Genel Eserler ve Makaleler

Ali BOZER, Celal GÖLE, Ticari İşletme Hukuku, BTHAE Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2017.

Arslan KAYA, Marka Hukuku, İstanbul, 2006.

Cahit SULUK, Rauf KARASU, Temel NAL: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017.

Christopher STOTHERS, Parallel Trade in Europe Intellectual Property, Competition and Regulatory Law, Oxford, 2007.

David KITCHIN, LLEWELYN David, MELLOR James, MEADE Richard, MOODY-STUART Thomas, D. KEELING, JACOB Robin, Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 14th ed, London, 2005.

Dilek CENGİZ, Türk Hukukunda İltibas ve İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, İstanbul, 1995.

Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2014.

Erdal NOYAN, Marka Hukuku, Ankara, 2009.

Esin ÇAMLIBEL TAYLAN: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.

Fatih BİRTEK, ‘Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması) (556 Sayılı KHK 61/A,I)’, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, 12-14 Haziran 2012, İstanbul.

Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.

Hakan KARAKEHYA, Asena Kamer USLUADAM, Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, Y. 2015, S.2, s. 1-24.

Hamdi YASAMAN, (ALTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan), Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

Hamdi YASAMAN, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler - Hukuki Mütalaalar - Bilirkişi Raporları IV, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Hanife DİRİKKAN: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003

Haydar ARSEVEN, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951.

Hayrettin ÇAĞLAR, Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara, 2013.

Hayrettin ÇAĞLAR, Burçak YILDIZ, Dilek İMİROĞLU, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Adalet Yayınları, Ankara, Ekim 2017.

İlhami GÜNEŞ, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

İlhami GÜNEŞ, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (GÜNEŞ, 2018).

İrfan DÖNMEZ, En Son İctihatlarla, Açıklamalı Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara, 1987.

İsa BAŞBÜYÜK, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.

İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Jeremy PHILLIPS, Trade Mark Law, Oxford University Press, 2003.

Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Margaret CHON: “Trademark Goodwill As A Public Good: Brands And Innovations Incorporate Social Responsibility “, 21st Annual Business Law Fall Forum Innovating Corporate Social Responsibility: From The Local To The Global, Lewis & Clark Law Review, 2017, Vol. 21:2, s. 283.

Mustafa ALBAYRAK, Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, [www.http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr](http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr). (Erişim, 03.04.2018).

Mustafa ÖZEN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, (Ceza Genel).

Mustafa ÖZEN, Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/frmmakale/2009-2/3.pdf/>, (Erişim, 03.04.2018).

Necati MERAN, Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Nuri YİĞİT, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr.

Nuşin AYİTER, “İhtira Hukuku”, AÜHF Yayınları, Ankara, 1968.

Önder EGE, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Rıza AYHAN, Hayrettin ÇAĞLAR, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Sabih ARKAN, “5833 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK’da yapılan Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2009, C. XXV, Sayı 1, (Arkan, 2009).

Sabih ARKAN, Marka Hukuku C.I, Ankara, 1997, (Marka I).

Sabih ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2011, (Ticarî İşletme 2011).

Sabih ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, 23. basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2008, (Ticarî İşletme 2017).

Sabih ARKAN, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1999, C.XX, S.2, (İltibas).

Serap KESKİN, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara, 2003.

Serdar ARIKAN, “Fikri Hakların Etkin Korunması Alanındaki Mevcut Eksiklikler Çözüm Önerileri ve Türkiye’deki Durum”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Ankara, 2005, s. 142-171.

Serdar ARIKAN, “Tecavüz Davaları ve Talepler”, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, (Editör Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK), BTHAE Yayınları, Ankara, 2017, (Tecavüz Davaları).

Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Ülgen ASLAN DÜZGÜN, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Ünal TEKİNALP, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2005, (Fikrî Mülkiyet 2005).

Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (2012).

Veli Özer ÖZBEK, Mehmet Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Zeki HAFIZOĞLULLARI, Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

Zeynep BAHADIR, Markaların Hükümsüzlüğü ve İptali, Turhan Kitapevi, Ankara, 2018.

BGH, GRUR 1996-3, s. 198 vd., Sabel v Puma kararı, [1997] ECR. I-6191; [1998] RPC.

II- Yargıtay Kararları

Yargıtay Kararları, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)'nden alınmıştır. Yargıtay Karar künyesi ile sorgulama yapılarak ilgili kararlara ulaşılabilir.

Yargıtay 7. CD., 02.07.2013, ve 2013/8680 E., 2013/17298 K.

Yargıtay 19. CD., 05.11.2014, ve 2013/5869 E., 2014/20711 K.

Yargıtay 7. CD., 02.07.2014 tarih ve 2013/7927 E., 2014/14734 K.

Yargıtay 19. CD., E. 2016/5917, K. 2017/3660.

Yargıtay 19. CD., E. 2016/5892, K. 2017/3662.

Yargıtay 19. CD., E. 2016/3296, K. 2017/3663.

III- İnternet Kaynakları

<http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim, 23.01.2017).

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BGH	: Bundesgerichtshof
C	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
ECR	: (European Court Report) Avrupa Birliği Mahkemesi Raporu (Bildirisi), Avrupa Birliği Kararlar Dergisi
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
K.	: Karar
m.	: madde
MarkKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkKHKyön	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Hakkında Yönetmelik
OJ	: Official Journal
Prgf	: paragraf
RPC	: Report of Patent Cases
S.	: Sayı
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
s.	: sayfa
v.	: versus
vd.	: ve diğerleri
Yarg	: Yargıtay
Y.	: Yıl

KÖKENİN TESPİTİ TALEBİNİN TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME

*An Assesment on the Basis of the Relationship Between a Case Regarding the
Detection of Origin*

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ¹

Geliş Tarihi: 25.05.2018

Kabul Tarihi: 05.09.2018

ÖZET

Kişinin gerçek soybağını öğrenmesi, gerek ulusal gerekse yabancı yargı kararlarında temel hak olarak kabul edilmektedir. Alman ve İsviçre yargısında soybağının kurulması ya da kaldırılması talebinden bağımsız olarak sadece kökenin tespit edilmesine yönelik birçok dava ile karşılaşmaktadır. Böyle bir davanın Türk hukuku açısından da mümkün olduğu öğretide kabul edilmektedir. Ancak kişinin biyolojik babasının kim olduğunun tespitine yönelik bir talep karşısında, vücut bütünlüğünün, özel hayatın ve aile hayatının korunması gibi birçok temel hakkın ihlali gündeme gelebilecektir. Çalışmamızda Türk ve Alman Anayasa Mahkemelerinin ve İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği kararlar doğrultusunda kökenin tespiti talebi ve bu talebin diğer temel haklarla ilişkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kökenin tespiti, soybağının tespiti, temel haklar, genetik veri, TMK m. 286, TMK m. 301, HMK m. 292.*

ABSTRACT

A person's finding out her genetic paternity is accepted as a fundamental right recognized by national and international courts. There are many cases in the German and Swiss judiciary where only the origin is identified, independent from the request for the establishment or abolition of the legal paternity. It is accepted the fact that such a case is also possible in Turkish law by doctrine. However, violations of many fundamental rights such as body integrity, protection of private life and family life may come to a question due to a request for the detection of genetic paternity with the biological father of a person. Within our study, the request for the detection of genetic paternity in the light of the decisions given by the Constitutional Court of the Republic of Turkey and The Federal Constitutional Court (German) and Federal Supreme Court of Switzerland; also the relationship between the request and fundamental rights are investigated.

Keywords: *Detection of origin, detection of genetic paternity, fundamental rights, genetic data, TCC article 286, TCC article 301, Code of Civil Procedure article 292*

¹ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, zsdonmez@gmail.com.

Giriş

Soybağının kurulması, tespiti ve reddi hem çocuğun çıkarlarını güvence altına almak hem de sağlıklı aile ve toplum yapısı oluşturmak adına önemlidir. Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) çocuğun anne ve babasıyla soybağının nasıl kurulacağı ve kaldırılacağı düzenlenmiştir. Bu yollardan bağımsız olarak, kişinin kökenini öğrenme hakkının varlığı ve bu hakkın dava yoluyla iler sürülebileceği doktrinde kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi verdikleri birçok kararda kökenin öğrenilmesi hakkını tanımışlardır. Bu kararlarda açıkça görüldüğü üzere, kişinin dava yoluyla köken öğrenme hakkını kullanması, menfaat çatışmalarına sebep olmaktadır. Kararların çoğunluğunda çatışan menfaatler değerlendirildikten sonra çocuğun kökenini öğrenme ve bununla ilişkili olarak kişiliğini geliştirme menfaatine öncelik tanınarak hüküm kurulmuştur. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi 2016 yılında verdiği kararında görüş değişikliğine gitmiştir. Çocuğun menfaatinin karşısında davalının özel hayatının korunması, vücut bütünlüğünün ihlali ve kökenini öğrenmeme menfaatinin de önemini vurgulayarak, aile hukuku kapsamında düzenlenen, soybağının tespitine yarayan yollardan bağımsız olarak bir kökenin tespiti talebinin bulunmadığına hükmetmiştir.

Çalışmamızda, daha önceden incelenmiş olan kökenin tespiti hakkının var olup olmadığı ve hukukî niteliğinin ne olduğu tartışmalarına değinilmekle yetinilecektir. Nitekim bu konuya yönelik mahkeme kararları ve doktrin çalışmaları² kökenin öğrenilmesi hakkının varlığını ve bunun dava yoluyla ileri sürülebileceğini net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu çalışmada ise öncelikle, bu hakkın dava yoluyla kullanılması durumunda gündeme gelecek olan menfaat çatışmaları arasında nasıl bir denge kurulması gerektiği konusu ayrıntılı olarak incelenecektir.

Bunun ardından da Türk Hukuku'nda soybağına ilişkin dava türleri ve kökenin tespiti davasının bunlarla ilişkisi değerlendirilecektir.

² **Serozan, Rona**, Çocuk Hukuku, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, 2017, Vedat Kitapçılık, s. 163; **Kırkbeşoğlu, Nagehan**, 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, 2016, Yıl: 7, Sayı: 24, s. 199 vd.; **Turan- Başara, Gamze**, Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı, Evrensel Hukuk İlkeleri İşığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 2016, Seçkin Yayınevi, s. 265 vd.

I. KÖKENİN TESPİTİ DAVASININ TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİ

A. SOYBAĞI VE KÖKENİN TESPİTİ ARASINDAKİ İLİŞKİ VE KÖKENİN ÖĞRENİLMESİ HAKKININ HUKUKİ TEMELLERİ

Soybağı, bir kişinin ana ve babası ile arasındaki bağı ifade eder³. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile soybağı hukuku yeniden düzenlemiştir. Bu düzenlemeler yapılırken İsviçre’de 1976 yılında yapılan değişiklikler göz önünde bulundurulmuştur⁴.

Soybağının kurulması, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Hısımlık başlıklı ikinci kısmında 282 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre kanbağına veya evlatlık ilişkisine dayanarak soybağının kurulması mümkündür. Kanbağına dayanarak çocuk ile ana arsında soybağı, doğum ile kurulur (TMK m. 282/I). Baba ile çocuk arasında soybağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur (TMK m. 282/II).

Soybağının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu durum soybağına ilişkin madde gerekçelerinde (TMK m. 284) belirtilmektedir. Açılan babalık davasının, Cumhuriyet savcısına ihbar edilmesi yükümlülüğünün de (TMK m. 301/III), soybağının belirlenmesinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle olduğu, madde gerekçesinde açıklanmıştır. Bu husus Anayasa Mahkemesi kararında⁵ da “*Soybağı hem kamu düzenini ilgilendirmekte, hem de hısımlık hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Soybağı ilişkisi aile hukukunun en önemli konularından birisidir. Çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimi üzerinde doğrudan etkisi olan bir husustur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Hukukî anlamda kurulmuş olan soybağı ilişkisi her zaman gerçek durumu yansıtmayabilir. Biyolojik anne/babanın öğrenilmesine ise soybağı hukukunda öngörülen dava süreleri ile davacı/davalı bakımından getirilen sınırlandırmalar engel olabilmektedir. Bu sebeple soybağı hukukundan bağımsız olarak bir kökenin öğrenilmesi hakkının var olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir.

³ **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 2016, Filiz Kitabevi, 11. Bası, s. 252; **Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 2016, Beta Yayınevi, 18. Bası, s. 321; **Baygın, Cem**, Soybağı Hukuku, 2010, XII Levha Yayıncılık, s. 13; **Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa**, Aile Hukuku, 1998, Filiz Yayınevi, 2. Bası, s. 197.

⁴ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun’u gerekçesi, m. 282 vd.; **Öğüz, Tufan**, Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 2010, On İki Levha Yayıncılık, Cilt II, s. 1415; **Başpınar, Veysel**, Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 95.

⁵ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

Kökenin öğrenilmesi hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kıta Avrupası ülkelerinde mahkeme kararlarına sıklıkla konu olan bir kavramdır⁶. Gerek uluslararası sözleşmeler, gerekse anayasanın temel ilkelerine dayanılarak bu hakkın varlığı kabul edilmektedir.

Köken öğrenme hakkının kullanılması ve soybağının kurulması/kaldırılması talebinde bulunulmasının arasındaki temel fark; soybağı ilişkisinin mirasçılık, nafaka gibi hukukî sonuçlar doğururken, kökenin tespiti bu tür haklar vermemesidir⁷. Bununla birlikte kökenin tespiti talebinin hak düşürücü süreye bağlanamayacağı, çocuğun, soybağıyla bağlı olduğu ana- babaya, ana- baba olduğu varsayılan kişilere, ilgili sağlık kuruluşuna, evlatlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁸.

Köken öğrenme hakkı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de dayanak bulmaktadır⁹. Sözleşmenin 7. ve 8. Maddeleri bu anlamda önemlidir. Sözleşme'nin 7. maddesine göre, "*Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde¹⁰ ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.*

Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dâhil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler."

Sözleşme'nin 8. maddesi 2. fıkrası ise "*Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.*" hükmünü getirmektedir.

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin 30. maddesi ikinci fıkrasına göre¹¹ "*Yetkili makamlar, çocuğun veya temsilcisinin bu bilgilere [çocuğun kökeniyle ilgili bilgilere], o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gereken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır."*

⁶ AİHM Jaggi vs Schweiz; BVerfG 31.01.1989, NJW 1989, 891; BGE 134 III 241; BGE 115 10234; BGE 128 I 63.

⁷ **Kırkbeşoğlu**, s. 207; **Baysal**, Başak, Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 515 vd.; **Turan- Başara**, s. 266.

⁸ **Kırkbeşoğlu**, s. 208; **Turan- Başara**, s. 279.

⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye'de 27.1.1995 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 128 I 63) "*mümkün olduğu ölçüde*" ifadesini, dar yorumlayarak, bunun sadece çocuğun kökenini öğrenebilmesinin fiilen mümkün olmaması hali için geçerli olduğunu, bilgilere ulaşmak mümkünse yetkili merciinin bunu çocuğa iletmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir, bkz. **Baysal**, s. 499.

¹¹ Türkiye tarafından 5.12.2001 tarihinde Lahey'de imzalanan Sözleşme, 19.04.2004 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Gerek uluslararası düzenlemeler gerekse heterolog yapay dölleme tekniklerinin gelişmesi ve evlat edinmelerin artması, milli hukuklarda da düzenleme yapma ihtiyacını doğurmuştur. İsviçre Federal Anayasası 2010 yılında “Herkesin kökeniyle ilgili bilgilere ulaşma hakkı vardır.” hükmünü benimsemiştir (Art. 119/II-g BV).

Alman Anaysası’nda kökenin öğrenilmesi hakkına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu yöndeki talepler, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına dayanarak çözülmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin emsal kararında¹², çocuğun kökenini öğrenme hakkı, kişilik hakkı kapsamında tanınmıştır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi 2016 yılında verdiği karar¹³ ile bu görüşünden ayrılarak kişinin, soybağının tespitinden bağımsız olarak bir köken öğrenme hakkının olmadığına hükmetmiştir.

Türk Hukuku açısından soybağının hukuken belirlenmesine engel olarak görülen düzenlemeler, kişinin maddi ve manevî varlığını geliştirme hakkı (AY m. 17) ile ilişkilendirilmektedir¹⁴. Anayasa Mahkemesi kararında¹⁵ açıkça belirtildiği üzere, “Bu madde gereğince soybağının doğru tespit edilmesi kişinin maddi ve manevî varlığını geliştirmesi ile doğrudan ilgilidir. Kişinin soybağının tespitine yönelik sınırlandırma getirmek bu maddenin özü ve sözü ile bağdaşmamaktadır.” Kökenin öğrenilmesi hakkının da bununla bağlantılı olarak TMK m. 23’de düzenlenen kişilik hakkı kapsamında korunduğu kabul edilmektedir¹⁶.

B. KİŞİLİK HAKKI OLARAK KÖKENİN ÖĞRENİLMESİ HAKKI

Kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümünün kişilik hakkına dâhil olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Nelerin kişilik hakkına dâhil olduğunu tahdidi olarak belirlemek mümkün değildir. Değişen ve gelişen sosyal düzen ve teknoloji sayesinde kişilik hakkı kavramı da genişlemektedir. Dolayısıyla kişilik hakkı ihlali iddiasıyla karşılaşan bir hâkim, öncelikle ihlal edilen menfaatin, hukukun korumaya layık gördüğü kişisel menfaatlere dâhil olup olmadığını saptayacaktır¹⁸.

¹² BVerfG 31.01.1989, NJW 1989, 891.

¹³ BVerfG, 19.04.2016, BeckRS 2016, 44719. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. aşağı I. C. 2.

¹⁴ AY Mah. 2008/30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T.; AY Mah. 2013/62 E., 2013/115 K., 10.10.2013 T.

¹⁵ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

¹⁶ Baysal, s. 496; Kirkbeşoğlu s. 208.

¹⁷ Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 2017, Filiz Kitabevi, 18. Baskı, s. 100.

¹⁸ Dural/ Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 101.

Anayasa Mahkemesi soybağına ilişkin verdiği bir kararda bu hakka ilişkin talepleri, “*kişiliğine bağlı temel hak*” olarak nitelendirmiştir¹⁹. Karara göre, “*Anayasa’da düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Devlet’in herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; kişi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.*”

Doktrinde de kökenin öğrenilmesi hakkının Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen kişilik hakkıyla ilişkili olduğu kabul edilmektedir²⁰. Böylece kişiler hem anne- babasını hem diğer kan hısımlarının kimler olduğunu öğrenme ve onlarla kişisel ilişki kurma hakkından mahrum kalmayacaklardır²¹. Bu da doğrudan manevi varlığın geliştirilmesine hizmet etmektedir.

Aynı zamanda İsviçre Federal Mahkemesi kişinin kökenini öğrenme hakkını bir temel hak olarak kabul etmiştir²². Kararda, kökenin öğrenilmesi hakkı açıkça vazgeçilemez, mutlak bir kişilik hakkı olarak nitelendirilmiştir.

C. KÖKENİN TESPİTİ HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri temel hak ve hürriyetlerin belirlenmesi ve dengelenmesi konusunda hâkime yol gösteren ilkelerdir. Nitekim hukuk devleti ilkesi, kişisel özgürlüğün çekirdek alanını korumayı gerektirir. Sosyal devlet ilkesi ise anayasal normların salt bireysel uygulanmasını engellemekte, toplumsal aidiyet ve bağlılığın korunmasını da gerektirmektedir²³. Nitekim anayasa, birey- toplum ilişkisini, bir taraftan koruduğu temel haklarla garanti altına alırken diğer taraftan da sınırlayıcı ve sosyal ödevleri belirleyici normlarıyla dengeler²⁴.

¹⁹ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

²⁰ Baysal, s. 496; Kırkbeşoğlu, s. 208; Turan- Başara, 279.

²¹ Kırkbeşoğlu, s. 207.

²² BGE 134 III 241, çevirisi için bkz. Kırkbeşoğlu, s. 200 vd. Ayrıca BGE 115 10234; BGE 128 I 63. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararında belirttiği üzere kökenin öğrenilmesi talebi kişiliğin korunması kapsamındadır ve bu ZGB Art. 272 ile ilişkilendirilmektedir. Art. 272 ZGB hükmüne göre, “*anne, baba ve çocuklar, her durumda, aile bütünlüğünün gerektirdiği şekilde, birbirlerine saygı ve anlayış göstermekle yükümlüdürler*”. Hukuken korunmaya değer menfaatler için karşılıklı bilgi verme yükümlülüğü de bu normun uzantısı olarak kabul edilmektedir. Türk Hukukunda soybağının taraflara getirdiği karşılıklı yükümlülükler TMK m. 322’de düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, “*ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*.” Kökenin tespiti hakkına ilişkin olarak maddi hukuk normu arayışında, bu hükmü dayanak olarak göstermek kanaatimizce eleştiriye açıktır.

²³ Gören, Zafer, Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1992, C. 9, s. 169.

²⁴ Gören, s. 168.

Kökenin tespiti hakkının dava yoluyla kullanılmasıyla birlikte, böyle bir davayla muhatap olan diğer kişilerin, kişilik haklarıyla bir çatışma olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda çıkan menfaatlerin nasıl dengeleneceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu menfaatler arasında denge kurulması, muhtemel temel hak ihlallerini önlemek adına önemlidir.

Yukarıda değinilen uluslararası metinlere bakıldığında da çocuğun “kanunların müsaade ettiği ölçüde” kimliğine ilişkin bilgilere ulaşma hakkından bahsedilmektedir. Bu ifadeyi dar yorumlamak gerekir. Ancak bu yorumdan, başka temel haklarla veya başka kişilerin menfaatleri ile çatışması durumunda, bunlarla arasında bir denge kurularak, hakkın kullanılmasının sınırlandırılabilirliği sonucunun çıkacağı da açıktır.

1. Kökenin Öğrenilmesi Hakkı ve Vücut Bütünlüğünün İhlalinin Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Temel kişilik haklarının sınırlandırılmasında “ölçülülük ilkesinin” göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre tıbbi müdahalenin, gerçeği saptayabilmek için kaçınılmaz ve müdahaleye katlanacak kişi için sakıncasız olması zorunludur²⁵. Anayasa Mahkemesi soybağına yönelik verdiği bir kararında da ölçülülük ilkesine değinmiştir²⁶. Buna göre, “Ölçülülük ilkesi nedeniyle Devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.”

Ölçülülük ilkesi, soybağı ve kökenin belirlenmesi konularında iki noktada karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak kanun koyucu temel haklara ilişkin yapacağı düzenlemelerde ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmalıdır. İkinci olarak da hâkim, önüne gelen özel hukuk uyuşmazlıklarında, kişilik haklarının çatışması durumunda, ölçülülük ilkesini değerlendirerek hüküm kurmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi, menfaatler açısından değerlendirildiğinde, taraflardan birinin kökeni öğrenme konusunda ki hakkı ve menfaati kadar, karşı tarafın öğrenmeme konusunda bir menfaatinin söz konusu olabileceğini kabul etmekle birlikte, köken öğrenme hakkının, bu menfaat karşısında, ölçülülük ilkesi gerekçesiyle engellenemeyeceğini belirtmiştir²⁷. Karara konu olayda 90 yaşına gelmiş olan davalı, çocuğu gibi büyüttüğü davacının biyolojik babası olup olmadığı gerçeği ile yüzleşmek istememekte; kendisinin biyolojik baba olmadığına ispatlanmış sayılmasını talep etmektedir. Davalının, doktorunun

²⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, 2014, Turan Kitabevi, 3. Baskı, s. 110; Serozan, Rona, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlendirmeler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 2008, Turhan Kitabevi, s. 761; Baygın, Soybağı, s. 90; Baygın, Cem, Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜEHFD, Y. 2002, C. 6, S. 1-4, s. 266.

²⁶ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmî Gazete.

²⁷ BGE 134 III 241 bkz. Kırkbeşoğlu, s. 205.

da bu yöndeki tavsiyelerini ileri sürmüş olmasına rağmen, Mahkeme, kökenin öğrenilmesi hakkının korunmaya değer bir menfaat olduğunu ve ölçülülük ilkesi gerekçesiyle engellenemeyeceğini vurgulamıştır.

Kişinin kökenini öğrenme konusundaki menfaatinin haklılığı ortadadır. Ancak bu menfaatin diğer kişilik haklarıyla ilişkisi değerlendirilmeden, doğrudan, temel haklara dayanan diğer menfaatlerden üstün tutulması eleştiriye açıktır. İsviçre Federal Mahkemesi, DNA tespiti yapılması için vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalenin sağlığı tehdit edecek boyutta olmadığı gerekçesiyle davalının talebini reddetmiştir. Kanaatimizce karar, müdahalenin içerdiği risklerde sadece fizikî sağlığı dikkate almış olması sebebiyle eksiktir. Basit bir tıbbî müdahale ile öğrenilebilecek bir durum, psikolojik olarak ağır sonuçları beraberinde getirebilir.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de 2016 yılında verdiği kararda temel haklara ilişkin farklı menfaatler üzerinde durmuştur.

2. Alman Anayasa Mahkemesi Kararı

Gerek yerel mahkemeler gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi köken tespitine ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda, bunun bir kişilik hakkı olduğunu ve diğer kişilik haklarıyla yakından bir bağlantısı olduğunu değerlendirmişlerdir. Bu bağlantıda kökenin tespiti hakkının diğer kişilik haklarında önde yer alması gerektiği sonucuna varmışlardır. Alman Anayasa Mahkemesi 2016 yılında vermiş olduğu kararda²⁸ ise aynı hususları değerlendirmiş fakat farklı bir sonuca varmıştır.

Karara konu olan uyuşmazlıkta davacı, 1950 yılında evlilik birliği dışında doğmuştur. Davacının annesi, babasının X olduğunu söylemiş, ancak bu durum hukuken tespit edilmemiştir. Davacı, 1954 yılında, o zamanki mevzuata uygun olarak “kan bağına dayalı kökenin tespiti” talebinde bulunmuş; bu talep 1955 yılında reddedilmiştir. Davacı 2009 yılında babalık durumunun açığa çıkarılması için DNA-testine rıza göstermesini istemiştir. Davacı, bu talebini § 1598 a BGB’ye dayandırmaktadır. § 1598 a BGB’ye göre anne, baba ve çocuk birbirlerinden, soybağının tespiti için yapılacak genetik bir araştırmaya rıza göstermelerini ve bu araştırma için biyolojik madde alınmasına katlanmalarını talep edebilirler. Ancak bu hüküm sadece hukuken tanınan bir aile yani geçerli olarak kurulan soybağı ilişkisinin varlığı durumunda uygulanacaktır. Bu durum karşısında davacı, biyolojik baba olduğu tahmin edilen kişilerin, § 1598 a BGB’nin uygulama alanına girmemesinin, Anayasanın birinci maddesi birinci fıkrası ve bununla ilişkili olarak Anayasanın ikinci maddesi birinci fıkrasına;

²⁸ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719; değerlendirme için bkz. Heiderhoff, Bettina, Anspruch des Kindes auf Klärung der genetischen Vaterschaft?, NJW 2016, s. 1918.

aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sekizinci maddesi birinci fıkrası uyarınca özel hayata saygı gösterilmesi hakkına aykırılık teşkil ettiği iddiasında bulunmuştur.

Alman hukukunda, mevcut aile hukuku kurallarına göre kişinin kökeninin mahkeme kanalıyla tespit edilmesi iki yolla mümkündür. Bunlar § 1598 a BGB ve § 1600 d BGB'de düzenlenmiştir. § 1598 a I Nr. 3 BGB'ye göre, çocuk, (hukuken tespit edilmiş olan) anne-babasından, kökenin tespitine yönelik genetik bir incelemeye rıza göstermelerini ve bu amaçla kendilerinden örnek alınmasına (DNA örneği) katlanmalarını isteyebilir. § 1598 a I Nr. 3 BGB, sadece, hukuken anne- baba olarak görünen kişilerin biyolojik anne- baba olup olmadıklarının tespitine yarar.

Çocuk, hukukî olarak bir babaya sahip değilse, § 1600 d I BGB'ye dayanarak babasının kim olduğunun tespitini isteyebilir. Bu hükmün amacı, biyolojik babanın kim olduğunun dolaylı olarak belirlenmesinin zorunlu olduğu hallerde, baba ile olan soybağının hukukî olarak kurulmasını sağlamaktır. Çocukla baba olarak ilişkilendirilen kişi § 1592 Nr. 3 BGB'ye göre hukuken babadır. Bu hükümlerin dışında kökenin tespitini sağlamak amacıyla başvurulabilecek başka bir hukukî müessese söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin § 1598 a BGB'ye ilişkin olan yorumuna itiraz etmemiştir. Normun, davacının talep ettiği şekilde genişletilerek anayasaya uygun şekilde yorumlanması mümkün değildir; çünkü hukukî bir sonuç doğurmayan, babalığın tespiti imkânı, anayasal bir hak oluşturmamaktadır.

Kişinin kökenini öğrenme hakkı mutlak değildir, çatışan diğer temel haklarla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Kökenin açıklanması ile annenin kişilik hakları korunmalı, özel hayatın ve cinsi münasebetlerin gizliliğine bir saldırı meydana gelmemelidir. Diğer taraftan baba olması muhtemel olan kişi açısından da birçok temel hak söz konusudur. Bu haklara örnek olarak kişisel verilerinin korunması hakkı ihlal edilebilir ki, kişinin kökenini tespiti yarayacak genetik bilgileri de buna dâhildir. Bununla birlikte kökenin tespiti için DNA örneği alınması da kişinin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Anayasanın altıncı maddesi birinci fıkrası kapsamında korunan aile hayatı da ihlal edilebilir. Kökenin tespiti amacıyla yapılan müdahalelerle tüm bu temel hakları ihlal edilen muhtemel baba için geri dönülmez sonuçlar doğabilir²⁹.

Kararda, Anayasa ile güvence altına alınan genel kişilik haklarına dayanmak suretiyle kökenin tespitinin talep edilemeyeceği, yani genel kişilik haklarının kökenin tespitinin teminatını oluşturamayacağı ancak kökene ilişkin ulaşılabılır bilgilerin gizlenmesi karşısında bir koruma sağlayacağı vurgulanmıştır³⁰.

²⁹ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, Nr. 39.

³⁰ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, Nr. 33.

Kökenin öğrenilmesi talebi ile kökene ilişkin ulaşılabilir bilgilerin engellenmesi savunmasıyla karşı karşıya gelen tarafların menfaatlerinin korunmasına dair devletin anayasal bir sorumluluğu vardır³¹.

Davaya Adalet Bakanlığı da katılmıştır. Adalet Bakanlığının görüşüne göre, § 1598 a BGB, hukukî olarak soybağı kurulmamış ancak biyolojik baba olduğu tahmin edilen kişilere karşı dava hakkı vermez. Kanun koyucu, hükmün uygulama alanını hukukî olarak kurulmuş aile ile sınırlı tutmak istemiştir. Hükmün, bu kapsamın dışında kalan kişilere yani herhangi üçüncü bir kişiye karşı kıyasen uygulanmasının kabulü beraberinde farklı sorunlar getirecektir. Mevcut durum Anayasa'ya uygundur³².

Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında önceki içtihatlarından³³ farklı bir bakış açısı sergilemiştir. Karar, yeni bir temel hak modeli ortaya koymuş olması sebebiyle önemli bulunmaktadır. Buna göre baba olması muhtemel olan kişinin, çocuğun biyolojik babası olmadığına dair anlayışı da korunmalıdır. Çünkü "baba olduğu tahmin edilen kişinin, çocuğun kendisinden olup olmadığına daha fazla araştırılmaması konusunda bir menfaati olabilir.

Karara ilişkin yapılan bir değerlendirmede, kanun koyucunun bilinçli olarak, "bağımsız, hukukî sonuç doğurmayacak bir babalığın tespiti davası" açılmasını mümkün kılacak; yani potansiyel olan herkese yöneltilebilecek ve nafaka veya mirasa ilişkin bir talep olmaksızın, yalnızca babalığın tespitine yarayacak bir dava türünü düzenleme altına almaktan kaçındığı belirtildikten sonra kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma yükümlülüğünün bulunmadığı da ifade edilmiştir³⁴.

3. Özel Hayatın Gizliliği ve Aile Hayatının Korunması Gerekçesiyle Sınırlandırma

Çocuğun, kökenin tespiti talebinde bulunması ile hem annenin hem de baba olduğu iddia edilen kişinin özel hayatına ve mevcut aile düzenine bir müdahale söz konusu olabilir. Anayasa'nın 20. maddesine göre, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*"

³¹ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, Nr. 38. Ayrıca bkz. BVerfG 79, 256 [268 f.] = NJW 1989, 891; BVerfG 90,263 [270 f.] = NJW 1994, 2475; BVerfG 96, 56 [63] = NJW 1997, 2165.

³² BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, s. 401.

³³ BVerfG, Urteil vom 31-01-1989 - 1 BvL 17/87 (NJW 1989, 891, beck-online), Anayasa Mahkemesinin bu kararında kişinin kökenini öğrenme hakkının kişilik hakkı kapsamında olduğu belirtilmiştir.

³⁴ **Muckel, Stefan**, "Allgemeines Persönlichkeitsrecht: Keine "rechtsfolgenlose" Vaterschaftsfeststellung", JA 2016, S. 7, s. 553.

i. Annenin ve Biyolojik Baba Olduğu Düşünülen Kişinin Özel Hayatının Gizliliği

Çocuk, biyolojik babasını öğrenmek istediğinde, annenin, özel hayatın ve dolayısıyla cinsî münasebetlerin gizliliği gerekçesiyle çocuğa bilgi vermek istememesi hukuken korunan bir menfaat olarak kabul edilmemektedir³⁵. Böyle bir durumda, çocuğun biyolojik babasını öğrenme menfaatine üstünlük tanınmaktadır. Annenin vereceği bu bilgi, baba olduğu iddia edilen kişinin de özel hayatını ilgilendirmektedir. Sadece özel hayatın korunması gerekçesi, baba olduğu iddia edilen kişi için de bir savunma aracı oluşturmamaktadır. Her ne kadar yukarıda değinilen Alman Anayasa Mahkemesi kararı, özel hayatın gizliliği gerekçesiyle kişinin biyolojik babasını öğrenme hakkının kısıtlanabileceği üzerinde dursa da hemen aşağıda açıklandığı üzere, genel kanaat ve uygulama bundan ayrılmaktadır.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında³⁶ evlilik birliği dışında doğan bir çocuğun, annesinden biyolojik babasının kim olduğunu öğrenmek istemesi ve annesinin bu bilgiyi vermek istememesi üzerine evlilik birliği dışında doğmuş olan, ergin çocuğa, annenin, biyolojik babasına ilişkin kimlik bilgilerini verme yükümlülüğünün olup olmadığı eğer böyle bir yükümlülüğü varsa bunun hangi kapsamda olduğu sorusunu değerlendirmiştir. Anne, çocuğun doğumundan önce birçok erkekle birlikte olduğunu, bu erkeklerin bir kısmının evli olduğunu beyan etmiştir. Dolayısıyla anne, kendisinden istenen bilgiyi vermekle hem kendi özel hayatına hem de başkalarının özel hayatına ilişkin bilgileri paylaşmış olacaktır. Mahkeme, insan onurunun ve özel hayatın temel hak olarak korunduğunu ancak bu korumanın tek başına köken öğrenme hakkının önüne geçemeyeceğini; aynı şekilde bu maddelere dayanarak kişinin kökenini öğrenme talebinde bulunduğu, bu hükümlerin ona mutlak bir koruma sağlamayacağını vurgulamıştır. Somut olayın özelliklerine bakılarak menfaatler arasında bir denge oluşturulması gerektiği kararda belirtilmiştir. Kişi, özel hayatının sınırını ne kadar genişletir ve ne kadar açık ederse, koruma o kadar azalacaktır. Bu “özel hayat” sebebiyle meydana gelen bir çocuğa karşı da “özel hayatın korunması” talebi geçerli olarak görülmemiştir. Kararda ayrıca, Anayasa’da yer alan hükümlerin kurumlara karşı da ileri sürülebileceği, anne ile çocuk arasındaki bilgi verme yükümlülüğünün ise öncelikle § 1618a BGB³⁷ hükmü dolayısıyla var olduğu ifade edilmiştir.

³⁵ **Löhnig, Martin/ Plettenberg, Ina/ Runge- Rannow, Maria Viktoria**, Keine Pflicht des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten, rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung, NZFam 2016, S. 9, s. 409; **Daiber, Birgit**, Ehe- Ein Vertrag zu Lasten Dritter?, NZFam 2016, S. 20, s. 919.

³⁶ Alman Anayasa Mahkemesinin 06.05.1997 tarih ve 1 BvR 409/90 sayılı kararı, NJW 1997, s. 1769.

³⁷ § 1618a BGB’ye göre, anne baba ve çocuklar birbirlerine karşı anlayış ve saygı göstermekle yükümlüdür.

Bu açıklamalarla birlikte görülmektedir ki fiili bir olguya dayanması koşuluyla³⁸ biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi, özel hayatının korunması gerekçesiyle böyle bir talebe muhatap olmaktan kurtulamayacaktır. Hatta bu kişinin bir aile hayatının olması durumunda ailenin korunması gerekçesiyle de kendisini kurtaramayacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi bu gibi durumlarda kişinin biyolojik babasını öğrenme menfaati daha üstün tutulmuştur.

Evlilik birliği dışında doğan ve baba yönünden soybağı bulunmayan çocukların, biyolojik babalarını öğrenme talepleri karşısında mahkemeler, menfaat dengesini bu şekilde değerlendirmektedir. Baba yönünden soybağı bulunan çocuklarda ise durum biraz daha karmaşıktır. Zira bu durumda çocuğun içinde bulunduğu aile hayatının korunmasının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

ii. Aile Hayatının Korunması

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu karara konu olayda³⁹, davacı, çocuğun annesi ile 1999'un Mart ayında bir ilişkilerinin olduğunu, 8.5.2000 tarihinde doğan çocuğun babasının kendisi olduğunu iddia etmiştir. Ancak çocuk, davalı 2 tarafından geçerli bir şekilde tanınmış, bu suretle soybağı kurulduktan sonra da davalı 2 ve anne evlenmişlerdir. Davacı, çocuğu tanımak istediğinde bu durum kendisine bildirilmiş ve talebi bu gerekçeyle reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı, tanınmanın iptali ve kendisinin biyolojik baba olduğunun tespiti talebiyle dava açmıştır. Anne de davacıya, çocuğun kendisinden olduğunu söylemiştir. Ancak davalı 2 çocuk ve anneyle ortak hayata devam etmektedir. Dava hem ilk hem de üst derece mahkemesince reddedilmiştir. Nitekim hukukî olarak kurulmuş bir soybağına 3. kişinin itiraz hakkı çok kısıtlı bir şekilde tanınmıştır. § 1600 II ve IV BGB'ye göre, biyolojik baba ancak çocuk ve hukukî baba arasında korunmaya değer sosyal bir aile ilişkisi olmadığı zamanlarda iptal talebinde bulunma hakkına sahiptir. Somut olayda anne ve hukukî babanın evli olmaları sebebiyle sosyal anlamda da bir aile ilişkisi mevcuttur. Bu sebeple biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin iptal talep etme hakkı yoktur. Bunun üzerine konu, soybağının iptaline yönelik olan § 1594 BGB vd. maddelerinin kişilik haklarıyla ve biyolojik babanın doğal hukuktan kaynaklanan babalık hakkıyla⁴⁰ bağdaşıp bağdaşmadığı sorusu ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi özel hayatın ve aile hayatının korunması gerekçesiyle mevcut düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı

³⁸ Serozan, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, s. 761; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 154, 178; Löhnig/ Plettenberg/ Runge- Rannow, s. 409.

³⁹ Alman Anayasa Mahkemesi'nin 13. 10. 2008 tarih ve 1 BvR 1548/03 sayılı kararı, BVerfG JuS 2009, 460.

⁴⁰ Alman Anayasası m. 6 evlilik, aile ve evlilik birliği dışında doğan çocuklara ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, "(1) Evlilik ve aile devletin özel koruması altındadır. (2) Çocuğun bakım ve eğitimi anne-babanın tabii hakkı ve aynı zamanda yükümlülüğüdür."

bulmamıştır. Kararda belirtildiği üzere, biyolojik baba olmak, kişiyi doğrudan Anayasa'nın 6. Maddesinde belirtilen hakların sahibi yapmaz. Anayasa, biyolojik babanın, hukukî baba olarak tanınması talebini de güvence altına almaktadır. Ancak mevcut olayda olduğu gibi hukukî olarak kurulmuş bir aile ilişkisinin varlığı sebebiyle menfaatler çatıştığında, öncelik, hukukî ve sosyal olarak kurulmuş aileye verilmiş ve biyolojik baba olduğunu iddia eden kişiye iptal hakkı, haklı olarak tanınmamıştır.

Bu karar her ne kadar soybağına ilişkin hükümlerin Anayasa ile ilişkisine yönelik olsa da soybağından bağımsız olarak kökenin tespit edilmesi hakkının varlığının kabulünde, bu hakkın sadece üst soya yöneltilebilecek bir hak değil, biyolojik baba olduğunu düşünen bir kişinin, çocuğu olduğunu düşündüğü kişiye de yöneltilebileceği bir hak olduğunu göstermesi açısından önemlidir⁴¹.

4. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Sınırlandırma

Biyolojik baba olup olmadığının tespit edilmesi için biyolojik madde verme talebiyle karşı karşıya kalan kişinin, biyolojik madde vermeyi kabul etmemesinin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁴² kapsamında korunup korunmayacağı değerlendirmeye açık bir meseledir. Genel nitelikli hükümlerin yanı sıra 2016 yılında yürürlüğe giren bu kanun ile kişisel verilere yönelik özel bir koruma getirilmiştir.

Kanun'un 3. maddesi d bendine göre kişisel veri "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*" ifade eder. 6. maddede ise özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları düzenlenmiştir. Özel nitelikli veriler, taşıdığı risk sebebiyle genel nitelikli verilerden ayrılır ve daha sıkı bir koruma gerektirir⁴³. Kanun'un 6. maddesine göre;

⁴¹ Alman Anayasa Mahkemesi 2003 ve 2007 yıllarında vermiş olduğu kararlarda bu hususu değerlendirmiş ve "*nasıl ki çocuğun kökenini öğrenme hakkı, kişiliğini geliştirme hakkının bir parçası olarak kişilik hakkının içinde değerlendiriliyorsa, kişinin kendinden üreyen çocuğun kimliğini öğrenme hakkı da insan onuru kapsamında korunmaya değer görülmelidir*" sonucuna varmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 209- 210. Bununla birlikte Alman hukukunda 2013 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile hukukî olarak soybağı kurulmamış olan biyolojik baba, § 1686a BGB ve § 167a FamFG' ye göre çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma talebinde bulunabilir. Bu talepte bulunabilmesi için babanın, annenin gebe kalma dönemde onunla birlikte yaşadığını ispat etmesi gerekmektedir. Böylece babanın, hukukî sonuç doğurmayacak ancak çocukla kişisel ilişki kurmasını ve onunla ilgili bilgi almasını temin edecek bir babalığın tespiti talebinde bulunması mümkündür. Ancak kanun çocuğa, biyolojik babasına yöneltebileceği böyle bir hak tanımamıştır.

⁴² 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 7.4.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazete.

⁴³ **Özdemir, Hayrunnisa**, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara, 2009, Seçkin Yayınevi, s. 127; **Taştan, Furkan Güven**, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, İstanbul, 2017, On iki Levha Yayıncılık, s. 44.

“(1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

Görüldüğü üzere kişinin açık rızası olmadan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. 3. fıkrada ise sağlık ve cinsel hayata ilişkin bilgilerin, diğer kanunların cevaz vermesi durumunda, açık rıza olmadan işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Kişinin biyolojik babasını öğrenmesi için veri olarak kan, tükürük veya saç teli yeterlidir. Bu verilerin sağlık ve cinsel hayata ilişkin veri mi yoksa birinci fıkrada bahsedilen genetik veri mi olduğunun tespiti, bunun işlenmesinde uygulanacak yöntemin belirlenmesi açısından önemlidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda tanımlanmayan genetik veri kavramına, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü⁴⁴’nün dördüncü maddesi on üçüncü bendinde yer verilmiştir. *“Kişinin biyolojik numunesinden çıkarılan, onun fizyolojisine veya sağlığına ilişkin irsi veya sonradan kazanılan genetik özelliklerle ilgili verileri⁴⁵”* genetik veri olarak tanımlanmaktadır. Genetik veri ve sağlığa ilişkin veri kavramları arasındaki ilişkiyi netleştirebilmek adına Tüzük’ün gerekçesine (Nr. 34) bakmak yol gösterici olacaktır. Buna göre, verinin değerlendirilmesiyle, kromozom, DNA veya RNA veya başka bir elementin değerlendirilmesiyle gerçek kişinin irsi ya da sonradan kazandığı özelliklerine ilişkin aynı tanı konabiliyorsa, bu veri genetik veri olarak açıklanmıştır.

⁴⁴ Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’nin 27.04.2016 tarihinde kabul ettiği 2016/ 679 Sayılı Tüzük, Avrupa Birliği’nin 04.05.2016 tarihli Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır. Almanca metin için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=DE> (E.t. 03.04.2018).

⁴⁵ Taştan, 122 Nolu dipnot. Tüzükteki ifadesiyle, *“Genetic data’ means personal data relating to the inherited or acquired genetic characteristics of a natural person which give unique information about the physiology or the health of that natural person and which result, in particular, from an analysis of a biological sample from the natural person in question.”*

Kişiye özgü sağlık verisi ise ilgili kişinin geçmiş, şimdi ve gelecekteki fizik ve ruh sağlığına ilişkin bilgileri içerir (Nr. 35). Gerekçeye göre (Nr. 54), yüksek bir korumadan yararlanacak özel nitelikli kişisel veriler, sadece şu şartlarda sağlıkla ilgili konularda kullanılır; bu bilgiye ulaşılması belirli bir gerçek kişinin ya da toplumun genelinin menfaati için gerekli ise, sağlık sisteminin işleyişi ve kalitesine ilişkin lokal ve sınır ötesi araştırmalarda kullanılması, sınır ötesine sağlık yardımı sağlanması, kamu düzenine ilişkin arşivlerin oluşturulması amacıyla, bilimsel ya da tarihi araştırmaların yapılması amacıyla kullanılmasında (....) Üye ülkeler bunlar dışındaki özel nitelikli verilerin, özellikle genetik verilerin işlenmesine yönelik sınırlama ve şartlar getirebilirler. Ancak bu şartlar verilerin sınır ötesinde işlenmesine ilişkin olsa da verilerin Birlik içerisinde serbest dolaşımına engel olmamalıdır.

Görüldüğü üzere sağlık verilerinin işlenmesi, genetik verilerden daha ağır şartlara bağlanmıştır. Kişinin biyolojik babasını öğrenmek için ihtiyaç duyduğu veriler genetik veri niteliğindedir. Özel nitelikli bir veri olan genetik verinin işlenebilmesi için kural olarak kişinin açık rızası gerekir. Ancak kanunda öngörülen hallerde kişinin açık rızası olmasa da işlenebilir. Bu verilerin işlenmesine cevaz veren kanun hükmü ise TMK m. 284/b. 2 ve HMK m. 292'de yer almaktadır. İki hüküm de soybağının tespiti için açılan davalarda, davalının incelemeye rıza göstermemesinin sonuçlarını düzenlemektedir.

D. Kökenin Öğrenilmesi Davasında HMK m. 292 Hükümünün Uygulanması

Soybağının tespiti konusunda ilgililerin incelemelere rıza gösterip göstermeme zorunluluklarını ve bunun sonuçlarını düzenleyen TMK m. 284/b. 2 ve HMK m. 292 hükümleri önem arz etmektedir. Her iki madde de kişi bakımından uygulama alanını geniş bir şekilde düzenlemiştir. TMK m. 284/b. 2 "*tarafklar ve üçüncü kişilere*" soybağının belirlenmesinde zorunlu olan araştırma ve incelemelere rıza gösterme yükümlülüğü getirmiştir. HMK m. 292 hükmü ise "*herkesin*" soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla kökenin tespiti talebiyle açılacak davalarda, soybağının belirlenmesine yönelik olan bu hükümlerin uygulanmasında engel bir durum yoktur.

TMK m. 284/b.2'ye göre, davalı, gerekli araştırmaya rıza göstermezse, hâkim, beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir. HMK m. 292 hükmüne göre ise, böyle bir araştırmaya rıza gösterilmemesi durumunda hâkim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir. Bu iki hüküm arasındaki açık çelişki karşısında, hangi normun geçerli olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, TMK m. 284/b.2 'nin maddi hukuk normu olduğu gerekçesiyle HMK m. 292 karşısında üstün tutulması gerektiği yönündedir⁴⁶.

⁴⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 263.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen diğer görüş ise zaman itibarıyla sonradan yürürlüğe giren HMK hükmünün TMK hükmünü zımnen ortadan kaldırdığıdır⁴⁷.

Soybağının belirlenmesi için tıbbi araştırmaya rıza göstermeyen kişinin, böyle bir araştırmaya zorlanabileceği hükmünü düzenleyen HMK m. 292 bu anlamda doktrinde eleştirilmektedir⁴⁸. Kanun koyucu bu yaklaşımıyla gerçeğin ortaya çıkmasını üstün yarar olarak kabul etmiştir⁴⁹. Ancak bu durum açıkça kişilik hakkı ihlali teşkil etmekte ve ölçülülük ilkesini zedelemektedir⁵⁰. Böyle

⁴⁷ **Tüzüner, Özlem**, Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, Y. 2013, Cilt: 62, S. 4, s. 1149 vd.; **Dursun, Sanem Aksoy**, Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi” Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, Cilt: 8, Sayı: 95-96, s. 120 vd.; **Özbilen, Ali Barış**, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 113 vd.

⁴⁸ HMK m. 292 hükmüne benzer bir norm, § 1598 a BGB’de düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) Çocuğun biyolojik kökeninin belirlenmesi için 1. Baba, anne veya çocuktan 2. Anne, baba veya çocuktan 3. Çocuk, her iki aile bireyinden kökenin tespiti için gerekli genetik araştırmalara rıza göstermesini ve uygun genetik deney için biyolojik madde alınmasına katlanmasını isteyebilir. (2) Yetkili kişinin talebi üzerine, rıza gösterilmemesi durumunda, aile mahkemesi deney için biyolojik madde alınmasına katlanmasını isteyebilir. Deney, kabul edilen bilimsel esaslara göre gerçekleştirilmelidir.” HMK m. 292 ve § 1598 a BGB arasındaki temel fark, normun kişi bakımından uygulama alanında kendini göstermektedir. HMK m. 292 soybağının belirlenmesine ilişkin tüm davalarda uygulanabilir. Bu anlamda Türk Medeni Kanunu 286. maddesinde soybağının reddi davasını ve 301. maddesinde babalık hükmünü kabul etmiştir. Soybağının reddi davasında hukuken kurulmuş bir aile ilişkisinin çözülmesi talebi söz konusu iken; babalık hükmünde hukuken kurulmuş bir aile ilişkisi yoktur ve bunun tesisi için dava açılmaktadır. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi HMK m. 292'nin babalık hükmü davasında uygulanmasına engel bir durum yoktur. Oysa § 1598 a BGB normu sadece hukuken kurulmuş bir aile ilişkisinin varlığı halinde uygulanabilir. Alman Anayasa Mahkemesi’nin 13.02.2007 tarihinde gizli babalık testine ilişkin verdiği kararında (BVerfG NJW 2007, 753), kanun koyucunun bilinçli olarak § 1598 a BGB hükmünü dar bir şekilde düzenlediği vurgulanmıştır. Bu hüküm, biyolojik ancak hukukî olmayan babaya yönelik olarak bağımsız bir kökenin tespit edilmesi talep hakkı vermez.

⁴⁹ İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 296 hükmü (Art. 296 ZPO) HMK m. 292 ile benzer bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Art. 296/II ZPO’ya göre, “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere katılmakla yükümlüdürler. Tarafların ve üçüncü kişilerin –ispat faaliyetlerine katılmaktan- kaçınma haklarına yönelik düzenlemeler geçerli değildir.” 2011 yılında yürürlüğe giren bu hüküm, aynı konuyu düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu m. 254’ü ilga etmiştir. Hüküm, hem soybağına ilişkin inşai davalar hem de tespit davasında uygulanmaktadır. Türk Hukukundaki düzenleme ile arasındaki önemli fark ise yükümlülüğe uymamanın yaptırımında karşımıza çıkmaktadır. İsviçre Hukuku’na göre bu yükümlülüğe uyulmaması dolaylı yaptırımlara tabi olur. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen usul hukukuna ilişkin yaptırımların uygulanması gerekir. Ancak kişinin zor kullanılarak böyle bir araştırmaya dâhil edilmesi mümkün değildir, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung (2013), Art. 296, Nr. 25.

⁵⁰ **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 154, 178.

bir müdahaleye katlanmak istemeyen kişinin buna zorlanması çok ağır bir ihlal olup insan onuruyla bağdaşması mümkün değildir⁵¹. Oysa davalının, gerekli araştırmaya rıza göstermemesi durumunda, hâkimin beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabileceğini öngören TMK hükmü, çatışan menfaatler arasında daha dengeli bir düzenleme içermektedir.

HMK m. 292 hükmünün herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmadan uygulanması temel hak ihlallerine sebebiyet verebilecektir. HMK m. 292/l c. 2, “*Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*” düzenlemesini içermektedir. Bu durumda hâkim, böyle bir müdahaleden kaçınan kişinin sebeplerinin haklı olup olmadığı konusunda takdir hakkına sahiptir. Hâkim, babalık hükmü davasında vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak istemeyen kişinin haklı bir sebebi olup olmadığı konusunda takdir hakkını kullanırken, davacının iddialarının somut olgulara dayanıp dayanmadığı, tıbbi müdahale uygulanmadan sonuca ulaşılmamasının mümkün olup olmadığı, yapılacak müdahalenin davalının sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı konularına dikkat etmelidir⁵².

II. TÜRK HUKUKU’NDA SOYBAĞINA İLİŞKİN DAVA TÜRLERİ VE KÖKENİN TESPİTİ DAVASININ BUNLARLA İLİŞKİSİ

Türk Medeni Kanunu, soybağına yönelik olarak fiili durumla hukukî durumun birbirine uymaması halinde açılacak dava türlerini düzenlemiştir. TMK m. 301’de öngörülen babalık hükmü hariç diğer davalar hukukî olarak kurulmuş olan soybağını ortadan kaldırmaya ilişkin, olumsuz nitelikteki davalardır. Bunlar, TMK m. 286’da öngörülen soybağının reddi, TMK m. 294/l’de düzenlenen sonradan evlenmeyle soybağının oluşturulmasına itiraz ve TMK m. 297’de hüküm altına alınmış olan tanınmanın iptali davalarıdır. Nüfus kaydının hatalı bir şekilde oluşturulması durumunda ise her zaman tespit ve TMK m. 39 ve Nüfus Kanunu m. 35 uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılabilir.

Biyolojik babanın belirlenmesi amacıyla açılacak bir köken tespiti davasında, çocuğun baba yönünden soybağının kurulup kurulmamış olmasına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Ancak hemen baştan belirtelim ki böyle bir dava hakkının tanınıp tanınmaması konusunda çocuğun baba yönünden soybağının olup olmaması tek kriter olarak kabul edilemez; ancak somut olaya ilişkin değerlendirmelerde belirleyici olabilir.

⁵¹ **Memiş, Tekin/Yıldırım, Fadıl**, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Belirlenmesi ve Yarattığı Hukukî Sorunlar”, AÜEHFD, Y. 2004, C. VIII, S. 1-s. 299-300.

⁵² **Kırkbeşoğlu**, s. 221.

A. Soybağının Reddi Davası

Türk Medeni Kanun'un 285. madde 1. fıkrası hükmü gereği, “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.” Kanunkoyucu bu hüküm ile babalık karinesi öngörmüştür. Bu karine uyarınca evlilik birliği içerisinde doğan çocuk ile baba arasında soybağı kurulur⁵³. Hukuken kabul edilen bu duruma ilişkin bir şüphe olması durumunda ise başvurulması gereken yol TMK m. 286 uyarınca soybağının reddedilmesi olacaktır. Kural olarak bu davayı açma hakkı baba ve çocuğa aittir. Ancak TMK m. 291 hükmünde öngörülen durumlarda “diğer ilgililer”de soybağının reddi davası açma hakkını haiz olacaklardır. Baba olduğunu iddia eden kişinin de bu kapsamda dava açma hakkı söz konusudur⁵⁴.

Babalık karinesine dayanarak çocuk ile baba arasında soybağının kurulması durumunda, çocuk ile baba arasındaki soybağının kaldırılmasının tek yolu açılmış olan soybağının reddi davasının kabul edilmesidir. Mevcut hukukumuzda göre çocuk ile hukukî baba arasında soybağının bulunmadığı iddiası tespit davasına konu teşkil edemez ve görülmekte olan başka bir davada ileri sürülemez⁵⁵.

Soybağının reddi davasının açılması hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır. TMK m. 289'da düzenlenen 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra bu davanın açılması mümkün olmayacaktır. Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmalıdır. Kanun koyucunun hak düşürücü süre belirlemesi, tarafların sürekli bir dava tehdidi altında bırakılmasını engellemek istemesindedir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi 2009 yılında vermiş olduğu bir karar ile soybağının reddi davasının açılabilmesi için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü üst süreyi iptal etmiştir⁵⁷. Dava konusu olayda baba, evlilik birliği içerisinde doğan ve doğumundan itibaren 5 yıldan fazla süre geçen çocuğu ile arasındaki soybağının iptalini istemekte ancak kanunda öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre sebebiyle bu talebini dava yoluyla ileri sürememekteydi. İptal kararından önce kocanın soybağının reddi davası açması, her halde doğumdan başlayarak beş yıl geçtikten sonra sona eriyordu. İtirazın gerekçesinde “Günümüzün ailesi ‘küçük aile’ denilen eşler ile evlenmemiş çocuklardan oluşan aile tipidir.

⁵³ **Erlüle, Fulya**, Babalık Karinesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 1, 2009, Vedat Kitapçılık, s. 686 vd.

⁵⁴ Baba olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davası açma hakkı 4721 Sayılı kanun ile tanınmıştır, bkz. **Öğüz**, s. 1418.

⁵⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 258.

⁵⁶ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T., 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷ AY Mah. 2008/ 30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T., 7.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete.

Dolayısıyla eş ile kan bağı olmayan çocuğun aileden olduğunun, eşin iradesine rağmen varsayılması Anayasa'nın koruduğu bir sonuç değildir." denilmekte; ilgili kanun hükmünün Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 40. ve 41. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmekteydi. Anayasa Mahkemesi itirazı, 2., 5. ve 17. maddelere aykırılık yönünden incelemiş ve kabul etmiştir. Kararda, "*Kişinin genetik- biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından biridir. İtiraz konusu ibare ile bu hak doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi halinde dava açma hakkı henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik- biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bu hak ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir.*" ibarelerine yer verilmiştir. Aynı zamanda itiraz konusu ibarenin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surete sınırlandırdığı da vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumundan, soybağının doğru bir şekilde belirlenmesini bir temel hak olarak yorumladığı ve bu temel hakkın beş yıllık bir süre ile sınırlandırılmasının hukukî olmayacağını kabul ettiği açıktır. Fiili durum ve hukukî durumun birbirine uygun hale getirilebilmesi amacıyla üst sürenin iptali yoluna gidilmiştir. Bu gerçeğin tespit edilmesi, babası olarak bildiği kişiyle soybağı kesilecek olan çocuğun menfaatinden üstün tutulmuştur⁵⁸.

Bu durumda çalışma kapsamında değerlendirilmesi gereken soru ise, bir erkekle soybağı bulunan çocuğun, soybağını reddetmeden veya hak düşürücü sürenin dolması sebebiyle reddedemeden, soybağıyla bağlı bulunduğu kişiye ya da başka bir erkeğe biyolojik babasının tespiti amacıyla kökenin öğrenilmesi talebini dava yoluyla ileri sürüp süremeyeceğidir. Aynı şekilde bir erkek, başka bir erkekle soybağı bulunan çocuğa karşı onun biyolojik babası olduğu iddiasıyla tespit talebinde bulunabilecek midir⁵⁹?

Kökenin tespiti hakkı, vazgeçilemeyen, devredilemeyen ve süre ile sınırlandırılmayan bir mutlak haktır dediğimizde, böyle bir ayırım yapmaksızın dava açılabilirliğini kabul etmek gerekir. Ancak böyle bir talebin kabul

⁵⁸ Çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği yönünde bkz. **Akbıyık, Cem**, Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukukundaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 1, s. 216; **Tosun, Yalçın/ Baş, Ece**, Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 123-124, s. 109.

⁵⁹ Alman Hukukunda babaya, çocuk ile soybağını kurmayan ama kişisel ilişki kurma hakkı tesisine yarayan bir tespit davası hakkı veren hükme ilişki bkz. dipnot 41.

edilebilmesi için öncelikle çocuğun bu şüphesi maddi olgulara dayanmalıdır. Çocuğun soybağıyla bağlı olduğu kişiyle aile gibi birlikte yaşıyor olması durumunda, ailenin korunması ilkesi de gözetilmesi gereken diğer bir anayasal normdur. Hukuken kurulmuş bir soybağı ilişkisinin varlığı ve aile yaşamının devam etmesi durumunda, böyle bir dava ile ihlal edilebilecek kişilik hakları korunmaya değer menfaat olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak çatışan bu menfaatler arasında hem doktrin⁶⁰ hem yargı kararlarında kişinin biyolojik olarak altsoyu veya üst soyunu öğrenmesi menfaatine üstünlük tanınmaktadır.

B. Babalık Hükmü/ Baba Yönünden Soybağı Bulunmayan Çocuklar Açısından Durum

Anne ile soybağı kurulmuş olmakla birlikte baba yönünden soybağı bulunmayan çocuklar ve hem anne hem baba ile soybağı olmayan, terk edilmiş çocukların köken öğrenme hakkının nasıl tezahür edeceği ayrı bir tartışma konusudur⁶¹.

Türk Hukuku'nda baba yönünden soybağı bulunmayan çocuklar TMK m. 301'de düzenlenmiş olan babalık davası açmak suretiyle baba ile soybağının kurulmasını sağlayabilirler. Mevcut düzenlemenin ayrıntılarından bahsetmeden önce konuyla olan bağlantısı sebebiyle 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 297. maddesine değinmek gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca iki çeşit babalık davasının açılması mümkündür. Buna göre, "Dava, ana ve çocuk lehine babanın nakdî tediye bulması talebine dair olabileceği gibi, kanunun tayin ettiği hususlarda, bu taleple birlikte veya ayrıca, babalığın ahvali şahsiyeye müteallik bütün netayici ile hükmen tayinine dair de olabilir." Dolayısıyla 743 Sayılı Kanun döneminde biyolojik soybağının tespit eden ancak hukukî olarak soybağının kurulması sonucunu doğurmayan bir dava türü öngörülmüştü. Anayasa Mahkemesi'nin 1987 yılında verdiği bir kararda bu davadan şu şekilde bahsedilmiştir; "*Kanunumuza göre babalık davasının konusu, ana ve çocuk yararına mali sonuçlu olabileceği gibi, mali istekle birlikte baba ile çocuk arasında bir nesep bağı kurmak, çocuğun babasının soyadını, vatandaşlığını ve miras hakkını almak, nüfusuna kaydolmak gibi kişisel sonuçlu da olabilir. Mali sonuçlu babalık davası, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun, davalı erkekten olduğu saptandıktan sonra, çocuk yararına nafaka, ana lehine tazminat verilmesi amacına yöneliktir. Kişisel sonuçlu babalık davası*

⁶⁰ Serozan, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, s. 761; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 154, 178; AY Mah. 2008/ 30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T., 7.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete.

⁶¹ Yapay dölleme tekniklerinin kullanılmasının soybağı hukukuna etkileri ve evlat edinilen çocukların biyolojik anne- babalarını bulmak istemeleri durumunda karşılaştıkları hukukî sorunlar başlı başına başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek niteliktedir. Bu sebeple bu çalışmada bu tartışmalara yer verilmemiştir.

sonucunda babalığa hükmedilmesi halinde, evlilik dışı çocuk, mali sonuçlar yanında, babasının nüfusuna kaydedilerek, onun soyadını, vatandaşlığını alır, babasının ve anasının hısımlarına karşı miras dâhil, sahih olmayan nesebe bağlı hak ve görevlere sahip olur. Bu suretle, evlilik dışı doğan çocuk ile baba arasında sahih olmayan nesep ilişkisinden doğan hukuksal bağ kurulur. Ancak Medeni Kanununun 443. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, babanın sahih nesepli çocukları ile birlikte mirasçı olan sahih nesepli olmayan çocuk, sahih nesepli çocuğun miras payının yarısını alacaktır. Evlilik dışı çocuğun babası belli ise, yalnızca mali sonuçlar doğuran babalığa hükmolunması halinde çocukla babası arasında doğal nesep (tabii babalık) bağı doğmuş olur. Böyle bir durumda çocukla babası arasında hukuksal yönden bir hısımlık ilişkisi meydana gelmez⁶².”

4722 Sayılı Kanun soybağı hukukunun köklü bir değişime uğramasıyla, bu dava türü de yeni kanunda kendisine yer bulamadı. Mevcut düzenlemeler ışığında babalık davası, baba ile çocuk arasında soybağını kurmaya yarayan, anne ve çocuk tarafından açılması mümkün olan kurucu yenilik doğuran bir davadır⁶³. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır (TMK m. 301/II).

Türk Medeni Kanun'un 303. maddesi babalık davasının açılmasına ilişkin olarak hak düşürücü süreleri düzenlemiştir. Babalık davasının çocuk doğmadan önce açılması mümkündür. Annenin dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer (TMK m. 303/I). Çocuk tarafından açılacak babalık davasında hak düşürücü süre TMK m. 303/II'de düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin 2010/71 Esas, 2011/143 Sayı ve 27.10.2011 Tarihli kararıyla⁶⁴ iptal ettiği bu fıkra hükmü, çocuğa, babalık davası açmak için 1 yıllık hak düşürücü süre tanıyordu. Bu süre çocuğa kayyım atanmışsa, durumun kayyım tebliği tarihinden; atanmamışsa çocuğun ergin olması tarihinden itibaren işlemeye başlıyordu. Anayasa Mahkemesi bu fıkrayı şu gerekçe ile iptal etmiştir; “İtiraz konusu kural ile çocuğun babalık davasını açma hakkının hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının gerekçesinin, davalı babanın sürekli olarak dava tehdidi altında kalmamasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Davalı babanın veya ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, diğer yandan da çocuğun ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından yasa koyucunun süre koyma konusundaki takdir yetkisini makul bir süre olarak belirlemesi gerekmektedir. Hak düşürücü niteliğinden dolayı itiraz konusu

⁶² AY Mah. 1987/1 E., 1987/18 K., 11.9.1987 T., 29.03.1988 Tarih ve 19769 Sayılı Resmi Gazete.

⁶³ Akıntürk/ Ateş, s. 358; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 290.

⁶⁴ 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

kuralda öngörülen sürenin geçmesinden sonra çocuğun babası ile arasındaki *soybağını kurma olanağını yitirmesi hususu göz önüne alındığında, çocuk hakkında hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren işleyecek olan bir yıllık dava açma süresi yeterli ve makul olmadığı gibi, ölçülü de değildir⁶⁵.*

Bu hükmün iptalinin ardından gecikmeyi haklı kılan sebeplerin varlığı halinde, bu sebeplerin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde dava açılabilceğini düzenleyen TMK m. 303/IV'ün iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Hüküm, çocuk yönünden iptal edilmiştir⁶⁶.

Mevcut durumda çocuğun babalık davası açması herhangi bir süreye bağlı değildir. Babalık davasında hak düşürücü sürenin belirlenmesi bir taraftan davalıyı korumakta, uzun süre sonra açılacak babalık davasının yaratacağı sarsıntıya maruz kalmasını engellemek istemekte; diğer taraftan çocuğun baba yönünden soybağının bir an evvel belirlenmesinin kamu yararına hizmet ettiği ifade edilmektedir⁶⁷. Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklandığı üzere, soybağının belirlenmesini kişinin maddi- manevi varlığını geliştirmesi ve hak arama hürriyeti ile ilişkilendirmekte ve bu hakları ihlal eden hükümleri de iptal etmektedir⁶⁸.

Bu açıklamaların ardından babalık davası ve kökenin öğrenilmesi davası arasındaki ilişki değerlendirildiğinde; Anayasa Mahkemesi, kökenin tespitinin önemini vurgulamakla birlikte bunu hep soybağının kurulmasıyla ilişkilendirmektedir. Nitekim kararında "Çocuk evlilik dışında doğsa da ana babasını bilmek; babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak ve ana babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğe bağlı temel haklara sahiptir." demektedir.

Baba yönünden soybağı bulunmayan çocuk açısından değerlendirildiğinde, çocuk, mevcut düzenlemeye göre, herhangi bir süre sınırı olmadan, babalık davası açmak suretiyle soybağının kurulmasını sağlayabilecektir. Aynı şekilde soybağının tespiti davası da süre sınırlamasına tabi değildir. Babalık davasının, baba olduğu tahmin edilen kişi ölmüşse, onun mirasçılara karşı açılması mümkünken (TMK m. 310/II); kökenin tespiti davasının, baba olduğu tahmin edilen kişinin mirasçılara karşı açılması mümkün olmayacaktır.

⁶⁵ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete. TMK m. 303/II hükmünün iptalinin eleştirisi için bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 296 vd.

⁶⁶ AY Mah. 2011/116 E., 2012/39 K., 15.03.2012 T, 21.07.2012 tarih ve 28360 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 297.

⁶⁸ Sınırsız bir hak arama hürriyetinin diğer kişilerin hakkına tecavüz oluşturabileceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortaya çıkan hukuk boşluğunun kanun koyucu tarafından giderilmesi gerektiği yönünde bkz. **Akıntürk/Ateş**, s. 362.

Sonuç

Ulusal ve yabancı yargı kararları incelendiğinde, hukukî olarak kurulmuş bir soybağından ziyade, kişinin gerçek kökenini öğrenmesi bir temel hak olarak değerlendirilmekte ve maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ile ilişkilendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi son yıllarda vermiş olduğu kararlarında, gerçek soybağının tespitine engel olabilecek kanun hükümlerini iptal etmiştir.

Kökenin tespit edilmesi talebinde bulunulması durumunda farklı temel hakların çatışması muhtemeldir. Sınırsız bir hak arama hürriyeti, diğer kişilerin haklarını ihlal edebilecektir. Dolayısıyla böyle bir talep karşısında öncelikle bu iddianın maddi olgulara dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir. Somut olayın özellikleri değerlendirilerek, çocuğun menfaatinin veya aile hayatının korunması da göz önünde bulundurulması gereken diğer unsurlardır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, kökenin tespitini bunlardan ve diğer birçok temel haktan üstün tutsa da kanaatimizce toptancı bir yaklaşım temel hak ihlallerine sebebiyet verebileceği için sakıncalıdır.

Kökenin tespit edilmesi talebine muhatap olan kişi bu sürece katılmak istemezse, hâkim, HMK m. 292 hükmü gereği incelemenin zorla yapılmasına karar verebilir. Bu hüküm, kanun koyucunun gerçek kökenin belirlenmesine verdiği önemi göstermektedir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun kapsamında da bu sürece katılmaktan kaçınılması mümkün olmayacaktır, zira biyolojik babanın tespiti için alınması gereken veriler genetik veri niteliğindedir ve genetik veriler kanunda öngörülen hallerde kişinin açık rızası olmadan işlenebilir.

Sonuç olarak her ne kadar diğer temel haklarla çatışmalara sebep olsa da kökenin tespiti talebiyle açılacak bir tespit davası ve ilgililerin zorla da olsa bu sürece dâhil edilmeleri mümkün görünmektedir. Baba yönünden soybağı bulunmayan çocuklar ise her zaman babalık hükmü davası açabilirler. Yenilik doğuran bir dava olan böyle bir davayı açmak yerine bir tespit davası açmakta hukukî yarar olup olmadığı meselesi ise usul hukuku açısından değerlendirilmeye muhtaçtır.

KAYNAKÇA

- Akbiyık, Cem**, Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukukundaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 1, s. 203- 224.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yayınevi, 18. Bası 2016.
- Akyüz, Emine**, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, 4. Bası, 2015.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessordnung**, Art. 296, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Bası, 2013.
- Başpınar, Veysel**, Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, Y: 2003, C. 52, S. 3, s. 79 -101.
- Baygın, Cem**, Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜEHFD, C. 6, S. 1-4, Y: 2002, s. 266.
- Baygın, Cem**, Soybağı Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- Baysal, Başak**, Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 493- 533.
- Daiber, Birgit**, Ehe- Ein Vertrag zu Lasten Dritter? Zur Anfechtung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters durch den biologischen Vater, NZFam, 2016, S. 20, s. 913- 960.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 11. Bası, 2016.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, filiz Kitabevi, 18. Bası, 2017.
- Dursun, Sanem Aksoy**, Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, Cilt: 8, Sayı: 95-96, s. 109- 124.
- Erlüle, Fulya**, Babalık Karinesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 685- 698.
- Gören, Zafer**, Türk- Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1992, C. 9, s. 165- 184.
- Heiderhoff, Bettina**, Anspruch des Kindes auf Klärung der genetischen Vaterschaft?, NJW 2016, 1918- 1920.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2014.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, Yıl: 7, Sayı: 24 (Ocak 2016), s. 199- 223.

Löhnig, Martin/ Plettenberg, Ina/ Runge- Rannow, Maria Viktoria, “Keine Pflicht des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten, rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung”, NZFam, 2016, S. 9, s. 409.

Memiş, Tekin/Yıldırım, Mustafa Fadıl, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukukî Sorunlar, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Yıl: 2004, s. 283- 306.

Muckel, Stefan, Allgemeines Persönlichkeitsrecht: Keine “rechtsfolgenlose” Vaterschaftsfeststellung, JA 2016, 553-555.

Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Yayınevi, 2. Bası, 1998.

Öğüz, Tufan, Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Cilt II, 2010, s. 1415- 1424.

Özbilen, Ali Barış, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 12, Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 99- 124.

Özdemir, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Serozan, Rona, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 2008, s. 759- 777.

Taştan, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2017, 2. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık.

Tosun, Yalçın/ Baş, Ece, Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 123- 124, s. 99- 115.

Turan- Başara, Gamze, Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 265- 283.

Tüzüner, Özlem, Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFD Yıl: 2013, Cilt: 62, S. 4, s. 1139- 1166.

**TERK SEBEBİYLE BOŞANMAYA İLİŞKİN YARGITAY HUKUK GENEL
KURULU'NUN 13.03.2015 TARİHLİ VE 2-1688/1032 SAYILI KARARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*The Evaluation About The Decision of the Turkish General Assembly of Civil
Chambers of Court of Cassation (Dated 13.03.2015, Numbered 2-1688/1032)
About Desertion*

Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur KILINÇ¹

Geliş Tarihi: 17.05.2018

Kabul Tarihi: 06.07.2018

ÖZET

Terk sebebiyle boşanma, Türk hukukunda özel ve kusura dayanan boşanma sebeplerinden biri olarak varlığını korumaktadır. Terk sebebiyle boşanma sıkı şekil koşullarına bağlanmış olup, bu çalışmada önce terk sebebiyle boşanmaya ilişkin şartların içtihatlarda nasıl somutlaştırıldığı gösterilmektedir. Yargıtay'ın terkin haklı sebebe dayansa bile, bu haklılığın terk eden eşe süresiz olarak eve dönmeme hakkı vermeyeceğine ve haklı sebeple terk eden eşin kendisine eve dönme ihtarı tebliğinden sonra boşanma davası açmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğuna ilişkin yerleşik içtihadı bulunmaktadır. Bu içtihatlar özellikle terkin diğer eşin maddî ve manevî cebrinden kaynaklandığı hâllerde adaletsiz sonuçlar doğurmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 tarihli 2-1688/1032 sayılı kararında ise, bu adaletsiz yaklaşımdan dönülmüş ve böyle hâllerde diğer eşin zorlamasıyla ortak konutu terk eden eşin "terk edilmiş sayılacağı" belirlenerek, yerinde bir şekilde diğerini terke zorlayan eşin terk sebebiyle boşanma davası açma hakkı bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, Terk, Diğer eşin maddî ve manevî cebrî, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ABSTRACT

The grounds for divorce in Turkey are set forth in Turkish Civil Code. One of them is regulated by the article 164 and defined as "desertion". This ground occurs when only one of the spouses has left the other in order to refrain from his/her matrimonial obligations without a reasonable cause. If the abandonment continues at least four months and still goes on, the other spouse will be able to send a legal notice by the court or notary to the leaving spouse to return to marital home. When this legal notice is unanswered, the other spouse will be entitled to apply to the court for divorce due to desertion. The deserting spouse is considered as faulty. On the other hand, if one of the spouses causes the other to leave the marital home through misconduct, not the leaving spouse but the forcing the other to leave will be considered as deserting one. Nevertheless, in Turkey Court of Cassation concludes that the spouses leaving marital home with a reasonable cause -even if as a result of the misconduct of other spouse- do not have a right to leave unlimitedly. Therefore, when the abandonment takes a long time, it is concluded that the leaving spouse is considered as "deserting" and faulty one. However, the decision of the General Assembly of Civil Chambers of Court of Cassation (dated 13.03.2015, numbered 2-1688/1032) presents a solution for this injustice.

Keywords: Divorce, Desertion, Misconduct of the other spouse, General Assembly of Civil Chambers of Court of Cassation

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, anilgin@gazi.edu.tr.

I. GİRİŞ

Aile, insanın varoluşundan beri toplum içindeki vazgeçilmez önemini korumaktadır. Gerçek kişiler, evlenme için kanunda aranan şartları taşımaya başladıklarından itibaren evlenerek kendi ailelerini kurmaya yönelmektedirler. Eşler, evlenmenin başında sürekli şekilde ortak bir yaşam kurmak üzere bir araya gelmiş olsalar da evlilik birliği süresince yaşanan olumsuzluklar bu birliğin boşanma ile sona ermesini gerektirebilir.

Hukuken geçerli şekilde kurulan bir evliliğin belirli nedenlerin varlığı hâlinde hâkim kararı ile sona erdirilmesi boşanma hukukunun konusunu oluşturur. Boşanma çok seyrek bir şekilde tek ve doğrudan bir olayla ilişkilidir. Boşanma, esasen evliliğin ilk dönemlerinden itibaren başlayan sorunların yıllar içinde birikmesiyle çözümsüz hâle gelmesinden kaynaklanır. Aile hukuku ulusal bir hukuk alanıdır. Bu çalışmada Türk hukukunda yer alan boşanma sebepleri arasında yer alan “*terk*” incelenmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası “ailenin korunması” kenar başlıklı m. 41/II, devlete ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alma görevini yüklemektedir. Ailenin korunması, devletin boşanmayı önleyici ve zorlaştırıcı bir hukuk düzeni kurmasını değil; aksine medenî uygarlıklar seviyesinde bir boşanma hukuku sistemi kurmasını gerektirir.

Türk hukukunda boşanmanın sebebe ve hâkimin hükmüne dayanması gerektiği düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 161 ila 166'ncı maddeleri arasında düzenlenen ve sayıca sınırlı olarak belirtilen sebeplerden birinin bulunması hâlinde ve ancak hâkim hükmüyle boşanmaya karar verilebilir². Bu sebepler arasında TMK m. 166/III'te düzenlenen anlaşmalı boşanmanın modern hukuklara uygun şekilde eşlere boşanma imkânı verdiği görülmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda salt fiilî ayrılığa ilişkin bir boşanma sebebi bulunmamaktadır. Nitekim TMK m. 166/IV'te düzenlenen hükme göre, fiilî ayrılığa dayalı bir boşanmaya hükmedilebilmesi için önceden açılmış ve ret ile sonuçlanmış bir dava önkoşul olarak aranmaktadır³. Kanaatimizce Türk hukukunda önceden açılmış ve reddedilmiş (ya da feragat edilmiş) bir boşanma davası aranmaksızın ortak yaşamın belirli süre kurulamamış olması

² Akıntürk/Ateş Karaman, 243; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 558-560.

³ Diğer taraftan uygulamada boşanmak isteyen eş, önce boşanma davası açmakta ancak henüz yargılamaya geçmeden davadan feragat ederek üç yıllık ayrı yaşama süresini feragat tarihinden itibaren başlatmaktadır. Nitekim Yargıtay boşanma davasından feragat edildiği durumda da bu şartın gerçekleşmiş olduğunu kabul etmektedir (Yargıtay 2.H.D. 30.06.1992 tarihli 7120/7375 sayılı kararı). Üç yılın sonunda ise, TMK m. 166/4 hükmüne dayanarak dava açılıp boşanma sağlanmaktadır. Dolayısıyla reddedilmiş bir davanın mevcudiyetini arayan TMK m. 166/4 hükmü uygulamada etkisiz hâle getirilmektedir. (Bkz. T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması TBNA 2014, 32, 200).

kusura dayanmayan bir boşanma sebebi olarak düzenlenmelidir. Nitekim modern hukuk sistemlerinde yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren “boşanmada kusursuzluk devrimi” denen bir dönem başlamış⁴ ve “kusur” yanında eşlerin ortak iradesine dayanan “karşılıklı rıza” ile kusura dayanmayan ve eşler arasındaki “ortak hayatın bir süre kurulamaması” da evlilik birliğinin temelden sarsıldığını gösteren sebepler arasında düzenlenmiştir⁶.

Türk hukukunda özellikle eşlerden birinin ortak konuttan ayrılması ve eşler arasında fiilî ayrılığın gerçekleşmesi durumunda ortak konutta kalan eş terk edenin kusurlu olduğu sonucunu da sağlayan “terk sebebiyle boşanma” davası açma yoluna gitmekte ve bu sebeple boşanabilmek için hükümde düzenlenen bazı şekli koşulları yerine getirmektedir. Aşağıda Türk hukukunda içtihatlarda terk sebebiyle boşanma hükmünün şartlarının nasıl yorumlandığı gösterilecek ve terk sebebiyle boşanma hükmüne ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2015 tarihli bir kararının yerleşik içtihat hâline gelmesi gerekip gerekmediği incelenecektir.

II. TÜRK HUKUKUNDA TERK SEBEBİYLE BOŞANMA

A. Genel Olarak

Bu çalışmada Türk hukukunda boşanma sebepleri arasında yer alan ve Kanunun 164. maddesinde düzenlenen terk sebebiyle boşanmanın şartları, terke ilişkin içtihatlar çerçevesinde incelenmektedir. Terk, özel ve mutlak bir boşanma sebebidir. Mutlak boşanma sebeplerinde hâkim, kanunda boşanmaya sebep olarak gösterilen olgunun ispat edilmesi durumunda, bu durumun diğer eş için ortak hayatı çekilmez hâle getirip getirmediğini araştırmak zorunda değildir. Diğer bir deyişle özel boşanma sebebinin şartlarının somut olayda gerçekleşmiş olması boşanmaya hükmedilmesi için yeterlidir⁷. Terkin mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenmesi, evlenmenin eşleri birlikte yaşamakla yükümlü kılmasından kaynaklanır.

⁴ Doktrinde, ülkemiz gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda boşanma hukukunda kusur kavramının kaldırılmasına tereddütle yaklaşılmaktadır (Ceylan, 197).

⁵ Fiilî ayrılık süresi İsviçre hukukunda 1.6.2004’ten itibaren iki yıl olarak belirlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu m. 114’te eşler arasında iki yıl boyunca fiilen ayrı yaşama sonrasında eşlerden birinin ayrı yaşamaya dayanarak tek taraflı olarak boşanmayı talep edebileceği düzenlenmiştir. Burada eşler arasındaki ortak yaşamın iki yıl kurulamamış olması, evliliğin geri dönülemez şekilde temelden sarsıldığını gösterir. Boşanma davasının açıldığı tarihte iki yıllık ayrı yaşama süresinin dolduğu ispatlanmalıdır. Fiilî ayrılık süresi Almanya’da üç yıl, Fransa’da ise iki yıldır (Bkz. Hausheer, çev. Çivi/Unkan, 32-33; Oktay Özdemir, 39).

⁶ Oktay Özdemir, 32. Ulusal düzeydeki yasal değişikliklerin yürürlüğe girmesinden itibaren kısa vadede boşanma oranlarındaki artışta etkili olduğu; bununla birlikte uzun vadede bu etkinin ortadan kalktığı belirtilmektedir (González/Viitanen, 20-21; Coelho/Garaupa, 525-539).

⁷ Akintürk/Ateş Karaman, 243-244; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 562, 605; Öztan, 644.

Türk hukukunda terk sebebiyle boşanma davası açılması sıkı koşullara tabî tutulduğundan çok fazla tercih edilmemektedir. Terk sebebiyle açılan boşanma davalarının büyük kısmı dava şartlarının gerçekleşmemesi sebebiyle reddedilmektedir⁸. Türk Medenî Kanunu m. 164'e göre, "Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Eşini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.

Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter, esası incelemeyen yapacağı ihtar da terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz."

B. Uygulamadan Örneklerle Terk Sebebiyle Boşanmanın Şartları

1. Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinin Getirdiği Görevleri Yerine Getirmemek Amacıyla Ortak Konutu Terk Etmesi

Terkten söz edebilmek için eşlerden birinin evlilik birliğinin getirdiği görevleri yerine getirmemek amacıyla ortak konutu terk etmesi gerekir⁹. Dolayısıyla en başta eşlerin evlilik sonrasında birlikte yaşadıkları ve TMK m. 186/1 gereği birlikte seçtikleri bağımsız bir ortak konutun varlığı aranmaktadır. Eşlerin ortak konutu birlikte belirleyememeleri durumunda TMK m. 195'e göre hâkimin müdahalesine başvurulur¹⁰.

Eşlerin ortak bir konutu bulunmaktaysa, terk sebebiyle boşanmanın ilk şartının ilk unsuru gerçekleşmiş olur. Daha sonra eşlerden biri, bu ortak konutu ortak hayata son vermek amacıyla terk etmiş olmalıdır. Eşlerin ortak konutta birlikte oturmaya devam ettikleri sürece küs olmaları, konuşmamaları, yemeklerini, oturma odalarını ve hatta yataklarını dahi ayırmış olmaları terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesine imkân tanımaz¹¹.

Türk hukukunda eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın ortak konutu bırakıp gitmesi hâlinde, eşler arasında ortak yaşamın kurulamaması sebebiyle boşanma davası açılmadığından ortak konutta kalan eş ancak boşanmada kusura dayalı sebepler arasında bulunan ve "terk" olarak ifade edilen özel

⁸ Kandil, 47.

⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 608; Öztan, 667.

¹⁰ Yargıtay 2. H.D. 21.09.2004 tarihli 9288/10384 sayılı ve 25.03.2004 tarihli 2883/3814 sayılı kararları.

¹¹ Akıntürk/Ateş Karaman, 254; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 606, Öztan, 667; Kandil, 50.

sebebe dayanarak boşanma davası açabilir. Ortak konutu haklı sebeple terk eden eşe ise, terk sebebiyle boşanma davası açılmaz. Örneğin evden ayrılışın diğerinin rızasına dayanması, eşlerden birinin bir başka şehirde iş bulması ve taşınmak zorunda kalması “terk” değildir. Böyle bir durumda ortak konutun bulunduğu yerde çalışmaya devam etmekte olan eşin, evden ayrılan eşin çalışma yerine tayin istememesi yahut taşınmaması da terk değildir. Yine askerlik, hastalık, hüküm giymek gibi sebeplerle evden ayrılma durumunda da haklı sebep vardır. Somut olayda ortak konuttan ayrılmakta haklı bir sebebin bulunup bulunmadığını hâkim takdir eder¹².

Eşlerden birinin diğer eşi evden kovması veya ortak konuttan ayrılmaya zorlaması ise, m. 164/1 c. 2’de bu eşin terk etmiş sayılacağı şeklinde hükme bağlanmıştır. Doktrinde buna hükmi terk denmektedir. Böyle bir durumda bir eşin diğerini kötü davranışlarıyla evden ayrılmaya zorlaması söz konusudur. Bir eşin kötü davranışları diğer eşte dövme ve vurmada olduğu gibi maddî bir etki doğurabileceği gibi hakaret ve kovmada olduğu gibi maneî bir etki de oluşturabilir. Örneğin ortak konuttan ayrılan eşin, evde kaldığı sürece aşığılanması ve hakarete maruz bırakılması yahut diğer eşin ortak konuta bir başka kadın getirmesi yahut kendi ana babasıyla birlikte yaşama zorlaması da evden ayrılmak için haklı sebep teşkil eder. Yine TMK m. 197’deki şartlara uygun şekilde birlikte yaşamaya ara verilmesi¹³ ve m. 171’e dayanılarak hâkim tarafından ayrılığa hükmedilmesi durumlarında da terk yoktur¹⁴.

2. Diğer Eşin Ortak Konutu Terk Eden Eşe “Eve Dön İhtarı” Çekmesi

Türk Medenî Kanunu m. 164’te düzenlenen ve kusura dayanan “terk” sebebiyle boşanma davasının açılabilmesi için ikinci şart ortak konutu terk eden ve dört aydır ortak konuta dönmeyen eşe diğer eş tarafından “eve dön ihtarı” çekilmesidir. Terk sebebiyle boşanma davası açmak isteyen eş, dört ayın sonunda hâkime veya notere¹⁵ başvurarak diğer eşe eve dön ihtarı çekmiş

¹² Akıntürk/Ateş Karaman, 255; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 608; Öztan, 667-668.

¹³ Türk Medenî Kanunu m. 197/1’de gösterilen şartlar gerçekleştiği takdirde esasen mahkeme kararı aranmaksızın eşlerden her birinin ayrı yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Ancak uygulamada eşler mahkemeye başvurarak bu durumu tespit ettirmektedirler. Özellikle eşlerin m. 197/II ve IV’te düzenlenen tedbirlerden yararlanması, bu durumun mahkeme kararıyla tespit edilmesine bağlı olduğundan, eşin ayrı yaşama hakkının bulunup bulunmadığının hâkim tarafından belirlenmesi kendi menfaatine olur (Yılmaz, 19-20). Ayrıca eşler arasında birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin şartların oluştuğuna yönelik bir tespit hükmü, diğer eşin ortak hayatın haklı sebep olmaksızın terk edilmesi sebebiyle boşanma davası açmasını da önler (Benzer yönde bkz. Yılmaz, 21).

¹⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, 255; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 608; Öztan, 667-668. Haklı sebeplere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kandil, 57-67.

¹⁵ Noterler, 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 19/1 hükmü ile terk ihtarı çekmeye yetkili kılınmıştır (14.04.2011 tarihli ve 27905 sayılı R.G.).

olmalıdır¹⁶. Hâkim veya noter, esası incelemeye girişmeksizin yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiğini ihtar ederek dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında özellikle kendisine terk sebebiyle boşanma davası açılacağı hususunda uyarıda bulunur. Terk eden eşin adresi bilinmiyorsa, ihtar ilânen yapılır¹⁷. İçtihatlarla göre iki aylık sürenin başlangıcı ihtarın terk eden eşe tebliğ tarihidir. Hâkim ya da noter eve dönme parasının verilmesini de kararlaştırmışsa, iki aylık süre paranın alındığı tarihten itibaren başlar. Sadece eve dön ihtarının kendisine tebliğinden itibaren iki ay içinde ortak konuta dönmeyen eşe karşı terk sebebiyle boşanma davası açılabilir¹⁸. TMK m. 164'teki şartlar gerçekleştikten sonra, terk eden eşin ortak konuta dönmesi ya da dönme isteminde bulunması davayı etkilemez¹⁹. Bununla birlikte eve dön ihtarının samimi ve iyiniyetli olması gerekir; terk eden eşe ihtar çeken tarafın ortak hayata devam etmeyi gerçekten istemesi aranır. İhtarın haksız ve samimi olup olmadığı terk sebebiyle açılan boşanma davasında incelenir²⁰.

3. Eve Dön İhtarının Sonuçsuz Kalması: Ortak Konuta Dönmeme ya da Dönmemede Haklılığın Kanıtlanamaması

"Eve dön" ihtarını tebliğ alan eş, iki aylık süre içinde ortak konuta dönerse kendisine karşı terk sebebiyle boşanma davası açılmaz. Eve dön ihtarını üzerine eve dönmeyen eş, terk sebebiyle açılan boşanma davasında ortak konutu terk etmekte haklı olduğunu da ispat edebilir²¹.

Yukarıda belirtildiği üzere eşlerden birinin hukuka aykırı fiilleri sonucunda diğerinin evi terk etmesi haklı sebep teşkil eder. Ayrıca eşlerden biri TMK m. 197/1 gereği, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Bununla birlikte içtihatlarda kendisine eve dön ihtarını çekilen eşin ortak konutu terk etmekte haklı bir sebebi olsa bile, hayat boyu ayrı yaşama hakkı bulunmadığı vurgulanmaktadır. Buna göre evlenme eşlere "birlikte yaşama yükümlülüğü" getirdiğinden, böyle hâllerde bile makul bir sürenin sonunda terkte haklılık ortadan kalkar ve ortak konutu haklı sebeple terk eden eşin

¹⁶ Eve dön ihtarının dört aylık süre dolmadan çekilmesi durumunda terke dayalı boşanma davasının reddi gerekir (Yargıtay 2. H.D. 3.10.2016 tarihli 1607/13333 sayılı kararı).

¹⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, 255; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 614; Öztan, 669-671.

¹⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, 256. Yargıtay 2. H.D. 8.01.1992 tarihli 4031/4236 sayılı karar içeriği için bkz. Öztan, 669-670; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 618.

¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 623.

²⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 621; Öztan, 673. Örneğin davacı terk sebebiyle boşanma davasında ayrıca evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine de dayandığından, ihtarın samimi olmadığı kabul edilmiştir (Yargıtay 2. H.D. 25.10.2004 tarihli 11271/12402 sayılı kararı).

²¹ Öztan, 674; Ayan, 52.

ortak konuta dönmekte haklı olduğunu ispat etmesi gerekir²². Bu durum doktrinde terk için haklı sebebin ortadan kalkması ve buna rağmen eşin ortak konuta dönmemesi şeklinde ayrı bir şart olarak incelenmektedir. Ancak bu şarta örnek olarak yerinde bir şekilde bir eşin ortak konuttan çalışmak üzere ayrılmış olması ama işin bitmesine rağmen eve dönmemesi gösterilmektedir²³.

Kanaatimizce içtihatlar ile terk sebebiyle boşanma hükmüne eklenen ve doktrin tarafından da tasvip edilen bu şart zaman zaman adaletsiz sonuçlar doğurabilmiştir. Özellikle içtihatlarda terkin haklı olmasını sağlayan sebebin diğer eşin bu eşe uyguladığı kötü davranışlar olduğu hâllerde, ortak konutu haklı sebeple terk eden eşin ortak konuta dönmekteki haklılığını ispatlayamadığı gerekçesiyle terk sebebiyle boşanmaya hükmedilmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca içtihatlarda bu tür bir haklı sebeple ortak konutu terk eden eşe çekilen “eve dön ihtarı” üzerine, terk eden eşin “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” açtığı boşanma davasının terk ihtarını sonuçsuz kılmaya yöneldiğinden hareketle dürüstlük kuralına aykırı görülerek reddedilmesi de ortak konutu terk etmekte haklı olan eşi mağdur etmiştir. Özellikle aşağıdaki hâllerde terk sebebiyle boşanmaya hükmedilerek terk sebebiyle boşanma davası açan eşin kendi kusurundan yararlanması ve terk sebebiyle boşanmadaki şekli şartların gerçekleştirilmesiyle kusurun karşı tarafa yüklenmesi “terk sebebiyle boşanma hükmünün” amacına aykırı sonuçlar doğurmuştur. Nitekim terk sebebiyle boşanmaya hükmedilmesiyle, karşı tarafın daha sonra açtığı yoksulluk nafakasına ve maddî ve manevî tazminata ilişkin talepler, bu tarafın terk eden taraf ve dolayısıyla boşanmada tamamen kusurlu taraf olması sebebiyle reddedilmiştir²⁴.

Yargıtay 2. H.D.’nin 29.01.2004 tarihli bir kararında “*Terk nedeniyle boşanma davasında davalının terkte haklılığını değil, eve dönmekte haklı olduğunu kanıtlaması gerekir. Davacı koca ilk açtığı boşanma davasından 17.07.2001 tarihinde feragat etmiş ve bu tarihten dokuz ay geçtikten sonra 01.04.2002 tarihinde davalı kadına ihtar göndermiştir. Kovulma hadisesinin etkisi geçtikten ve ilk açılan davanın reddedilmesinden itibaren uzun bir süre geçtikten sonra davacının usulüne uygun şekilde ihtarına uymayan davalı kadın eve dönmekte haklılığını kanıtlayamamıştır. Davanın kabul edilmesi*

²² Yargıtay 2. H.D. 12.05.1998 tarihli 4264/5745 sayılı kararında “*Müessir fiil olayından itibaren 11 ay gibi uzun süre geçmişse ihtar hukuki sonuç doğurur.*” sonucuna varmıştır. Aynı Daire, 25.03.1997 tarihli 1620/3267 sayılı kararında “*Boşanma davasında dövme ve kovmanın etkisinin devamlı olması kabul edilemez. Dövme ve kovmadan makul süre geçtikten sonra eşin ihtar çekmesi hâlinde başka neden yoksa müşterek haneye dönülmesi gerekir.*” şeklinde karar vermiştir. (Kararlar için bkz. **Kandil**, s. 62’de 77 ve 78 numaralı dipnotlar).

²³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, prg. 610.

²⁴ Yargıtay 2. H.D. 6.03.2012 tarihli, 3651/4894 sayılı ve 30.09.2013 tarihli ve 8816/22271 sayılı kararı ile 22.01.2013 tarihli ve 14506/1327 sayılı kararı.

gerekirken reddi doğru değildir²⁵.

Yargıtay 2. H.D.'nin 27.09.2005 tarihli kararında ise, ortak konutu haklı sebeple terk eden eşin eve dönme ihtarı üzerine evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma davası açmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu vurgulanmıştır. Nitekim *"toplanan delillerden davalı kadının 2001 yılı Mart ayından beri eşinden ayrı yaşadığı anlaşılmaktadır. Fiili ayrılık dört yıla ulaşmıştır. Terkin haklı sebebe dayanmış olması, terk eden eşe süresiz olarak eve dönmeme hakkını bahşetmez. Terke dayalı davanın reddedilebilmesi için terkte haklılığın değil, eve dönmemekte haklılığın kanıtlanması gerekir (HGK'nun 26.01.1994 tarihli kararı). Davalı kadın ihtarına uymamakta haklılığını kanıtlayamamıştır. Kadına terke dayalı boşanma davası dilekçesi tebliğinden sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanarak boşanma isteğinde bulunması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Mahkemece terke dayanan boşanma davasının kabulü gerekirken reddedilmesi doğru görülmemiştir.(...) Yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekir²⁶."*

Yerel mahkemeler sıkça ve haklı bir şekilde Yargıtay özel dairesinin yukarıdaki gerekçelerle verdiği bozma kararlarına uymayarak kendi kararında direnme yolunu tercih etmişler ve böylece Yargıtay'ın özel dairesinin terk sebebiyle boşanmaya ilişkin bu yerleşik içtihadının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önünde değerlendirilmesinin yolunu açmışlardır.

Ne var ki bir süre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da özel dairesinin bozma kararını yerinde bulmuştur. *"Öte yandan terk hukukî sebebine dayalı boşanma davasında, müşterek haneyi terk eden eşin, terkte haklılığını değil, davete uymamada haklılığını kanıtlanması gerekmektedir (H.G.K.'nun 14.2.2001 gün 2011/2-122 E 2001/116 K. ile 3.2.1999 gün 1999/2-54 E 1999/56 K. sayılı kararları). (...) Bu açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalının ihtarına icabet etmemesinin haklı nedene dayandığının kanıtlanamadığı, dolayısıyla kanunen korumaya değer bir sebep olmadığı hâlde ortak konuta dönmediğinin anlaşılmasına göre Türk Medenî Kanunu'nun 164. maddesi koşulları olduğundan, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenler uyarınca, H.G.K.'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına*

²⁵ Yargıtay 2. H.D. 29.01.2004 tarihli ve 133/1146 sayılı kararı için bkz. **Kandil**, 122-123.

²⁶ Yargıtay 2. H.D. 27.09.2005 tarihli ve 11274/12936 sayılı kararı için bkz. **Kandil**, 109-110. Benzer yönde bir başka kararda *"Toplanan delillerden eşlerin fiil ayrılıklarının Ekim 2000'de gerçekleştiği, kocanın davalıya 2.4.2001'de ihtar gönderdiği, bu ihtarın davalı kadına 8.4.2001'de tebliğ edildiği ve terk sebebiyle davanın ise 18.07.2001'de açıldığı anlaşılmıştır. İhtarın şeklinde ve sürelerinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Kadın haklı sebeple eve dönmeyi ispat edememiştir. Ekim 2000'deki dövme hadisesinin kadın üzerindeki etkisi de geçtikten sonra ihtar istenmiştir. Davalının Ekim ayından itibaren 11 ay geçtikten sonra ve kocasının boşanma davası dilekçesi kendisine tebliğ edildikten sonra evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayalı boşanma davası açması dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. (Yargıtay 2. H.D. 10.02.2005 tarihli ve 443/1797 sayılı kararı için bkz. **Kandil**, 113).*

uyulmak gerekirken, boşanma davasının reddine dair kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.²⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne direnme sonrasında 2013 yılında gelen bir başka olayda da benzeri bir karar verilmiştir. *“İhtar kararı yasaya uygun ve geçerli değilse diğer koşullar incelenmeden salt bu nedenle dava reddedilmeli; ihtar kararının yasaya uygun olması halinde ise, eve haklı sebeple dönmediğini ispat yükünün davalıya ait olduğu da gözetilerek, davanın esasına ilişkin incelemeye geçilmeli; davacının ihtar isteğinde samimi olup olmadığı, davalının da ortak konuta dönmemekte haklı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. (..) Davalının kanunen korunmaya değer bir sebep olmadığı hâlde ortak konuta dönmediğinin anlaşılması karşısında, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.²⁸”*

Bunun üzerine Yargıtay 2. H.D. de terk sebebiyle boşanmaya ilişkin olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da tasvip edilen yerleşik içtihadı doğrultusunda karar vermeye devam etmiştir. Daha yeni tarihli bir kararında benzer şekilde *“Kadının 2012 yılının Temmuz ayında eşini terk ettiği, kocanın 3.12.2012 günü mahkemeye başvurarak eşinin eve dönmesi için ihtar çekilmesini istediği, istek doğrultusunda verilen ihtar kararının kadına 17.12.2012 tarihinde tebliğ edildiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilebilmesi için terk etme konusunda haklı olmak yetmez, usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen ihtar edilen eşin haklı bir sebeple aile birliğine dönmediğinin gerçekleşmesi gerekir. Davacı-davalı (kadın) ihtarla rağmen dönmemekte haklı olduğunu ispatlayamamıştır. Kocanın ihtar isteğinin samimi olmadığını gösteren bir delil de bulunmamaktadır. Kadının ihtar tebliği üzerine Türk Medenî Kanununun 166/1. maddesine dayanarak boşanma davası açmış olması, ihtar süresi içinde dava açmasını haklı kılan başka sebep ve olgular bulunmadıkça, dürüstlük kuralına (TMK madde 2) aykırı olup, bu davanın açılmış olması, onu ayrı yaşamakta haklı kılmaz. O hâlde, Türk Medenî Kanununun 164. maddesinde yer alan boşanma sebebinin gerçekleştiği gözetilerek kocanın boşanma davasının kabulü, kadının boşanma davasının ise reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.²⁹”*

2015 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne direnme üzerine gelen bir olayda ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu özel dairenin terk sebebiyle boşanma hükmüne ilişkin yerleşik içtihadına katılmamış ve yerel mahkemenin direnme kararını onamıştır. Bu kararda diğer eşe maddî ve manevî cebir uygulayarak

²⁷ Yargıtay H.G.K. 05.12.2012 tarihli 2-636/1073 sayılı kararı.

²⁸ Yargıtay H.G.K. 16.01.2013 tarihli, 2-686/67 sayılı kararı.

²⁹ Yargıtay 2. H.D. 27.02.2014 tarihli 21288/4048 sayılı kararı.

ortak konutu terk etmesine sebep olan eşin, ortak konuttan ayrılan eşe bir süre sonra eve dön ihtarı çekerek terk sebebiyle boşanma davası açamayacağı sonucuna varılmıştır. Nitekim TMK m. 164/I c. 2'de böyle bir ihtimalde ortak konuttan ayrılan değil, diğerini ortak konutu terke zorlayan eşin terk eden eş sayılacağı düzenlenmiştir. Özellikle böyle bir durumda ortak konuttan ayrılan eşin kendisine eve dön ihtarı çekilmesinden sonra evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma davası açmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığı da tespit edilmiştir. Kanaatimizce terk sebebiyle boşanma davalarında yerleşik içtihat hâline gelmesi gereken bu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının içeriği aşağıda detaylı bir şekilde gösterilmektedir.

C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yerleşik İçtihat Hâline Gelmesi Gereken Kararı

1. Yerel Mahkemenin Kararı³⁰

Davacı (kadın), davalının (kocanın) eve dön ihtarının kendisine tebliğinden hemen sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açmıştır. Bu davada davacı, 07.11.1981 tarihinde evlendiklerini, bu evlilikten K.ve B. isimli müşterek reşit çocuklarının bulunduğunu, davalı ile aralarında yıllardan beri süregelen huzursuzluk ve geçimsizlik ortamının mevcut olduğunu, davalının evlilik birliğinin gereklerini yerine getirmediğini, alkol düşkün olduğunu, evliliğin başlarından itibaren evin geçimini tek başına sağlamaya çalıştığını, son olayda da davalının kendisini evden kovması nedeni ile ayrı yaşadıklarını belirterek hem boşanmalarını hem de maddî ve manevî tazminat talep etmiştir.

Davalı (koca) ise, davacının iddialarının tamamen haksız ve yersiz olduğunu, davacının 5 yıl önce müşterek haneyi terk edip gittiğini, kendisinin evlilik süreci içerisinde ailesini gelirine göre iyi yaşatmaya çalıştığını, şeker hastalığı sebebi ile alkol tüketme alışkanlığının olamayacağını belirterek davanın reddini savunmuş, birleştirilmiş terk sebebiyle açılan boşanma davasında ise, karısının kendisine şeker (diabet) teşhisi konduktan sonra ve 5 yıl önce ortak konutu terk ettiğini, davalının terk ihtarının kendisine tebliğ edilmesinden kısa bir süre sonra boşanma davası açtığını belirterek TMK m. 164 uyarınca boşanmalarına, maddî ve manevî tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme 03.10.2011 tarihinde tarafların evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanarak boşanmasına ve boşanmaya sebep olan davranışlardaki kusuru sebebiyle davalı kocanın davacıya maddî ve manevî tazminat ödemesine karar vermiştir. Davalı kocanın birleşen davadaki terk sebebiyle boşanma talebinin reddi ile davalının bu davada talep ettiği maddî ve manevî tazminat taleplerinin de reddine karar vermiştir.

³⁰ Ankara 3. Aile Mahkemesi'nin 01.04.2013 tarihli ve 172/360 sayılı kararı.

2. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Temyiz Üzerine Bozma Kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.09.2012 tarihli ve 642/1305 sayılı kararında, tarafların beş yıldır ayrı yaşadıklarını belirtmiştir. Ardından davacı kadının 09.04.2010 tarihli eve dön ihtarını kendisine tebliğ edildiği gün evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanarak boşanma davası açmasının terke dayalı boşanma davasını sonuçsuz bırakmaya yönelik olup dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirtmiştir. Davacı eve dön ihtarını sonrasında eve dönmemiş ve eve dönmemekte haklılığını da kanıtlayamamıştır. Bu sebeple yerel mahkemenin kararının bozulmasına ve dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.

3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Direnme Üzerine Onama Kararı

Yerel mahkeme bozma sonrasında önceki kararında direnmiştir.

Direnme kararı temyiz edilmiş ve direnme sonrası temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılmıştır. Hukuk Genel Kurulu tarafından, 13.03.2015 tarihli 2-1688/1032 sayılı kararında, uyuşmazlık öncelikle davacı kadının davalı tarafın eve dön ihtarından sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle dava açmasının dürüstlük kuralıyla bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna hasredilmiştir.

Ardından terk sebebiyle boşanma davası açmanın şartları 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 132 ve ardından 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 164 kapsamında belirlenmiştir. Bu yapılırken 4721 sayılı kanun ile terk sebebiyle boşanma hükmüne eklenen *“Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.”* cümlesi üzerinde durulmuştur. Türk Medenî Kanununda bu düzenleme sonrasında diğer eş terke zorlayan veya eve dönmeyi engelleyen eşin *“terk nedeniyle boşanma davası”* açma hakkı bulunmadığı sonucuna varılması gerektiği ve bu durumun bu düzenlemenin konuluş amacına da uygun olduğu sonucuna varılmıştır. *“Tüm dosya kapsamından ve yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı kadının gösterdiği tanıkların beyanları ve dosya kapsamına göre, davalı eşin, davacı olan eşini ortak konutu terke zorladığı sabittir. Bu durumda yerel mahkemenin tarafların 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 166/1. maddesi uyarınca boşanmalarına ilişkin hükümde direnmesi usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.”*³¹

³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 tarihli 2-1688/1032 sayılı kararı.

III. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında, yerinde bir şekilde, terk ihtarı gönderen eşin kovması, dövmesi vb. sebeplerle ortak konuttan ayrılan eşin kendisine tebliğ edilen “eve dön ihtarı” sonrasında “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” boşanma davası açmasını, önceki yerleşik içtihadı aksine, dürüstlük kuralına aykırı görmemiştir. Bu gelişme umut verici görünmektedir. Zira ortak konutu diğer eşin maddî veya manevî cebri sonucunda terk eden eşin kendisine “eve dön ihtarı” gönderilmesinden sonra “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” boşanma davası açmış olmasını dürüstlük kuralına aykırı gören önceki içtihatların anlaşılması mümkün değildir³².

Kanaatimizce bu kararın terk sebebiyle boşanma hükmünde yerleşik içtihat hâline gelmesi durumunda, terk sebebiyle açılan boşanma davalarındaki yukarıda içeriği gösterilen adaletsiz sonuçların da önüne geçilmiş olacaktır. Nitekim Yargıtay 2. H.D. de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yeni içtihadı doğrultusunda karar vermiştir³³. Ne yazık ki diğer eşin zorlamasıyla ortak konuttan ayrılmak zorunda kalan eşe, diğer eş tarafından bir süre sonra “eve dön ihtarı” çekilmesine ve terkte haklılığın makul bir süre ayrı yaşama hakkı vereceği gerekçesine dayanılarak terk sebebiyle boşanmaya hükmedilmesine ilişkin önceki içtihatlar, terke zorlayan eşin kendi kusurundan yararlanması sonucunu doğurmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararının terk sebebiyle boşanma davalarında yerleşik içtihat hâline gelmesi durumunda şöyle bir durumla karşılaşılabilir. Hukuk düzeni, ortak konutu diğer eşin maddî veya manevî cebri sonucunda terk eden ve dolayısıyla terkte haklı olan ve kanun hükmü icabı terk edilmiş sayılan eşin kendisini “terk sebebiyle” yahut “evlilik birliğinin temelden sarsılması” sebebiyle boşanma davası açmaya zorlamaz³⁴. Bu durumda terk edilmiş sayılan eşin aradan uzun süre geçmesine rağmen boşanma davası açmaması hâlinde, bu eşi terke zorlayan eş de “terk sebebiyle boşanma davası” açamayacaktır. Ayrıca eşini ortak konutu terke zorlayan eşin “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” açtığı muhtemel bir boşanma

³² Ortak konutu eşinin maddî cebri sebebiyle terk eden ve eşinin eve dön ihtarı çekmesinden (15.11.2011) sonra ama ihtar kendisine tebliğ edilmeden (tebliğ tarihi: 29.03.2011) önce 18.03.2011 tarihinde “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” boşanma davası açan eşin davası dürüstlük kuralına aykırı bulunmamıştır (Yargıtay 2.H.D. 13.03.2013 tarihli 20678/6745 sayılı kararı). Oysa bir başka kararda salt kadının “eve dön ihtarı” tebliği üzerine Türk Medenî Kanunu 166/1. maddesine dayanarak boşanma davası açması ihtar süresi içinde dava açmasını haklı kılan başka sebep ve olgular bulunmadıkça dürüstlük kuralına aykırı görülmiştir (Yargıtay 2. H.D. 27.02.2014 tarihli 21288/4048 sayılı kararı).

³³ Yargıtay 2. H. D. 13.01.2016 tarihli 25093/462 sayılı ve 15.06.2017 tarihli 18628/7501 sayılı kararı.

³⁴ Öztan, 674.

davasında, davacının kusuru daha ağır olduğundan, TMK m. 166/II c. 1 gereği (terk edilmiş sayılan) davalının açılan davaya itiraz hakkı bulunmaktadır. Böyle bir ihtimali hâkim dikkatle değerlendirmelidir. Kanaatimizce terke zorlama sonrasında eşler arasındaki ortak hayatın uzun süre kurulamaması hâlinde, davalı eşin bu uzun süreçte “terk” ya da “evlilik birliğinin temelden sarsılması” sebebiyle boşanma davası açmamış olması göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle davalının kendisini ortak konutu terke zorlayan eşin açtığı boşanma davasında salt ona zarar vermek amacıyla, davacının daha kusurlu olması sebebiyle davaya itiraz etmesi hâlinde, hâkim tarafından TMK m. 166/II gereği bu itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu tespit edilebilir. Böyle bir evliliğin devamında ne davalı ne de çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir³⁵. Şu hâlde uyguladığı maddî ve manevî cebriyle diğer eş ortak konutu terke zorlayan eşin uzun süre ortak konuta dönmeyen eşine karşı başvurabileceği yollardan biri, TMK m. 166/I’de düzenlenen “evlilik birliğinin temelden sarsılması” sebebiyle boşanmadır³⁶.

Terk etmiş sayılan eşin evlilik birliğini sona erdirmek için başvurabileceği yollardan bir diğeri ise, TMK m. 166/IV’te düzenlenen ve eşlerden ikisine de kusur yüklemeyen eşler arasındaki “ortak hayatın kurulamaması” sebebiyle boşanmadır. Bununla birlikte yukarıda da vurgulandığı üzere, Türk hukukunda, modern hukuk düzenlerinin aksine, fiilî ayrılığa dayalı olarak boşanmaya hükmedilebilmesi için önceden açılmış ve ret ile sonuçlanmış (ya da feragat edilmiş³⁷) bir dava aranmaktadır. Ayrıca bu ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesine rağmen eşler arasındaki ortak hayatın kurulamaması gerekir. De lege lata, hâkim ancak bu şartlar gerçekleştiği takdirde bu sebeple boşanmaya hükmedebilir. De lege feranda, Türk kanun koyucusu önceden açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davası aramaksızın eşler arasındaki ortak hayatın belirli süre kurulamamış olmasını kusura dayanmayan bir boşanma sebebi olarak düzenlemelidir.

³⁵ Doktrinde bu durum hakkın kötüye kullanılmasına çarpıcı bir örnek olarak değerlendirilmiştir (Öztañ, 692; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 645).

³⁶ Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davasında davalının kusurlu olması gerekmediğinden doktrinde Yargıtay’ın aksi kararları eleştirilmiştir (Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 641, dn. 246). Yargıtay’ın bu husustaki yerleşik içtihadı için bkz. *Türk Medenî Kanunu 166/1-2. maddesine dayalı olarak açılan davada boşanmaya karar verebilmek için, davalının az da olsa kusurunun varlığının kanıtlanması ve en azından Türk Medenî Kanunu 166/2. maddesindeki boşanma koşullarının gerçekleşmesi gerekir* (Yargıtay 2. H.D. 06.03.2012 tarihli 3651/4894 sayılı ve 25.02.2013 tarihli 18861/4766 sayılı kararı).

³⁷ Doktrinde davadan feragat davasının “reddi” ile eş tutan Yargıtay kararları eleştirilmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 662).

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 14. Baskı, 2012, İstanbul.
- Ayan, Nurşen: "Terk Nedeniyle Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 15, Sa. 1, s. 39-54.
- Ceylan, Ebru: "Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları", 2006, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Coelho, Clarisse/Garaupa, Nuno: "Do Divorce Law Reforms Matter for Divorce Rates? Evidence from Portugal", Journal of Empirical Legal Studies, vol. 3, iss:3, pp. 525-542, 2006.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/ Gümüş M. Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 11. baskı, 2016, İstanbul.
- González, Liberted/ Viitanen, Tarja: The Effect of Divorce Laws on Divorce Rates in Europe, IZA Discussion Paper No: 2023, Mart 2006.
- Guillod, Olivier: "Switzerland, A New Divorce Law for the Millenium", Heinonline, 2000 In'l Surv. Fam. L., pp. 357-368 (e.t. 17.03.2018).
- Hausheer, Heinz. (Ed. ve çev. Ali Çivi/ Denise Unkan) "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Alınışının 80. Yılı, İstanbul, s. 29-52.
- Kandil, Seher: Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m. 164), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006.
- Oktay Özdemir, Saibe: "Türk Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB, Yıl: 35, Sa. 1, 2015, s. 29-46.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Yılmaz, Canan: Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması TBNA 2014, https://ailetoplum.aile.gov.tr/data/54292ce0369dc32358ee2a46/tbna2014_kitap.pdf.
- Yargıtay kararları için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<https://www.kazanci.com.tr/>) ve <https://emsalyargitay.gov.tr>.

SİGORTA HUKUKUNDA TAHKİM

Arbitration In Insurance Law

Arş. Gör. Dr. Tuğçe Nimet YAŞAR¹

Geliş Tarihi: 10.01.2018 Kabul Tarihi: 11.06.2018

ÖZET

Türkiye’de 2007 yılında yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile sigorta hukukunda tahkim sistemi ilk defa düzenlenmiştir. Sigorta tahkim sistemi ile sigortalılar ve sisteme üye sigortacılık yapan kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Yabancı devletlerde uygulanan “ombudsmanlık sistemi”ne benzer olan bu sistem ile uyuşmazlıkların bağımsız, hızlı, basit ve maliyet etkin bir usulle çözüme kavuşturulması, sigortalıların hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır. Sigorta hukukunda tahkime ilişkin Sigortacılık Kanunu hükümleri yanında “Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik” ve “Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2009/1)” bulunmakta iken, 2016 yılında “Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ” yürürlükten kaldırılmış ve “Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik”te de değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda genel olarak sigorta tahkim sistemi, Sigorta Tahkim Komisyonu, hakemler ve raportörler, tahkim sisteminin uygulanması ve mevzuattaki ilgili değişiklikler ele alınmaktadır. Çalışmamızda ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Sigortacılık Kanunu’nun karşılaştırılması sonucu ortaya çıkan hakem kararlarına uygulanacak itiraz ve temyiz yollarındaki sorunlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Sigorta Hukuku, Sigorta Tahkim Komisyonu, İptal, Temyiz.

ABSTRACT

In Turkey, arbitration in insurance law is for the first time regulated in Insurance Act No. 5684 which entered into force in 2007. Insurance arbitration system aims at resolving disputes between insurance companies -that are members of the insurance system- and policy holders. The aim of this insurance arbitration system, which is similar to the “ombudsman system” practiced in other countries, is to resolve disputes in an independent, fast, informal, cost-effective and fair way. Arbitration in insurance law is regulated besides the Insurance Act, by the “By-Law on Insurance Arbitration” and the “Communiqué on the Insurance Arbitration Procedures and Insurance Arbitrators (No: 2009/1)”. In 2016, the communiqué was abolished and the by-law was amended. In this study, insurance arbitration system, Insurance Arbitration Commission, arbitrators, rapporteurs, the practice of the system and the amendments to the relevant regulations are discussed. The issue whether according to the Civil Procedure Act No. 6100 and Insurance Act, the arbitral award is subject to annulment or directly to appeal, is discussed.

Keywords: Arbitration, Insurance Law, Insurance Arbitration Commission, Annulment, Appeal.

¹ Arş. Gör. Dr. -Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, tugyasar@gmail.com.

I. GİRİŞ

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu² (SK) sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi esasını benimsemektedir. SK'nın 1. maddesinde amaçları arasında, “*sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek*” de sayılmaktadır. Bu sistem ile uluslararası uygulamalarda var olan “*ombudsman sistemi*”ne³ benzer bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır. İlgili kanunun 30. maddesi gereğince “*sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler⁴ ile riski üstlenen taraf⁵ arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan⁶ faydalanan kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik⁷ nezdinde*

² RG. 14.06.2007, S. 26552.

³ Bkz. SK m. 30'un Gerekeşi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm> (07.06.2018); *Metezade, Z.*: “Sigortada ihtilafların Çözümü”, *Birlik'ten Dergisi* 2005, S. 2, s. 43; *Yılmaz, Z.*: “Sigortacılık Kanununa Göre Sigortacılıkta Tahkim”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ocak 2008, S. 17, s. 40. Ayrıca bkz. Özdamar, M.: “Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı”, *Batider* 2008, C. XXIV, S. 3, s. 309 vd; *Yeşilova Aras, E./Yeşilova, B.*: “Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 2013, Aydın Zevkililer'e Armağan, Sayı: 8, s. 278. Ayrıca Ombudsman kavramı için bkz. *Römer, W.*: “Der Ombudsmann für private Versicherungen”, *NJW* 2005, s. 1251; *Seneviratne, M.*: “Ombudsmen 2000”, *9 Nottingham Law Journal*, 2000, s. 13.

Örneğin Almanya, İngiltere, İrlanda ve Avusturalya ombudsmanlık sistemini uygulamaktadır. Alman *Ombudsmann für Versicherungen* için bkz. <http://www.versicherungsombudsmann.de/home.html> (07.06.2018), Avusturalya *The Financial Ombudsman Service Australia* için bkz. <http://www.fos.org.au/homepage/> (07.06.2018); İngiliz *Financial Ombudsman Service* için bkz. <http://www.financial-ombudsman.org.uk/default.htm> (07.06.2018) - kurumun eski hali olan *the British Ombudsman Bureau* için bkz. *Cohen, T.*: “*The Insurance Ombudsman – an Alternative Dispute Resolution Forum for the Insurance Industry*”, *8 S. Afr. Mercantile*, 1996, s. 254; İrlanda *Financial Services and Pensions Ombudsman* için bkz. <https://www.fspo.ie/> (07.06.2018).

Ombudsmanlık uygulamasının Türk hukukuna yabancı olması dolayısıyla sigorta uyuşmazlıklarının çözümlenmesi sistemi milli tahkime ilişkin mevcut hükümler çerçevesinde yeniden şekillendirilmiştir. Ancak günümüzde 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (RG. 29.06.2012, S. 28338) ile ombudsmanlık kurumu Türk hukukunda da uygulanmaya başlanmıştır.

Fransa'da ombudsmanlık sistemi yerine arabuluculuk sistemi kabul edilmektedir. Fransız *La Médiation de l'Assurance* kurumu için bkz. <https://www.mediation-assurance.org/Accueil> (07.06.2018).

⁴ “*Sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi*” için bkz. aşa. VI.1. Çalışmamızda kolaylık sağlaması amacıyla “*sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi*”, “*sigortalı*” ile “*sigorta ettiren*” ibarelerinin aynı kişiyi ifade ettiği kabul edilmektedir.

⁵ “*Riski üstlenen taraf*” terimine alternatif olarak hükmün diğer maddelerinde “*sigortacılık yapan kuruluş*” terimi de kullanılmaktadır.

⁶ SK m. 2/f uyarınca “*Hesap*”, “*Güvence Hesabını*” ifade etmektedir.

⁷ SK m. 2/ç gereğince “*Birlik*”, “*Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği*”ni ifade etmektedir.

Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir..”

2007 yılında yürürlüğe giren 5684 sayılı SK'da ilk defa düzenlenen tahkim sistemi, kanunun getirdiği en önemli yenilikler arasında sayılmaktadır⁸. Zira SK yürürlüğe girmeden önce Hazine Müsteşarlığı (Müsteşarlık)⁹ ve bu Müsteşarlık bünyesindeki Sigorta Denetleme Kurulu (SK m. 28) ile adli merciler sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak veya çözümüne yardımcı olabilmekteydi¹⁰. Ancak Hazine Müsteşarlığı, kamu hukukuna göre sigortacılık sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi işlevini yerine getirmekle birlikte, sigortacılık mevzuatına aykırılık söz konusu olmadığı takdirde yapılan uygulamalara müdahale edememekteydi. Sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki uyuşmazlığın özel hukuktan kaynaklanmasından dolayı sigortalı, Müsteşarlığa başvuramamaktaydı. Adli mercilere başvurunun ise zaman alması, sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması gibi nedenlerden dolayı, bu yola başvuran sigortalılar mağdur olmaktaydı ve bu nedenle (genellikle kendi zararlarına olacak şekilde) sigorta şirketi ile uzlaşma yoluna gitmekteydiler. Sigorta ettiren ile sigortacı tahkim yoluna ise sadece 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun¹¹ (HUMK) 516 vd. maddeleri gereğince başvurabilmekteydi. Sigorta ettirenin oluşan zararın telafisi için uzun süre beklemesi, sigortanın ona sağlayacağı faydaları engellemekte ve genel olarak sigortacılık sistemine olan güveni sarsmaktaydı¹². SK'da getirilen tahkim yolu ile sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların “devlet mahkemelerine” başvurmadan daha hızlı, basit ve ucuz bir usulle çözüme

⁸ Ancak sigorta tahkim sisteminin SK'nın “Tahkim” başlıklı “Sekizinci Bölüm”ünde düzenlenmesine rağmen bu bölümün “sigortacılıkta tahkim” kenar başlıklı sadece bir maddeden (m. 30) oluşması ve maddenin toplam 24 fıkradan oluşması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. *Kurt Konca*, N.: “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1344; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 277; *Ulaş*, I.: “Sigortacılıkta Tahkim”, *Batider* 2007, C. XXIV, S. 2, s. 264.

⁹ Bkz. SK m. 2/j.

¹⁰ Bkz. *Metezade*, s. 43.

¹¹ RG. 2, 3, 4.07.1927, S. 622, 623, 624.

¹² Bu yönde bkz. SK m. 30'un Gerekçesi; *Yılmaz*, s. 38; *Metezade*, s. 43; *Kale, S./Tunç Yücel, M.*: “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 462; *Kurt Konca*, s. 1343; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 278. Ayrıca bkz. *Drake, R.*: “Insurance Dispute Resolution: Lessons from Europe”, s. 123; *Cohen*, s. 252. Sigorta tahkim sistemi yürürlüğe girmeden önce (o zamanki adıyla) *Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği*'ne sigorta şirketlerine ilişkin şikayetler artmıştır. Bkz. *Ulusoy, E.*: “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, İstanbul 2009, s. 238.

kavuşturulması, sigortalıların¹³ hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁴.

Sigorta hukukunda tahkim usulü SK'nın yanı sıra ikincil mevzuatta da düzenlenmektedir. Bu bağlamda, 2007 tarihinde kabul edilen ve aynı yıl yürürlüğe giren “*Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik*”¹⁵ (STY) ve “*2016/23 Sayılı Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik Uyarınca Sigorta Hakemlerinde Aranacak Mesleki Deneyim ile Sigorta Hakemlerine İlişkin Genelge*” bulunmaktadır. Yönetmelikte en son 2016 yılında değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca “*Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ* (Tebliğ No: 2009/1)” bulunmaktaydı. Ancak anılan Tebliğ “*Sigorta Tahkim Usûlü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ'in Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tebliğ*”¹⁶ ile 2016 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

SK'da hüküm bulunmayan hallerde 1086 sayılı HUMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (SK m. 30/XXIII). Dolayısıyla HUMK'da yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sigorta tahkim sistemi şekillendirilmiştir¹⁷. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁸ (HMK) “*mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır*” (HMK m. 447/II) hükmü dolayısıyla, HMK hükümlerinin sigortacılıkta tahkim hakkında kıyasen¹⁹ uygulanacağı kabul edilmektedir (SK m. 30/XXIII)²⁰. Ancak bu hususa rağmen SK'da belirlenen tahkim sisteminin kendine özgü (*sui generis*) ve kurumsal tahkime yönelik bir sistem karakteri taşıdığı kabul edilmektedir²¹. Çalışmamızda kendine özgü olan bu sistem incelenecektir. Öncelikle kavramların tanımı yapılacak, Sigorta Tahkim Komisyonu'nun işleyişi ve tahkim yapılaması ele alınacaktır.

¹³ Bkz. yuk. dn. 3. Belirtmek gerekmektedir ki, sigorta tahkim sistemine sigortalılar sigorta şirketleri hakkında başvurabilmektedir. Sigorta şirketleri, sigortalılar hakkında sigorta tahkim sistemine başvuramamaktadırlar. Bkz. *Özcan, E.: Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 18.*

¹⁴ *Kurt Konca, s. 1344; Kale/Tunç Yücel, s. 461; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 278.* Sigorta ettirenlerin genellikle “*maddi ve tecrübe bakımından zayıf*” oldukları kabul edilmektedir. Özdamar, M.: “*Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 832.

¹⁵ RG. 17.08.2007, S. 26616.

¹⁶ RG. 19.01.2016, S. 29598.

¹⁷ Bu yönde bkz. *Kurt Konca, s. 1365.*

¹⁸ RG. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁹ “*Kıyasen*” uygulamaya ilişkin eleştiri için bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 284.*

²⁰ SK'nın 30. maddesinin HMK ile ilişkisi için bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 281 vd.* Yabancı unsurlu sözleşmeler açısından 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG. 05.07.2001, S. 24453 – MTK) ile ilişkisi için bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 283.*

²¹ *Ulaş, s. 248.*

II. SİGORTA TAHKİMİNİN KONUSU

Yukarıda da belirtildiği üzere sigorta hukukunda tahkim yoluyla “sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü” amaçlanmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın ya sigorta sözleşmesinden ya da Hesaptan kaynaklanması gerekmektedir²².

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun²³ 1401. maddesi gereğince sigorta sözleşmesi, “sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”. Sigorta sözleşmesi, bir sigorta şirketi²⁴ (sigortacı) ile sigorta ettirenin karşılıklı anlaşmasıyla kurulmaktadır²⁵. Sigorta sözleşmesi kural olarak şekle bağlı değildir²⁶.

Maddede yer alan “Hesap”, zorunlu sigortalının sağladığı güvencelerle ilgili olarak, örneğin rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli bir sigorta bulunmaması durumunda, zarar görenin uğrayacağı zararları karşılamak için Birlik bünyesinde kurulmuş olan bir kurumdur²⁷. Güvence Hesabı’nın tüzel kişiliği bulunmaktadır²⁸. Güvence Hesabı’ndan faydalanan kişiler ile Hesap arasındaki uyuşmazlıklarda da sigorta tahkim yoluna başvurulması olanaklıdır.

III. SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU

SK’nın 30. maddesi gereğince uyuşmazlıkların çözümü amacıyla 2008 yılında Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde “Sigorta Tahkim Komisyonu” (“Komisyon”) oluşturulmuştur. Türk sigorta hukukunda tahkim Sigorta Tahkim Komisyonu yapısı altında örgütlenecek “kurumsal tahkim”²⁹ esaslı kabul edilmektedir³⁰. Komisyonun merkezi İstanbul’dadır³¹.

²² Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 292.

²³ RG. 14.02.2011, S. 27846.

²⁴ Sigorta şirketinin bir anonim şirket veya kooperatif şirketi olması gerekmektedir. Bozer, A.: Sigorta Hukuku, Ankara 2009, s. 32.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çeker, M.: Sigorta Hukuku, Adana 2012, s. 57.

²⁶ Bozer, s. 41; Çeker, s. 59.

²⁷ Bkz. SK m. 14. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güvence Hesabı Yönetmeliği (RG. 26.07.2007, S. 26594); Tepedelen, Z.: Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, Ankara 2017, s. 30 vd.

²⁸ Yönetmelik ile tüzel kişilik oluşturulup oluşturulamayacağı ve Güvence Hesabı’nın taraf ehliyetini haiz olup olmadığı tartışması için bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 294, ve özellikle dn. 44.

²⁹ Kurumsal tahkim – ad hoc tahkim ayrımı için bkz. Şanlı, C./Esen, E./Ataman Figanmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 590 para. 306 vd.

³⁰ Bu yönde Ulaş, s. 241; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 287 ve 288.

³¹ Kurt Konca, s. 1347.

Komisyon, Sigorta Tahkim Komisyonu Başkanlığı, Komisyon müdür ve müdür yardımcılarının³², raportörler ile diğer çalışanlardan teşekkül etmektedir (STY m. 5/I). Komisyon Başkanlığı, bir Müsteşarlık temsilcisi³³, iki Birlik temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi³⁴ ile Müsteşarlıkça belirlenecek bir akademisyen hukukçu temsilcinin³⁵ katılımı ile oluşmaktadır (SK m. 30/II; STY m. 5/III)³⁶.

Komisyon, Birlikçe ayrı bir hesapta izlenecek olan Komisyonun bütçesini hazırlayarak Birliğe sunmak, tahkim sisteminin adil, tarafsız ve etkin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli önlemleri almak, Komisyonun faaliyet sonuçları hakkında yıllık rapor hazırlayarak Birliğe ve Müsteşarlığa göndermek, bilgi işlem alt yapısını hazırlamak ve kanunlarla kendisine verilen diğer görevleri yapmakla (SK m. 30/III ve STY m. 6) yükümlüdür.

Sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin Komisyon'a başvurması gerekmektedir (SK m. 30/XV). Ayrıca Komisyon uyuşmazlığa bakacak hakemi hakem listesinden seçmektedir (SK m. 30/XV). Bu bağlamda Komisyon, hakemlere "sekreteryal destek veren kurum" olarak nitelendirilmektedir³⁷.

IV. SİGORTA TAHKİMİNDE YER ALAN KİŞİLER

A. SİGORTA HAKEMİ

Sigorta hakemi, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları çözen kişiyi ifade etmektedir (SK m. 2/o ve STY m. 4/I, f)³⁸. Bazı

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. STY m. 7.

³³ Bkz. SK m. 30/II.

³⁴ Bkz. STY m. 5/V.

³⁵ Bkz. STY m. 5/VII.

³⁶ Adalet Bakanlığına Komisyona temsilci gönderme olanağının tanınmamış olması eleştirilmektedir. Ayrıca akademisyen hukukçuların sayısının artırılması da önerilmektedir. Böylece Komisyonun bağımsızlığı artırılabacaktır. Bu yönde bkz. *Can, M.: Türk Özel Sigorta Hukuku*, Ankara 2007, s. 315; *Karasu, R.: "Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 26 (Nisan 2016), s. 54.

³⁷ Bu yönde bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 280.

³⁸ Sigorta hukukunda hasar miktarına ilişkin uyuşmazlıkların çıkması halinde "hakem bilirkişi" (ekspert) kurumuna başvurulabilmektedir. "Hakem bilirkişi" kurumu SK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte Bakanlıkça düzenlenen ve sigorta ettiren ile sigortacı tarafından imzalanan poliçe ile sigorta sözleşmesi hükmü olarak taraflarca kabul edilen genel şartlarda düzenlenmektedir. Örneğin bkz. Yangın Sigortası Genel Şartları gereğince (B.4). "Hakem bilirkişi" kurumunun, "delil sözleşmesi" niteliğinde ve kararlarının kesin olduğu kabul edilmektedir. "Hakem bilirkişiler", taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmemektedirler. Tahkim kurumundan farklı olması nedeniyle çalışmamızda "hakem bilirkişi" kurumu incelenmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Aybar, A.: "Sigorta ile İlgili Tahkim"*, BTHAE IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 371- 388; *Sevener, B.: "Sigortaya İlişkin İşlerde Tahkim"*, BTHAE IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 391-403; *Can, s. 81; Çeker, s. 88; Özbek, S.: "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden*

hakemlerin ise “*itiraz hakem heyeti*”nde yer alması olanaklıdır. İtiraz hakem heyeti, “*sigorta hakem kararlarına karşı yapılan itiraz talebini incelemek üzere Komisyon tarafından oluşturulan üç kişilik hakem heyetidir*” (STY m.4/1,ğ). Kurumsal tahkim niteliğini bünyesinde taşıyan Komisyonunda görev yapacak olan hakemlerin sahip olmaları gereken nitelikler ve uymaları gereken kurallar ayrıntılı olarak SK’nın 30. maddesinde ve STY’nin 13. maddesinin III. fıkrasının 3. cümlesinde düzenlenmektedir³⁹. HMK çerçevesinde yapılacak tahkim için seçilecek hakemlerin de bu maddede sigorta hakemleri için aranan nitelikleri taşıması gerekmektedir (SK m. 30/XXIV).

Sigorta hakemi olmak isteyenler, Müsteşarlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olmalıdırlar (STY m. 13/III, c. 1). Sınav, itiraz hakem heyetinde yer almak isteyenler ile diğer hakem adayları için ayrı ayrı yapılmaktadır (STY m. 13/III, c. 2). Sınavda başarılı olanlar hakem listelerine kaydolmak için Komisyona başvurmaları gerekmektedir. (STY m. 13/I). Başvurusu uygun görülenler kabul için Müsteşarlığa bildirilmekte ve Müsteşarlığın kabul etmesi halinde sigorta hakemleri için ayrı, itiraz hakem heyetinde yer alacak sigorta hakemleri için ayrı olmak üzere iki liste tutulmaktadır (STY m. 14/I, c.1). Bir hakem sadece bir listede yer alabilmektedir (STY m. 14/I, c.1). Hakemlerin ismi hayat⁴⁰ ve hayat dışı sigorta grupları için ayrı ayrı olmak üzere Komisyon tarafından tutulan listeye kaydedilmektedir (STY m. 14/II)⁴¹. Sigorta hakeminin ismi, sigorta hakemliği yapmak için gereken nitelikleri kaybetmişse veya tarafsızlık ilkesine aykırı hareket ettiği tespit edilmişse sürekli olarak; kendisine ulaşan dosyaları bir yıl içinde en fazla üç kez zamanında sonuçlandırmamışsa bir yıl süreyle listeden silinmektedir (SK m. 30/XI; STY m. 14/IV)⁴².

Sigorta hakemliği ücret karşılığında yapılmaktadır. Hakemlik ücreti Komisyonun görüşü alınarak Müsteşarlıkça belirlenmektedir. Hakem ücreti Komisyon tarafından ödenmektedir⁴³ (SK m. 30/XVIII, STY m. 6/I, e).

B. SİGORTA RAPORTÖRÜ

SK’nın 2. maddesinin (o) bendi gereğince sigorta raportörü, “*sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf*

Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009, S. 2, s. 224; Ulaş, s. 240; Ulusoy, s. 238.

³⁹ Ayrıca bkz. STY m. 13/IV; Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenen 22.06.2016 tarihli ve 2016/23 sayılı “*Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik Uyarınca Sigorta Hakemlerinde Aranacak Mesleki Deneyim ile Sigorta Hakemlerine İlişkin Genelge*” ile deneyim şartının karşılanmadığı haller sayılmaktadır.

⁴⁰ Hayat sigortası TTK m. 1487/I’de tanımlanmaktadır.

⁴¹ Ayrıca bkz. STY m. 14/VI, SK m. 30/X.

⁴² Ayrıca bkz. STY m. 14/III, 14/A ve 14/V.

⁴³ Ulaş, s. 244. Hakem ücretinin kararda yer alması gerekmemektedir. Bu yönde bkz. Ulaş, s. 260.

arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Komisyona intikal etmiş şikâyetler üzerinde ön incelemeyi yapan kişiyi” ifade etmektedir⁴⁴. Raportörler de hayat ve hayat dışı sigorta gruplarına ayrılmakta ve buldukları gruba uygun uyuşmazlıklara ilişkin görev almaktadırlar (SK m. 30/VII).

2013 yılında SK’nın 30. maddesinin XII. fıkrasında yapılan değişik ile itiraz sistemi getirilmiştir. Bu bağlamda itiraz yetkilisi kavramı STY’ye eklenmiştir. İtiraz yetkilisi, “*itiraz hakem heyetine intikal etmiş dosyalar üzerindeki ön incelemeyi yapan kişiyi*” ifade etmektedir (STY m. 4/I,h). İtiraz yetkilisinde aranan özellikler SK ve STY’de düzenlenmemiş olmakla birlikte, niteliği gereği raportör ile aynı olması nedeniyle raportörlerde aranan özelliklerin itiraz yetkilisinde de aranması gerektiği kanaatindeyiz.

C. HAKEM VE RAPORTÖRLERİN TARAFSIZLIĞI

SK’nın 30. maddesinin XIX. fıkrası gereğince sigorta hakem ve raportörlerinin tarafsız olmaları gerekmektedir⁴⁵. Bu bağlamda sigorta şirketlerinin, reasürans şirketlerinin, sigortacılık yapan diğer kuruluşların, sigorta eksperlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile tüm bu kuruluşlarda meslekî faaliyette bulunanlar ve sigorta eksperleri, sigorta acenteleri ve brokerler sigorta hakemliği yapmamaktadırlar⁴⁶. Bu sınırlandırmalar belirtilen kimselerin eş ve çocukları için de söz konusu olmaktadır (SK m. 30/XIX). Her ne kadar fıkranın ikinci cümlesi sadece hakemler için düzenlenmişse de aynı cümlenin raportörleri de kapsadığı ileri sürülebilir. Hükmün emredici niteliği dolayısıyla, anılan durumda olan kişiler hakem olarak atanmışsa, hakem listesinden silinmeleri gerekmektedir⁴⁷.

“*Hukuk [Usulü] Muhakemeleri Kanununun 34. [28.] maddesi sigorta hakemleri hakkında da uygulanmaktadır*” (SK m. 30/XIX). HMK’nın 34. maddesi hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu halleri düzenlemektedir. Benzer bir

⁴⁴ Raportörlerde aranan nitelik için bkz. STY m. 8/I. Komisyon müdüründe aranan niteliklere raportörlerin de sahip olması gerekmektedir. Bkz. *Ulaş*, s. 247. Ayrıca bkz. STY m. 8/II

⁴⁵ Hükümde belirtilmemiş olmakla birlikte tarafsızlık yanında hakem ve raportörlerin *bağımsız* olmaları da gerekmektedir. Sistemin genel olarak bağımsız olması yönünde bkz. *Drake*, s. 124. Ayrıca önemi nedeniyle belirtmek gerekmektedir ki, diğer yükümlülükleri yanında SK’nın 30. maddesinin XX. fıkrasına göre hakem ve raportörlerin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Hakem ve raportörler işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ilgililerin izni olmaksızın açıklayamamaktadırlar. Nitekim tahkimin tercih edilme nedenleri arasında tahkim yargılamasındaki gizlilik esası büyük rol oynamaktadır. Bu yönde bkz. *Kurt Konca*, s. 1355. Ancak suç teşkil eden hallerin yetkili mercilere bildirmeleri gerekmektedir (SK m. 30/XIX).

⁴⁶ Alman hukuku bakımından ombudsmanlar için bkz. *Römer*, s. 1253.

⁴⁷ Bu yönde bkz. *Ulaş*, s. 245.

hüküm STY'nin 18. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm gereğince hakem, kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ilgili bulunduğu uyuşmazlıklara, aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile eşinin; kan veya kayın yönünden altsoyunun ve üstsoyunun; üçüncü dereceye kadar kan veya ikinci dereceye kadar kayın hısımlarının; aralarında evlâtlık ilişkisi bulunan kişilerin uyuşmazlıklarına ve taraflardan birinin vekili vasisi veya kayyım sıfatıyla hareket ettiği uyuşmazlıklar ile tahkim sırasında, yönetim kurulunda bulunduğu tüzel kişiye ait uyuşmazlıklara bakamamaktadır⁴⁸. Bu durumlarda hakemin hakemlik görevinden kendiliğinden -taraflar durumu ileri sürmeden de- çekilmek zorunda olduğu belirtilmektedir⁴⁹.

Ayrıca SK'nın HMK'ya yaptığı atıftan dolayı (SK m. 30/ XV) taraflar ve hakemin kendisi⁵⁰, anılan kanunda yer alan hâkimi ret nedenlerine dayanarak hakemi reddedebilmektedirler⁵¹. SK gereğince ret talebi Komisyona, durumun öğrenildiği tarihten itibaren en geç beş iş günü içinde bir dilekçeyle yapılmakta ve bu talep üzerine Komisyon müdürü, iki tarafın görüşlerini dinledikten sonra konu hakkında en geç beş iş günü içinde karar vermektedir (SK m. 30/XV). Ancak STY'nin 17. maddesinde tarafların atanmış hakemi, atamayı öğrendikleri tarihten itibaren on beş gün içinde yazılı olarak reddedebileceği öngörülmektedir. STY'de öngörülen bu düzenlemenin SK'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir⁵². Zira SK uyarınca hakemin reddi için öngörülen süre tahkim yargılaması içinde herhangi bir zamanda başlayabilecekken, yönetmelik gereğince atamaların öğrenilmesinden itibaren on beş gün geçtikten sonra hakemin reddi ileri sürülememektedir. Bir başka ifade ile hakemin ret sebeplerinin hakemin atanmasından çok daha sonra ortaya çıkması durumunda yönetmelik hükümlerine göre hakem reddedilemeyecektir.

Yönetmeliğin anılan hükmü ile tahkim yargılamasının hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Ancak yönetmelik düzenlemesinin tarafsız hakemlerce verilen adil bir karara ulaşılmasına engel olması nedeniyle uygulanmaması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁵³. Bir başka görüşe göre ise her iki hüküm birlikte değerlendirilmekte, reddi gerektiren hususun öğrenildiği tarihten itibaren en geç beş iş günü içerisinde ve her halükârda hakemlerin atanmasının öğrenildiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde ret talebinin Komisyona bir dilekçeyle yapılması gerekmektedir⁵⁴. Yönetmelikte 19 Ocak 2016 tarihinde son değişiklik yapılmış ancak bu değişikliklerde 17.

⁴⁸ Ayrıca bkz. SHT m. 5.

⁴⁹ Bu yönde Kurt Konca, s. 1354; Ulaş, s. 245.

⁵⁰ Bu yönde bkz. Kurt Konca, s. 1355; Kale/Tunç Yücel, s. 467; Ulaş, s. 246.

⁵¹ Bkz. HMK'nun 36 ve STY m. 17.

⁵² Bu yönde Kurt Konca, s. 1354.

⁵³ Kurt Konca, s. 1354.

⁵⁴ Bu yönde Kale/Tunç Yücel, s. 467.

maddenin I. fıkrasında anılan husus düzeltilmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce son görüşün dikkate alınması, başka bir ifade ile SK ile STY hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hakemin reddi talebi üzerine Komisyon Müdürü her iki tarafın görüşlerini dinledikten sonra bu konuda en geç beş iş günü içerisinde karar vermektedir (SK m. 30/XV). Beş günlük süre tarafların görüşlerini Komisyona iletilmesinin tamamlanması ile başlamaktadır⁵⁵ (SK m. 30/XV). Bu süre içerisinde tahkim yargılaması için öngörülen sürenin devam edip etmeyeceği, uyuşmazlığın hakem heyeti tarafından mı yoksa sadece tek hakem tarafından mı incelendiğine bağlıdır. Zira uyuşmazlık tek hakem tarafından görülmekte ise tahkim süresinin duracağı kabul edilmektedir. Uyuşmazlığın hakem heyeti tarafından görülmesi durumunda ise hakemin reddinin tahkim süresini durdurmadığı kabul edilmektedir⁵⁶.

V. SİGORTA TAHKİM SİSTEMİNE ÜYELİK

Sigorta tahkim sistemine başvurulabilmesi için öncelikle sigorta tahkim sistemine üye olunması gerekmektedir. Sisteme üye olunması ile birlikte Komisyon nezdindeki tahkim sisteminin yargı yetkisi kabul edilmiş olmaktadır⁵⁷. Sigorta tahkim sistemine “*sigortacılık yapan kuruluşlar*” üye olabilmektedir (SK m. 30/I, 2⁵⁸). Bu kuruluşlar “*sigorta şirketleri*” başka bir ifade ile “*sigortacı*”lardır⁵⁹. Emeklilik şirketleri de hayat sigortaları yapabiliyor olmaları nedeniyle ve Güvence Hesabı⁶⁰, Doğal Afet Sigortaları Kurumu ile Tarım Sigortaları Havuzu (TARSİM) gibi kuruluşlar da anılan ifade kapsamındadır⁶¹. 2018 yılı itibarıyla, sigorta tahkim sisteminin 51 sigortacılık yapan kuruluş üyesi bulunmaktadır⁶². Sisteme üye olmanın sigorta şirketleri bakımından bir prestij olarak görüldüğü ifade edilmektedir⁶³.

⁵⁵ Ulaş, s. 246.

⁵⁶ Bu yönde Kale/Tunç Yücel, s. 468.

⁵⁷ Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 294.

⁵⁸ Fıkranın birinci cümlesinde “*riski üstlenen taraf*” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. yuk. dn. 4

⁵⁹ Bozer, s. 32; Kender, R.: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2013, s. 34; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 278.

⁶⁰ Yeşilova Aras/Yeşilova’ya göre Güvence Hesabı’nın üye olması gerekmemektedir. Bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 290 ve s. 295, dn. 44. Ancak Güvence Hesabı da sigorta tahkim sistemine üyedir. Bu bağlamda sigortacılık yapan kuruluş ifadesine Güvence Hesabı da dahildir. Bkz.

http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=91 (07.06.2018). Ayrıca Özdamar, Tahkim, s. 845.

⁶¹ Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 293.

⁶² Liste için bkz.

http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=91 (07.06.2018).

⁶³ Bu yönde bkz. Kurt Konca, s. 1351; Seneviratne, s. 18.

Sigorta acentelerinin sisteme üye olup olamayacakları ve bu bağlamda acentelere aleyhine Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulup başvurulamayacağı konusu tartışılmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 105. maddesinin II. fıkrası gereğince acentenin aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden dolayı acenteye karşı dava açılabilir. Ancak dava sonucu alınan kararlar acentelere uygulanmamaktadır (TTK m. 105/III). Bizim de katıldığımız hâkim görüş gereğince SK'nın 30. maddesinin I. fıkrasında "*riski üstlenen taraf*" arasındaki uyuşmazlıkların tahkim ile çözümleneceği düzenlenmesi ve acentelerin risk üstlenen taraf niteliğinde olmamaları nedeniyle, acenteler sigorta tahkim sistemine üye olamamaktadırlar. Bu bağlamda onlara karşı Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru mümkün olamamaktadır⁶⁴.

Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı⁶⁵ olarak Komisyona bildirmelidirler⁶⁶ (SK m. 30/I). Bu hüküm gereğince SK'nın 30. maddesine göre sigorta hukukunda tahkim, zorunlu tahkim olmayıp, ihtiyari, başka bir ifade ile tarafların isteğine bağlı bir tahkim yoludur. Nitekim anılan maddede sigortacılık yapan kuruluşların sisteme katılmaları, onların isteğine bağlı tutulmaktadır⁶⁷. Bu kapsamda

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Karasu*, s. 57; *Özdamar*, Tahkim, s. 846; Acenteler aleyhine de tahkim yolunun önünün açılması gerektiğine ilişkin bkz. *Karasu*, s. 58; *Özdamar*, Tahkim, s. 846.

⁶⁵ *Ulaş'a* göre yazılı başvuru, geçerlilik değil bir ispat koşuludur. Sigorta kuruluşu yazılı başvuru haricindeki tüm koşulları yerine getirmişse, sisteme üye kabul edilmelidir. Bkz. *Ulaş*, s. 248.

⁶⁶ Sigorta kuruluşları Komisyona üye olarak, bir bakıma, Komisyon kararlarına uyacaklarını da tekeffül etmiş olmaktadır. Bkz. *Özdamar*, Ombudsmanlık, s. 324; Alman Sigorta Ombudsmanlığı Derneği Tüzüğü m. 5/II.

⁶⁷ Bu yönde *Ulaş*, s. 240 ve 248; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 288. *Özdamar'a* göre sistemi tamamen ihtiyari tahkim olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Yazara göre, sisteme üyelik ihtiyari olmakla birlikte, sisteme üye olduktan sonra sigortacılık yapan kuruluşların tahkim başvurularını reddedememeleri, sistemin "*karma yapıya sahip olduğu izlenimini doğurmaktadır*". Bkz. *Özdamar*, Tahkim, s. 840; aynı yönde *Karasu*, s. 53 vd.

Ulusoy ise sigorta tahkim sistemini "*nispi zorunlu tahkim*" olarak nitelendirmektedir. Nitekim tahkime gidilmesi "*taraplardan sadece birisinin rızasına bağlı*"dır. Bkz. *Ulusoy*, s. 237 ve 239 vd.

Her ne kadar zorunlu tahkimde tarafların tahkim anlaşmaları yapmaları gerekmekte ve taraflardan birinin başvurusu tahkim yargılamasının başlaması için yeterli sayılıyorsa da (bkz. bu yönde *Özekes/Birben*, s. 161) kanaatimizce sigorta hukukunda tahkim sistemini ihtiyari tahkim olarak değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim sigortacılık yapan kuruluşun sisteme üye olması isteğe bağlıdır ve bu üyelik tarafların adli yargıya veya HMK gereğince *ad hoc* tahkime başvuru yollarını kapamamaktadır (bkz. *Aybar*, s. 406; aşa. dn. 102). SK m. 30 ile, sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiye alternatif bir yöntem sunulmaktadır. (İhtiyari ve zorunlu tahkim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Özekes/Birben*, s. 150 vd.) Ancak *Ulusoy*, tarafından kullanılan "*nispi zorunlu tahkim*" ifadesi günümüzde zorunlu sigortalara ilişkin Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulması durumunda geçerli olabilecektir. Nitekim zorunlu sigortalara ilişkin uyuşmazlıklarda sigorta kuruluşunun tahkim sistemine üye olma koşulu bulunmamaktadır. Dolayısıyla sigorta ettiren Sigorta Tahkim Komisyonuna

sigorta uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesi üç şekilde ortaya çıkabilmektedir.

1. Sigortacılık Yapan Kuruluşun Sisteme Üye Olmaması Durumunda Başvurulacak Tahkim Usulü

İlk olarak, sigortacılık tahkim sistemine üye olmayan sigortacılık yapan kuruluş ile sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine ilişkin yazılı bir anlaşma yapabilmektedir⁶⁸. Taraflar müstakil bir tahkim sözleşmesi yapabilecekleri gibi akdettikleri sigorta sözleşmesine bir tahkim şartı da koyabilmektedirler. Taraflar arasındaki bu anlaşmayı ortaya çıkaran sözleşme veya şartın mutlaka açık ve yazılı olması gerekmektedir. Bu durumda taraflar HMK gereğince *ad hoc* tahkim⁶⁹ yoluna başvurabilecektir⁷⁰. HMK hükümleri (HMK m. 407-444) doğrudan uygulanacaktır⁷¹. Sigortacılık yapan kuruluşun, sigorta tahkim sistemine üye olmaması nedeniyle taraflar SK gereğince sigortacılık tahkim sistemine gidememekte, başka bir ifade ile sigortalı Komisyona başvuramamaktadır (STY m. 15/1 son cümle)⁷². Ancak HMK çerçevesinde yapılacak tahkim için seçilecek hakemlerin de SK'nın 30. maddesinin VIII. fıkrasında düzenlenen sigorta hakemleri için aranılan nitelikleri taşıması gerekmektedir (SK m. 30/XXIV)⁷³.

2. Sigortacılık Yapan Kuruluşun Sisteme Üye Olması ve Sigortalıyla Arasında Tahkim Anlaşması Yapılmış Olması Durumunda Başvurulacak Tahkim Usulü

İkinci olarak sigortacılık tahkim sistemine üye olan sigortacılık yapan kuruluş ile uyuşmazlığa düşen sigortalı arasında HMK hükümleri gereğince tahkim anlaşması yapılmış olabilir. Bu durumda iki seçenek ortaya çıkmaktadır:

a. İlk seçenek olarak taraflar yukarıda açıklanan HMK gereğince *ad hoc* tahkim yoluna başvurabilecektir.

b. İkinci seçenek olarak sigortacılık yapan kuruluşun sigortacılık tahkim sistemine üye olması dolayısıyla sigortalı Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilecektir. Bu durumda SK'nın 30. maddesi uygulama bulmaktadır⁷⁴.

başvurması durumunda, sigorta kuruluşu zorunlu olarak tahkim davasına devam edecektir. Bkz. *Ulusoy*, s. 240.

⁶⁸ *Kale/Tunç Yücel*, s. 464.

⁶⁹ Bkz. yuk. dn. 28.

⁷⁰ *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 288.

⁷¹ *Can*, s. 316; *Kurt Konca*, s. 1349; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 288.

⁷² *Ulaş*, s. 249; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 295-296. Aşa. dn. 80.

⁷³ Böylece sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, Tahkim Komisyonu dışında HMK çerçevesinde tahkim kurumu ile çözümlenmesi halinde, uygulamada paralellik sağlanması bakımından sigortacılık alanında belirli nitelikleri taşıyan sigorta hakemlerine başvurulması amaçlanmaktadır. Bkz. *Yılmaz*, s. 48.

⁷⁴ *Yeşilova Aras/Yeşilova*, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluş ile menfaat sahibi

3. Sigortacılık Yapan Kuruluşun Sisteme Üye Olması ve Sigortalıyla Arasında Tahkim Anlaşması Yapılmamış Olması Durumunda Başvurulacak Tahkim Usulü

Son olarak ise taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunmamasına rağmen, sigortacılık yapan kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olması nedeniyle, sigortacılık yapan kuruluş ile uyumsuzluğa düşen kişi tahkim usulünden yararlanabilmektedir⁷⁵. Sigortacılık yapan kuruluşun, sigorta tahkim sistemine üye olması, - SK'nın HMK'dan daha özel nitelikte olması sebebiyle-HMK'nın 412. maddesinin III. fıkrasında aranan yazılı tahkim sözleşmesi yapma şartına istisna getirmektedir⁷⁶. Dolayısıyla sigortacılık yapan kuruluşların sigorta tahkim sistemine üye olmaları tahkim yoluna başvuru bakımından büyük önem arz etmektedir⁷⁷.

İstisnai olarak sigorta tahkim yoluna başvurulabilmesi için zorunlu sigortalara⁷⁸ ilişkin üye olma zorunluluğu bulunmamaktadır. SK'nın 30.

arasında özel bir tahkim sözleşmesi mevcut ise, sadece adli yargı yolunun değil (HMK m. 413), Komisyona başvuru yolunun da kapandığını ileri sürmektedir. Zira sigortacılıkta tahkim yolu, adli yargı yolunun bir alternatifidir. Bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 291 ve 302. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim öncelikle *Yeşilova Aras/Yeşilova*'nın görüşüne aykırı olarak (bkz. s. 299) tahkim anlaşmasıyla taraflar adli yargı yolundan tam anlamıyla feragat etmiş olmamaktadırlar. Tahkim anlaşması mevcut ise, mahkeme re'sen görevsizlik kararı vermemektedir. İlk itiraz ileri sürülmektedir. İlk itiraz ileri sürülmez ise, mahkeme uyumsuzluğu çözebilmektedir. *Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.*: Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2012, s. 805; *Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.*: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 1075. Bununla birlikte taraflar özel bir tahkim sözleşmesi yapmış olsalar dahi, "anlaşmak suretiyle her zaman bu yola başvurmadan vazgeçebilirler". Bkz. Özekes, Muhammet/Birben, Erhan: "2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karılaştırılması", Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 161. Aşa. dn. 76'de belirtildiği üzere Komisyona başvuru ile sigorta anlaşması kurulmuş sayılmaktadır. Dolayısıyla Komisyona başvuru ile taraflar eski tahkim anlaşmaları yerine geçecek yeni bir anlaşma yapmış olmaktadır. Ayrıca sigorta tahkimine başvuru hakkından önceden feragat edilmesi geçerli değildir. Bu yönde bkz. Özdamar, Tahkim, s. 840.

⁷⁵ Kurt Konca, s. 1345.

⁷⁶ SK m. 30/1'de "...ilgili sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile..." ifadesi yer almaktadır. Bkz. *Kale/Tunç Yücel*, s. 464 vd; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 300.

⁷⁷ Özdamar ve *Yeşilova Aras/Yeşilova*'ya göre tahkim sistemine üye olmayı "aleni bir icap" olarak, uyumsuzluk nedeniyle Komisyona başvuruyu da "genel icabın ilgili kimse tarafından... kabulü" şeklinde değerlendirmek gerekmektedir. Böylece Komisyona başvuru ile "kendiliğinden bir tahkim anlaşması" kurulmaktadır. Bkz. Özdamar, Tahkim, s. 841; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 290-291; *Karasu*, s. 54. ICSID tahkimi ile karşılaştırma için bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 301, dn. 51.

⁷⁸ Sigorta ettirenin belirli bir sigorta türünde kanun hükmü gereğince sigorta yapma zorunluluğu bulunmakta ise "zorunlu sigorta" söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kender*, s. 194. Aynı şekilde sigorta şirketleri de "faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortalıları yapmaktan kaçınmaz" (SK m. 13/1; zorunlu sorumluluk sigortalılarına ilişkin TTK m. 1483). Örn. zorunlu deprem sigortası. Bu sigorta sözleşmesi DASK tarafından

maddesinin I. fıkrasının 4. cümlesi gereğince zorunlu sigortalara ilişkin uyuşmazlıklarda sigorta kuruluşları tahkim sistemine üye olmasalar dahi sigortalılar Komisyona başvurabileceklerdir. Sigorta kuruluşları Komisyona üye olmadıkları için yetki itirazında bulunamayacaklardır⁷⁹.

Tahkim sistemine üye olmak isteyen sigorta kuruluşlarından katılma payı alınmaktadır (SK m. 30/XII)⁸⁰. Katılım payı yılda bir kez alınacak sabit katılım payı ile dosya başına alınacak katılım ücretinden oluşmaktadır (STY m. 11/II). Sisteme üyelik sabit katılım payının ödenmesiyle başlamaktadır. Sisteme üye olunmadan önce sigorta ettirenlerle SK ve STY çerçevesinde tahkim anlaşması yapılamamaktadır (STY m. 15/I)⁸¹. Katılma payını ödemeyen üyeye, ödemeyi gecikme faizi ile birlikte yapması için Komisyon tarafından on beş günlük süre verilmektedir. Bu sürenin sonunda katılım payının ödenmemesi durumunda üye sistemden çıkartılmaktadır. Bu durum, üyelik döneminde yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için ilgililerin tahkim sistemine başvurma hakkını engellemektedir. Dolayısıyla üye sistemden çıkarılsa dahi, üyelik döneminde yapılan sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları için Komisyona başvurulabilecektir⁸². Ancak bu uyuşmazlıkların çözümü için yapılan giderler eski üyeye rücu edilmektedir (STY m. 15/II). Aynı hususun sigorta kuruluşunun kendi isteğiyle sistemden çıkması durumunda da geçerli olduğu görüşündeyiz⁸³.

Sigorta kuruluşunun sisteme üye olmadan önce akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların Komisyon bünyesinde tahkim sistemi ile çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bizim de katıldığımız hâkim görüş gereğince,

doğrudan veya DASK ad ve hesabına DASK ile sözleşme ilişkisi bulunan sigorta şirketleri tarafından yapılmaktadır (Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği m. 7/I – RG. 31.12.2016, S. 29935). Riziko meydana geldiği zaman ödeme DASK tarafından yapılmaktadır (Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları B.4.1 - RG. 13.05.2011, S. 27933). Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları'nın C.6 maddesinde Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabileceği açıkça belirtilmiştir. DASK sigorta tahkim sistemine üyedir. Ancak üye olmasaydı dahi SK m. 1 nedeniyle DASK'a karşı SK gereğince tahkim yoluna başvurulabilecekti.

Benzer şekilde "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Tebliği"nin (RG. 14.05.2015, S. 29355) C.7. maddesinde de uyuşmazlık çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonu'na gidilebileceği belirlenmiştir.

⁷⁹ Karasu, s. 53. Zorunlu sigortalara ilişkin tahkim sistemine üyelik aranmaması dolayısıyla zorunlu sigortalar bakımından zorunlu tahkimin söz konusu olduğu ileri sürülebilir. Bkz. yuk. dn. 66.

⁸⁰ Ayrıca bkz. SK m. 30/XIII.

⁸¹ Hükmün eleştirisi için bkz. Ulaş, s. 249. Bu eleştiriye karşı bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 296, dn. 45.

⁸² Nitekim sigorta ettirenle Komisyona üye olduğuna ilişkin güven oluşturulmuştur. Bkz. Karasu, s. 53; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 297.

⁸³ Bu yönde Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 298, dn. 46.

sigorta kuruluşunun sisteme üye olmadan önce akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların sigortacılık tahkimi yoluyla çözülmesi mümkündür. Bu bağlamda rizikonun meydana geldiği tarih esas alınmaktadır. Sözleşmenin akdedildiği tarih önem arz etmemektedir. Rizikonun meydana geldiği anda sigorta kuruluşu sisteme üye ise, Komisyona başvurulabilenmelidir⁸⁴.

VI. TAHKİM YARGILAMASI

A. BAŞVURU

“Sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi” gerçek veya tüzel kişi olarak genellikle “sigorta ettiren”dir. “Sigorta ettiren”, sigorta sözleşmesini akdeden kişidir. Sigorta sözleşmesi ile menfaati güvence altına alınan, başka bir anlatımla sigorta korumasından yararlanan kimse “sigortalı” olarak ifade edilmektedir. Genellikle sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişidir. Ancak örneğin başkası hesabına sigortada, sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi değildir. Başkası hesabına sigortada, “sigorta ettiren”, “sigortalı”nın menfaatine sigorta sözleşmesini akdetmektedir. “Sigorta ettiren” sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirir ancak “sigortalı” sigorta tazminatını talep etme hakkını haizdir. Dolayısıyla hükümde geçen “sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi”nin “sigortalı” olarak anlaşılması gerekmektedir. Ancak sorumluluk sigortalarında her ne kadar “sigortalı”nın menfaati koruma altına alınmakta ise de Türk Ticaret Kanunu’nun 1478. maddesinde zarar gören üçüncü kişilerin de sigortacıya karşı doğrudan doğruya talep hakkı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sorumluluk sigortalarına ilişkin durumlarda 3. kişinin de sigorta tahkim sistemine başvurması mümkündür. Hayat sigortalarında ise “sigorta ettiren”, “sigortalı” ve “lehtar” kural olarak aynı kişidir. “Sigortalı” hayatı sigorta edilen kimsedir (riziko şahsı). “Lehtar”, lehine hayat sigortası yapılan kişidir. Dolayısıyla hayat sigortalarında “lehtar” sigorta bedelini talep etme hakkını haizdir. Bu bağlamda hayat sigortalarına ilişkin “lehtar”ın sigorta tahkim sistemine başvurması olanaklıdır⁸⁵.

Sigortalının, lehtarın veya sorumluluk sigortalarında zarar gören kişinin Komisyona doğrudan başvurusu esastır. Ancak sigortalının kendisini temsil

⁸⁴ Bu yönde Karasu, s. 53; Kurt Konca, s. 1356. Örn. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları’nın C.6 maddesinde “*uyuşmazlık konusu olayın üyelik tarihinden sonra meydana gelmiş olması halinde*” Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulabileceği açıkça belirtilmiştir. Karş. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 299. Yazarlar ihtilafın çıktığı tarih ile Komisyona başvuru yapıldığı tarih esas almaktadırlar. Ancak her iki tarih birbirinden farklıdır. Kanaatimizce rizikonun meydana geldiği tarih dikkate alınmalıdır.

⁸⁵ Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozer, s. 32 vd, s. 210; Can, s. 192 vd; Kender, s. 215 vd. Ayrıca bkz. Ulusoy, s. 241. Sorumluluk sigortasında zarar gören üçüncü kişinin başvuru hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özdamar, Tahkim, s. 845; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 292 vd; Kurt Konca, s. 1356.

etmek üzere bir avukata vekalet vermesi de pekâlâ mümkündür. Başvuru için öncelikle uyuşmazlığa konu rizikonun, hakkında başvuruda bulunulan sigorta kuruluşunun tahkim sistemine üye olduğu tarihten sonra meydana gelmiş olması gerekmektedir⁸⁶. Üyelik tarihinden önce meydana gelen rizikolara ilişkin başvurular, Komisyon tarafından dikkate alınmamaktadır⁸⁷.

Komisyonla başvuru sırasında başvuru ücreti alınmaktadır⁸⁸ (SK m. 30/XII). Başvuru ücreti uyuşmazlığa konu olan miktara göre değişiklik göstermektedir. Uyuşmazlık miktarı 5.000 TL'ye kadar olan uyuşmazlıklarda başvuru ücreti 100 TL; 5.001- 15.000 TL arası uyuşmazlıklarda 250 TL; 15.001-20.000 TL arası uyuşmazlıklarda 350 TL; son olarak 20.001 TL ve üzeri uyuşmazlıklarda ise başvuru ücreti uyuşmazlık tutarının %1,5'idir (en az 350 TL olmak üzere)⁸⁹.

Başvuru Komisyonun merkezine ya da başvuru yapan kişinin ikametgâhının bulunduğu ya da rizikonun gerçekleştiği yerdeki büroya yapılmaktadır. Uyuşmazlık başvurularında, başvuru formu⁹⁰, uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgeler ile başvuru ücretinin yatırıldığına dair belgenin yer alması gerekmektedir⁹¹ (STY m. 16/I).

Komisyonla yapılan başvuru tarihinde sigorta tahkiminde davanın açıldığı kabul edilmektedir⁹². Başvuru üzerine uyuşmazlığın hayat veya hayat dışı sigortalarından hangisine girdiğine karar verilerek, uyuşmazlığa ilişkin dosya bu konudaki uzmanlığına göre ilgili raportöre havale edilmektedir (STY m. 16/II).

⁸⁶ Bkz. yuk. V.

⁸⁷ Kurt Konca, s. 1356.

⁸⁸ Sigorta ombudsmanlığı uygulamalarında genellikle başvuru ücreti alınmadığı görülmektedir. Bkz. Cohen, s. 253. Örn. Fransa, bkz. Özdamar, Ombudsmanlık, s. 312; Metezade, s. 41. Almanya'da başvurunun ücretsiz olduğuna ilişkin bkz. Römer, s. 1253. Türk sigorta hukukunda tahkim sisteminin "gereksiz kullanımını" önlemek amacıyla "cüzi bir ücret alınması" kanun koyucu tarafından kararlaştırılmıştır. Ayrıca bkz. Özdamar, Tahkim, s. 836. Ancak ücretin günümüzde "cüzi bir ücret"i aşılıyor olması ve başvuru için caydırıcı bir etkiyi haiz olması tartışılabilir. Başvuru ücretinin yüksek olmasına ilişkin eleştiri için bkz. Karasu, s. 65 vd.

⁸⁹ http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=92 (07.06.2018). Ayrıca bkz. Özcan, s. 31.

⁹⁰ Başvuru formu için bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=88 (07.06.2018).

⁹¹ Alman hukukunda tüketiciye kolaylık sağlanabilmesi için başvuru her türlü iletişim aracı (posta, telefon, faks veya e-posta) ile yapılabilmektedir. Başvuruyu alan kişiler gerekli eğitimi almış olmakta ve bu sayede başvuru sırasında önemli soruları sorarak olayı aydınlatabilmektedir. Bkz. Römer, s. 1253.

⁹² Bu yönde Ulaş, s. 255. Aynı şekilde Alman hukukunda başvuru ile Ombudsman süreci başlamaktadır. Bkz. Römer, s. 1253.

B. ÖN İNCELEME

Sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin Komisyona başvurusu, öncelikle raportör tarafından incelenmektedir (SK m. 30/XV).

Raportör incelemesi, başvurunun şekli şartları taşıyıp taşımadığına ilişkindir⁹³. Raportörler, öncelikle sigorta şirketinin sigorta tahkim sistemine üye olup olmadığını tespit etmektedir. Daha sonra dosya üzerinde şu hususları dikkate alarak ön inceleme yapmaktadır:

- Sigortacılık yapan kuruluşta gerekli başvuruların yapılıp yapılmadığının, yapılmışsa talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığının ya da sigortacılık yapan kuruluşun on beş gün içinde cevap vermediğinin değerlendirilmesi (STY m. 16/II,a): Komisyona gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşta gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekmektedir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden⁹⁴ itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de Komisyona başvuru için yeterli sayılmaktadır (SK m. 30/XIII). “Belgelenmiş olması” ibaresi ile “ispatın belge (senet) ile olması zorunluluğu” ifade edilmektedir⁹⁵. Başka bir ifade ile sigortacıya yapılan başvurunun reddedilmiş olduğu ancak belge ile ispat edilebilmektedir. “Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermediğinin” ispatının ne şekilde yapılacağı ise kesin değildir. Bizim de katıldığımız görüş gereğince sigortacı tarafından başvurunun reddine ilişkin bir belge verilmemesi halinde, bu durumun noter aracılığıyla belgelenmesi gerekmektedir. Sigortacıya başvurunun yapıldığı zamanın da ispatı gerektiği için, sigortacıya başvurunun noter aracılığıyla yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁶. Bu ispat zorunluluğunun, Komisyona yapılacak gereksiz başvuruları önlemeye yönelik olduğu belirtilmektedir⁹⁷.
- Uyuşmazlığın mahkemeye, HMK’ya göre tahkime ya da Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal edip etmediğinin ilgilinin beyanı esas alınarak tespiti (STY m. 16/II,b): Mahkemeye, HMK’ya göre tahkime⁹⁸ ve

⁹³ Kurt Konca, s. 1358.

⁹⁴ Bu başvuru tarihi, rizikonun meydana geldiğinin ihbar edildiği tarih değildir. Sigorta kuruluşuna yapılan nihai başvurunun tarihidir. Bkz. Özcan, s. 20.

⁹⁵ Bu yönde Can, s. 317; Kurt Konca, s. 1356.

⁹⁶ Bu yönde bkz. Can, s. 317; Kurt Konca, s. 1357.

⁹⁷ Kurt Konca, s. 1357; Kale/Tunç Yücel, s. 462.

⁹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre tahkime intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamayacağı SK’da değil de STY’de düzenlenmiş olması tartışılabilir. Ancak yönetmelik hükmünün daha isabetli olması sebebiyle SK’ya bir aykırılığın söz konusu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine⁹⁹ intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamamaktadır (SK m. 30/XIV). Böylece usul ekonomisine uygun olarak bir uyuşmazlığın birden fazla yargı merci önünde görülmesi ve birden fazla hüküm verilmesi engellenmeye çalışılmıştır¹⁰⁰. Raportör inceleme yaparken hem Komisyona başvuru yapan tarafın, hem de sigorta kuruluşunun beyanını dikkate almaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla raportörlerin konu hakkında re'sen araştırma yapma yükümlülükleri bulunmamaktadır¹⁰². Bu hükümden ayrıca sigorta tahkimine başvurunun zorunlu olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Zira uyuşmazlığın çözümü için sigorta tahkimine başvurulmadan uyuşmazlığın adli mercilerce çözümlenmesi yoluna gidilebileceği hükümde kabul edilmektedir¹⁰³.

Raportörler en geç on beş gün içinde incelemelerini tamamlamak zorundadır (SK m. 30/XV; STY m. 16/VI)¹⁰⁴. Yapılan ön inceleme sonucunda dosyanın Komisyon tarafından değerlendirmeye alınamayacağı anlaşılırsa durum ilgiliye derhal bildirilerek başvuru ücretinin yüzde doksanı başvuru sahibine iade edilmektedir (STY m. 16/III). Aynı şekilde raportör incelemeye başlamadan önce başvurunun geri çekilmesi halinde de başvuru ücretinin yüzde doksanı iade edilmektedir (STY m. 16/IV)¹⁰⁵.

Ön incelemeyi tamamlayan raportör uyuşmazlığın bilgi ve belge eksikliğinden kaynaklandığını tespit etmesi halinde, durumu taraflara bildirmekte ve taraflara bilgi vermek kaydıyla dosyayı kapatmaktadır. Bu durumda, başvuru ücretinin yüzde ellisi başvuru sahibine iade edilmektedir (STY m. 16/V). Raportör uyuşmazlığın esasına dair karar verememektedir (STY m. 8/III). Raportörler tarafından bu şekilde çözümlendirilemeyen başvurular ise sigorta hakemine iletilmektedir (SK m. 30/XV).

C. HAKEM ATAMASI

Sigorta tahkim usulünde hakemlerin atanması taraflara bırakılmamıştır. Hakemler, Komisyon tarafından sigorta hakem listesinden seçilmektedir¹⁰⁶

olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim aksi takdirde aynı konuda devam eden iki ayrı tahkim yargılaması mevcut olabilecektir. Bu yönde bkz. *Kale/Tunç Yücel*, s. 463.

⁹⁹ Heyete başvurunun zorunlu olması halinde de Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulabileceği yönünde bkz. *Karasu*, s. 58.

¹⁰⁰ *Kurt Konca*, s. 1357.

¹⁰¹ *Kurt Konca*, s. 1359; *Kale/Tunç Yücel*, s. 466.

¹⁰² Bu yönde *Kale/Tunç Yücel*, s. 465.

¹⁰³ Bu yönde *Ulaş*, s. 240. Ayrıca bkz. yuk. dn. 66.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ulaş*, s. 252.

¹⁰⁵ *Ulaş*, s. 255.

¹⁰⁶ Hakem seçimine ilişkin eleştiri için bkz. *Ulaş*, s. 253; *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 305 vd. Hakem

(SK m. 30/XV). Raportör ön incelemesini müteakip Komisyon merkezinde işin niteliğine bağlı olarak uyuşmazlığın çözümü için heyet oluşturulmasının gerekliliği incelenmektedir. Uyuşmazlık konusu miktarın, 15.000 TL ve üzerinde olduğu durumlarda heyet oluşturulması zorunludur (SK m. 30/XV; STY m. 16/VII)¹⁰⁷. Uyuşmazlığa hangi sigorta hakeminin bakacağı, Komisyon tarafından sigorta hakemi listesinden seçilerek belirlenmektedir (SK m. 30/XV). Dosya, konusuna göre hayat veya hayat dışı sigorta grubuna göre sınıflandırıldıktan sonra hakem seçimi, genel listeden sıra usulüne göre yapılmaktadır. Sıra usulünde sigorta hakemlerinin uzmanlık alanları esas alınmaktadır. Listenin başındaki sigorta hakeminin uzmanlık alanı, uyuşmazlığın çözümü için uygun değilse, sıradaki uzmanlık alanı uyan ilk hakem atanmaktadır. Uyuşmazlığın daha kısa sürede ve etkin bir biçimde çözümlenebilmesi amacıyla, uzmanlık alanı koşuluna uymak kaydıyla hakem atamasında coğrafi kriterlerle birlikte hakemin iş yükü de dikkate alınmaktadır (STY m. 16/VIII). Seçilen sigorta hakemi mücbir nedenler ve umulmayan haller hariç olmak üzere görevi reddedememektedir (SK m. 30/XV). Atanan hakem veya hakemler, uyuşmazlığın taraflarına derhal bildirilmektedir (STY m. 16/IX).

D. YARGILAMA SÜRECİ

SK'da hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin sigortacılıktaki tahkim hakkında *kıyasen* uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁰⁸ (SK m. 30/XXIII). Bu itibarla taraflar, HMK'nın 424. maddesi gereğince yargılamanın şeklini serbestçe belirleyebilmektedirler.

Hakemler, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, uyuşmazlığın esasına Türk maddi hukuk kurallarını uygulamaktadırlar. Taraflar aksine bir düzenleme yapmış olsalar dahi, emredici nitelikteki Türk maddi hukuk kurallarının hakemlerce uygulanması gerekmektedir¹⁰⁹.

Hakemler, sadece kendilerine verilen dosya/evrak üzerinden karar vermekle birlikte¹¹⁰ (SK m. 30/XV) hakemlerin duruşma yapmalarına bir engel

seçimine ilişkin taraflara seçim hakkı tanınmasının yargılamanın gecikmesine ve hakemlerin tarafsızlığını etkileyeceğine ilişkin görüş için bkz. *Karasu*, s. 55.

Hakemlerin taraflarca serbestçe seçilememesi tahkimin zorunlu olduğunun bir göstergesi sayılmaktadır. Bu yönde *Özekes/Birben*, s. 162. Karş. yuk. dn. 66.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ulaş*, s. 254. Listede hukukçu bulunması halinde, en az biri hukukçu olacak şekilde, hakem heyeti oluşturulmaktadır (STY m. 16/VII).

¹⁰⁸ Bkz. yuk. I.

¹⁰⁹ Bu yönde *Kurt Konca*, s. 1362; *Kale/Tunç Yücel*, s. 471 vd. Taraflar tahkim sözleşmesinde hakemlerin uyuşmazlığı adalet ve nesafet esaslarına göre çözümleneceklerini öngörebilmektedirler. Bkz. *Öztek*, s. 242.

¹¹⁰ Alman hukukunda başvuran kişilerin hangi belgelerin ve delillerin yargılama için önemli olduğunu bilmelerinin beklenemeyeceği kabul edildiğinden ombudsmanın (hukuk mahkemelerinden farklı olarak) re'sen araştırma yetki ve görevi bulunmaktadır. Bkz. *Römer*, s. 1253.

bulunmamaktadır¹¹¹. Yargıtay kararlarında hakemlerin duruşma yapmalarının zorunlu olduğu belirtilmektedir¹¹². Aynı şekilde bazı yazarlar tahkim yargılaması sırasında, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler¹¹³. Duruşmanın zaman alması nedeniyle, sadece ihtiyaç görülen hallerde duruşma yapılması gerektiği de bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir¹¹⁴. Ancak uygulamada genellikle duruşma yapılmaktadır¹¹⁵.

STY'nin 16. maddesinin XII. fıkrası gereğince hakem veya hakem kurulu çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilmektedir. Bilirkişiler, Müsteşarlığın belirleyeceği esaslar çerçevesinde Komisyon Müdürü tarafından oluşturulan bilirkişi listesinden seçilmektedir¹¹⁶ (STY m. 16/XII). Hakemler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleri, bilirkişilere de uygulanmaktadır (STY m. 16/XII)

E. HAKEM KARARI

Hakemler, Komisyon tarafından görevlendirildikleri tarihten¹¹⁷ itibaren en geç dört ay¹¹⁸ içinde karar vermelidirler. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece çözümlenmektedir. Dört aylık süre geçtikten sonra verilen hakem kararları, artık bir tahkim sözleşmesine dayanmadıklarından dolayı geçersiz sayılmakta¹¹⁹ ve mahkemece halledilmesi gerekmektedir (SK m. 30/XVI). Ancak dört aylık süre, tarafların -tahkim süresi içinde yapacakları- açık

¹¹¹ Ulaş, s. 256; Özcan, s. 30.

¹¹² Bu yönde Ulaş, s. 256; Özbek s. 233; Y. 11. HD, 05.05.1994, E. 1994/6433, K. 1994/4604.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, s. 1361, dn. 41.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. Kurt Konca, s. 1362.

¹¹⁵ Özbek, s. 232.

¹¹⁶ ilirkişi listesi için bkz. <http://www.sigortatahkim.org.tr/files/bilirkisilistesi2017.pdf>. Bilirkişi Görüşüne Başvurulmasına ve Bilirkişilerin Görevlerini Yerine Getirmelerine İlişkin Esas, Usul ve İlkeler için bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=318&Itemid=234 (07.06.2018).

¹¹⁷ Özbek'e göre "sigorta hakem heyeti henüz dava dilekçesini haiz değilken" ve "dava ile ilgili işlem yapamayacakları durumda iken" başlıyor olması "uygun bir çözüm" değildir. Bkz. Özbek, s. 237.

¹¹⁸ HMK m. 427 gereğince, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 235 vd; Karasu, s. 51. Kanun koyucu sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların süratle çözümlenmesi amacıyla sigorta tahkiminde, genel tahkim yargılamasına göre daha kısa bir süre öngörmüştür. Kale/Tunç Yücel, s. 468.

¹¹⁹ Kale/Tunç Yücel, s. 469; Özbek, s. 237. Dört aylık süre geçtikten sonra verilen kararın bozma sebebi olduğuna, bu hususun kamu düzenine ilişkin olması dolayısıyla Yargıtay tarafından re'sen dikkate alınacağına ilişkin bkz. Özbek, s. 237 ve 244. HMK m. 439/I, c gereğince sürenin geçmesi iptal sebebidir.

ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilmektedir (SK m. 30/XVI, STY m. 16/X). Sürenin uzatılması talebi, tahkim süresi içinde yapılmalıdır. Tahkim süresi sona erdikten sonra yapılan süre uzatımı talebi reddedilmektedir¹²⁰. Taraflarca uzatılmasına izin verilen sürenin belirli olması gerekmektedir. Aksi takdirde bozma nedeni olarak kabul edilmektedir¹²¹. Sürenin uzatılması konusunda muvafakat sağlayamayan taraflardan her birinin Komisyona başvurarak sürenin uzatılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir (HMK m. 427/1). Hakemlerin talebi üzerine tahkim süresinin uzatılıp uzatılmayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. HMK'nın 427. maddesinde de hakemlere bu yönde bir yetki tanınmamaktadır¹²². Ancak doktrinde bizim de katıldığımız görüş gereğince hakemler süre uzatımı talep edememektedirler¹²³. Dört aylık süre geçtikten sonra hakemler tarafından yapılan işlemler batıldır. Nitekim süre bitimini müteakip görev ve yetki mahkemelerde olmaktadır¹²⁴.

Tek hakem atanmış ise, atanan hakem dosya üzerinden yapacağı inceleme ve değerlendirme sonucu kararını vermelidir¹²⁵. Heyet atanmış ise, kararın çoğunlukla verilmesi gerekmektedir¹²⁶ (SK m. 30/XV). Heyet değerlendirmelerini gizli ve müzakere şeklinde gerçekleştirmelidir¹²⁷. Hakem kararları verildiği anda icra edilebilir nitelik kazanmaktadır¹²⁸.

SK'nın 30. maddesinin XVII. fıkrası gereğince "talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekalet ücreti, Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biridir"¹²⁹. Bu şekilde Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılacak başvurular teşvik edilmeye çalışılmaktadır¹³⁰.

¹²⁰ *Kale/Tunç Yücel*, s. 468, 469; *Öztek*, s. 236. Zira süre sonunda tahkim anlaşması ortadan kalkmaktadır. Sonradan yapılan süre uzatımı "ortadan kalkmış olan [bir] tahkim anlaşmasına yenide geçerlik kazandıramaz". Bkz. *Öztek*, s. 236. Ayrıca bkz. Y. 15. HD.19.01.1995, 1994/2876 E., 1995/164 K.

¹²¹ Bu yönde bkz. *Ulaş*, s. 258. Sürenin birden fazla kez uzatılması da olanaklıdır.

¹²² Bu yönde *Kale/Tunç Yücel*, s. 469. Aksi görüş için bkz. *Kurt Konca*, s. 1362.

¹²³ *Öztek*, s. 236.

¹²⁴ *Öztek*, s. 238. Süre bitiminden sonra tarafların aynı uyumsuzluk için ikinci kez Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmalarının olanaklı olmadığına ilişkin bkz. *Öztek*, s. 238.

¹²⁵ *Ulaş*, s. 258.

¹²⁶ Muhalif kalan hakem, karşı görüşünü (muhalafet şerhini) ayrıca karara yazabilir. *Öztek*, s. 238. Hakem kararında yer alması gereken hususlar HMK m. 436'da düzenlenmektedir.

¹²⁷ *Ulaş*, s. 259.

¹²⁸ Bkz. HMK m. 439'un Gereği. Bu bakımdan SK'da düzenlenen tahkim sistemi, ombudsmanlık sisteminden daha etkilidir. Zira örneğin Alman ombudsmanlık sisteminde ombudsmanın verdiği kararlar (ombudsmanlığın bir yargı mercii olmaması sebebiyle) yargısal nitelikte değildir ve icraya konulamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özdamar*, *Ombudsmanlık*, s. 324.

¹²⁹ Ayrıca bkz. STY m. 16/XIII; Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi (RG. 02.01.2017, S. 29936) m. 17/II.

¹³⁰ Bu yönde *Karasu*, s. 67.

Hakem, kararını Komisyon müdürüne tevdi etmektedir. Tevdi ile hakemlik görevi sona ermektedir¹³¹. Komisyon Müdürünce karar en geç üç iş günü içinde taraflara bildirilmektedir (SK m. 30/XVI). Komisyon Müdürü kararın aslını dosya ile birlikte en geç üç iş günü¹³² içinde Komisyonun bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye göndermekte ve dosya mahkemece saklanmaktadır (SK m. 30/XVI; STY m. 16/X). Mahkeme, hakem kararını “*usule, şekle ve kamu düzenine uygun olup olmadığını inceleme konusu*” yapmamaktadır¹³³.

Özellik arz eden dosyalara ilişkin hakem kararları ve gerekçeleri, üç aylık dönemler itibarıyla çıkarılan Hakem Karar Dergisi’nde yayımlanabilmektedir (STY m. 19/III). Ancak Hakem Karar Dergisi’nde yer alan kararlarda gizlilik ilkesi uyarınca özel bilgilere yer verilememektedir (STY m. 21).

F. KANUN YOLLARI

1. Genel Olarak

SK’nın 30. maddesinin XII. fıkrası gereğince iki dereceli kanun yolu öngörülmektedir. Öncelikle 5.000 TL’nin altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. Ancak 5.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar üzerine Komisyon nezdinde itiraz yoluna başvurulabilmektedir. İtiraz edilmemesi durumunda ise anılan kararlar kesinleşir. 5.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlara itiraz edilmiş ise itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ancak uyuşmazlık 40.000 TL¹³⁴ ve üzerinde ise itiraz üzerine verilen kararlar için temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir.

2. İtiraz Yolu

SK’nın 30. maddesinin XII. fıkrasında 2013 yılında 6456 sayılı Kanun¹³⁵ ile

¹³¹ *Kale/Tunç Yücel*, s. 473.

¹³² Düzenleyici süredir. Bu yönde bkz. Öztekin, s. 240.

¹³³ Bkz. Öztekin, s. 241.

¹³⁴ Temyiz sınırı için bkz. aşa. VI, 6, C.

SK m. 30/XII’de değişiklik yapılmadan önceki metninde taraflar temyiz sınırı için açık ve yazılı şekilde yapılacak bir sözleşme ile daha yüksek bir tutar belirleyebilmekteydiler. Bu şekilde taraflar uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesini amaçlayabilmekteydiler. *Kale/Tunç Yücel*, s. 474. Ancak taraflar anılan sınırın altında bir miktar kararlaştıramamaktaydılar. Bu yönde Öztekin, s. 241.

Öztekin’e göre (o dönem geçerli olan) 40.000 TL çok yüksektir. Yazar, hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığı belirtilerek Anayasa’ya aykırılığın ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Bkz. Öztekin, s. 242. Ancak *Karasu*, günümüzde itiraz hakkı tanınması dolayısıyla (o dönem geçerli olan) 40.000 TL’ye ilişkin eleştirilerin gereksiz kaldığını ifade etmektedir. Bkz. *Karasu*, s. 63. Karşı görüş için bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 370.

¹³⁵ 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 03.04.2013, RG. 18.04.2013, S. 28622.

yapılan değişiklik sonrası “beş bin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar¹³⁶ hakkında verilen hakem kararları kesindir. Beş bin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı kararın Komisyonca ilgiliye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir”. “Beş bin Türk Lirası ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları... süresinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde kesinleş[mektedir]” (SK. m. 30/XII). SK’da değişiklik yapılmasını öngören 6456 sayılı Kanun’un 45. maddesinin Gereğesinde¹³⁷ hüküm ile “düşük tutarlı uyuşmazlıklar için gereksiz yere” itiraza gidilmesinin önlenildiği ve itiraz taleplerinin de “hızlı ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle sigorta tahkim sistemi içinde incelenmesi” amaçlandığı belirtilmektedir¹³⁸. İtiraz başvurusu, başvuru ücretinin Komisyona yatırıldığı belge ve başvuru formu¹³⁹ ile yapılmaktadır (SK m. 30/XII, STY m. 16/A/I). Başvuru, itiraz yetkilisi tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu ön incelemede itiraz yetkilisi itirazı süre ve miktar bakımından, başka bir ifade ile usulden inceler (STY m. 16/A/I)¹⁴⁰. İtiraz üzerine hakem kararının icrası durmaktadır (SK m. 30/XII). İtirazın değerlendirmeye alınmasına bir engel bulunmadığı takdirde, itirazın çözümü için hakem heyeti oluşturmak amacıyla Komisyon tarafından itiraz hakem listesinden -sıra usulüne göre- hakemler seçilmektedir (SK m. 30/XII, STY m. 16/A/II). Hakem heyeti derhal taraflara bildirilmektedir (STY m. 16/A/III). “İtiraz talebi hakkında işin heyete intikalinden itibaren iki ay içinde karar verilmelidir” (SK m. 30/XII). Dolayısıyla itiraz hakem heyeti yeni bir karar vermektedir¹⁴¹. “İtiraz üzerine verilen karar kesindir” (SK m. 30/XII).

3. Temyiz Yolu

Her ne kadar itiraz hakem heyetinin verdiği kararlar kesin ise de 40.000 TL üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir (SK m. 30/XII, c. 10).

HMK gereğince de miktar veya değeri 40.000 TL’yi geçen davalarda temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir (HMK m. 362/I, a). Ancak 6763 sayılı Kanun’un¹⁴² 44. maddesi ile HMK’ya “Ek Madde 1” eklenmiş ve bu madde ile

¹³⁶ Ulaş’a göre maddede ifade edildiği gibi uyuşmazlık tutarına göre değil, kararda yer alan miktarın dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. Ulaş, s. 260. Aynı yönde bk. Yeşilova Aras/ Yeşilova, s. 364.

¹³⁷ Gereğenin 35. maddesidir.

¹³⁸ Gereğçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0747.pdf> (07.06.2018).

¹³⁹ İtiraz başvuru formu için bkz. http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=298&Itemid=225 (07.06.2018).

¹⁴⁰ Bkz. Karasu, s. 62.

¹⁴¹ Bu yönde bkz. Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 366.

¹⁴² RG. 02.12.2016, S. 29906.

“parasal sınırların, o yıl için ... Vergi Usul Kanununun¹⁴³ mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacağı” düzenlenmiştir. Bu kapsamda 2018 yılı için geçerli temyiz parasal sınırının 47.530 TL olduğu belirtilmektedir¹⁴⁴. SK’da ise değişiklik yapılmamıştır. SK’da temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında HMK’nın uygulanacağı (SK m. 30/XII) ve SK’da hüküm bulunmayan hallerde de HMK hükümlerinin kıyasen uygulanacağı (SK m. 30/XXIII) düzenlenmektedir. Ancak bu hükümlere rağmen HMK “Ek Madde 1”in sigorta tahkim kararının temyizinde uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Nitekim SK m. 30/XXIII gereğince “[Hazine] Müsteşarlığı bu maddede yer alan maktu para miktarlarını, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan Üretici Fiyatları Endeksi artış oranını aşmamak suretiyle artırmaya yetkilidir”. Müsteşarlık ise henüz temyiz sınırlarına ilişkin bir artırımı yapmamıştır. Dolayısıyla kanımızca 2018 yılında da sigorta tahkiminde itiraz üzerine verilen kararların temyiz sınırı SK’nın 30. maddesi gereğince 40.000 TL olarak kabul edilmelidir.

Temyiz süresi HMK’nın 361. maddesi gereğince bir aydır. Ayrıca uyuşmazlık miktarı önem arz etmeksizin “*tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması*¹⁴⁵, *hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükârda temyiz yolu açıktır*” (SK m. 30/XII). Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında HMK uygulanmaktadır (SK m. 30/XII).

Hakem kararlarının Yargıtay tarafından bozulması durumunda, eski hakemler veya Komisyon tarafından seçilecek yeni hakemler tarafından yargılama devam etmekte¹⁴⁶ ve yeni bir tahkim süresi belirlenmektedir¹⁴⁷. Hakemler bozma kararına karşı direnememektedirler¹⁴⁸. Hakemler Yargıtay’ın

¹⁴³ RG. 10.01.1961-12.01.1961, S. 1073-10705.

¹⁴⁴ Bkz. Meriç, N.: “HMK ve İİK’da Yer Alan Parasal Sınırlar”, <https://legalbank.net/belge/hmk-ve-ikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2018-yili/3009245> (07.06.2018).

¹⁴⁵ Kamu düzenine ilişkin olduğundan re’sen dikkate alınmaktadır. Bkz. Öztekin, s. 244.

¹⁴⁶ Bozma üzerine yeni bir dava açılmış sayılmamakta, eski davanın devam ettiği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Öztekin, s. 247.

¹⁴⁷ Bkz. Öztekin, s. 246.

¹⁴⁸ Bu yönde bkz. Y. HGK. 25.01.2006, 2005/15-728 E., 2006/1 K.: “HUMK’nun 429. maddesi (HMK m. 373/V) uyarınca direnme, ‘mahkemelere’ özgü bir hukuksal kurumdur... Kanunun tanımadığı bir hak ve yetkinin -değişik vasıflandırmalarla-hakemlerce kullanılabileceğini kabule olanak bulunmamaktadır. Uyuşmazlığa konu bu husus, daha önce de çeşitli vesilelerle yargı kararlarına konu olmuş; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun başta 07.11.1951 gün ve 274-1333 sayılı kararı olmak üzere 01.10.1969 gün ve 366-718 ve 24.04.1996 gün ve 1114-302 sayılı kararlarında ‘hakemlerin direnme kararı veremeyecekleri’ sonucuna ulaşılmış; halen bağlayıcılık etki ve gücünü koruyarak yürürlükte bulunan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 23.10.1972 tarih 1972/2 E. 1972/12 K. sayılı kararı ile

bozma nedeni ile sınırlı olmak üzere inceleme yaparak yeniden karar vermelidirler¹⁴⁹.

4. İptal Yolu Tartışması

İtiraz hakem heyetinin verdiği karara karşı temyiz yolunun açık olması HMK'nın hakem kararlarının "yalnızca" iptali yoluna gidileceği hükmü ile çelişki oluşturduğu ileri sürülebilir (HMK m. 439/I)¹⁵⁰. Yargıtay da 17.04.2017 tarihinde verdiği bir kararında (Karar) sigorta tahkiminde öncelikle iptal yoluna gidilebileceğini ve bu bağlamda itiraz hakem heyeti kararlarının istinaf kanun yoluna tabi olduğunu belirtmiştir¹⁵¹. Karar gereğince HMK'nın 341. maddesinin V. fıkrasına göre "ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir". HMK'nın 361. maddesi gereğince temyiz yoluna başvurabilmek için bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai bir kararın veya hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen bir kararın söz konusu olması gerekmektedir. Anılan hükümler ile "kararların iki dereceli denetim sistemine tabi olma[sl]" amaçlanmaktadır¹⁵². Bu bağlamda Karar gereğince öncelikle hakem heyeti kararına karşı iptal yoluna başvurulması gerekmektedir. Karar, hakem kararlarının iptali davasına bakmaya görevli mahkemenin HMK'nın 410. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi olduğunu, ancak 5235 sayılı Kanun'un¹⁵³ 2014 yılında yeniden düzenlenen 5. maddesinin III. fıkrasının 4. bendi uyarınca da asliye ticaret mahkemelerinin olduğunu belirtmektedir.

Kanaatimizce sigorta tahkim sistemi ile kararların iki dereceli denetime tabi olmaları amacına ulaşılmaktadır. Nitekim hakem kararlarına karşı öncelikle Komisyon nezdinde itiraz edilebilmekte ve itiraz hakemi tarafından verilen karara karşı da "temyiz" yoluna başvurulabilmektedir. Ayrıca kanaatimizce 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin III. fıkrasının 4. bendi sigorta tahkim sistemi için uygulanabilir nitelikte değildir. Zira hükümde açıkça "12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı

de 'bozma kararlarına karşı hakemlerin direnme kararı veremeyeceği konusu' kesin sonuca kavuşturulmuştur."

¹⁴⁹ Bkz. Öztekin, s. 246.

¹⁵⁰ İptal davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, B.: İstinaf sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 949 vd; Umar, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 1244 vd.

¹⁵¹ Y. 17. HD, 17.04.2017, 2017/2064 E., 2017/4128 K.

¹⁵² HMK'da iptal sebepleri açıkça sayılmaktadır (HMK m. 439/II). Yargıtay'ın iptal kararına ilişkin temyiz incelemesi de iptal sebepleri ile sınırlıdır (HMK m. 439/VI).

¹⁵³ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, RG. 07.10.2004, S. 25606.

Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında... iptal davalarına... ilişkin yargılamaların asliye ticaret mahkemelerinde heyetçe yürütülüp sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir¹⁵⁴. SK'nın 30. maddesinde düzenlenen sigorta sistemi kendine özgü kurumsal nitelikli bir sistemdir¹⁵⁵. Her ne kadar, SK'nın 30. maddesinin XXIII. fıkrasında SK'da hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümleri kıyasen uygulanacağı belirtilmiş ise de, SK'ya göre yapılan tahkim yargılaması ne HMK ne de MTK'ya göre yapılmış sayılmaktadır. 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin III. fıkrasının 4. bendinde açıkça SK yer almaması nedeniyle, hüküm sigorta tahkim sisteminde uygulanamayacaktır.

Son olarak sigorta tahkim sisteminde *"iptal"* veya *"istinaf yoluna"* başvurulamayacağı görüşünü savunmaktayız. SK'nın, HMK'dan eski tarihli olması dolayısıyla HMK'nın uygulanacağı belirtilebilir¹⁵⁶. HMK, 12 Ocak 2011 tarihinde, SK ise 3 Haziran 2007 yılında kabul edilmiştir. Ancak SK'nın daha özel bir kanun olması ve 2013 yılında değişikliğe uğramış olmasına rağmen temyize ilişkin hükmünde değişiklik yapılmamış olması, SK'nın temyizde ısrarlı olduğu anlamına gelmektedir¹⁵⁷. Karar'ın Karşı Oy Gereğesinde de aynı husus vurgulanmaktadır. Nitekim SK'nın 30. maddesinin XII. fıkrasına 3 Nisan 2013 tarihinde eklenen yeni 10. cümle ile *"temyize gidileceği"* açıkça belirtilmiştir. 13 Haziran 2012 yılında değiştirilen 11. cümlede de *"temyiz yolu açıktır"* ifadesi yer almaktadır. SK'da 13 Haziran 2012 yılında değişiklik yapan 6327 sayılı Kanun'un¹⁵⁸ Gereğesinde *"Sigortacılık Kanununun 30 uncu maddesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilerek maddede değişiklik yapılmıştır"* ifadesi yer almaktadır¹⁵⁹. Sonuç olarak HMK'da yer alan *"iptal"* yoluna ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurulmuş olmasına rağmen, SK'da sigorta tahkim sisteminde itiraz hakem heyeti kararlarına ve belirli durumlarda hakem heyeti kararlarına karşı *"temyiz"* usulü devam etmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Hüküm hakkında bkz. *Ataman-Figenmeşe*, İ.: "Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler", MHB 2017, C. 37, S. 2, s. 1019 vd.

¹⁵⁵ Bkz. yuk. I.

¹⁵⁶ Tartışmalar için bkz. *Özdamar*, Tahkim, s. 850.

¹⁵⁷ Bu yönde *Özdamar*, Tahkim, s. 850-851. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 352. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, istinaf kanun yolunun yürürlük kazanmasından sonra da temyize ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. *Yeşilova Aras/Yeşilova*, s. 283, dn. 14.

¹⁵⁸ Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 29.06.2012, S. 28338.

¹⁵⁹ Gereğçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0612.pdf> (07.06.2018).

¹⁶⁰ Bu yönde bkz. İstanbul BAM, 04.04.2017, E. 2017/353, K. 2017/341 (lexpera.com.tr). Ayrıca bkz. Y. 15. HD, 31.05.2017, 2017/745 E., 2017/2355 K. (www.kazanci.com) ve bu kararın değerlendirmesi için *Ataman-Figenmeşe*, s. 1008 vd.

Bizim de katıldığımız görüşe göre iptal yoluna başvurulması sigortacılık tahkim sistemi ile de bağdaşmamaktadır. SK ile sigorta tahkim sisteminin getirilmesi nedenleri arasında “yargı sürecinin uzun zaman alması” da sayılmaktadır¹⁶¹. Bu bağlamda hakemlerin karar verme süresi dört ay (SK m. 30/XVI) ve itiraz hakemlerinin karar verme süresi iki ay (SK m. 30/XII) ile sınırlandırılmıştır. 3 Nisan 2013 tarihinde sigortacılıkta tahkim sistemine Komisyon nezdinde itiraz yolunun getirilmesini öngören Kanun Gerekçesinde itiraz taleplerinin “hızlı ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle sigorta tahkim sistemi içinde incelenmesi”nin amaçlandığı belirtilmektedir. STY’nin 16/A maddesinin II. fıkrası gereğince itiraz hakem heyeti atanmasında dikkate alınacak kriterler bakımından “uyuşmazlığın daha kısa sürede ve etkin bir biçimde çözümlenebilmesi amacı” gözetilmelidir. Dolayısıyla Karar’ın Karşı Oy Gerekçesinde de vurgulandığı üzere, sigortacılık tahkim sisteminin amaçları arasında hızlı yargılama öne çıkmaktadır. İptal veya istinaf yoluna başvurulması sigortacılık tahkim sisteminin getirilme amacına ters düşecektir. Bu nedenlerle Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından verilen Karara katılmayarak, itiraz hakem heyeti ve belirli durumlarda hakem heyeti kararlarına karşı iptal yoluna değil, temyiz yoluna başvurulması gerektiği kanaatindeyiz¹⁶².

V. SONUÇ

SK’nın getirdiği tahkim sistemi ile sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Bu sistem ile uluslararası uygulamalarda var olan “ombudsmanlık sistemi”ne benzer bir sistem oluşturulmuştur.

Sigorta sistemine başvuru her geçen gün artmaktadır. 2013 yılında Komisyona yapılan başvuru 4.322 iken, 2017 yılının ilk dokuz ayında (01.01.2017-30.09.2017) yaklaşık 57.717 başvuru yapılmıştır¹⁶³. Başvuru ücretinin yükselmiş olmasına rağmen başvuru sayısında bir azalma henüz görülmemektedir.

Sigorta hukukunda tahkim sistemi ile HMK’daki genel tahkim ilkeleri esas alınmış olmasına rağmen, HMK’ya göre daha hızlı bir yargılama şekli öngörülmesinden dolayı hak kayıpları önlenilmekte ve bu sayede sigorta sistemine olan güven artmaktadır. Nitekim 2016 yılı için hakemlerin başvuruları ortalama karara bağlama süreleri 44 gün olarak tespit edilmiştir¹⁶⁴. Dolayısıyla sigorta sisteminin Türk sigorta hukukundaki amacına ulaştığı belirtilebilmektedir.

¹⁶¹ Bkz. SK m. 30’un Gerekçesi.

¹⁶² Bu yönde bkz. Özdamar, Tahkim, s. 851; Yeşilova Aras/Yeşilova, s. 352.

¹⁶³ Bkz. <http://www.sigortatahkim.org.tr/files/isttsttk30.pdf> (07.06.2018)

¹⁶⁴ Bkz. 2016 yılı Faaliyet Raporu, s. 1.

Sigorta hakem kararlarına karşı iki dereceli kanun yolu öngörülmektedir. 5.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar üzerine Komisyon nezdinde itiraz yoluna başvurulabilmektedir. Ayrıca uyuşmazlık 40.000 TL ve üzerinde ise itiraz üzerine verilen kararlar için doğrudan “*temyize*” gidilebilmektedir. Kanun yolları bakımından SK’nın özel nitelikli kanun olduğunu ve bu nedenle HMK’da düzenlenen “*iptal*” veya “*istinaf*” yoluna başvurulamayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ATAMAN-FİGENMEŞE, İnci: “Hakem Kararlarının İptali Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurmadan Doğrudan Temyiz Yoluna Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu ve Soruna İlişkin Güncel Gelişmeler”, MHB 2017, C. 37, S. 2, s. 1004-1037.

AYBAR, Ayhan: “Sigorta ile İlgili Tahkim”, BTHAE IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 371-388.

BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 2009.

CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, Ankara 2007.

COHEN, Tammara: “The Insurance Ombudsman – an Alternative Dispute Resolution Forum for the Insurance Industry”, 8 S. Afr. Mercantile, 1996, s. 252-261.

ÇEKER, Mustafa: Sigorta Hukuku, Adana 2012.

DRAKE, Robert: “Insurance Dispute Resolution: Lessons from Europe”, 16 Legal Service Bull. 1991, s. 123-125.

KALE, Serdar/TUNÇ YÜCEL, Müjgan: “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 461-477.

KARACAN, Metin: “Komisyon’un 3. Yılında Başvuru Alınmayan İl Yok”, Sigortalı Dergisi, Ekim 2012, s. 80-81, <http://www.sigortatahkim.org/webdev/files/10-12.pdf>.

KARASU, Rauf: “Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 26 (Nisan 2016), s. 49-69.

KENDER, Rayegân: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2013.

KURT KONCA, Nesibe: “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1343-1365.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2012.

KURU, Baki: İstinaf sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016.

MERİÇ, Nedim: “HMK ve İİK’da Yer Alan Parasal Sınırlar”, <https://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2018-yili/3009245>.

METEZADE, Zihni: “Sigortada İhtilafların Çözümü”, Birlik’ten Dergisi 2005, S. 2, s. 40-43.

ÖZCAN, Erkan: Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2014.

ÖZDAMAR, Mehmet: “Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı”, Batider 2008, C. XXIV, S. 3, s. 309-328 (Anılış: Özdamar, Ombudsmanlık).

ÖZDAMAR, Mehmet: “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 831-855 (Anılış: Özdamar, Tahkim).

ÖZEKES, Muhammet/BİRBEN, Erhan: “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karılaştırılması”, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 149-173.

ÖZTEK, Selçuk: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009, S. 2, s. 221-249.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.

RÖMER, Wolfgang: “Der Ombudsmann für private Versicherungen”, NJW 2005, s. 1251-1255.

SENEVİRATNE, Mary: “Ombudsmen 2000”, 9 Nottingham Law Journal, 2000, s. 13-24.

SEVENER, Bahir: “Sigortaya İlişkin İşlerde Tahkim”, BTHAE IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 391-403.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, İstanbul 2016.

TEPEDELEN, Zekeriya: Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, Ankara 2017.

ULAŞ, Işıl: “Sigortacılıkta Tahkim”, Batider 2007, C. XXIV, S. 2, s. 239-266.

ULUSOY, Erol: “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, İstanbul 2009, s. 203-251.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

YEŞİLOVA ARAS, Ecehan/YEŞİLOVA, Bilgehan: “Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2013, Aydın Zevkliler’e Armağan, Sayı: 8, s. 275-380.

YILMAZ, Zekeriya: “Sigortacılık Kanununa Göre Sigortacılıkta Tahkim”, Terazi Hukuk Dergisi, Ocak 2008, S. 17, s. 37-48.

İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN ÇIKARILMASINDA GENEL KURUL KARARININ ARANMASI PROBLEMİ

The Problem On Searching General Assembly Resolution On Dismissal Of Partner In Limited Company With Two Partners

Arş. Gör. Ayşe ÇAKIR¹

Geliş Tarihi: 07.03.2018 Kabul Tarihi: 12.06.2018

ÖZET

Çıkarılma, bir ortağın iradesine bakılmaksızın şirketle ilişkisinin kesilmesidir. Çıkarılma kurumu, karşılıklı güven ilkesinin hâkim olduğu şirketlerde, faaliyetin devam etmesi açısından önemli bir amaca hizmet etmektedir. Zira şirketin faaliyetlerini zorlaştıran ortak, şirket sözleşmesindeki çıkarılma sebeplerine dayanılarak, genel kurul veya haklı sebeplerin varlığı halinde mahkeme kararıyla şirketten çıkarılabilecektir. Böylece hem şirket hem de şirkette kalan ortaklar korunmuş olacaktır.

Hem sermaye hem de şahıs şirketlerinin özelliklerini içinde barındıran limited şirketlerde, çıkarılma konusu, TTK'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre şirket, şirket sözleşmesinde yer alan sebeplere dayanarak ya da haklı sebeplerle bir ortağın şirketten çıkarılmasını sağlayabilecektir. Şirket sözleşmesinde yer alan önemli sebeplere dayanarak, ortağı şirketten çıkarma yetkisi genel kurula tanınmıştır. Oysa haklı sebeplerin varlığı halinde, ortağın şirketten çıkarılabilmesi için, öncelikle bu hususa ilişkin bir genel kurul kararı ve daha sonra mahkemeye başvurmak gerekmektedir. Bu çalışmada, iki ortaklı limited şirketlerde, ortaklardan birinin haklı sebeple şirketten çıkarılmasında aranan genel kurul kararına ilişkin bazı problemler üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, limited şirkette genel kurul, iki ortaklı limited şirket, limited şirkette çıkarılma, limited şirkette ortağın çıkarılmasında genel kurul kararı.

ABSTRACT

Dismissal is an act of terminating a company partner's contact with the company regardless of his/her will. The institution of dismissal serves a significant purpose for carrying out activities in companies, where the principle of mutual trust is prevalent. In fact, it will be possible to dismiss a company partner making the company activities difficult through a court decision in the event of having a general assembly or justifiable reasons based on the reasons of dismissal in the articles of incorporation. Thus, both the company and the remaining partners shall be protected.

The issue of dismissal in limited liability companies that have the qualities of both stock corporations and unlimited companies is regulated under Turkish Trade Law in detail. Accordingly, the company shall be able to dismiss a partner by relying on the reasons in the articles of incorporation or on justifiable reasons. Based on the significant reasons in the articles of incorporation, the authority to dismiss a partner is granted to the general assembly. However, in the case of justifiable reasons, it is required to have a general assembly resolution concerning the matter at first and then apply to court in order to dismiss the partner. This study will address some problems related to the general assembly resolution that is sought to dismiss one of the company partners for justifiable reasons in limited companies with two partners.

Keywords: Limited company, general assembly resolution in limited company, limited company with two partners, dismissal in limited company, general assembly resolution in dismissing a company partner in limited company.

¹ Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, acakirr0606@gmail.com.

GİRİŞ

Limited şirketlerde bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması TTK m. 640 f. 3'te düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, şirketin istemi üzerine, ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması mümkündür. Şirketin haklı sebeple çıkarma davası açabilmesi için öncelikle bu konuya ilişkin bir genel kurul kararının alınması gerekir. Zira TTK'de, bir ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeden istemde bulunulması, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır (TTK m. 616 f. 1-h). Ayrıca ortağın çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararı, önemli kararlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu karar, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilecektir (TTK m. 621 f. 1-h). Söz konusu durum, sermaye payı veya oy hakkı bakımından azınlık konumunda olan ortağın, çoğunluğu oluşturan diğer ortağı çıkarmasını imkânsızlaştırmaktadır. Benzer şekilde, ortakların %50'şer paya sahip olduğu iki ortaklı limited şirketlerde de çıkarılmaya ilişkin genel kurul kararının alınması mümkün değildir. Dolayısıyla bu şirketlerde, haklı sebep olsa dahi, ortaklardan birinin, diğer ortağı, TTK m. 640 f.3 çerçevesinde şirketten çıkarma imkânı yoktur. Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen sorun, mülga 6762 sayılı TTK döneminde de yaşanmaktaydı. Bu nedenle çalışmada, 6762 sayılı mülga TTK döneminde probleme ilişkin yapılan açıklamalar da incelenecektir.

I. İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETTE HAKLI SEBEPLE ORTAĞIN ÇIKARILMASI

A. 6762 Sayılı Mülga TTK Döneminde

6762 sayılı mülga TTK'de, limited şirketlerde haklı sebeple ortaklıktan çıkarılma konusu, m. 551 f. 3'te hüküm altına alınmıştır. Maddede, esas sermayenin yarısından fazlasına sahip olan ortakların mutlak çoğunluğunun kararı ile ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, mülga TTK döneminde de azınlık konumunda olan veya şirkette %50 paya sahip olan ortağın, haklı sebeple diğer ortağın çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararını, tek başına alması mümkün değildir.

1. Yargıtay Uygulaması

6762 sayılı mülga TTK döneminde, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, iki ortaklı limited şirketlerde ortaklardan birinin açtığı haklı sebeple çıkarma davasını, iki gerekçeye dayanarak reddetmek yönündeydi². Bunlardan ilki, 6762 sayılı

² Yargıtay 11. HD, 25.04.2011 tarihli E. 8949, K. 4974 sayılı kararı, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017); Yargıtay 11. HD, 20.10.2003 tarihli E. 8693, K. 9501 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017); Yargıtay 11. HD, 29.11.1991 tarihli E. 3056, K. 6358 sayılı kararı, (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017).

mülga TTK'nin ortaklığın tek kişi ile devam etmesine izin vermemesiydi³. Red kararı vermesinin diğer gerekçesi ise, çıkarma davasının açılabilmesi için kanunun aradığı gerekli yetersayı, bir ortağın tek başına sağlayamamasıydı.

2. Doktrindeki Görüşler

6762 sayılı mülga TTK döneminde, birçok yazar, problemin haklı sebeple fesih davası açılarak çözülebileceğini savunmuştur⁴. Yazarlara göre, iki ortaklı limited şirketlerde, ortaklardan biri, diğer ortağın şirketten çıkarılması talebiyle mahkemeye başvuru için aranan yetersayı çoğu zaman sağlayamaz. Dolayısıyla haklı sebep olsa dahi, ortaklardan birinin 6762 sayılı TTK m. 551 f. 3 çerçevesinde şirketten çıkarılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda, haklı sebebe dayanan ortağın, şirketin feshini mahkmeden talep edebileceğini ifade etmişlerdir.

Bir diğer çözüm olarak, 6762 sayılı TTK'nin kolektif şirketlere özgü m. 199 hükmünün, iki ortaklı limited şirketlere de uygulanabileceği ifade edilmiştir⁵. Zira yalnız iki kişiden ibaret bir kolektif şirkette, ortaklardan birinin şirketten çıkarılmasını gerektiren haklı sebepler mevcut ise, diğer ortağın talebi üzerine mahkeme fesih ve tasfiyeye hükmetmeksizin şirkete ait bütün iş ve muameleleri ve şirketin mevcudunu alacak ve borçları ile beraber davacı ortağa terk ve tahsise ve ortağın şirketten çıkarılmasına karar verebilecektir. İki ortaklı kolektif şirketlerin dağılmamasına imkân veren bu düzenlemenin, limited şirketlere de uygulanması gerektiği savunulmuştur. Buna benzer olarak, Yargıtay'ın, süresi sona eren anonim şirketlerin faaliyetlerine devam etmesi halinde sürelerinin uzadığına ilişkin kararının⁶ temelini oluşturan "kurulu tezgâhı tahrip etmeme" ilkesinin, burada da uygulanabileceği kaleme

³ Ancak 6102 sayılı TTK'de limited şirketlerin tek ortakla kurulmasına veya ortak sayısının teke düşmesi halinde, şirketin devamına izin verilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu gerekçesi günümüzde geçerliliğini yitirmiştir.

⁴ ÜÇİŞİK, Güzin: "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması", Prof. Dr. Fahiman Tekil'e Armağan, İstanbul 2003, s. 202; DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Anonim Şirketler, Feryal Matbaası, Ankara 1990, s. 1489; ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 82; BAŞTUĞ, s. 60; ERDİL, s. 145.

⁵ BAŞTUĞ, s. 60; ÜÇİŞİK, s. 202.

⁶ "...anasözleşmesinde belirtilen süre bitmiş olmasına rağmen faaliyetine devam eden bir anonim şirketin durumu hakkında Türk Ticaret kanununda bir hüküm bulunmadığı için ve anonim şirketin mahiyetine de aykırı düşmemesi nedeniyle TTK.nun 138. maddesinin yollamasıyla, Borçlar Kanununun adı şirkete ilişkin 536/2-son cümlesi hükmünün uygulanması mümkündür ve bunun sonucu olarak bu durumdaki bir anonim şirketin kendiliğinden süresiz bir anonim şirkete dönüştüğünün kabulü gerekir. Bu kabulün doğal sonucu olarak da şirketin süresi bitmesi nedeniyle infisah ederek tasfiyeye girdiği ve TTK.nun 439/2. maddesi gereğince şirket ehliyetinin ve TTK.nun 440. maddesi gereğince de şirket organlarının görev ve yetkilerinin sınırlı hale geldiği söylenemez..." Yargıtay HGK 25.2.1987 tarihli E. 211, K. 120 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017).

alınmıştır⁷.

B. 6102 Sayılı TTK Döneminde

6102 sayılı TTK’de haklı sebeple limited şirketten çıkarılma konusu m. 640 f. 3’te düzenlenmiştir. Madde uyarınca, haklı sebeplerin varlığı halinde, şirket mahkemeden ortağın şirketten çıkarılmasını talep edebilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, mahkemeye başvurmak için aranılan genel kurul kararı, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilecektir (TTK m. 621 f. 1-h). Görüldüğü üzere, bu kanun döneminde de azınlık konumunda olan veya şirkette %50 paya sahip olan ortağın, haklı sebeple çıkarılmaya ilişkin genel kurul karar nisabını tek başına sağlaması imkânsızdır. Dolayısıyla mülga kanun dönemindeki problem günümüzde de güncelliğini sürdürmektedir.

1. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, 6102 sayılı TTK döneminde de iki ortaklı limited şirketlerde, ortaklardan birinin, kanunda belirtilen yetersayı ile alınmış genel kurul kararı olmadan, diğer ortağın çıkarılması için mahkemeye başvuramayacağını belirtmiştir⁸. Yüksek mahkeme, ortağın haklı sebeple diğer ortağın çıkarılması için mahkemeye başvuramamasının gerekçesi olarak, aktif dava ehliyetinin

⁷ PEKDİNÇER, Tamer: “İki Ortaklı Limited Şirketlerde Ortaklardan Birinin Haklı Sebeplere Dayanarak Mahkeme Kararı ile Çıkma İstemi ve Bu İsteme Yüksek Mahkemenin Yaklaşımı”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 469.

⁸ “...6102 Sayılı TTK’nın 640. maddesinin 3. fıkrası gereğince haklı sebebe dayalı olarak ortağın şirketten çıkarılması için şirket dava açabilir. Ortağın bir başka ortağın şirketten çıkarılmasını isteyebileceğine dair yasal düzenlenmiş bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca şirketin bu davayı açabilmesi için de aynı Kanun’un 616. maddesinin birinci fıkrasının h bendi gereğince, genel kurulun bu konuda bir karar vermesi gerekir. Bu durumda, davacının aktif dava ehliyeti olmadığı gözetilerek davanın bu sebeple reddi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 11. HD, 08.02.2016 tarihli E. 24, K. 1120 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017); “...Davacı şirketin ve davalının ... Otelcilik Ltd. Şti’nin ortakları oldukları anlaşılmaktadır. Limited şirket ortağının çıkarılmasına dair yasal düzenleme TTK 640 maddesinde düzenlenmiştir. Bu yasal düzenleme gözetildiğinde limited şirket ortağının diğer ortak aleyhine haklı sebeple çıkarma davası açması olanaklı değildir. Böyle bir davanın ancak ... Otelcilik Ltd. Şti. tarafından açılması gerekir. Somut olayda davacı ortağın şirket adına açtığı bir dava da bulunmadığından aktif husumet yönünden davanın reddi gerekmektedir...” Yargıtay 11. HD, 06.02.2017 tarihli E. 2664, K. 607 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017); “...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, TTK 621/1-h bendine göre bir ortağın haklı sebepler dolayısı ile şirketten çıkarılması talebiyle mahkemeye başvurulabilmesi için temsil edilen oyların en az 2/3’sinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunduğu genel kurul kararı alınması gerektiği, davalı ortağın haklı sebepler ile şirketten çıkarılması için alınmış bir genel kurul kararının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...” Yargıtay 11. HD, 05.06.2017 tarihli E. 709, K. 3376 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017).

bulunmamasını göstermiştir. Zira böyle bir davanın ancak şirket tarafından açılabilceğini ifade etmiştir. Davacı ortağın, şirket adına açtığı bir davanın bulunmaması sebebiyle davanın reddedilmesi gerektiğini beyan etmiştir.

Bununla birlikte, konuya ilişkin Yargıtay kararlarının çoğunda “karşı oy” yazısı da yer almaktadır⁹. Karşı görüşteki üyeler, iki ortaklı limited şirkette, bir ortağın genel kurul kararı olmadan, diğer ortağın çıkarılması talebi ile doğrudan mahkemeye başvurabileceğini, çeşitli gerekçelerle dile getirmişlerdir. İlk olarak, iki ortaklı limited şirketlerde, bir ortak, diğer ortağın çıkarılması için mahkemeye başvurduğunda, şirketin davada temsil edilmiş sayıldığı Yargıtay kararlarına atıf yapmışlardır¹⁰. Bir diğer gerekçe olarak, TTK m. 621 hükmünün, iki ortaklı şirketler yönünden uygulanmaması gerektiği, aksi halde iki ortaklı limited şirketler yönünden haklı sebeple şirketten çıkarma davası açma imkânının bulunmadığını ifade etmişlerdir. Dolayısıyla TTK m. 640 f. 3’ün uygulanması yönünden şirket genel kurulunun herhangi bir işlevinin olmadığını savunmuşlardır¹¹.

Öncelikle ifade edelim ki; Yargıtay’ın ortaklardan birinin açtığı çıkarma davasını, “aktif dava ehliyeti yokluğundan” reddetmesi, iki ortaklı

⁹ Bkz. Yargıtay 11. HD, 08.02.2016 tarihli E. 24, K. 1120 sayılı kararı; Yargıtay 11. HD, 06.02.2017 tarihli E. 2664, K. 607 sayılı kararı; Yargıtay 11. HD, 05.06.2017 tarihli E. 709, K. 3376 sayılı kararı.

¹⁰ “...Dairemizin birçok kararında, iki ortaklı şirketlerde, bir ortağın diğer ortağa karşı dava açtığı hallerde, şirketin davada temsil edilmiş sayılacağı kabul edilmiştir (31.10.2012 T. 06/02/20172011/8987-2012/17007; 14.01.2014 T. 06/02/20172012/9121-2014/728 vs.). O nedenle, somut olayda davacı tüzel kişi ortağın, ortağı olduğu dava dışı şirketi tek başına temsil etme hakkı bulunduğu da dikkate alınarak, TTK m. 640/3 uyarınca, davanın şirket tarafından açıldığının kabulü gerekir...” Yargıtay 11. HD, 06.02.2017 tarihli E. 2664, K. 607 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017).

¹¹ “...TTK m. 621 uyarınca, her ne kadar ortaklıktan çıkarma isteğiyle mahkemeye başvurmak için şirket genel kurulunun, hem sermaye payı, hem de ortak sayısı yönünden nitelikli çoğunluk oyu aranmış ise de, bu hükmün iki ortaklı şirketler yönünden uygulanmaması gerekir. Zira aksi halde, iki ortaklı şirketler yönünden haklı sebeple şirketten çıkarma davacısı açma imkânı bulunmayacaktır. İki ortaklı şirketlerde, TTK m. 640/3’ün uygulanması yönünden şirket genel kurulunun her hangi bir işlevinin olması düşünülmemelidir, bir ortağın diğerine haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açabilme hakkının olduğu kabul edilmelidir...” Yargıtay 11. HD, 06.02.2017 tarihli E. 2664, K. 607 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017); “...TTK m. 621/1-h uyarınca, limitet ortaklıktan çıkarma isteğiyle mahkemeye başvurmak için şirket genel kurulunun, hem sermaye payı, hem de ortak sayısı yönünden nitelikli çoğunluk oyu aranmakta ise de, bu hükmün iki ortaklı şirketler yönünden uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira, iki ortaklı şirketlerde haklı sebeple çıkarma için 2/3 oy çoğunluğunun sağlanması imkansızdır. O sebeple iki ortaklı şirketlerde, şirket genel kurulunun her hangi bir işlevinin olması düşünülmemelidir, 2/3 oy oranını sadece ortak sayısı en az üç olan ortaklıklar yönünden kabul edilmeli, oy miktarı 2/3 ten fazla olan bir ortağın diğerine haklı sebeple ortaklıktan çıkarma davası açabilme hakkının olduğu kabul edilmelidir...” Yargıtay 11. HD, 05.06.2017 tarihli E. 709, K. 3376 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.11.2017).

limited şirketlerde, haklı sebeple çıkarma hakkının kullanılmasını oldukça sınırlandırmaktadır. Zira söz konusu şirketlerde, haklı sebeple çıkarma davasını açabilmek için aranan genel kurul kararını, yalnızca pay çoğunluğuna sahip olan ortak alabilecektir. Öte yandan, kanun koyucunun çıkarma davası açabilmek için genel kurul kararı aramasındaki amaç; çoğunluk ortakların, azınlık ortaklar tarafından kolayca şirketten çıkarılmasını önlemektir¹². Ancak iki ortaklı limited şirketlerde, bu hüküm, söz konusu amaca hizmet etmekten uzaktır. Çünkü çıkarma hakkını kullanmak için gereken genel kurul kararını, kanunda aranan yetersayıyı sağlayan pay sahibi, tek başına alabilecektir. Diğer bir deyişle, ortaklardan biri söz konusu hükmün işlevselliğinden yararlanırken, diğer ortağın çıkarma davası açma hakkı elinden alınmaktadır. Dolayısıyla, ortaklardan birinin çıkarma davası açma hakkı, ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmakta, hatta hakkın özüne dokunularak kullanılması imkânsız hale gelmektedir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus da şudur: Yargıtay'ın ortaklardan birinin açtığı çıkarma davasını, "aktif dava ehliyetinin yokluğu" sebebiyle reddetmesi, şirketçe alınmış ortak bir kararın bulunmamasına dayanır. Ancak iki ortaklı limited şirketlerde, ortağın çıkarılması için aranan haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini ya da ortağın şirketten çıkarılmasının adil olup olmadığını değerlendirecek bir genel kurul ortamı bulunmamaktadır. Söz konusu uyuşmazlık, iki ortak arasında cereyan etmektedir. Dolayısıyla, çıkarma davasının karşılıklı tarafları iki ortak olup, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdirini mahkeme yapacaktır¹³.

Son olarak değinilmesi gereken nokta; Yargıtay'ın, bahsi geçen şirketlerde, çıkarma davası açmak için genel kurul kararını araması, uyuşmazlıkların kilitlenmesine veya uyuşmazlığın çözümünün uzamasına sebep olmaktadır¹⁴. Örneğin; ortakların sermaye payı dağılımlarının %75 ve %25 olduğu, iki ortaklı limited şirket düşünelim. %25 pay oranına sahip olan ortak, aynı zamanda şirketin müdürü olsun. %75 pay oranına sahip ortak, diğer ortağın çıkarılması için gereken genel kurul kararını, kanundaki yetersayıyı sağladığı için tek başına alabilecektir. Söz konusu genel kurul kararını aldıktan sonra, çıkarma davasının şirket adına açılması için müdürden talepte bulunacaktır. Burada şirketten çıkarılması istenen ortak, aynı zamanda şirketin müdürüdür. Dolayısıyla burada çeşitli ihtimaller gündeme gelecektir. İlk olarak müdür, alınan bu genel kurul kararına karşı iptal davası açabilir. Bir diğer ihtimal

¹² BAŞTUĞ, s. 60; ÜÇİŞİK, s. 202.

¹³ ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Basi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 763.

¹⁴ Bu kilitlenmenin giderek haklı nedenle fesih davasına veya şirketin diğer bir sebeple sona ermesine yol açacağı yönünde bkz. AKER, Hayri: "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 32(1), 2016, s. 105 vd.

ise, müdür çıkarma davasını açmakta ihmalkâr davranıyorsa; diğer ortak, mahkemeye başvurup, söz konusu dava için kayyum atanmasını isteyebilir. Ayrıca çıkarma davasının yürütülmesi için şirkete mutlaka kayyum atanması gerekecektir. İşte Yargıtay'ın bu görüşü, iki ortaklı limited şirketlerde haklı sebeple çıkarma davasının açılmasını oldukça güçleştirmektedir. Oysa söz konusu şirketlerde, genel kurul kararı aranmaksızın, tek bir ortağın çıkarma davası açabileceğini kabul etmek; hem usul ekonomisi ilkesinin uygulanmasını hem de uyuşmazlıkların gecikmeksizin çözüme kavuşmasını sağlayacaktır.

2. Doktrindeki Görüşler

Yargıtay'ın görüşüne paralel olarak, günümüzde bazı yazarlar, haklı sebebe dayanarak, çıkarma davasının açılabilmesi için genel kurul kararının varlığını aramaktadır¹⁵. Genel kurul kararının alınmasının mümkün olmadığı hallerde ise, tıpkı mülga TTK dönemindeki gibi, problemin haklı sebeple fesih davası yolu ile aşılabileceği ifade edilmiştir¹⁶. Bununla birlikte, iki ortaklı limited şirketlerde, haklı sebebi yaratan ortağın şirketten çıkarılabilmesi için diğer ortağın, genel kurul kararı aranmaksızın mahkemeye başvurabilmesi gerektiği de savunulmuştur¹⁷. Açılacak olan çıkarma davasında, limited şirketin herhangi bir role sahip olmadığı; bu davanın gerçek taraflarının, şirketin iki ortağının olduğu belirtilmiştir.

Konuya farklı bir bakış açısıyla yaklaşan Aker, TTK'de bu konuda örtülü bir boşluğun olduğunu kaleme almıştır¹⁸. Yazara göre, 6762 sayılı mülga TTK m. 551 f. 3'ten, 6102 sayılı TTK m. 640 f. 3, m. 616 f. 1-h ve m. 621 f. 1-h'ye intikal eden bu düzenleme, günümüzde tek kişilik limited şirket kurulabildiği gerçeğine uymamaktadır. Hüküm yeniden düzenlenirken, tek kişilik şirket kurulabileceği olgusu gözden kaçırılmıştır. Dolayısıyla, ortakların %50'şer paya sahip olduğu limited şirketlerde, TMK m. 1'in hâkime tanıdığı hukuk yaratma yetkisine de dayanarak, her bir ortak; tek başına ya da en azından aynı zamanda müdür de olan ortak, genel kurul kararı olmaksızın, diğer ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurabilmelidir. Aker bir başka çözüm yolu olarak, ortağın tek başına çıkarma davası açabilmesi için bazı ek şartların getirilebileceğini belirtmiştir¹⁹. Yazar, söz konusu ek şartlara örnek olarak; davacı ortağın, şirketten çıkarılmasını istediği diğer ortağın paylarını gerçek değerinden satın almasını, payların bedelini ödemeyi taahhüt etmesini veya bir miktar parayı depo etmesini saymıştır. Ancak söz konusu şartların aranması bazı tehlikeleri gündeme getirebilecektir. Zira daha çıkarma

¹⁵ ŞAHİN, s. 196; ERDİL, s. 146.

¹⁶ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 929; TAŞDELEN, s. 222.

¹⁷ ŞENER, s. 763.

¹⁸ AKER, s. 104.

¹⁹ AKER, s. 107.

davası açılmadan, bu şartların aranması, diğer ortağın çıkarılması için aranan haklı sebep olgusunun gerçekleştiğini kabul etmek anlamına gelebilecektir. Oysa diğer ortağın çıkarılması için öne sürülen olay ya da olgunun haklı sebep sayılıp sayılmayacağı davanın görülmesi aşamasında değerlendirilecek bir husustur. Dolayısıyla ek şartların aranması, daha davanın başında, davalı ortağın şirketten çıkarılması için aranan haklı sebebin gerçekleştiği anlamına gelebilecektir.

II. ÇIKARMA DAVASININ AÇILAMAMASI NEDENİYLE PROBLEMİN HAKLI SEBEPLE FESİH DAVASI YOLUYLA ÇÖZÜLMEMEYE ÇALIŞILMASI

Hem 6762 sayılı mülga TTK hem de 6102 sayılı TTK döneminde, iki ortaklı limited şirketlerde, haklı sebeple çıkarma davası açamayan ortağın, haklı sebeple fesih davası açarak, problemi çözebileceği savunulmuştur²⁰. Söz konusu

²⁰ BAŞTUĞ, s. 60; ÜÇİŞİK, s. 202; DOĞANAY, s. 1489; ERDİL, s. 145; ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 82; TAŞDELEN, s. 222; "...Davacı vekili, müvekkilinin davalı ile birlikte "Okpar Makine Parçaları San. ve Tic.Ltd.Şti." nin % 50'şer pay sahibi ortakları olduğunu, ortakların münferit imza ile şirketi ayrı ayrı temsil ve ilzama yetkili bulduklarını, ortaklar arasındaki fiili işbölümünde müvekkilinin şirketin ana konusu olan üretim faaliyetini, davalının ise akçeli işlerin yürütülmesini üstlendiğini, şirket hesaplarında bir çok usulsüzlükler yapıldığının tespiti üzerine şirket ortakları arasında huzursuzluk başladığını, davalının şirketi fiilen çalışmaz hale getirerek, TTK.nun 187/2 nci maddesi uyarınca şirkete ihanet ettiğini ileri sürerek, davalının mevcut haklı nedenler karşısında şirket ortaklığından çıkarılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiş, 18.08.2003 tarihli islah dilekçesi ile bu taleplerinin kabul edilmemesi halinde, davalının şirket ortaklığından çıkartılması suretiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, bir ortağın diğer ortağın şirketten çıkarılmasını isteyemeyeceği, bu hakkın sadece şirkete verildiğini, davacının sadece şirketin feshini talep etmek hakkına sahip olduğunu belirterek, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara nazaran, davacının başlangıçta isteminin davalının haklı nedenle şirket ortaklığından çıkarılmasını istediği, TTK.nun 552/3 ncü maddesi uyarınca bir ortağın şirketten çıkarılmasını isteme hakkının ortağa değil, şirkete ait olduğu, iki ortaklı bir limited şirkette ortaklardan birinin ortaklıktan çıkarılması istemi ortaklığın fesih ve tasfiyesi anlamına geleceği ve çıkartma isteminin bu nedenle kabul edilemeyeceğini, davacının diğer talebinin ise, davalının şirket ortaklığından çıkarılması suretiyle şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesi olduğu, ortağın şirketin fesih ve tasfiyesini isteyebileceği, ancak, fesih ve tasfiye talebinin açık olması ve koşula bağlı olmamasının gerektiği, davacının ısrarla fesih ve tasfiye talebini koşulsuz ileri sürmediği gerekçeleriyle, davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir..." Yargıtay 11. HD, 19.04.2005 tarihli E. 5743, K. 3865 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 25.11.2017); "...Dava, davalının, davacı limited şirket ortaklığından çıkarılması istemine ilişkindir. Dairemiz'in 20.06.1980 gün ve 3208-3285 sayılı emsal kararında da açıkça vurgulandığı üzere, iki kişiden oluşan bir limited şirkette, ortaklardan birisinin şirketten çıkarılması hali, o şirketin infisahi sonucunu doğurur. Yasa koyucu tarafından ise bu sonuç amaçlanmadığından, diğer ortak tek başına şirketin devamını veya şirketi devralmayı değil, şirketin feshini istemek durumundadır. Bu nedenle, davalının, davacı limited şirket ortaklığından çıkarılmasına ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı

problemin haklı sebeple fesih davası yoluyla çözülmesini değerlendirmeden önce, haklı sebeple fesih davasından bahsetmek, çalışmamız açısından faydalı olacaktır.

A. Haklı Sebeple Fesih Davası

1. Genel Olarak

Limited şirketlerde, ortaklar arasındaki güven ilişkisi, şirketin devam etmesi ve amacına ulaşabilmesi için önemli yer tutmaktadır. Güven ilişkisinin zarar görmesi hâlinde, ortakların aynı amaç için birlikte çalışma isteği kaybolabilmektedir. Dolayısıyla ortakların, şirketin faaliyetlerini devam ettirmesi ya da kuruluş amacını gerçekleştirme zorlaşmaktadır. Söz konusu durumda, ortakları şirket sözleşmesi ile bağlı tutmak, kişilik haklarının ihlaline sebep olacaktır²¹. Bu nedenle kanun koyucu, ortağın şirket ilişkisinden ayrılabilmesini sağlamak için haklı sebeple fesih kurumunu düzenlemiştir.

Haklı sebeple fesih davasının amacı, çoğunluk ve azınlık kavramının söz konusu olduğu limited şirkette, azınlıkta kalan ortağın, çoğunluk karşısında korunmasını sağlar²². Haklı sebeple fesih davası açma hakkı, çoğunluğu elinde bulunduran, ancak bunu diğer ortakların menfaatlerine zarar verecek şekilde kullanan çoğunluğa karşı önemli bir silahtır²³.

TTK m. 636 f. 3 uyarınca, haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilecektir. Ayrıca mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, haklı sebeple fesih davasının davacısı limited

gereklemiştir...” Yargıtay 11. HD, 20.10.2003 tarihli E. 8693, K. 9501 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 25.11.2017).

²¹ ÇAMOĞLU, Ersin: “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi” (Anonim Ortaklık), Prof.Dr.Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 667; GİRAY, Rabia Eda: “Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 6(12), s. 196; DOĞANAY, s. 733.

²² ŞAHİN, Ayşe: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (Fesih), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 32.

²³ ERDEM Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 10 vd.; ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 296 vd.

şirket ortaklarıdır²⁴. Dava, limited şirket tüzel kişiliğine karşı açılacaktır²⁵.

2. Davanın İncelenmesi

a. Hakimin Takdir Yetkisi

Bir ortağın, TTK m. 636 f. 3'e dayanarak, şirketin feshini isteyebilmesi için haklı bir sebebin olması gerekir. Kanun koyucu, haklı sebep olgusunun nisbi bir kavram olmasından²⁶ ve her somut olayın özelliklerine göre değişebilmesinden²⁷ yola çıkarak, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdirini hâkime bırakmıştır. Hâkim incelemesini yaparken, tüm hukukî ve maddi olayları değerlendirecek; aynı zamanda şirketin yapısını, ortak sayısını ve ortaklar

²⁴ Esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçeceğinden (TTK m. 596), bu kişinin de haklı sebeple fesih davası açması mümkündür. Ancak her ne kadar TTK m. 600 f. 3'te, bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, paya ilişkin hakların da intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağı kuralı yaralsa da; intifa hakkının amacını aşan hakların, ortakla birlikte veya yalnızca ortak tarafından kullanılması gerektiği, dolayısıyla intifa hakkı sahibinin şirketin feshini istemeye yetkili olmadığı yönünde bkz. ARSLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku Uygulaması ve Hisseli Komandit Şirket, Temel Yayıncılık, İstanbul 1989, s. 268; YILDIZ, Şükrü: Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 152.

²⁵ Yargıtay, eski tarihli kararlarında, tüm ortakların davacı veya davalı olarak davada mevcut olması halinde, taraf teşkilinin sağlandığını kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 25.06.2002 tarihli E. 5464, K. 6568 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 25.11.2017); aynı yönde bir başka kararında "...Davacı vekili, müvekkili ile davalının, ... Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.nin % 50 şer ortağı bulduklarını, ancak, aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle 10 yıldan beri şirket faaliyetlerinin durduğunu, müvekkilinin davalı tarafından şirket merkezi olan binaya sokulmadığını ve şirket faaliyetlerinden haberdar edilmediğini, şirketin müvekkili için meğhul ve yararsız hale geldiğini ileri sürerek şirketin fesih ve tasfiyesini talep etmiştir. Davalı vekili husumetin şirket tüzel kişiliğine yönetilmesi gerektiğini, davacının iddialarının doğru olmadığını, şirketin halen faal olduğunu, davacının ortak olarak çalışmak istemeyip, şirketin taşınmazını sattırarak gelir elde etmek istediğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, şirket ticaret sicili, mübrez belgeler, tanık anlatımları ve bilirkişiler kurulu raporuna dayanılarak husumetin diğer ortağa yöneltilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı; şirketin uzun yıllardan beri ciddi bir faaliyetinin olmadığı ve şirketin feshi için kanuni haklı nedenlerin olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne ve tarafların ortak buldukları ... San. ve Tic. Ltd. Şti.nin TTK.nun 549. md. gereğince fesih ve tasfiyesine karar verilmiştir...Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 1.05.1995 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." diyerek, iki ortaklı limited şirkette davanın diğer ortağa yöneltilmesinde herhangi bir sakınca görmemiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 01.05.1995 tarihli E. 2880, K. 3952 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 25.11.2017).

²⁶ ÇAMOĞLU, Ersin: Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması (Kollektif), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 77; MİNELİLER, Zeynep: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(3), 2012, s. 106.

²⁷ ÖCAL, Akar: "Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 222; ÇAMOĞLU, Kollektif, s. 78; GİRAY, s. 205.

arasındaki ilişkiyi göz önünde bulunduracaktır²⁸. Örneğin; iki ortaklı limited şirkette, ortaklar arasındaki uyuşmazlık şirketin feshine sebep olabileceken; ikiden fazla ortaklı limited şirkette, söz konusu uyuşmazlık şirketin faaliyetlerini etkilemeyebilir²⁹.

İleri sürülen sebebin haklı sebep³⁰ olduğuna kanaat getiren hâkim, daha sonra uyuşmazlığı çözmeye elverişli yolları değerlendirecektir. Bu kapsamda hâkim; şirketin feshine, davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya diğer bir çözüm yoluna karar verebilir.

b. Hakimin Haklı Sebep Şirketin Feshine Karar Vermesi

Haklı sebeple şirketin feshinin temelinde, kişilik haklarının ve dürüstlük kuralının korunması yer almaktadır. Bu sebeple hâkim, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelemesini yaparken, kişilik haklarının ve dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediğini de değerlendirecektir³¹. Eğer davacının ileri sürdüğü haklı sebepler hem belirtilen ilkelere zarar veriyor hem de şirketin faaliyetlerine devam etmesini imkânsız kılıyorsa, hâkim şirketin feshine karar verebilecektir. Diğer bir deyişle, hâkim, ortak tarafından şirketin feshi için ileri sürülen sebepler ile şirket devam etseydi diğer ortakların elde edeceği menfaatleri karşılaştırdığında, fesih kararı vermenin daha doğru olduğuna kanaat getirebilecektir.

²⁸ BAŞTUĞ, s. 47-48; ÇAMOĞLU, Çıkarılma, s. 16; ÜÇİŞİK, s. 200; ÖCAL, s. 222; Şirketin feshini gerektirecek haklı sebeplere ayrıntılı örnekler için bkz. AKER, s. 112 vd.

²⁹ SÜMER, Ayşe: "Türk Ticaret Kanununun Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 28(1), 2010, s. 176; GİRAY, s. 205.

³⁰ Yargıtay kararlarında haklı sebep sayılan hâllere örnek olarak bkz. "...Dava, limited şirketin feshi ve tasfiyesi istemine ilişkindir. Şirketin devamlı olarak zarar etmesi, kuruluş ve gayesinin gerçekleşmesine imkan kalmaması, ortaklar arasındaki ciddi anlaşmazlıklar, ortağın bakiye sermaye borcunu ödemekte temerrüdü gibi, sebepler TTK.nun 549. maddesinde yer alan haklı sebeplere örnek olarak sayılabilir..." Yargıtay 11. HD, 26.03.2002 tarihli E. 10234, K. 2739 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 27.11.2017); "...Somut olay incelendiğinde, davacı ile davalılardan D. İnşaat AŞ. fesih ve tasfiyesi istenilen E. Limited Şirketi'nin %50 paya sahip ortakları olduğu ve davaya konu şirketin 1986 yılında kurulmasını takiben ortakları arasında görüş ve fikir ihtarnameler gönderilmeye başladığı, 1987 yılından itibaren karşılıklı ihtarnameler gönderilmeye başlandığı ve nihayet ilk olarak 1989 yılında şirketin fesih ve tasfiyesi için dava açılmış olduğu, bu davanın 1993 yılında takipsizlik neticesinde açılmamış sayılmasına karar verildiği, bu süre zarfında şirketin faaliyete geçemeyip atıl durumda kaldığı, şirket giderlerini ortaklarından aldığı borçlarla kapatmaya çalıştığı, bu borçlara ilişkin icra takiplerine uğradığı, şirketin çalışamaz durumda olduğu dosyaya ibraz edilen belgelerle anlaşılmıştır. O halde, yukarıda anılan kanun maddesi uyarınca, şirketi ortakları arasındaki anlaşmazlık Limited Şirketin mahkemece feshi için kanuni haklı nedenlerin oluştuğu kabul edilmelidir..." Yargıtay 11. HD, 21.02.2000 tarihli E. 55, K. 1242 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

³¹ ÇELİK, Aytekin: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Şehi" (Haklı Sebep), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 25(4), 2009, s. 582.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun ortaklara bahsettiği şirketin feshini talep etme hakkı “son çare” olarak kullanılmalıdır³². Başka bir ifadeyle, talepte bulunan ortak, şirket feshedilmeden de başka bir yolla amacına ulaşabilecekse, fesih talebi kabul edilmemelidir.

c. Hâkimin Şirketin Haklı Sebep Feshi Yerine Başvurabileceği Diğer Haller

Yukarıda da belirtildiği üzere, hâkim şirketin feshi yerine; ortakların, şirketin veya şirket çalışanlarının menfaatlerine uygun olarak, başka bir çözüm yoluna karar verebilir. Ayrıca davacı ortağın, başka hukukî yollara başvurma imkânı varken, bu yolları kullanmayıp, şirketin feshini istemesi halinde, talep reddedilmelidir³³. Aksi halde, objektif iyiniyet kuralı ihlal edilmiş sayılır. Zira ortağın, şirketin devamı için başka çözüm yolları varken, bunlara başvurmayarak, öncelikle fesih davası açması, kanunun kendisine verdiği hakkı kötüye kullanması³⁴ anlamına gelecektir³⁵.

TTK m. 636 f. 3 uyarınca, ileri sürülen sebepler, şirketin feshi için yeterli sayıldığında, hâkim, payının gerçek değeri ödenerek, davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilecektir³⁶. Davacı ortağın şirketten çıkarılması tamamen hâkimin takdirinde olup, hâkim bu yetkiyi resen kullanacaktır³⁷. Diğer bir deyişle, hâkim, ortakların bu konuda bir karara varmasına gerek olmadan, davacı

³² ORUÇ, Murat: “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27(1), 2011, s. 220 vd.; BAŞTUĞ, s. 24; TAŞDELEN, s. 238; ERDEM, s. 19; MİNELİLER, s. 107 vd.; ŞAHİN, Fesih, s. 32.

³³ ÇAMOĞLU, Ersin: “Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerin Emredici Niteliği” (Fesih), Prof. Dr. Halil Arslanlı Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 100.

³⁴ Hakkın kötüye kullanılmasındaki ölçünün, hakkın amacına aykırı kullanıldığı ve hakkı kullananın menfaatinin olmadığı yönünde bkz. AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 23 vd.

³⁵ GİRAY, s. 205.

³⁶ TTK m. 636 f. 3’ün gerekçesinin göndermesi ile TTK m. 531’in gerekçesinde bu konu şöyle ifade edilmiştir:“... İleri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığına karar verecek olan mahkemedir. Mahkeme sebepleri haklı olsa bile fesih kararı vermek zorunda değildir. Şirketin feshini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkeme; şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği yargı kararlarına ve öğretilerdeki görüşlere göre belirlenecektir...”

³⁷ ÇAMOĞLU, Kollektif, s. 76.

ortağın şirketten çıkarılmasına karar verebilir³⁸. Öte yandan, hâkim, şirketin feshi veya davacı ortağın şirketten çıkarılması yerine duruma uygun düşen başka bir çözüm yoluna da hükmedebilecektir. Hâkimin takdir ettiği çözüm yolunun; somut uyuşmazlığı ortadan kaldıracak şekilde, duruma uygun ve davacı ortak veya ortaklar için kabul edilebilir nitelikte olmalıdır³⁹. Aksi halde yeni uyuşmazlıkların doğma ihtimali oldukça yüksektir⁴⁰.

B. Problemin Haklı Sebep Fesih Davası Yoluyla Çözölmeye Çalışılmasının Değerlendirilmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Yargıtay ve öğretideki bazı yazarlar, iki ortaklı limited şirketlerde, haklı sebeple bir ortağın şirketten çıkarılması davasının açılmadığı durumlarda, haklı sebeple fesih davasının açılabileceğini savunmuşlardır. Ancak öncelikle ifade etmek gerekir ki; TTK m. 636 f. 3'te düzenlenen haklı sebeple fesih davası ile TTK m. 640 f. 3'te yer alan haklı sebeple bir ortağın çıkarılması davası, birbirinin alternatifi olan davalar değildir. Öncelikle, iki davanın amacı ve davalarda korunan menfaatler farklıdır. Haklı sebeple fesih davası, hukukî ilişkinin devamının çekilmez hale gelmesi nedeniyle ortaklığın sona erdirilmesi talebini içeren davadır. Oysa haklı sebeple bir ortağın çıkarılması davasında, davacının şirketin sona ermesi yönünde bir talebi bulunmamaktadır. Aksine şirketin işlerini güçleştiren ortağın, şirketten çıkarılmasını sağlayarak, faaliyetin devamını amaçlanmaktadır.

İkinci olarak, Yargıtay ve öğretideki yazarlar haklı sebeple fesih davasının, haklı sebeple çıkarma davası yerine açılabilceğini belirtirken, aslında fesih davası açan davacının amacını gözden kaçırmaktadırlar. Zira fesih davasında, davacının amacı, mali haklarını alarak şirketten ayrılmaktır⁴¹. O halde fesih talebi, şirketten çıkma talebini de içinde barındırmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü, davacının çelişkili olarak davranması sonucunu doğurur ki; bu sonuç hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bu nedenle, fesih davasında hâkimin, davacı ortağın amacından hareket ederek, davacı ortağı şirketten çıkarması da mümkündür⁴². Oysa iki ortaklı limited şirkette, çıkarma davası açamadığı için fesih davası açan ortağın amacı, şirketten ayrılmak değil; aksine şirketin devamını tek başına sağlamaktır. O halde, Yargıtay ve öğretisi her ne kadar söz konusu ortağı fesih davasına yöneltse de, aslında bu dava ortağın amacına hizmet etmemektedir. Hatta diğer ortağın çıkarılması için zorunlu olarak açılan fesih davasında, davacının şirketten çıkarılması da olasıdır.

³⁸ ORUÇ, s. 223; MİNELİLER, s. 111.

³⁹ ÇELİK, Haklı Sebep, s. 578.

⁴⁰ Ayrıntılı örnekler için bkz. ÇELİK, Haklı Sebep, s. 579.

⁴¹ ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık, s. 683; ÇAMOĞLU, Kollektif, s. 74.

⁴² ÇAMOĞLU, Çıkarılma, s. 10 vd.; ORUÇ, s. 223; AKER, s. 134; TAŞDELEN, s. 240.

Problemin çözümünün haklı sebeple fesih davası yoluyla çözülmesinin doğru olmadığına ilişkin bir diğer gerekçe de şirketin devamındaki menfaate ilişkindir. Zira şirketin faaliyetlerini sürdürmesinde ülke ekonomisinin, şirket çalışanlarının ve ortakların menfaati vardır. Bu sebeple, kanun koyucunun her ortağa tanıdığı şirketin feshini talep etme hakkı, tali bir haktır⁴³. Talepte bulunan ortak, şirketin devamı yönündeki amacına ulaşmak için başka bir imkâna sahipse, fesih talebi kabul edilmemelidir⁴⁴. Özellikle de ilk önce fesih hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı hallerde, hâkim, şirketin feshine karar vermemelidir⁴⁵. Çalışma konumuz bağlamında bu hususu incelediğimizde, tek başına çıkarma davası açamayan ortak, şirketin feshini istemediği halde, fesih talepli bir dava açacaktır. Zira davacının hiç fesih talebinde bulunmaksızın, doğrudan fesih dışındaki bir çözüme hükmedilmesini talep etmesi mümkün değildir⁴⁶. O halde çıkarma davasını, sırf kanundaki biçimsel koşulları sağlayamaması sebebiyle açamayan ortağın, hakkını fesih davası yoluyla araması dürüstlük kuralına uygun mudur? Öte yandan Yargıtay, limited şirketlerde, bir ortağın çıkma hakkını kullanmayarak, şirketin feshini talep etmesinin iyiniyetle bağdaşmadığını belirtmiştir⁴⁷. Yargıtay'ın bu

⁴³ ŞENER, s. 181; TAŞDELEN, s. 238; AKER, s. 120; ORUÇ, s. 221.

⁴⁴ TAŞDELEN, s. 238.

⁴⁵ "... Şirketler hukuku bakımından şirketin devamlılığının sağlanması esas olup; düzenleme uyarınca, ekonomik değer taşıyan şirketin feshi yerine şirketi ayakta tutacak diğer çözüm yollarının hakimce değerlendirilmesi zorunlu kılınmıştır. Dava konusu şirketin ana sözleşmesinde yer alan faaliyet amaçlarını gerçekleştirilmeye yarar bir kısım taşınmazlarını elinden çıkardığı, 2006 yılından beri gayri faal durumda olduğu, ortaklar arasında yaşanan ihtilaflar nedeniyle davaların süregeldiği ve bu itibarla davada haklı nedenlerle fesih koşullarının gerçekleştiği sabit ise de; dosya içerisinde yer alan bilirkişi raporları ve belgelerden aile şirketi vasfındaki davalı şirketin halen elinde bulundurduğu malvarlıklarıyla şirket anasözleşmesinde yer alan amaçları rahatlıkla gerçekleştirebilecek durumda olduğu, davacı ortakların ortaklıktan ayrılması halinde şirket anasözleşmesinde yapılacak değişikliklerle şirketin amaçlarının değiştirilebileceği, esasen davacı ortakların da ortaklıktan çıkmayı isteyip sadece ödenecek pay bedeli hususunda diğer ortaklarla anlaşamadıkları hususu gözetildiğinde şirketin, haklı nedenle feshi yerine davacı ortakların pay bedellerinin tarafına ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesinin somut olaya uygun olacağı gözetilmeksizin yazılı gerekçeyle bu yöndeki talebin reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 11. HD, 02.06.2014 tarihli E. 3669, K. 10238 sayılı kararı (www.kazancı.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.11.2017); "...şirket ile ortaklar arasında veya ortakların kendi aralarındaki uyuşmazlıklarda şirketin varlığını sürdürmek esas olup, bir ortağın alınan kararların iptalini veya teminat gibi hukuki yollar mevcut ise öncelikle bu yollara başvurulması gerektiği, ancak muhik sebepler var ise fesih ve tasfiyenin istenebileceği, fesih ve tasfiye davasının tüm ortaklara karşı da yöneltilmesi zorunlu olup, davacının verilen ara kararına rağmen bir şirket ortağına husumet yöneltilmediğinden, fesih ve tasfiye davasının reddi gerektiği..." Yargıtay 11. HD, 20.06.2002 tarihli E. 3701, K. 6332 sayılı kararı, bkz. ERİŞ, Gönen: Açıklamalı- İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Cilt, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 2922 vd.

⁴⁶ AKER, s. 145; ŞAHİN, Fesih, s. 428.

⁴⁷ "...Limited ortaklıktan çıkma hakkı olanın, bu hakkı kullanmayarak ortaklığın feshini istemesi

düşüncesini konumuza uyarlıysak, kanunda limited şirket ortağına çıkarma hakkı tanınmış olmasına rağmen, diğer ortağın şirketten çıkarılmasını fesih davası yoluyla talep eden ortağın davranışı, iyiniyet kuralı ile bağdaşacak mıdır? Ayrıca Yargıtay'ın, aktif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle çıkarma davasının, tek ortak tarafından açılmayacağını belirttiği kararları ile yukarıda ifade edilen düşüncesi çelişkili değil midir? Ortağın tek başına, salt biçimsel koşullar nedeniyle çıkarma davası açamayıp, fesih davası açması durumunda, iyiniyet varlığını zorunlu olarak kabul etmek mi gerekir? Biçimsel koşullar ile iyiniyet ilkesi karşı karşıya geldiğinde, biçimsel koşullara mı üstünlük tanınacaktır? İşte bu soruların cevapları, problemin çözümünde yol gösterecektir.

Son olarak belirtelim ki; iki ortaklı limited şirkette, diğer ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması davasını açamayan ortağın, fesih davası açarak, söz konusu amacına ulaşabileceği ifade edilse de, bu her zaman mümkün değildir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, fesih davasında şirketin feshi talep edilmeksizin, doğrudan çıkarma ya da duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm talebinde bulunulamaz. Dolayısıyla ortak, her ne kadar istemese de, ilk olarak, şirketin feshini talep edecek ve bu mümkün değilse, diğer ortağın şirketten çıkarılmasını mahkmeden isteyebilecektir. Ancak hâkim davacı ortağın ileri sürdüğü taleplerle bağlı değildir⁴⁸. Bu nedenle hâkimin diğer ortağın şirketten çıkarılması yerine, şirketin feshine karar vermesi olasıdır. Örneğin; pay dağılım oranının %75 ve %25 olduğu iki ortaklı limited şirkette, %25 pay oranına sahip ortak, diğer ortağın şirketten çıkarılması talebini de içeren bir fesih davası açmış olsun. Hâkim, %75 pay oranına sahip ortağın şirketten çıkarılmasına karar verirse, aynı zamanda bu ortağa, payını karşılayan miktarda ayrılma akçesinin ödenmesine de hükmedecektir⁴⁹. Somut olayda, şirketten çıkarılacak ortağa ödenecek ayrılma akçesinin, şirketin geleceğini tehlikeye düşüreceği açık olup, hâkimin şirketin feshine karar vermesi muhtemeldir. Dolayısıyla başlangıçta, diğer ortağın şirketten çıkarılması amacıyla açılan fesih davasının, şirketin feshi ile sonuçlanma olasılığı oldukça yüksektir. Oysa davacı ortak, çıkarma davası açabilmiş olsaydı, hâkim, bu davada şirketin feshine karar veremeyecek; ya davalı ortağın çıkarılmasına ya da fesih dışındaki kabul edilebilir diğer çözümlere hükmedebilecektir⁵⁰.

iyiniyetle bağdaşmaz..." Yargıtay 11. HD, 20.06.2002 tarihli E. 3701, K. 6332 sayılı kararı, bkz. ERİŞ, s. 2922 vd.; "...TTK'nın 551/2'nci maddesine göre, her ortak muhik sebeplere dayanarak ortaklıktan çıkmasına izin verilmesini veya ortaklığın feshini mahkmeden isteyebilir. Ne var ki, hukukun genel ilkeleri uyarınca, herkes hakkını kullanırken, iyiniyet kuralları içerisinde hareket etmekle de yükümlüdür..." Yargıtay 11. HD, 10.11.1989 tarihli E. 7616, K. 6531 sayılı kararı, bkz. ERİŞ, s. 2913 vd.

⁴⁸ TAŞDELEN, s. 239; ŞAHİN, Fesih, s. 32; AKER, s. 134.

⁴⁹ Limited şirketlerde, çıkarılan ortağa, paylarının karşılığı olarak ödenen ayrılma akçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞTUĞ, s. 78 vd.; ÇAMOĞLU, Çıkarılma, s. 17 vd.; ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 105 vd.; ŞAHİN, s. 196 vd.; TAŞDELEN, s. 228 vd.; ERDİL, s. 96 vd.

⁵⁰ Mahkemenin, haklı sebebin giderilebilmesi için ortağın şirketten çıkarılması yerine, başka

III. 6102 SAYILI TTK'DEKİ LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN HAKLI SEBEPLERLE ÇIKARILMASINA İLİŞKİN HÜKMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun koyucu, TTK m. 640 f. 3'te, şirketin istemi üzerine, ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak, şirketten çıkarılabileceğini düzenlemiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, bir ortağın şirketten çıkarılmasını talep etme yetkisi, şirkete tanınmıştır. Şirketin, çıkarma davası açabilmesi için öncelikle bu konuya ilişkin, TTK m. 621'deki yetersayıları sağlayan, bir genel kurul kararı alması gerekmektedir. Ancak yukarıda da bahsedildiği gibi, pay dağılım oranlarının %50-%50 olduğu limited şirketlerde, söz konusu genel kurul kararının alınması mümkün değildir. Dolayısıyla TTK m. 640 f. 3 hükmü, ortakların %50-%50 paya sahip olduğu limited şirketler bakımından uygulama alanına sahip değildir. Öğretide, TTK'de bu konuda örtülü bir boşluğun olduğu ifade edilmiştir⁵¹. TTK'de bu konuda boşluk olup olmadığını incelemeyen önce, örtülü boşluktan kısaca bahsetmek, faydalı olacaktır.

Kanunda bir olaya ilişkin uygulanacak bir kural olmasına rağmen, gerekli istisnalar düşünülmeden, kuralın kapsamının çok geniş tutulması ve kuralın olaya uygulanması halinde, kanunun amacının gerçekleşmemesi mevzu bahisse, örtülü boşluk gündeme gelecektir⁵². Kanun koyucu, söz konusu olayların çözüme kavuşturulmasında, önemli bazı hususları gözden kaçırmıştır. Olaya ilişkin hükmü oldukça geniş düzenlediği için hükmün bazı istisnai durumlara uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bu durum, adalete aykırı sonuçlara sebebiyet vermektedir⁵³.

Öğretide hâkimin, örtülü boşluğu, amaca uygun sınırlama yaparak doldurması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴. Buna göre, hâkim, hükmün amacından hareket ederek, hali hazırdaki hükmün, söz konusu istisnai duruma, sınırlandırarak veya hükme sınırlı normlar ekleyerek uygulanmasını sağlayacaktır⁵⁵. Diğer bir deyişle, hâkim, hükmün işlevselliğini, sadece belirli durumlar için değil; kanun koyucunun hükmü düzenlerken gözden kaçırdığı istisnai durumlar için de sağlayacaktır.

kararlar verebileceği yönünde bkz. BAŞTUĞ, s. 57; ÇAMOĞLU, Çıkarılma, s. 16; ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 92 vd.; ÜÇİŞİK, s. 202; TAŞDELEN, s. 223.

⁵¹ AKER, s. 105 vd.

⁵² KIRCA, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleoloğische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(1), 2001, s. 96; ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 31. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 149; SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk (Genel Bölüm) Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 131; SÖZER, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 170 vd.; İŞİKTAÇ Yasemin / METİN Sevtap: Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003, s. 229; AKTAŞ, Sururi: "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1-2), 2010, s. 20.

⁵³ KIRCA, s. 96.

⁵⁴ KIRCA, s. 98 vd.; SEROZAN, s. 132; AKTAŞ, s. 20; İŞİKTAÇ / METİN, s. 229 vd.

⁵⁵ KIRCA, s. 98.

Yukarıdaki açıklamalardan da yola çıkarak, çalışma konumuzu oluşturan iki ortaklı limited şirketlerde, bir ortağın şirketten çıkarılması noktasında, TTK m. 640 f. 3 hükmünde örtülü bir boşluğun olduğunu söyleyebiliriz⁵⁶. Zira kanun koyucu, 6102 sayılı TTK m. 640 f. 3'ü düzenlerken, 6762 sayılı TTK'de aynı konuya ilişkin m. 551 hükmünü, esaslı bir değişiklik içermeden aynen kabul etmiştir. Dolayısıyla iki ortaklı limited şirketlerde, çıkarma davası açabilmek için aranan genel kurul kararının alınmasının, bazı istisnai durumlarda mümkün olmadığı gözden kaçmıştır. Bu nedenle, hâkim, söz konusu problemi çözmek için, hükmü amaca uygun olarak sınırlandırarak, her bir ortağın, genel kurul kararı olmaksızın, haklı sebeple diğer ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurabileceğini kabul etmelidir⁵⁷.

IV. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Mevcut Düzenleme Kapsamındaki Çözüm Önerileri

Çalışmamızda ele alınan problemi mevcut düzenleme kapsamında çözmek için esaslı önerimiz, iki ortaklı limited şirketlerde, bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılabilmesi için genel kurul kararının aranmaması gerektiğidir. Önerimizin altında yatan gerekçeler şöyledir:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; limited şirketler, genellikle az ortaklı, ortaklar arası işbirliği ve güven ilişkisinin önem taşıdığı karma nitelikli şirket türüdür⁵⁸. Limited şirketlerde, bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması imkânının olması, ortakların kişiliğinin ağırlık taşımasından kaynaklanmaktadır⁵⁹. Ortakların kişiliğinin önemli yer tuttuğu kolektif şirketlere ilişkin hükümlerde de bir ortağın şirketten çıkarılması düzenlenmiştir. Buradan yola çıkarak, kolektif ve limited şirketlerde, bir ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin hükümlerin amacının ve korunan menfaatlerin benzer olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla çalışma konumuzu oluşturan problemin çözümü açısından, kolektif şirketlere ilişkin hükümler, yol gösterici olabilir. Bu noktada TTK m. 257'den bahsetmek gerekir. Söz konusu hükümde, yalnız iki kişiden oluşan bir kolektif şirkette, ortaklardan birinin şirketten çıkarılmasını gerektiren haklı sebepler varsa, diğer ortağın istemi üzerine mahkeme fesih ve tasfiyeye karar vermeksizin şirketin bütün iş ve işlemleri, varlıkları, alacak ve borçlarıyla davacı ortağa bırakılmasına ve diğer ortağın şirketten çıkarılmasına

⁵⁶ Aynı yönde bkz. AKER, s. 105 vd.

⁵⁷ Aker, tek bir ortağın veya en azından aynı zamanda müdür olan ortağın, haklı sebeple çıkarma davasını tek başına açabileceğini savunmuştur. Bkz. AKER, s. 106. Ayrıca yazar, davacı ortağın, esas sermaye payları için makul bir teklifte bulunmasına rağmen haklı bir sebep olmaksızın diğer ortakça reddedilmesi durumunda, davaya ilişkin menfaatin çok daha belirgin olduğunu ifade etmiştir. Bkz. AKER, s. 106 dn. 155.

⁵⁸ ÇAMOĞLU, Çıkarılma, s. 11.

⁵⁹ ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 66; ŞAHİN, s. 189.

karar verebileceği düzenlenmiştir⁶⁰. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, iki ortaklı kolektif şirketlerde, ortaklardan biri, diğer ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurabilmektedir. O halde kolektif şirketlerdeki bu hüküm ile TTK m. 640 f. 3 hükmünün amaçları ve koruduğu menfaatler benzer olmasına rağmen, iki ortaklı limited şirketler bakımından, ortağın tek başına çıkarma hakkını kullanamaması ne kadar doğru olacaktır? İki ortaklı kolektif şirketlerde ortaklardan biri tek başına diğer ortağın çıkarılması için mahkemeye başvurabiliyorken; iki ortaklı limited şirketlerde bu duruma izin verilmemesi hakkaniyete uygun mudur?

Genel kurul kararının aranmaması gerektiği yönündeki düşüncemizin bir diğer gerekçesi, limited şirketin feshinin düzenlendiği TTK m. 636 f. 3'e dayanmaktadır. Zira bahsi geçen hükümde, haklı sebeplerin varlığı halinde, her ortağın, genel kurul kararı aranmaksızın, mahkemeden şirketin feshini isteyebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda, iki ortaklı limited şirketlerde, ortaklardan biri, diğer ortağın çıkarılması için mahkemeye başvuramazken; çıkarılmaya göre sonuçları daha ağır olan şirketin feshi için tek başına mahkemeye başvurması mümkündür⁶¹. Dolayısıyla ortak tek başına şirketin sonlandırılması talebinde bulunabilirken; daha hafif bir yaptırım olan çıkarma davasını açamaması, hak ve nesafet ilkesine hanel getirmeyecek midir?

Önerimizi desteklemeye yönelik bir başka gerekçeyi, TTK m. 640 f. 3'ün amacından hareket ederek söyleyebiliriz. Nitekim söz konusu hükümde, genel kurul kararı, aslında ortağın şirketten haksız olarak çıkarılmasını engellemek için aranmaktadır⁶². Oysa iki ortaklı limited şirketlerde, bu konuya ilişkin bir genel kurul kararı, çıkarılacak ortağa güvence fonksiyonu sağlamayacaktır. Kanun koyucunun hükümde hedeflediği amacın, iki ortaklı limited şirketlerde gerçekleşmesi mümkün değildir. Ayrıca bahsi geçen şirketlerde, bir ortağın, diğer ortağı şirketten çıkarmak için genel kurul kararı aranmaksızın mahkemeye başvurabileceğini kabul ettiğimizde, mahkeme objektif olarak sebebin, haklı sebep teşkil edip etmediğini inceleyecektir. O halde, iki ortaklı limited şirketlerde, genel kurul kararı olmadan mahkemeye başvurulması, şirketten çıkarılmak istenen ortağın güvencesiz olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, limited şirketlerin ortak sayısını ve esas sermaye pay oranlarını dikkate almadan, her durumda genel kurul kararını aramak, aşırı şekilcilik değil midir?

⁶⁰ İki kişilik kolektif şirketlerde, ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Kolektif, s. 169 vd.

⁶¹ Benzer açıklamalar için bkz. KIRCA, İsmail / GÜREL, Murat: "Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s. 222; AKER, s. 106.

⁶² BAŞTUĞ, s. 59 vd.; ÖZTÜRK DİRİKKAN, s. 81; ERDİL, s. 80.

Son olarak ifade edelim ki; bir ortağın çıkarılması amacıyla mahkemeye başvurmak için genel kurul kararı aramak, ikiden fazla ortaklı limited şirketlerde, istenen amaca hizmet etmektedir. Zira genel kurul kararı sayesinde, tek bir ortağın talebiyle, diğer ortaklardan herhangi birinin şirketten çıkarılması gibi ağır bir yaptırım engellenmiş olacaktır. Ayrıca söz konusu şirketlerde uyumsuzluk şirket ile çıkarılmak istenen ortak arasında cereyan etmektedir. Oysa iki ortaklı limited şirketlerde, haklı sebeple çıkarma davasında, uyumsuzluk iki ortak arasında vücut bulmaktadır. Limited şirketin, uyumsuzlukta herhangi bir rolü olmayıp; bu davanın esas tarafları, şirketin iki ortağıdır⁶³. Şirketin ortak sayısına bakılmaksızın, her durumda genel kurul kararı aramak, aktif dava ehliyeti bakımından, taraf teşkilinin sağlanamamasına sebebiyet vermeyecek midir?

B. De Lege Ferenda Çözüm Önerileri

Çalışma konumuzu oluşturan problemin de lege ferenda bir düzenleme ile çözümü açısından, iki husus üzerinde durulabilir. Bu bağlamda ilk olarak; TTK m. 640 f. 3 hükmüne, *“iki ortaklı limited şirketlerde, diğer ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması için mahkemeye başvururken, genel kurul kararı aranmaz.”* şeklinde bir düzenleme eklenebilir. Ancak bu düzenleme, problemin çözümü açısından yeterli olmayacaktır. Şöyle ki; haklı sebeple şirketten çıkarılan ortağa, esas sermaye payı oranında bir ayrılma akçesi ödenecektir. Bazı durumlarda, çıkarılan ortağa ödenecek ayrılma akçesinin miktarı, şirketin fiilen tasfiyesi sonucunu doğurabilir. Örneğin, pay dağılım oranının %20 -%80 olduğu bir limited şirkette, payların %80'ine sahip ortağın şirketten haklı sebeple çıkarılması halinde, bu ortağa ödenecek olan ayrılma akçesi, şirketin devamını tehlikeye düşürebilir. Dolayısıyla yukarıdaki önerdiğimiz düzenlemeye ek olarak, *“Hâkim davalı ortağın şirketten çıkarılmasına karar verirse, çıkarılan ortağın paylarının, diğer ortak veya üçüncü kişiler tarafından devralınmasına da karar verebilir.”* ibaresinin eklenmesi faydalı olacaktır.

İkinci bir çözüm yolu olarak; İngiliz, Hollanda ve Belçika hukukunda olduğu gibi, çıkarılan ortağa ayrılma akçesi vermek yerine, herhangi bir veya belli miktarda payın sahibi olan ortağa, haklı sebebi gerçekleştiren ortağın payını satın almak için mahkemeye başvuru hakkı tanınması kabul edilebilir. Böylece, iki ortaklı limited şirkette, ortaklardan biri, genel kurul kararı olmadan, mahkemeden hem diğer ortağın şirketten çıkarılmasını hem de çıkarılmak istenen ortağın paylarının kendisine devredilmesini isteyebilecektir.

⁶³ Benzer yönde açıklamalar için bkz. ŞENER, s. 763.

SONUÇ

Çalışmada limited şirkette bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılmasına ilişkin TTK m. 640 f. 3'ün yarattığı problemler üzerinde durulmuştur. Hüküm uyarınca, şirketin istemi üzerine, ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması mümkündür. Şirketin haklı sebeple çıkarma davası açabilmesi için öncelikle bu konuya ilişkin bir genel kurul kararının alınması gerekir. Ayrıca ortağın çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararı, önemli kararlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu karar, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilecektir (TTK m. 621 f. 1-h). Zira bu durum, sermaye payı veya oy hakkı bakımından azınlık konumda olan ortağın, çoğunluğu oluşturan diğer ortağı şirketten çıkarmasını imkânsızlaştırmaktadır. Dolayısıyla limited şirketlerde, haklı sebep olsa dahi, ortaklardan birinin, diğer ortağı, TTK m. 640 f.3 çerçevesinde şirketten çıkarma imkânı yoktur.

Çalışmada, iki ortaklı limited şirketlerde, bir ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılabilmesi için genel kurul kararının aranmaması gerektiği önerilmiştir. Söz konusu öneriye, bazı mevcut düzenlemeler gerekçe gösterilmiştir. İlk olarak, ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin hükümlerin amacının ve korunan menfaatlerin benzer olması sebebiyle kolektif şirketlere ilişkin TTK m. 257'den bahsedilmiştir. Bir başka gerekçe olarak limited şirketin feshinin düzenlendiği TTK m. 636 f. 3'ten bahsedilmiştir. Zira bahsi geçen hükümde, haklı sebeplerin varlığı halinde, her ortağın, genel kurul kararı aranmaksızın, mahkmeden şirketin feshini isteyebileceği ifade edilmiştir. Öneriyi desteklemeye yönelik bir başka gerekçe ise, TTK m. 640 f. 3'ün amacından hareket etmektedir. Söz konusu hükmün amacı ortağın şirketten haksız olarak çıkarılmasını engellemektir. Oysa iki ortaklı limited şirketlerde bu amacın gerçekleşmesi imkansızdır. Ayrıca mahkemenin sebepleri inceleyerek, nihai kararı verecek olması, ortağın haksız olarak şirketten çıkarılmasını engelleyecektir. Son bir gerekçe olarak, iki ortaklı limited şirketlerde çıkarılmaya ilişkin uyuşmazlık, şirket ile ortak arasında değil; iki ortak arasında cereyan etmektedir. Dolayısıyla şirketin ortak sayısına bakılmaksızın, her durumda genel kurul kararı aranması, aktif dava ehliyeti bakımından, taraf teşkilinin sağlanamamasına sebebiyet verecektir.

Son olarak, söz konusu problem de lege ferenda bir düzenleme ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. İlk olarak, TTK m. 640 f. 3 hükmüne, *“İki ortaklı limited şirketlerde, diğer ortağın haklı sebeple şirketten çıkarılması için mahkemeye başvururken, genel kurul kararı aranmaz.”* şeklinde bir düzenleme eklenebileceği savunulmuştur. Ayrıca bu düzenlemeye ek olarak, *“Hâkim davalı ortağın şirketten çıkarılmasına karar verirse, çıkarılan ortağın paylarının, diğer ortak veya üçüncü kişiler tarafından devralınmasına da karar verebilir.”* ibaresinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bir diğer çözüm yolu mukayeseli hukuktan esinlenerek, çıkarılan ortağa ayrılma akçesi vermek yerine, herhangi

bir veya belli miktarda payın sahibi olan ortağa, haklı sebebi gerçekleştiren ortağın payını satın almak için mahkemeye başvuru hakkı tanınmanın problemi çözebileceği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

AKER, Halit: “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 32(1), 2016.

AKTAŞ, Sururi: “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1-2), 2010.

AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006.

ARSLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku Uygulaması ve Hisseli Komandit Şirket, İstanbul 1989.

BAŞTUĞ, İrfan: Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.

ÇAMOĞLU, Ersin: “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi” (Anonim Ortaklık), Prof.Dr.Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007.

ÇAMOĞLU, Ersin: Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması (Kollektif), İstanbul 2008.

ÇAMOĞLU, Ersin: “Limited Ortaklıktan Çıkarılma” (Çıkarılma), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 30(3), 2014.

ÇAMOĞLU, Ersin: “Ticaret Kanununun Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerin Emredici Niteliği” (Fesih), Prof. Dr. Halil Arslanlı Anısına Armağan, İstanbul 1978.

ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3. Bası, Ankara 2013.

ÇELİK, Aytekin: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi” (Haklı Sebep), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 25(4), 2009.

DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Anonim Şirketler, Ankara 1990.

ERDEM Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2012.

ERDİL, Engin: Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, İstanbul 2010.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı- İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, C. II, 3. Bası, Ankara 2004.

GİRAY, Rabia Eda: “Limited Şirketin Haklı Sebep Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 6(12).

IŞIKTAÇ, Yasemin / Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003.

KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(1), 2001.

KIRCA, İsmail / GÜREL, Murat: “Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015.

MİNELİLER, Zeynep: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(3), 2012.

ORUÇ, Murat: “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27(1), 2011.

ÖCAL, Akar: “Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003.

ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 31. Bası, Ankara 2009.

ÖZTÜRK Dirikkan, Hanife: Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005.

PEKDİNÇER, Tamer: “İki Ortaklı Limited Şirketlerde Ortaklardan Birinin Haklı Sebep Dayanarak Mahkeme Kararı ile Çıkma İstemi ve Bu İsteme Yüksek Mahkemenin Yaklaşımı”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2009.

SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk (Genel Bölüm) Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008.

SÖZER, Ali Nazım.: Hukukta Yöntembilim, 5. Bası, İstanbul 2015.

SÜMER, Ayşe: “Türk Ticaret Kanununun Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 28(1), 2010.

ŞAHİN, Ayşe: Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi (Fesih), İstanbul 2013.

ŞAHİN, Ayşe: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2015.

TAŞDELEN, Nihat: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.

ÜÇİŞİK, Güzin: “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’e Armağan, İstanbul 2003.

YILDIZ, Şükrü: Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.

YERİNDEN YÖNETİM İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KENTSEL DÖNÜŞÜMDE YETKİ UNSURLU

The Competence of Urban Regeneration in the Context of the Principle of Decentralization

Arş. Gör. Hikmet ÖZTUNÇ¹

Geliş Tarihi: 27.04.2017 Kabul Tarihi: 03.07.2018

ÖZET

İşlevini yitirmiş sağlıklı kent ve kent çevrelerinin yeniden inşa edilerek, yenilenerek veyahut ekonomik, sosyal ve kültürel yönden canlandırılarak topluma kazandırılmasını amaçlayan kentsel dönüşüm faaliyetleri yerel yönü ağır bir basan bir takım idari işlemler sürecidir. Çalışmamızda kentsel dönüşümü doğrudan ele alan düzenlemeler ile hedefleyen düzenlemeler yerinden yönetim ilkesi bağlamında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kentsel Dönüşüm, Kentsel Yenileme, Yerinden Yönetim, Yetki Unsuru, Yetki Bölüşümü

ABSTRACT

Urban regeneration activities aiming at bringing unhealthy urban and urban areas that have lost their functions to the society by rebuilding, renewing or revitalizing from the economic, social and cultural aspects are some of the administrative processes that take place locally. In our work, the arrangements directly addressing urban regeneration and the targeted arrangements have been dealt with in the context of decentralization.

Keywords: Urban Regeneration, Urban Renewal, Decentralization, Competence, Division of Competence

GİRİŞ

Toplumsal yaşamın birer ürünü olan kentler, gerek doğal afetler gerekse nüfus artışı, göçler, savaşlar gibi bir takım etkenlerden dolayı birer sağlıklı ve çarpık yerleşim alanları haline gelmiştir. Bunun sonucu olarak, özellikle 20. yüzyıldan itibaren devletler kentsel dönüşüm adı altında fiziksel, ekonomik ve sosyal işlevini yitirmiş yerleşim yerlerinin tekrar işlevsel hale gelmesi, sağlıklı yaşam standartlarına kavuşturulması için bir dizi faaliyetler gerçekleştirmiştir.

Ülkemiz açısından da oldukça yeni bir kavram olan kentsel dönüşüm kapsamında bir dizi faaliyetler gerçekleştirilmiş, bu faaliyetler ile kentlerin, yıpranan tarihi ve kültürel taşınmazların bakım ve onarımı yapılarak tekrar topluma kazandırılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte, bu faaliyetlerin amacına uygun bir şekilde yapılması için hukuki düzenlemeler de yapılmıştır.

“Yerinden Yönetim İlkesi Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Yetki Unsuru” başlıklı çalışmamızda genel olarak Türk hukukunda kentsel dönüşümü düzenleyen ve hedefleyen yasal düzenlemeler ele alınarak, kentsel dönüşümün birer safhasını teşkil eden ve niteliği itibarıyla birer idari işlem olan bir takım uygulamalar yetki unsuru bakımından incelenmiştir.

¹ Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, E-mail: hikmetoztunc@hotmail.com

Bu doğrultuda çalışmamızın birinci bölümünde, “yerinden yönetim ilkesi”, “kentsel dönüşüm”, “yetki unsuru” gibi temel kavramlar açıklanmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, Türk Hukukunda kentsel dönüşüm uygulamalarına yer veren düzenlemeler incelenmiş ve çalışmamızın ana eksenini oluşturan kentsel dönüşüm uygulamalarında yetki unsuruna ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Nihayet, çalışmamızın son bölümünde kentsel dönüşüm uygulamalarında idarelerin sahip olduğu yetkiler, yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde ele alınmış bu uygulamaların hedeflediği amaca yönelik olarak daha etkin ve verimli bir şekilde icra edilebilmesi için bir takım öneriler getirilmiştir.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Yerinden Yönetim İlkesi

1982 Anayasası'nın “*İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği*” başlıklı m.123/2' ye göre, “İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır”. Anılan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Türk idari teşkilatı, “merkezden yönetim” (merkeziyet) ve “yerinden yönetim” (adem-i merkeziyet) ilkelerine dayanır.

Bu ilkelerden birincisi olan merkezden yönetim ilkesini, kamu hizmetlerinin başkent adı verilen tek bir merkezden yürütülmesi olarak tanımlayabiliriz². Bu ilkeye göre, güçlü bir merkezi yönetim, yürüteceği kamu hizmetlerini tek elden ve eşit şekilde tüm ülkede yürütür³. Bu amaçla merkezi yönetim çatısı altında teşkilatlanan Bakanlıklar yürütmekle sorumlu oldukları kamu hizmetlerini Devlet tüzel kişiliği adına yerine getirir⁴. Bakanlıklar, kamu hizmetlerini tüm ülke çapında yürütecekleri için ayrıca il ve ilçe düzeyinde teşkilatlanmaya gitmiştir⁵. Nitekim AY m.126/1'e göre, merkezi idarenin coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; illerin de

² Metin GÜNDAĞ, İdare Hukuku, Turan Yıldırım (ed.), Eskişehir: **Anadolu Üniversitesi Yayınları**, S. 1467, 2007, s. 22; Gözler, Merkezden Yönetim İlkesini, “*vatandaşlara sunulacak kamu hizmetlerinin belediye, köy, üniversite, KİT, TRT gibi devletten ayrı kamu tüzel kişileri tarafından değil, doğrudan doğruya devlet tarafından yürütülmesini öngören ilkedir*” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, C. I, 2. Bs., Bursa: Ekin Yay, 2009, s. 143.

³ Doktrinindeki diğer bir tanıma göre, “*İdarenin görevlerinin merkez veya merkeze bağlı makam ve görevliler tarafından yerine getirilmesine merkezden yönetim denir*”. Bkz. Turan YILDIRIM/ Melikşah YASİN/ Nur KAMAN/ H. Eyüp ÖZDEMİR/ Gül ÜSTÜN/ Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, 6. Bs., İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s. 45.

⁴ YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 77; GÖZLER, C. I, s. 143-144; Hasan Nuri YAŞAR, İdare Hukuku, 3. Bs., İstanbul: Der Yay., 2016, s. 602- 603; Bahtiyar AKYILMAZ/ Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 4. Bs, Ankara: Seçkin Yay., 2013, s. 175.

⁵ GÖZLER, C. I, s. 144.

diğer kademeli bölümlere ayrılabilceğini düzenlemiştir. Bu teşkilatlanmaya merkezi idarenin taşra teşkilatı denmektedir⁶.

Kamu hizmetlerinin tek bir merkezden eşit şekilde tüm ülkede yürütüleceği fikri teorik olarak mümkün gözükse de kamusal ihtiyaçların yaşamın dinamik yapısına bağlı olarak çeşitlenmesi ve değişmesi merkezi idareyi bu hizmetlerin karşılanması noktasında zorlamaktadır. Ayrıca, ülke içerisindeki her bir bölgenin sahip olduğu coğrafik, ekonomik ve sosyo-kültürel yapının bir birinden farklı olması ve buna bağlı olarak bölgesel ihtiyaçların farklılaşması, tek bir merkezin tüm bu hizmetleri zamanında ve yeterince karşılaması noktasında zorlamaktadır. Böylelikle gerek idarenin yükünün azaltılması gerekse zamana ve mekâna göre değişen gereksinmelerin etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla bazı kamu hizmetlerinin zamanla devlet tüzel kişiliği dışında diğer kamu tüzel kişilerine devredilmesi yoluna gidilmiştir⁷. Bu gerekçelerle, Anayasa m.123 merkezden yönetim ilkesi ile birlikte ayrıca yerinden yönetim ilkesi de düzenlenmiştir. Bu ilkeyi Onar, “*icrai kararların merkez teşkilatına ve hiyerarşisine dahil olmıyan bir takım organlar tarafından alınmasını tazammun⁸ eden sistem*” olarak tanımlamaktadır⁹. Diğer bir tanıma göre ise, kamu hizmetlerinin bir bölümünün merkezi idare teşkilatının hiyerarşisi dışında kalan kamu tüzel kişilerin yürütülmesine yerinden yönetim ilkesi denir¹⁰.

Buna göre, bir kuruluşun yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğine sahip olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, ayrı bir tüzel kişiliği olmayan bir kuruluşun yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

İkincisi, yerinden yönetim kuruluşları idari ve mali özerkliğe sahiptirler. Anayasa’nın 123. maddesinin ikinci fıkrasında geçen “yerinden yönetim esası” esasen yerinden yönetim kuruluşlarının özerkliğine işaret etmektedir¹¹. Fakat yerinden yönetim kuruluşlarının sahip olduğu özerkliğin tanımına ve unsurlarına ilişkin Anayasa’da açık bir kural bulunmamakla birlikte ilgili kanunlarda da her duruma uyan genel ve tek bir özerklik tanımlaması da bulunmamaktadır¹².

⁶ YILDIRIM/ YASIN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 86; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Turgut TAN, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, 10. Bs., Ankara: Turhan Yay., 2014, s. 205.

⁷ YAŞAR, s. 587- 588.

⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre, tazammun; “içerme, kapsama, içine alma” anlamına gelmektedir. Bkz. www .tdk.gov.tr., (T. 01.11.2016).

⁹ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966, s. 610.

¹⁰ GÖZLER, C. I, s. 148.

¹¹ YILDIRIM/ YASIN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 107.

¹² Örneğin, hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan Yükseköğretim Kurulu 2547 s. Yükseköğretim Kanunu ile düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 6. maddesi ile Yükseköğretim

Anayasa Mahkemesi özerkliğin ne olduğuna ve nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin vermiş olduğu bir kararda özerkliği, yerinden yönetim kuruluşların kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda gerekli yetkiyle donatılmış olması olarak tanımlamıştır¹³. Buradan yerinden yönetim kuruluşlarına verilen özerkliğin altında kanunla bu kuruluşlara verilen yetkilerin kullanılması ile verilen yetkiler kapsamında yürütülen kamusal faaliyetler için gereken mal ve personel istihdamının finanse edilebilmesi gerekçesi yattığı anlaşılmaktadır.

Yerinden yönetim kuruluşlarına tanınan özerklik, bu kuruluşlara idari ve mali bakımdan serbestlik alanı oluşturur. İdari özerklik, ayrı bir tüzel kişiliği bulunan yerinden yönetim kuruluşlarının yürüttüğü kamusal faaliyetlerle ilgili olarak alınan icrai kararların kendi kurul ya da kamu görevlileri yoluyla serbestçe alabilmesidir¹⁴. Ancak bunun dışında yerinden yönetim kuruluşların siyasal alanda hareket serbestileri yoktur¹⁵. Mali özerklik ise, yerinden yönetim kuruluşlarının kendilerine ait bütçelerinin ve gelirlerinin olması olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Mali özerkliği olmayan yerinden yönetim kuruluşlarının aldıkları kararlar doğrultusunda kamusal faaliyetleri yürütmesi çoğu zaman mümkün olmayacağından böylesi bir durumda özerkliğin tek başına bir anlam ifade etmesi güçtür. Dolayısıyla, mali özerkliğin işlevsel hale gelebilmesi için aynı zamanda yerinden yönetim kuruluşlarının sahip olduğu bütçe ve gelir kaynakları yürütmekle sorumlu oldukları kamusal faaliyetlerin sağlıklı bir biçimde gerçekleştirilmesine elverişli düzeyde olmalıdır¹⁷. Nitekim Anayasa koyucu, Anayasa m.127/6'nın son cümlesi olan *"Bu idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır"* hükmü ile yerel yönetimlere tanınan mali özerkliğin işlevsel hale getirilmesini amaçlamıştır¹⁸.

Kurulunun bu kanunla kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerliğe sahip olduğu belirtilmiş fakat özerkliğin tanımına ilişkin her hangi bir hükme yer verilmemiştir.

¹³ AYM, E. 2011/45, K. 2013/24, T. 31.1.2013, RG., T. 13.1.2015, S. 29235.

¹⁴ Anayasa Mahkemesine göre özerklik, kesin ve yürütülebilir karar alabilme yetkisine sahip olabilmeyi de içerir. Bkz. AYM, E. 2015/106, K. 2016/128, T. 22.6.2016, RG., T. 23.9.2016, S. 29836.

¹⁵ YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 107. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 180

¹⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/ KAYA, s. 180; GÖZLER, C. I, s. 150.

¹⁷ GÖZLER, s. 150.

¹⁸ *"Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen"yerel yönetimlerin özerkliği" ilkesi, yerinden yönetimin varlık şartlarından olan mali özerkliği de kapsamaktadır. Mali özerklik kavramı ise mahalli idarelerin mali kaynaklarının bir bölümünü yerel vergi ve harçlardan oluşturmalarını, gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmelerini ve esnek bir bütçe sistemine sahip olmalarını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile mahalli idarelerin mali özerkliği, merkezi yönetimin malvarlığından ayrı malvarlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçeleri olması esasına dayanır".* Bkz. AYM, E. 2014/72, K. 2014/141, T. 11.9.2014, RG., T. 10.1.2015, S. 29232.

Belirtmek gerekir ki, yerinden yönetim kuruluşlarının merkezi teşkilatın hiyerarşisi dışında yer almaları ve kanunla kendilerine verilen yetkiler bağlamında hareket etme serbestisine sahip olmaları kamu hizmetlerinin tüm ülkede uyumlu olarak ilerlemesi noktasında zafiyetin oluşmasına neden olabilir¹⁹. Bu sebeple Anayasa m.123/1 ile “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, merkezi idare ile diğer kamu tüzel kişileri gerek teşkilat gerekse fonksiyonel açıdan bir bütünü teşkil etmektedir²⁰. Ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan yerinden yönetim kuruluşları devlet tüzel kişiliğinin hiyerarşi denetimine tabi olamayacağı için Anayasa koyucu bu sorunu ortadan kaldırmak için Anayasa m.127/5 ile merkezi idare ile yerel yönetimler arasında idari vesayet ilişkisi kurmuştur. Anılan düzenlemeye göre, “*Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir*”. Görüldüğü üzere merkezi idarenin yerel yönetimlerin eylem ve işlemleri üzerindeki idari vesayet yetkisi Anayasal bir yetkidir. İdarenin bütünlüğü, sağlanmasında kullanılan idari vesayet denetimi ancak kanunla düzenlenmesi gerektiği için istisnai nitelikte bir yetkidir²¹.

¹⁹ GÜNDAY, s. 76.

²⁰ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 199. Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 123. Maddesindeki idarenin bütünlüğü ilkesi organik ve fonksiyonel(işlevsel anlamda bir bütünlüğü ifade etmektedir. “İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesiyle, idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu ilke, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç, “*hiyerarşi*” ve “*idarî vesayet*” kullanılmaktadır. Bunlardan hiyerarşi, merkezî yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlüşmeyi sağlamaktadır. İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır”. AYM, E.2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013, RG., T. 18.9.2014, S. 29123.

²¹ “*İdarî vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayet en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet, merkezî idareye “görev” değil “yetki” olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu da içermez. Anayasa’da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Vesayet makamlarınca bu yetki yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini “iptal”, “onama”, “erteleme”, “izin verme”, “tekrar görüşülmesini isteme”, “düzeltme” şeklinde kullanılabileceği gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde “dava açma” yetkisi şeklinde de kullanılabilir*”. AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.2.2014, RG., T. 26.7.2014, S. 29072.

Doktrinde merkezi idarenin sadece yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisinin olduğuna yönelik görüşler²² olduğu gibi merkezi idarenin idari vesayet yetkisinin hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de kurulabileceğini ileri süren görüşler de mevcuttur²³. Ancak belirtmekte fayda var ki, Anayasa'nın hizmet yerinden yönetim kuruluşlarını düzenleyen maddelerinde merkezi idarenin bu kuruluşlar üzerindeki denetimini "idari vesayet" olarak adlandırmamıştır²⁴. Örneğin, AY m.130/5'e göre, "Üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altında olup, güvenlik hizmetleri Devletçe sağlanır". Yine AY m.135/6 ile devletin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üzerinde "idari ve mali denetim" yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda, devletin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki idari ve mali denetim yetkisinin bir vesayet yetkisi olduğunu ancak bu vesayet denetiminin AY. m.127/5 te belirtilen idari vesayet denetiminden farklı olduğunu belirtmiştir²⁵. Mahkemenin vermiş olduğu karar doğrultusunda, yerel yönetimlerden birinin diğerinin işlemi üzerindeki yetkisini de Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen idari vesayet yetkisinden farklı olarak bir vesayet denetimi olarak görmek gerekir²⁶.

²² ONAR, C. II, s. 622.

²³ GÜNDAY, s.534. Doktrinde diğer bir görüşe göre, "merkezi idare ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları ilişkisini ya da yerinden yönetim kuruluşları arasındaki denetimi, bir başka kavramla ifade etmek mümkündür. Ancak idari vesayet kavramı, kamu tüzel kişilerinin denetlenmesinde kullanılan yerleşmiş bir kavram olduğu için, yerinden yönetim idareleri arasında kurulan denetim ilişkisinin de idari vesayet olarak nitelendirilmesinde sakınca bulunmamaktadır". Bkz. YILDIRIM, YASİN, KAMAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKİNSOY, s. 37.

²⁴ YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s.37.

²⁵ "Genel olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki devlet denetiminin bir vesayet yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında uygulanması gereken vesayet, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen vesayet yetkisinden farklıdır. Bu maddede vesayet yetkisinin hangi koşullarda kullanılabilirliği açıklanmakta olup, bu koşullar, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması olarak sayılmaktadır. Buna karşın, Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde devletin "idari ve mali denetiminden" söz edilmektedir. Dolayısıyla, merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki denetimi idari ve mali denetimin ötesine geçmemelidir". AYM, E. 2015/106, K. 2016/128, T. 22.6.2016, RG., T. 23.9.2016, S. 29836.

²⁶ Örneğin 5216 sayılı Belediye Kanunu m. 11'e göre, "Büyükşehir belediyesi, ilçe belediyelerinin imar uygulamalarını denetlemeye yetkilidir". Buna göre, büyükşehir belediyelerin sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasındaki yetki vesayet yetkisidir. Ancak Büyükşehir belediyeleri yerinden yönetim kuruluşu olması sebebiyle bu yetkinin kaynağını Anayasa'nın 127/5. maddesinin merkezi idareye yerel yönetimlerin işlemleri üzerindeki klasik idari vesayet yetkisini düzenleyen hükmünden değil fakat Kanunilik ilkesi gereğince 5216 sayılı Kanun'dan almaktadır.

Yerinden yönetim kuruluşları, yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları (Mahalli Adem-i Merkeziyet veya yerel yönetimler veya mahalli idareler)²⁷ ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları (Hizmet Adem-i Merkeziyet veya Kamu Kurumları) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, konusu itibarıyla teknik bilgi ve uzmanlık isteyen bazı hizmetleri yürüten ve devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliği bulunan kuruluşlardır²⁸.

Yerel yönetimler ise, Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında, “ *il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişiler*” olarak tanımlanmıştır. Anılan düzenlemeyle, yerel yönetimlere, belli bir yörede oturanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile belirli bir özerklik tanınmıştır²⁹.

Anayasa'nın 127. maddesine göre, yerel yönetimlerin yürütecekleri hizmetlerin mahalli müşterek ihtiyaçları karşılayacak nitelikte olması gerektiği belirtilse de mahalli müşterek ihtiyaçların ne olduğuna dair nesnel bir ölçüte yer verilmemiştir³⁰. Bu nedenle, Kanun koyucunun hangi hizmetleri mahalli müşterek ihtiyaç olarak niteleyip nitelemeyeceği konusunda takdir yetkisini haiz olduğu anlaşılmaktadır³¹. Ancak yerel niteliği ağır basan bir hizmetin merkezi idareye, tüm toplumu ilgilendiren bir hizmetin de yerel yönetimlere bırakılmaması gerekir³². Anayasa Mahkemesi'ne göre “mahalli müşterek ihtiyaç” kavramı “...herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak

²⁷ Çalışmamızda “Yerel Yönetimler” terimini kullanacağız.

²⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 175 vd.; GÖZLER, C. I, s. 155 vd.

²⁹ GÜNDAY, s. 26; Onur KARAHANOGULLARI, “Yerel Özerklik: “Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi”, Ankara: **Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu**, 2013, s. 65-97. Anayasa'nın 127. Madde ile yerel yönetimlere mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama noktasında vermiş olduğu özerklik, Anayasa'nın 123. maddesi ile yerinden yönetim kuruluşlarına tanıdığı özerkliği pekiştirici niteliktedir. Bkz. YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 108.

³⁰ YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 121.

³¹ AYM, E. 2005/32, K. 2007/3, T. 18.01.2007, RG., T. 29.12.2007, S. 26741.

³² Karahanoğulları'na göre, “...mahalli müşterek ihtiyaçların yerinden yönetimi ilkesinin, bir görevler ayrımı olduğu kabul edilirse mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama görevi ancak yerel yönetimlere verilebilecek ve genel idare mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama görevini üstlenemeyecektir”. Bkz. KARAHANOGULLARI, s.65-97.

beklentilerini ifade etmektedir” şeklinde tanımlanır³³. Buna göre, yürütülen hizmetin göstereceği etki, ölçek ve yarar bakımından yerel sınırlar içerisinde kalması halinde mahalli müşterek ihtiyaç olarak nitelendirilebilir.

B. Kentsel Dönüşüm Kavramı

Kentsel dönüşüm kavramını irdelemeden önce “kent” ve “dönüşüm” kavramlarını tanımlamak gerekir. Kent kavramını, genellikle ticaret, sanayi, hizmet etkinliklerinin olduğu yerleşim alanı olarak tanımlayabiliriz³⁴. Dönüşüm kavramı ise, *başka bir biçime girme, başka bir durum alma, şekil değiştirme* anlamlarına gelmektedir³⁵. Diğer bir deyişle, dönüşüm, mevcut durumun herhangi bir dış müdahaleye bağlı kalmaksızın başka bir duruma geçişini ifade eder³⁶.

Bu tanımlamalara sıkı sıkıya bağlı kalarak kentsel dönüşümü, kent adı verilen bir yerleşim yerinin doğal bir değişim içine girmesi olarak tanımlamak, kavramı anlamak bakımından oldukça yanlış sonuçlara götürecektir. Zira doğanın kusursuz işleyişine bile etki edebilen insanoğlu kendisinin sebep olduğu plansız ve sağlıksız yerleşmeyi düzeltmede de yine en önemli faktördür.

Kentsel dönüşüm kavramını kolaycı bir anlayışla, çarpık ve sağlıksız kentleşmeye çözüm arayan bir yöntem olarak görmek kavramın içeriğini doldurması bakımından yetersiz kalacaktır³⁷. Çünkü kentsel dönüşüm, etki alanı bakımından sadece mimari ve estetik kaygılar değil aynı zamanda dönüşümün gerçekleştirileceği alanlardaki mevcut sosyolojik, kültürel, ekonomik sorunlara da çözüm arayan³⁸ ve içinde bir dizi faaliyetleri barındıran bir süreçtir. Bununla birlikte, kentsel dönüşüm kapsamında yürütülen faaliyetlerin yaşam hakkı,

³³ AYM., E. 2015/34, K. 2015/48, T. 13.5.2015, RG., T. 23.5.2015, S. 29364.

³⁴ Türk Dil Kurumu'nun benzer tanımına göre, kent; “Nüfusunun çoğu ticaret, sanayi, hizmet veya yönetimle ilgili işlerle uğraşan, genellikle tarımsal etkinliklerin olmadığı yerleşim alanı, site” dir. Bkz. www.tdk.gov.tr., (T. 24.10.2016). Kent kavramı başka bir tanıma göre, “Sürekli bir toplumsal gelişme içerisinde bulunan ve toplumun, yerleşme, barınma, seyahat, çalışma, dinlenme, eğlenme gibi gereksinimlerinin karşılandığı, nüfus yönünden yoğun olan ve komşuluk birimlerinden oluşan yerleşme birimidir.” Bkz. Ruşen KELEŞ “Kentleşme ve Konut Politikası”, Ankara: **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları**, 1984, s. 42.

³⁵ www.tdk.gov.tr., (T. 24.10.2016).

³⁶ Gürsel ÖNGÖREN, “Kentsel Dönüşüm Rehberi”, http://ongoren.av.tr/wp-content/uploads/PDF/yayinlar/gursel-ongoren/kentsel-donusum-hukuku_kentsel-donusum-rehberi.pdf, (T. 24.10. 2016).

³⁷ Melikşah YASİN, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu” **TBB Dergisi**, S. 60, 2005, s. 105. Yazar’a göre, Kentsel dönüşüm, sadece basit bir arazi kullanımı sorunu değildir. Kentsel dönüşüm aynı zamanda sosyal, kültürel aktiviteleri, tüm şehri ve bölgeyi etkileyen sorunları da ele almaktadır.

³⁸ Aziz ŞİŞMAN/ Didem KİBAROĞLU, “Dünyada ve Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları”, Ankara: **TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı**, 11-15 Mayıs, 2009.

çevre hakkı, konut hakkı³⁹ gibi temel hak ve hürriyetler alanına temas etmesi, müessesenin hukuk disiplini açısından da ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Kentsel dönüşümün birçok disiplinle ilgili olması, doğal olarak bu kavrama getirilen tanımlamalarda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kentsel dönüşüm bir tanıma göre, eskimiş, yıpranmış, hasara uğramış kentin ya da bir bölgesinin yeniden yaşanabilir bir hale getirmektir⁴⁰. Kentsel dönüşümün “canlandırma” fonksiyonuna dikkat çeken bir diğer tanıma göre, ekonomik ve sosyal yönden işlevini yitirmiş, dışlanmış bir bölgenin ekolojik ve çevresel kaygılar da gözetilerek tekrardan yaşama kazandırılmasıdır⁴¹. Yine Kentsel dönüşümün “yenileme” fonksiyonunu öne çıkaran bir tanıma göre ise, kentsel dönüşüm ruhsata aykırı olarak yapılan alanların yıkılarak fiziksel ve ekonomik yönden tekrar işlevsel hale getirilmesidir⁴². Nihayet, bu müesseseyi kapsamlı bir şekilde açıklayan Özden’e göre, kentsel dönüşüm, “*zaman süreci içerisinde eskiyen, köhneyen, yıpranan ya da potansiyel arsa değeri mevcut üst yapı değerinin üzerinde seyreden ve çoğu kez yaygın bir yoksunluğun hüküm sürdüğü kent dokusunun, altyapısının sosyal ve ekonomik programlar ile oluşturulduğu bir stratejik yaklaşım içinde, günün sosyo-ekonomik ve fiziksel şartlarına uygun olarak yenilenmesi, değiştirilmesi, geliştirilmesi, yeniden canlandırılması ve bazen de yeniden oluşturulması eylemi*” dir⁴³.

Kanaatimizce kentsel dönüşümün tanımına ilişkin açıklamalarımızdan çıkan sonuca göre, kentsel dönüşüm bir bölgenin sadece ıslah edilip yaşama kazandırılması değil, aynı zamanda bundan sonra bölgede yapılacak düzenlemelerin ilk adımını atmaktır. Başka bir deyişle, kentsel dönüşüm uygulamaları sadece geçmişin kötü ve sağlıksız izini silmek değil, aynı zamanda gelecekte o bölgede yapılacak uygulamalara da ışık tutmak gibi bir işleve sahiptir.

C. Yetki Unsuru

İdari işlemin beş unsurundan biri olan yetki unsuru, kanun koyucu tarafından, bir idari makama belirli bir işlemi yapabilme ehliyetinin verilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. İdari makamlara bu ehliyeti veren kurallara ise

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gül ÜSTÜN, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım-2014, s. 52-61.

⁴⁰ Aykut KARAMAN, “Dönüşüm Projelerinde Kentsel Tasarımın Rolü”, İstanbul: **Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu**, MSÜ Yay., 2003, s. 4.

⁴¹ Chris COUCH/Charles FRASER/Susan PERCY, **Urban Regeneration in Europe**, Oxford, England, Blackwell Publishing, 2003, s. 2.

⁴² Ruşen KELEŞ, “Kentsel Dönüşümün Tüzel Altyapısı” **Mimarist**, S. 12, Y. 4, 2004, s. 74.

⁴³ Pelin Pınar ÖZDEN, **Kentsel Yenileme**, Ankara: İmge Kitabevi, 2008, s. 217.

⁴⁴ TAN/ GÖZÜBÜYÜK, s. 235; Başka bir tanıma göre yetki, “*Anayasa ve kanunların bazı idare makam ve organlarına tanıdığı karar alabilme, işlem yapabilme güç ve yeteneğini ifade etmektedir*”. Bkz. GÜNDAY, s. 70.

yetki kuralları denir⁴⁵.

Anayasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” hükmüne göre, bir idari makamın ya da kamu görevlisinin belirli bir işlemi yapma konusunda yetki sahibi olabilmesi için öncelikle yetkinin kanunla verilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, idare hukukunda asıl kural yetkisizlik olup⁴⁶ yetkili olma ise istisnadır⁴⁷. Nitekim yetki kuralları kamu düzeninden⁴⁸ olduğu için genişletici olarak yorumlanamayacağı gibi⁴⁹ yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olan işlemler yargı mercilerince re'sen incelenir⁵⁰.

Çalışmamızın konusu ile bağlantılı olarak, “kentsel dönüşüm” teknik anlamda bir idari işlem değil fakat amacı gerçekleştirmek adına yetkili idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak bir takım işlemlerin yapıldığı sürecin adıdır. Örneğin, idarenin kentsel dönüşüm kapsamında kamulaştırma yapması, riskli yapıları tahliye etmesi, yıkması gibi bir dizi idari işlemler kentsel dönüşüm sürecinin birer safhasını oluşturabilmektedir. Bu aynı zamanda kentsel dönüşüm kapsamında yapılacak her bir idari işlem için Kanun koyucunun idareye yetki vermesi anlamına da gelmektedir. Diğer taraftan, yukarıda izah ettiğimiz üzere çok yönlü ele alınması gereken kentsel dönüşüm kapsamında idarelere verilecek yetkiler amacın gerçekleştirilmesini sağlayıcı nitelikte ve kapsamda olmalıdır.

II. TÜRK MEVZUATINDA KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARI KONUSUNDA YETKİ UNSURU

A. Türk Hukukunda Kentsel Dönüşüme İlişkin Yasal Düzenlemeler

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda kentsel dönüşümün usul ve esaslarını düzenleyen genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum kentsel dönüşüm ile ulaşılmak istenilen amacın ve buna göre yapılacak uygulamaların, bölgeye, mekâna ya da ihtiyaca göre değişiklik arz etmesi bakımından haklı görülebilir⁵¹. Dolayısıyla kentsel dönüşüme ilişkin yasal düzenlemeler konu ile

⁴⁵ GÜNDAY, s. 70.

⁴⁶ Yıldızhan YAYLA, İdare Hukuku, İstanbul: Beta Yay., 2009, s. 117.

⁴⁷ Kemal GÖZLER/ Gürsel KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, 18. Bs., Bursa: Ekin Yay., 2016, s. 306.

⁴⁸ Danıştay'a göre, “yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idare yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorundadır”. Bkz. Dan. 8.D., E. 2009/7647, K. 2010/815, T. 19.02.2010, www.danistay.gov.tr., (T. 08.03.2015).

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, s. 379.

⁵⁰ Dan., DİDDGK, E. 2010/2072, K. 2010/1467, T. 4.11.2010.

⁵¹ Benzer görüş için bkz. A. Faruk GÖKSU, “Kentsel dönüşüm Projelerinde Yenilikçi Yaklaşımlar”, İstanbul: TMMOB Şehir Plancıları Odası-Kentsel Dönüşüm Sempozyumu. Yıldız Teknik Üniversitesi Oditoryumu, 11-13 Haziran 2003, s. 274.

sınırlandırılmıştır.⁵²

Türk Hukukunda kentsel dönüşüm ilk olarak 12.3.2004 tarih ve 25400 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren *5104 sayılı Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu*⁵³ ile doğrudan düzenlense de Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren kentlerin planlamasına ilişkin çeşitli yasal düzenlemeler çıkarılmıştır⁵⁴. Bilhassa artan göçlerle birlikte meydana gelen düzensiz yapılaşmaların önüne geçilmesi ve kentlerin yeniden düzenlenmesi için bir takım projeler hazırlanmış ve bu projeler kapsamında yürütülen faaliyetlerle bölgelerin dönüşümü sağlanmaya çalışılmıştır⁵⁵.

Günümüzde, Türk hukukunda, kentsel dönüşümü düzenleyen yasal düzenlemeler ile kentsel dönüşümü hedefleyen bir takım yasal düzenlemeler çıkarılmıştır. Aşağıda bu yasal düzenlemelerin neler olduğuna, düzenlemelerle idarelere verilen yetkilere ve buna ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

B. Kentsel Dönüşümü Düzenleyen Yasal Düzenlemeler Bakımından Yetki Unsuru

1. 5104 sayılı Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu

Kentsel Dönüşümü düzenleyen 5104 sayılı Kanun'un "*amaç*" başlıklı birinci maddesine göre, "*Bu Kanunun amacı, kuzey Ankara girişi ve çevresini kapsayan alanlarda kentsel dönüşüm projesi çerçevesinde fiziksel durumun ve çevre görüntüsünün geliştirilmesi, güzelleştirilmesi ve daha sağlıklı bir yerleşim düzeni sağlanması ile kentsel yaşam düzeyinin yükseltilmesidir*".

5104 sayılı Kanunun kapsamı ise, "*Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi alan sınırları içindeki her tür ve ölçekteki plânlar, inşa edilecek resmî*

⁵² ÜSTÜN, s. 67.

⁵³ RG., T. 12.3.2004, S. 25400. Çalışmamızda 5104 sayılı Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu, 5104 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

⁵⁴ Cumhuriyetin kuruluşundan 1970'li yılların ortalarına kadar kentlerin planlamasına ilişkin başlıca yasal düzenlemeler; 583 s. *Ankara'da İnşası Mukarrer Yeni Mahalle için Mukatazi Yerler ile Bataklik ve Merzaği Erazinin Şehremanetincede İstimlakı Hakkında Kanun*(1925), 1351 s. *Ankara Şehri İmar Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifelerine Dair Kanun* (30.5.1928), 1580 s. *Belediyeler Kanunu*(14.4.1930), 1593 s. *Umumi Hıfzısıhha Kanunu* (24.4.1930), 2290 s. *Belediye Yapı ve Yollar Kanunu*(10.6.1933), 6785 s. *İmar Kanunu*(09.7.1956) 4759 s. *İller Bankası Kanunu*(31.8.1956), 7116 s. *İmar ve İskan Bakanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*(14.5.1958), 7216 s. *Sivil Müdafaa Kanunu*(09.6.1958), 7316 s. *Hazineden Belediyelere Verilecek Arazi ve Arsalar Hakkında Kanun*(29.7.1959), 1710 s. *Eski Eserler Kanunu*(06.5.1973).

⁵⁵ Bu projelere örnek olarak, Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projeleri gösterilebilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Nurcan YILMAZ "Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projeleri" in **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Melikşah YAŞIN/ Cenk ŞAHİN (Ed.), İstanbul: İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yay., No. 2013/1, 2013, s. 261- 284.

ve özel her türlü yapı, alt yapı ve sosyal donatı düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemleri ile Projenin amacına uygun gerçekleştirilmesine yönelik usul ve esasları kapsar” olarak çizilmiştir(m.2).

Kanun koyucu, 5104 sayılı Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamaları konusunda Ankara Büyükşehir Belediyesi’ni yetkili kılmıştır. Kanunun 3/e maddesinde kısaca “proje” olarak nitelendirilen Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesi, yer bakımından sadece Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin yetkili olduğu sınırları değil ayrıca Altındağ ve Keçiören Belediyelerinin de yetkili olduğu sınırları kapsamaktadır⁵⁶. Kanun koyucu, Projenin uygulanması konusunda Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin sahip olduğu yetkiler ile başta 3194 sayılı İmar Kanunu⁵⁷ ve 5393 sayılı Belediye Kanunu⁵⁸ olmak üzere diğer mevzuatlarla ilçe belediyelerine verilen yetkilerin çatışması ihtimaline karşın çözüm getirmiştir. Kanunun 4. maddesine göre, proje alan sınırları içinde kalmak üzere ilçe belediyeleri ve diğer kamu kuruluşlarına ait olan, her ölçek ve nitelikteki imar plânları, parselasyon plânları ve benzeri imar uygulamalarına dair izin ve yetkiler ile proje onayı, yapı izni, yapım sürecindeki yapı denetimi, yapı kullanma izni ve benzeri inşaata dair izin ve yetkiler Ankara Büyükşehir Belediyesi’ne aittir. Bununla birlikte, projenin sınırları içinde kalan bölgede Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan plânların uygulamasının durdurulması, plânların kısmen veya tamamen uygulanmaya devam edilmesi ya da 5104 sayılı Kanuna göre yeniden yapılması hususunda da Ankara Büyükşehir Belediyesi yetkili kılınmıştır.

Kanun Koyucu, projenin uygulanması konusunda Ankara Büyükşehir Belediyesi’ni tek başına yetkili kılarak proje kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarının tek elden daha hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini amaçlamıştır. Nitekim 5104 sayılı Kanunun 4. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Kanun kapsamında yapılacak uygulamaların hızlı ve etkin bir şekilde sürdürülmesi ve bütünlüğün sağlanması amacıyla tüm yetkilerin Ankara Büyükşehir Belediyesi’ne verildiği belirtilmiştir⁵⁹.

Kanun’un 8. maddesine göre ise, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 3194 sayılı İmar Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulanacağı, ikinci fıkrasında ise Belediye ve Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) tarafından bu kanun kapsamında yapılacak konut ve iş yeri satışlarının 2.3.1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu⁶⁰ hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir.

⁵⁶ ÜSTÜN, s. 83.

⁵⁷ RG., T. 9.5.1985, S. 18749.

⁵⁸ RG., T. 13.07.2005, S. 25874.

⁵⁹ 5104 sayılı Kanun’un 4. madde gerekçesi için Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c043/tbmm22043063ss0371.pdf>, (T. 15.11.2016).

⁶⁰ RG., T. 17.3.1984, S. 18344.

Kanunla Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne verilen geniş yetkilerin proje uygulamasının tamamlanmasından sonra sona ereceği ve ilçe belediyeleri ile diğer kamu kuruluşlarının ilgili mevzuattan kaynaklanan yetkilerini kullanabileceği hüküm altına alınmıştır(m.4/4).

5104 sayılı Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarının süratle gerçekleştirilmesi için⁶¹ Kanun'un 5. maddesi ile Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne Proje alan sınırları içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazilerde yeni yapılacak imar plânlarına göre düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Ayrıca gerektiğinde⁶² kamulaştırma yoluna başvuruyla de hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un 6. maddesi ile Bakanlığa projedeki işlerin yönetimi ve yürütmesi konusunda, proje alan sınırlarındaki kentsel tasarım projeleri ile konut, sosyal donatı, çevre düzenlemesi, teknik altyapı projeleri, müşavirlik ve kontrollük hizmetleri ile yapım dâhil diğer işlerden hangilerinin Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne ve TOKİ'ne verileceği konusunda görev bölüşümünü yapma yetkisi verilmiştir⁶³. Dolayısıyla Kanun kapsamında gerçekleştirilecek projenin yönetimi konusunda Bakanlığa "koordinasyon" görevinin verildiği söylenebilir.

Bununla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, Kuzey Ankara Kentsel Dönüşüm Projesi kapsamında yürütülecek proje, müşavirlik ve kontrollük hizmetlerinin TOKİ ve Belediye tarafından özel hukuk hükümlerine göre kurulacağı gibi bunların TOKİ ve Belediyenin iştirak edeceği şirket tarafından bedeli karşılığında yaptırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddeyle binaen

⁶¹ 5104 sayılı Kanun 5. Madde gerekçesinin ikinci fıkrası, " *Projenin süratle geliştirilerek uygulanması Proje için ihtiyaç duyulan gayrimenkullerin temini bakımından da özel düzenlemeyi zorunlu kıldığından, madde ile Proje alan sınırları içerisinde kalan bölgede Proje için ihtiyaç duyulan gayrimenkullerin malikleri ve hak sahipleriyle, rızaya dayalı anlaşmalar yapılması ve gayrimenkullerin kamulaştırma yapılmadan bu anlaşmalar çerçevesinde Projede kullanılması imkânı sağlanmıştır*" şeklindedir.

⁶² 5104 sayılı Kanun'un 5. maddesi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 8. maddesine paralel bir düzenleme yaparak, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin kamulaştırma yapmadan önce malik ile uzlaşma yoluna gitmesini esas kılmıştır.

⁶³ 5104 sk. m.6/1: "Proje alan sınırlarındaki kentsel tasarım projeleri ile konut, sosyal donatı, çevre düzenlemesi ve teknik altyapı projeleri ile yapım dahil diğer işler, Belediye ve İdare tarafından Bakanlıkça tespit edilecek görev dağılımına göre yapılır veya yaptırılır". Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Yönetmeliği'nin 27/2. Maddesine göre, "Proje alanı içindeki yol, köprü, viyadük, su, yağmur suyu, pis su kanalları ve bunlarla ilgili sanat yapıları İdare ve Belediyenin uygun görmesi halinde Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü ve EGO Genel Müdürlüğüne yaptırılabilir. İdare ve Belediyenin ortak kararıyla Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresinin kendi imkanlarıyla yaptırdığı işlerin bedeli Bayındırlık Birim Fiyatları üzerinden, ihale ile yaptırdıkları işler ihale bedeli üzerinden, EGO'nun proje alan sınırları içerisindeki doğalgaz ile ilgili yapacağı veya yapacağı alt yapı hizmetleri ihale bedeli üzerinden ödenir. Bu işler ile ilgili proje, müşavirlik ve kontrollük hizmetleri 5104 sayılı Kanunun 6 ncı maddesine göre yapılır".

Kuzey Ankara girişi ve çevresini kapsayan alanlarda, kentsel dönüşüm projesi çerçevesinde, projedeki müşavirlik ve kontrollük hizmetlerinin yürütülmesi⁶⁴, Proje kapsamında görev yapan kurumlar arası koordinasyon ve eşgüdümün sağlanması amacı ile Toplu Konut-Büyükşehir Belediyesi İnşaat Emlak Mimarlık ve Proje A.Ş. (TOBAŞ) kurulmuştur⁶⁵.

2. 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun

Kentsel dönüşümü ele alan yasal düzenlemeler 5104 sayılı Kanunla sınırlı kalmamış ve 2005 yılında *5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun*⁶⁶ yürürlüğe girmiştir. Kanun'un amacını düzenleyen m.1/1'e göre, *"Bu kanunun amacı, büyükşehir belediyeleri, büyükşehir belediyeleri sınırları içindeki ilçe ve ilk kademe belediyeleri, il, ilçe belediyeleri ve nüfusu 50.000'in üzerindeki belediyelerce ve bu belediyelerin yetki alanı dışında il özel idarelerinde, yıpranan ve özelliğini kaybetmeye yüz tutmuş; kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurullarınca sit alanı olarak tescil ve ilan edilen bölgeler ile bu bölgelere ait koruma alanlarının, bölgenin gelişimine uygun olarak yeniden inşa ve restore edilerek, bu bölgelerde konut, ticaret, kültür, turizm ve sosyal donatı alanları oluşturulması, tabii afet risklerine karşı tedbirler alınması, tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasıdır"*.

Belirtmek gerekir ki, Kanunun yöneldiği amaç kendi içinde bir çelişkiye gebe dir. Koruma alanlarının bir yandan yeniden inşa edilerek korunması

⁶⁴ Şirketin 5104 sayılı Kanun kapsamında yürüttüğü proje müşavirlik ve danışmanlık hizmetleri için bkz. <http://tobas.com.tr/5104-Sayili-Kuzey-Ankara-Girisi-Kentsel-Donusum-Projesi-Musavirlik-Ve-Danismanlik-Hizmetleri>, (T. 7.3.2017).

⁶⁵ TOBAŞ üzerindeki hisselerin %49.90 Ankara Büyükşehir Belediyesine, %49.90 diğer kısmı TOKİ'ye ve %0.10 kısmı ise Emlak Pazarlama A.Ş.'ye, aittir. Geriye kalan %0.10 lik kısmın yarısı Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Başkanlığına(ASKİ) ve Ankara Elektrik, Otobüs Havagazı İşletmeleri Müessesesi 'ne (EGO) aittir. Bkz. <https://www.ankara.bel.tr/kurumsal/belediye-sirketleri>, (T. 7.3.2017).

⁶⁶ RG., T. 5.7.2005, S. 25866. Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un ismi ciddi derecede eleştiriye açıktır. Kanun yapma tekniğine göre, kanun isimlerinin mümkün olduğunca kısa olması, içeriğini en doğru, nesnel terimlerle ifade etmesi gerekir. Hâlbuki bu kanunun adında geçen "yenilenerek korunma" ve "yaşatılarak kullanılma" söz öbekleri hem uzun, hem büyük ölçüde birbirinin yerine kullanılabilir içerige sahiptir. Öyle ki, kanunun adı, içindeki uzunca bir maddeden alınılanarak başlığa yerleştirilmiş gibi görünmektedir. Dahası, "yaşatılma" kelimesi hukuki kesinlikten yoksundur. Öte yandan, tek başına dahi olsa, "yenilenerek korunma" ya da "yaşatılarak kullanılma" ifadesinin her ikisi de gerekli değildir. Bu iki terim yerine yalnızca "korunması" ifadesinin tercih edilseydi, kanun adı hem kısa, hem de hukuk tekniğine daha uygun olurdu. Bu gerekçelerden ötürü, 5366 sayılı Kanun'un adının isabetli bir biçimde seçilmediği söylenebilir.

öngörülürken aynı zamanda özellikle konut ya da ticaret alanı olarak kullanılması gibi tarihi ve kültürel niteliğine zarar verebilecek kullanım biçimlerinin öngörülmesinin tutarlı olmadığı söylenebilir. Üstelik böyle bir hüküm, takip eden düzenlemelerle birlikte tarihi mekânların yeniden inşa sürecinin amacından uzaklaşarak ticarileşmesine ve kötüye kullanılmasına yol açabilir. Bu nedenle, söz konusu kullanım alanlarının yeniden düzenlenmesine ve daraltılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında Kanunun kapsamı, *“Bu Kanun, yukarıda belirtilen amaçlar doğrultusunda oluşturulacak olan yenileme alanlarının tespitine, teknik altyapı ve yapısal standartlarının belirlenmesine, projelerinin oluşturulmasına, uygulama, örgütlenme, yönetim, denetim, katılım ve kullanımına ilişkin usûl ve esasları kapsar”* olarak belirtilmiştir.

5366 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak *“yenileme alanlarının tespiti”, “uygulama işlemleri”, “Taşınmaz tasarruflarının kısıtlanması ve kamulaştırma”, “Sınırlı aynı hak tesisi”* işlemleri Kanunun sırasıyla 3., 4., ve 5., maddelerinde ayrıntısıyla düzenlenmiştir. Bununla birlikte Kanunun uygulamasını göstermek üzere, *5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği*⁶⁷ de çıkarılmıştır.

Kanun kapsamında tesis edilecek işlemlerde karar alma yetkisi Kanunun birinci maddesinde belirtilen mahalli idarelere verilmiştir. Ancak yıpranan tarihi ve kültürel taşınmazların yenilenmesi, korunması ve yaşatılması belirli bir bölgeden ziyade tüm ülkeyi ilgilendiren bir sorun⁶⁸ olduğu için Kanun koyucu, ayrıca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na ve Bakanlar Kurulu’na da yetkiler vermiş. Böylece merkezi idare ile mahalli idareler arasında dengeyi kurmaya çalışmıştır⁶⁹.

Kanunun 1. maddesinde geçen *“nüfusu 50.000’in üzerindeki belediyelerde ve bu belediyelerin yetki alanı dışında il özel idarelerince..”* hükmünden nüfusu

⁶⁷ RG., T. 14/12/2005, S. 26023. Çalışmamızda, “Uygulama Yönetmeliği” olarak zikredilecektir.

⁶⁸ ÜSTÜN, s. 104.

⁶⁹ Anayasa’da imar planlarına ilişkin yetkinin merkezi idare ya da yerel yönetimlere ait olduğu konusunda bir kural yer almamakta olup, ihtiyaçlara göre bu hususun belirlenmesi kanun koyucuya aittir. Buna göre, kanun koyucu kamu yararını gözeterek anayasal sınırlar içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. Mahallî müşterek nitelikleri ağır bassa da, bazı alanlardaki imar gereksinimlerinin giderilmesi o yörede yaşayanlardan öte toplumun genelini ilgilendirdiğinden, imar plan ve uygulamaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Hâlihazırdaki deniz trafiği dikkate alındığında, Boğazlardan güvenli geçişin sadece İstanbul ve Çanakkale’de yaşayanların mahalli müşterek ihtiyacı olmadığı, meselenin çözümüyle ilgili ihtiyacın millî, hatta milletlerarası boyuta ulaştığı bilinmektedir. Bu nedenle, mahalli müşterek ihtiyaç kavramından hareketle, iptal konusu kurallardaki imar plan ve projeleri konusundaki yetkinin mahalli idarelerde olması gerektiği iddiası yerinde değildir. AYM, E. 2011/149, E. 2012/187, T. 22.11.2012.

50.000'in altında kalan belediyelerin sınırları içerisinde yapılacak yenileme alanı uygulamalarında il özel idarelerinin yetkili olacağı anlaşılmaktadır. Nitekim, Uygulama Yönetmeliğinin 6. maddesine göre, nüfusu 50.000'in altında olan belde belediyelerinin sınırları içerisinde yapılacak yenileme alanı uygulamalarında yetkinin il özel idarelerinde olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, anılan düzenlemeye göre, il özel idaresinin bu alanlarla yapacağı yenileme uygulamaları için ayrıca nüfusu 50.000 altında kalan ilgili belediyenin görüşünü alması gerekmektedir. Anılan düzenlemeye göre, ilgili belediyenin görüşünün alınması bir hazırlık işlemi mahiyetinde olup bağlayıcılığı yoktur. Ancak Danıştay'a göre, hazırlık işlemlerin yapılmamış olması işlemi şekil (usul) unsuru bakımından hukuka aykırı kılar⁷⁰. Dolayısıyla, il özel idaresince yapılacak uygulama işlemlerinin sıhhati bakımından ilgili belediyenin görüşü alınmak zorundadır.

5366 sayılı Kanununun 2. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, "(1) *Yenileme alanları; il özel idarelerinde il genel meclisinin ve belediyelerde belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile belirlenir. İl özel idaresinde il genel meclisince ve büyükşehirler dışındaki belediyelerde belediye meclisince bu konuda alınan kararlar, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kuruluna sunulur. Büyükşehirlerde ise ilçe belediye meclislerince alınan kararlar, büyükşehir belediye meclisince onaylanması üzerine Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kuruluna sunulur. Bakanlar Kurulu projenin uygulanıp uygulanmamasına üç ay içinde karar verir. (2) Bakanlar Kurulunca kabul edilen alanlardaki uygulama bir program dahilinde etap etap projelendirilebilir*".

Düzenlemede büyükşehir belediye meclislerince alınan "yenileme alanı" kararının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın teklifi ile Bakanlar Kuruluna sunulup sunulmayacağına ilişkin net bir hüküm bulunmamaktadır. Üstün'e göre, büyükşehir belediyeleri niteliği itibariyle belediye oldukları için aynı usule tabi olacaktır⁷¹.

Anılan düzenlemeye göre, Bakanlar Kurulu projelerin uygulanıp uygulanmamasına üç ay içinde karar verir. Bakanlar Kurulu, kendisine Kanunla tanınan idari vesayet yetkisini süresinde kullanmazsa, proje kesinleşir ve yürürlüğe girer⁷². Bununla birlikte, Bakanlar Kuruluna tanınan idari vesayet

⁷⁰ DİDDGK., E. 1997/536, K. 1999/457, DD, S. 102, s. 91.

⁷¹ ÜSTÜN, s. 105.

⁷² YASİN, s. 117; ÜSTÜN, s. 103. Vesayet yetkisini kanunda belirtilen sürede kullanmaması durumunda karar kendiliğinden kesinleşir ve yürürlüğe girer. İl Han ÖZAY, **Günüşiğinde Yönetim**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004, s. 167. Benzer şekilde, 5216 s. Büyükşehir Belediyesi Kanunu m.14/5 e göre, Büyükşehir kapsamındaki ilçe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararların, kararın gelişinden itibaren üç ay içinde büyükşehir belediye meclisinde görüşülmemesi durumunda onaylanmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

yetkisi projeleri kullanıp kullanmamaya ilişkin olduğundan Bakanlar Kurulu projeler üzerinde değişiklik yapma yetkisini haiz değildir. Danıştay'a göre, vesayet makamı kanunla kendisine verilen vesayet yetkisini Kanunda belirtilen işlemler üzerinde ve kanunda belirtilen kapsam dâhilinde kullanabilir⁷³.

Uygulama Yönetmeliği m.11'e göre, Bakanlar Kurulu'nun yenileme alanı kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer ve uygulama bir yıl içinde başlatılır. Buna göre, yenileme alanı ilan kararının Resmi Gazetede yayımlanması üzerine bir yıl içerisinde ilgili yerel yönetimin uygulamayı başlatması gerekir. Bir yıl içerisinde uygulamaya başlanılmaması durumunda zaman yönünden yetkisizlik sebebiyle yenileme alanı ilan kararı hükümsüz olur⁷⁴.

Yine, Kanunun 2/4. maddesine göre, yenileme alanı olarak belirlenen alanın sınırları içinde kalan tüm taşınmazların, belediyece ve il özel idaresince hazırlanacak yenileme projelerinin kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulunca⁷⁵ karara bağlanmasından⁷⁶ sonra bu Kanuna göre yapılacak yenileme projesi hükümlerine tâbi olur.

Büyükşehir belediyesi sınırları içinde ilçe belediyelerince hazırlanacak yenileme projeleri ise öncelikle ilgili ilçe belediye meclislerinde kabulü ve sonrasında büyükşehir belediye başkanınca onaylanması gerekir. Son olarak büyükşehir belediye başkanınca onaylanan projeler kültür ve tabiat varlıklarını koruma kurulu kararına müteakip yürürlüğe girebilir⁷⁷.

Yine, 2985 s. Toplu Konut Kanunu m.4'e göre, TOKİ tarafından yapılacak imar planlarının Belediyeler ve valilikler tarafından üç ay içerisinde onaylanmaması halinde bu planların Başkanlık tarafından re'sen onaylanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁷³ Danıştay'a göre, " *Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisi, sınırları kanunla çizilmiş olan bir denetim yetkisidir*". Dan. İDDK, E. 2009/7, K. 2009/14.

⁷⁴ Doktrinde bir görüşe göre, Yerel yönetimlerin yenileme alanı enflasyonu oluşturmaları riskinin önüne geçilebilmesi için bir yıl içerisinde uygulama başlatılmamış yenileme alanlarında, yenileme alanı ilanı kararının hükümsüz kalacağı kabul edilmelidir. ÖNGÖREN, s. 101-102.

⁷⁵ 23.7.1983 tarihli ve , 18113 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2863 Sayılı Kültür Varlıklarını Koruma Kanunu m. 51'e göre, "Yurtiçinde bulunan ve bu Kanun kapsamına giren korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili hizmetlerin bilimsel esaslara göre yürütülmesini sağlamak üzere, Bakanlığa bağlı "Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu" ile Bakanlıkça belirlenecek bölgelerde "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları kurulur".

⁷⁶ 2863 s. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.61: "Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır".

⁷⁷ Üstün'e göre, 5366 sayılı Kanunun 2. Maddesinin 1. ve 4. Fıkralarındaki düzenlemelerde amaç, Büyükşehir Belediyesi Kanununu m.14 e paralel bir şekilde ilçe belediye meclislerinin kararlarının büyükşehir belediyesi tarafından onaylanmasını sağlamaktır. ÜSTÜN, s. 105.

Kanunla yenileme projelerini onaylama yetkisi kendi yetki sınırları içerisinde Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurullarına verilmiştir⁷⁸. Bölge kurullarınca onaylanmayan yenileme projeleri yerel yönetimlerce uygulamaya konulamayacaktır. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.61'e göre, "*Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır*". Koruma bölge kurullarının yenileme projeleri hakkında alacağı kararlar Koruma Yüksek Kurulu tarafından alınan ilke kararlarına⁷⁹ ve bilimsel gerekçelere dayandırılmak zorundadır⁸⁰. Koruma bölge kurulları tarafından alınan kararlara karşı yapılan itirazlar ise Koruma Yüksek Kurulunca karara bağlanır⁸¹.

Kanunun "uygulama" başlıklı 3. maddesine göre, Koruma bölge kurullarınca onaylanan projeler, il özel idaresi veya belediyece uygulanır(m.3/8). İlgili madde uyarınca, yenileme alanlarında il özel idareleri ve belediyeler TOKİ ile ortak uygulama yapılabileceği gibi, TOKİ'ye de uygulama yaptırılabilir.

Ancak 5366 s. Kanun'un uygulama yönetmeliğinin 7. maddesine göre, yetkili idareler tarafından yenileme alanı içinde kalan mülk sahiplerini veya bölge halkını uygulama konusunda bilgilendirmek üzere toplantılar yapılarak görüşleri alınır ve bunların katılımı sağlanır. Her ne kadar yapılan toplantılar sonunda alınan kararların bağlayıcılığı olmasa da mülk sahiplerinin ve bölge halkının katılımı olmaksızın hazırlanan projeler şekil(usul) unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır⁸².

⁷⁸ Kanun koyucu 5366 sayılı yasaya uygun olarak, 2863 sayılı Kanununun 57. maddesine 5835 sayılı Kanun ile ek bir fıkra getirmiştir. Eklenen fıkraya göre, "*16/6/2005 tarihli ve 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun uyarınca ilan edilen yenileme bölgelerinde yenileme projelerini onaylamak üzere 5366 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları da bu maddede belirtilen işleri yapmakla görevli ve yetkilidir*" (2863 sk. m.57/2).

⁷⁹ 2863 sk. m.51/2-a' ya göre, koruma yüksek kurulunun görevlerinden biri de, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve restorasyonu ile ilgili işlerde uygulanacak ilkeleri belirlemektir.

⁸⁰ 2863. Sk. m.57/4: "*Koruma bölge kurulları, toplantıya katılması gereken üyelerin salt çoğunluğuyla toplanır ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alırlar. Ancak karar yeter sayısı dörtten az olamaz. Alınan kararlar bu Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçeleri belirtilerek yazılır*".

⁸¹ Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği m.6/1-e: "*Koruma bölge kurullarınca alınan kararlara karşı kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerce yapılan itirazları değerlendirerek karar vermek*". RG., T. 19.04.2012, S. 28269. 5366 sk. Uygulama Yönetmeliği m.13'e göre, Koruma bölge kurulu, "*Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulları Çalışmaları ile Koruma Yüksek Kuruluna Yapılacak İtirazlara Dair Yönetmelik*" teki usul ve esaslara göre çalışır. Ancak bu yönetmelik Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸² DİDDGK., E:1997/536, K:1999/457, DD, s. 102, s. 91.

Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre, büyükşehirlerde, büyükşehir belediyeleri tarafından başlatılmayan uygulamalar, ilçe belediyelerince tek başına veya müşterek olarak yapılır veya yaptırılır. Doktrinde büyükşehir sınırları içindeki birden fazla belediyenin sınırları içinde kalan kültürel ve tabiat varlıklarına ilişkin uygulamalar konusunda büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasında yetki sorununun çıkabileceğine işaret edilerek sorunun büyükşehir belediyelerinin yetkili kılınarak aşılabileceği ileri sürül mektedir⁸³. Uygulama Yönetmeliği 5/2. maddesine göre ise, mahalli idarelerin ortak proje yapması halinde, yenileme projelerinin hazırlık ve uygulama sürecini yürütmek, yönlendirmek, denetim ve koordinasyonunu sağlamak, gelir ve giderlerini takip etmek, planlamasını yapmak amacıyla bu idareler tarafından müştereken uygulama birimlerinin oluşturulabileceği düzenlenmiştir⁸⁴.

Yenileme alanlarında yenileme projelerinin uygulanması sırasında tabii afet riski taşıdığı Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olarak anlamak gerekir) belirlenen bölgelerde gerekli tedbirleri almak üzere il özel idareleri ve belediyeler yenileme projelerinde tasfiye de dâhil olmak üzere gerekli düzenlemeleri yapabilir, yasaklar koyabilir(m.3/4).

Kanunun 4. maddesi ile il özel idarelerine ve belediyelere, kendi sınırları içinde yenileme alanı ilan edilen yerlerdeki taşınmazlar üzerinde, her türlü yapılaşma, kullanım ve işletme konularında proje tamamlanıncaya kadar geçici kısıtlamalar getirebilme yetkisi tanınmıştır. Özellikle Kanun kapsamında yapılacak olan kamulaştırmaların 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki⁸⁵ iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılmasına ilişkin hüküm idareye, kamulaştırma bedellerini taksitlerle ödenme imkânı sunması, mülkiyet hakkına ağır sınırlama getirdiği söylenebilir⁸⁶.

⁸³ YASİN, s. 119. Yazara göre, "Belediyelerin sınırları içinde kalan yenileme alanları konusunda da öncelikle bu belediyelerin yetkili kılınması, bu belediyelerin talep etmesi halinde büyükşehir belediyesinin bu alanlarda yenileme projeleri uygulayabilmesi gerekir".

⁸⁴ 5366 sk. Uygulama Yönetmeliği m.5/3: "Yetkili idarelerde, 11/6/2005 tarihli ve 25842 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Koruma, Uygulama ve Denetim Büroları, Proje Büroları ile Eğitim Birimlerinin Kuruluş, İzin, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik" hükümlerine göre oluşturulmuş bir birim varsa, bu birim aynı zamanda uygulama birimi olarak da görevlendirilebilir".

⁸⁵ RG., T. 8.11.1983, S. 18215.; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, m.3/2: "Bakanlar Kurulunca kabul olunan, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla yapılacak kamulaştırmalarda, bir gerçek veya özel hukuk tüzelkişisine ödenecek kamulaştırma bedelinin o yıl Genel Bütçe Kanununda gösterilen miktarı, nakden ve peşin olarak ödenir. Bu miktar, kamulaştırma bedelinin altıda birinden az olamaz. Bu miktarın üstünde olan kamulaştırma bedelleri, peşin ödeme miktarından az olmamak ve en fazla beş yıl içinde faiziyle birlikte ödenmek üzere eşit taksitlere bağlanır. Taksitlere, peşin ödeme gününü takip eden günden itibaren, Devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddi uygulanır".

⁸⁶ YASİN, s. 121. Yazara göre, "Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırılan toprağı doğrudan işleten

Son olarak, Kanunun 5. maddesi ile yenileme projelerini yürüten il özel idarelere ve belediyelere Kamu kurum ve kuruluşlarının elinde bulunan tarihi eser niteliği haiz bina ve müstemilatın tarihi özelliklerine uygun olarak restore ettirmek ve/veya tarihi özellikleri korunmak ve mülkiyeti ilgili kamu kurum ve kuruluşunda kalmak suretiyle; eğitim, sağlık, kültür ve sosyal amaçlı olmak üzere kamu yararına çalışan dernekler, vakıflar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler ile ticarî faaliyetlerde kullanılmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine sınırlı aynı hak olarak tesis edilebileceği düzenlemiştir. Maddenin devamında, sınırlı aynı hak tesisi ile ilgili esas ve usuller ile bedeli ve kullanma süresi, ilgili belediye veya kamu kurum ve kuruluşları tarafından Türk Medeni Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu, Belediye Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Kanunun 1. maddesine yönelik yaptığımız eleştirilere paralel olarak her ne kadar tarihi taşınmaz varlıklar kamu malı statüsünden çıkarılmasa da özellikle ticarî faaliyetlerde kullanılmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine sınırlı aynı hak olarak tesis edilebilmesi tarihi mekânların yeniden inşa sürecinin amacından uzaklaşmasına yol açabilir.

3. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun

2012 yılında kamuoyunda “kentsel dönüşüm kanunu” olarak da bilinen, gerek merkezîyetçi bir anlayışın hâkim olması gerekse temel hak ve özgürlükleri güvencesiz kılacak düzenlemelere yer vermesi nedenleriyle haklı eleştirilere⁸⁷ konu olan *6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun*⁸⁸ yürürlüğe girmiştir⁸⁹.

Kanunun yöneldiği amaç birinci maddesinde, “*Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek*” olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla, 6306 sayılı

küçük çiftçiye ait bedellerin her halde peşin ödenmesini öngörmektedir. 5336 sayılı Kanun’da ise böyle bir istisnaya yer verilmemiştir. Örneğin; ikamet ettiği evi veya dükkan olarak kullandığı bina yenileme projesi kapsamında kalan maliklerin kamulaştırma bedelleri de taksitle ödenebilecektir. Bu uygulama, bu durumdaki malikleri mağdur edebilir. Dolayısıyla, kanunda, belli bir miktarın altında olan veya ikamet ve iş amacıyla kullanılan taşınmazların bedelinin peşin olarak ödenmesi öngörülebilirdi”.

⁸⁷ Cenk ŞAHİN, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler” in *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Melikşah YASİN/ Cenk ŞAHİN (Ed.), s. 49- 69.

⁸⁸ RG., T. 31.5.2012, S. 28309.

⁸⁹ 6306 sayılı Kanunun Yürürlük başlıklı 24. Maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre, Kanunun 19 uncu maddesinin (a) bendi ile değiştirilen 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ikinci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ile kanunun 23. Maddesinin Bu kanunun yayımlandığı tarihten altı yıl sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

Kanun, başta deprem olmak üzere doğal afetlerden dolayı oluşacak can ve mal kayıplarını önlemeyi amaçlarken aynı zamanda estetik açıdan çirkin olan yapılaşmaları ortadan kaldırarak yaşanabilir yerleşim bölgeleri oluşturmayı amaçlamaktadır⁹⁰.

Kanunda sıkça kullanılan ve aydınlatılması gereken bazı terimler Kanunun ikinci maddesinde belirtilmiştir. Kanuna göre, “rezerv yapı alanı”, bu kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanları, “riskli alan” ise, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alan, olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca, “riskli yapı” terimi de riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıları ifade etmektedir.

Yine Kanunun 2/b maddesine göre, Kanunda geçen “idare” kelimesi, “Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini” karşılamaktadır.

Kanunun 3. 4., 5. ve 6. maddelerinde, Kanun kapsamında yapılacak iş ve işlemler, sırasıyla “tespit, taşınmaz devri ve tescil”, “tasarrufların kısıtlanması”, “tahliye ve yıktırma” ve “uygulama işlemleri” olarak sayılmış ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu işlemlerin Bakanlık, yerel yönetimler (Büyükşehir Belediyeleri, Belediyeler ve İl özel idareleri) ve TOKİ'nin yapacağı/yaptıracağı belirtilmiştir.

Ancak Kanun'un 9. maddesine göre, 2863 sayılı Kanun ve 5366 sayılı Kanun kapsamındaki alanlarda uygulamada bulunulması hâlinde alanın sit statüsü de gözetilerek Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşü alınır. Dolayısıyla, yetkili Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Belediyeler, İl özel idareleri ve TOKİ, 2863 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde belirlenen ve Koruma Bölge Kurullarınca tescil edilen doğal sit alanlarında 6306 sayılı Kanun gereğince uygulama yapılması halinde Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşü alınmak zorundadır. Bu görüş sit alanlarında 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak uygulama işlemlerinin bir şekil unsurunu oluşturup aksi halde yapılan uygulamalar şekil unsuru

⁹⁰ 6306 Sayılı Kanun Tasarısının Genel Gerekçesinde, Kanun amacı gerek riskli alanların dönüştürülmesi gerekse halkın daha sıhhatli ve emniyetli yerlerde yaşamaları için sağlıklı ve estetik binaların yapılması olarak belirtilmiştir. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0569.pdf>, (T. 18. 11. 2016).

bakımından hukuka aykırı olur⁹¹.

Yukarıda anılan düzenlemelere bakıldığında, Kanunda belirtilen iş ve işlemlerin hangi idari makam tarafından yapılacağı hususunda bir belirsizlik meydana gelmektedir. Kanun koyucu bu belirsizliği Kanunun 6. maddesinin 12. fıkrasındaki düzenlemeyle çözüme yoluna gitmiştir. Düzenlemeye göre, *“Bakanlık, bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ’ye veya İdareye yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya İdare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkilidir”*. Anılan madde hükmü, Kanunun diğer maddeleriyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde Kanunda asıl yetkili makamın Bakanlık (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira Kanunda belirtilen diğer idarelerin ancak bakanlığın yetkilendirmesi koşuluyla yetki sahibi olacağı anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’de vermiş olduğu kararda, 6306 sayılı Kanundan doğan iş ve işlemler için ancak Bakanlığın yetkilendirmesi ile kanunda sayılan diğer idarelerin yetkili olabileceğine dikkat çekmiştir⁹².

Yine Kanunun 2/1-b maddesine göre, Bakanlık kanunda belirtilen iş ve işlemler konusunda gerekirse büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini de yetkilendirebilir.

Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarında yetki unsuruna ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, günümüzde yerel yönetimlerin artan önemine ters düşecek şekilde merkezi idareye(bakanlığa) geniş yetkilerin verildiği görülmektedir.

Belirtmekte fayda var ki, 6306 sayılı Kanun, Bakanlığın Kanundan doğan yetkilerini yerel yönetimlere ve TOKİ’ne devredilebileceğini düzenlenmiş fakat yetki devri ile hangi yetkilerin hangi idarelere devredileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda açıkça belirtilen durumlarda bir makamın ya da görevlinin karar alma yetkisini bir başka makam ya da görevliye bırakması olarak tanımlanan yetki devri⁹³, ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde ve açıkça belirtilen işlem ve kararlar için mümkündür⁹⁴. İdare hukukunda yetkisizlik kural, yetkili olmak istisnadır. Bunun bir sonucu

⁹¹ Görüş alma usulü; teklif , danışma ya da uygun görüş şeklinde olabilir. Gerek teklif veya uygun görüş alınmadan tesis edilen işlemler gerekse alınan teklife veya uygun görüşe aykırı olarak tesis edilen işlemler şekil unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz GÜNDAY, s. 146-147. İlgili Kanuna göre taşınmazın kaymakamlık tarafından mezarlık olarak tahsis edilebilmesi için hükümet tabibinin görüşü alınmak zorundadır. Dolayısıyla, kaymakamlığın hükümet tabibini görüşünü almadan taşınmazı mezarlık olarak tahsis etmesi işlemi şekil unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Bkz. Dan., 10D., E. 1994/1625 K. 1995/4326, T. 11.10. 1995.

⁹² AYM, E. 2014/41, K. 2012/87, T. 27.2.2014, RG. T. 26.7.2014, S. 29072.

⁹³ TAN/ GÖZÜBÜYÜK, C. I, s. 383- 384; YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TE KINSOY, s. 439.

⁹⁴ GÜNDAY, s. 73; TAN/ GÖZÜBÜYÜK, C. I, s. 384

olarak, yetki hükümlerinin sınır ve çerçevesi yasayla açıkça çizilir ve genişletici yoruma tabi tutulamaz⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi, 6306 sayılı Kanun'un muhtelif maddelerinin iptaline ilişkin açılan iptal davasında, aralarında yetki devrini düzenleyen Kanunun 2/1-b ve 6/12 maddelerinin iptali istemini,

“Kanun’un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dava konusu ibareyi de içeren (b) bendinde, “idare”nin “Bu Kanunun uygulanmasında” neyi ifade ettiği tanımlanmış; 6. maddesinin (12) numaralı fıkrasında ise Bakanlığın, “bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak” TOKİ’ye veya “idare” ye yetki verebileceği belirtilmiştir. Anılan iş ve işlemlerin neler olduğu ise Kanun’un “Uygulama” başlığını taşıyan ikinci bölümünde açıklanmıştır. Söz konusu bölümde yer alan 3., 4., 5. ve 6. maddelerde, Kanun kapsamında yapılacak iş ve işlemler, sırasıyla “tespit, taşınmaz devri ve tescil”, “tasarrufların kısıtlanması”, “tahliye ve yıktırma” ve “uygulama işlemleri” olarak sayılmış ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iptali istenen ibare uyarınca Bakanlık, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerine ancak Kanun’da belirtilen bu iş ve işlemlere ilişkin yetki verebilecektir.

Diğer taraftan Bakanlığa verilen takdir yetkisi, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun’un amacının gerçekleştirilmesi ile de sınırlıdır. Bakanlık takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uymak zorundadır. Her idari eylem ve işlemde olduğu gibi, Bakanlığın, dava konusu kuraldaki takdir yetkisini kullanırken de bu genel ilkelere ve sınırlamalara uygun hareket edilmesi gerekir.

Belirtilen özel ve genel sınırlamalara uygun hareket edilip edilmediği, Bakanlığa verilen yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı yargı denetimine de tabidir. Anayasa’nın 125. maddesinde, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilerek, idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur. Dolayısıyla kuralla, belirsizlik oluşturularak hukuk güvenliği ilkesinin zedelendiği, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilerek yasama yetkisinin devredildiği söylenemez⁹⁶.

Gerekçesiyle reddetmiştir.

⁹⁵ Dan.,10D., E. 2008/1207, T. 6.12.2011.

⁹⁶ AYM, E. 2014/41,K.2012/87, T. 27.2.2014, RG. T. 26.7.2014, S. 29072.

Her ne kadar, yukarıda anılan kararda takdir yetkisinin mutlak olmayıp, kamu yararı gerekliliği ile sınırlandırıldığına işaret edilse⁹⁷ de 6306 sayılı Kanun ile Bakanlığa dönüşüm uygulamalarında istediği yerinden yönetim kuruluşuna yetkilerini devredebilmesi konusunda geniş takdir yetkisi vermesi, dönüşüm uygulamalarının siyasi ve bir takım diğer çıkarlara feda edilebilme ihtimalini gündeme getirebilmektedir. Örneğin, Bakanlık 6306 sayılı Kanunla kendisine verilen yetkilerin bir kısmını X büyükşehir belediyesine devretmesine rağmen, Y büyükşehir belediyesine ise yetki devri yapmayıp, Y büyükşehir belediyesinin sınırları içerisinde 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak dönüşüm uygulamalarını bizzat yürütebilir. Yine, X büyükşehir belediyesi sınırları içindeki A ilçe belediyesini yetkilendirebilirken, B ilçe belediyesini yetkilendirmeyebilir. Nitekim böylesi bir durum, aynı zamanda merkezi idare ile yerel yönetimler arasında yetki bölüşümünde ölçüt olarak kabul edilen⁹⁸ ve kamusal ihtiyaçların en yakın yönetimce karşılanması anlamına gelen yerellik (subsidiarity) ilkesine⁹⁹ aykırılık teşkil edebilir¹⁰⁰.

Çalışmamızın ilk bölümünde belirttiğimiz üzere kentsel dönüşüm uygulamalarından sonucunda sağlıklı sonuçlar alınabilmesi için dönüşümü gerekli kılan sosyal, kültürel ekonomik, fiziki boyutların birlikte ele alınması gereklidir. Başka bir deyişle, bir kent ya da kent kesiminde yapılacak dönüşüm uygulamalarına ilişkin genel stratejinin belirlenebilmesinde bölgenin fiziksel durumu yanı sıra ekonomik ve kültürel yapısı da başat rol oynamaktadır. Bu bilgiler ışığında kentsel dönüşüm mümkün olduğunca dar alanda, deyim yerindeyse mikro düzeyde planlama ve uygulamayı gerektirmektedir. Yerel yönü ağır basan kamusal faaliyetlerden olan kentsel dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilmesi noktasında yerel yönetimlerin saf dışı edilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bir bölgedeki dönüşüm uygulamalarının ülkenin diğer bölgeleri ile uyumlu bir bütünlük oluşturması gerekmektedir. Yine kentsel dönüşüm sırasında gündeme gelen başta mülkiyet hakkı olmak üzere sağlıklı çevrede yaşama hakkı ve konut hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin

⁹⁷ Danıştay'a göre, idarenin bu konuda ki takdir yetkisi mutlak olmayıp, kamu yararı gerekliliği ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Bkz. Dan., 12D., E. 72/1685, K. 74/2578, T. 20.11.1974, **DD**, S. 18-19, s. 627-628; Dan., 5D., E. 76/3974, K. 78/3459, T. 6.12.1978.

⁹⁸ Halil KALABALIK, **Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku Teori-Uygulama**, Ankara: Seçkin Yay., Mayıs- 2005, s. 286.

⁹⁹ Üskül'e göre, yerellik ilkesi, karşılanması gereken kamusal ihtiyaçların farklı yönetim düzeyleri arasında yetki bölüşümünü öngören ve yetkinin, görülmesi kamusal ihtiyacın en yakın yönetimce kullanılması, alt düzeyin yetkisinin, üst düzeye ancak mutlak gereklilik olduğunda devretmesidir. Zafer ÜSKÜL, *"Sübzidiarite İlkesi Üzerine Düşünce Alıştırması"*, Yeni Türkiye, Y. 1, S. 4, Ankara, s. 23. Yıldız'a göre ise yerellik ilkesi, bir kamusal ihtiyacın onu en iyi şekilde gördürebilecek olan yerel yönetim tarafından yapılmasıdır. Bkz. Hayrettin YILDIZ, **Fransız Yerel Yönetimler Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 87.

¹⁰⁰ Hasan Nuri YAŞAR, İstanbul: İmar Hukuku, Filiz Kitabevi, 2008, s. 53. Yerellik ilkesine ilişkin açıklamalarımız için çalışmamızın üçüncü bölümüne bakınız.

kullanım ölçütlerinin takdiri yerel yönetimlerin kapasitesini aşabilir¹⁰¹. Bu bağlamda, çok boyutlu ve uzun bir süreci kapsayan dönüşüm uygulamalarında genel strateji ve politika oluşturma, denetim ve koordinasyon gibi hizmetlerin merkezde toplanması oldukça önemlidir. Buna göre, içeriği, usulü ve süresi kanunla açıkça düzenlenmiş bir idari vesayet sisteminin düzenlenmesi¹⁰² aynı zamanda Anayasa'nın 127/5. maddesine de uygun bir yaklaşım olur¹⁰³.

Kanun kapsamında yapılacak uygulamalarda yetki unsuruna ilişkin ele alınması gereken bir diğer husus ise yetki devri kapsamında yapılacak işlemlerden dolayı oluşacak sorumluluğun kime ait olacağıdır. Doktrinde yetki devri ile bir kamu tüzel kişiliği içerisinde kanunla yetkilendirilmiş amirin astına bazı yetkilerini devredebileceği kabul edilmektedir. Esasen bu sonuca yürürlükte olan bazı kanunların yetki devrine ilişkin hükümlerinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır. Örneğin, 3056 s. *Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesi Hakkında Kanun*'ün 32/2. maddesine göre, Başbakan, Başbakanlık Müsteşarı ve Başbakanlık Teşkilatının her kademedeki yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirtmek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilme yetkisini haizdir. Yine, Bakanlıkların Kuruluş ve görev esaslarını düzenleyen 3046 s. Kanunu'nun 38. maddesine göre, *"Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak yetki devri yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz"*.

Yukarıda anılan mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı göre, aynı tüzel kişilik içerisinde yapılan yetki devri sonucunda amirin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Ancak belirtmekte fayda var ki, yetki devrini düzenleyen kimi kanunlarda devreden sorumluluğunun devam edip etmeyeceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun m.6/c maddesine göre, *"Genel Kurul, Yükseköğretim Kanunu ile kendisine verilen görevlerden, ...uygun gördüğü bölümleri Yürütme Kuruluna devredebilir"*. Yine, aynı Kanunun 57/2. maddesine göre, *"İta amiri, üst kuruluşlarda başkan, üniversitelerde rektördür. Bu yetki uygun görülen ölçüde gerektiğinde yardımcılarına, dekanlara, enstitü ve yüksekokul müdürlerine,*

¹⁰¹ YAŞAR, İmar Hukuku, s. 53.

¹⁰² YAŞAR, İmar Hukuku, s. 54.

¹⁰³ Kalabalık'a göre, *"Anayasanın koyduğu ilke, yerel kamu hizmetlerinin üretilmesinin, halkın seçime oluş turduğu idarecilere ve karar organlarına bırakılmasıdır. Bir kamu hizmetinin faydasının yayılma alanı bir belde içinde kaldıkça, hizmet bu beldenin yerel yönetim birimi tarafından yerine getirilir. Bu demokratik ilkeye ancak, yerel olmanın ikinci boyutu tarafından kısıtlama getirilebilir. Ancak, ekonomik olarak üretilmemesi gibi nedenlerle bu hizmet merkezi idarenin bir görevi haline gelebilir. Kanun koyucunun, bir hizmeti merkezi idareye verirken bu anayasal ilkeyi göz önünde bulundurması gerekir"*. Bkz. KALABALIK, İmar Hukuku, s. 307.

üst kuruluşlara bağlı birim başkanlarına ve üst kuruluş ve üniversite genel sekreterlerine devredilebilir. Vakıf üniversitelerinde itâ amiri mütevellî heyet başkanıdır". Son olarak, Belediye Kanunu m.42 ye göre, *"Belediye başkanı, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, yöneticilik sıfatı bulunan belediye görevlilerine devredebilir".*

Danıştay devreden sorumluluğuna ilişkin vermiş olduğu kararlarda yetkili kılınan makamların işlemleri merkezdeki üstün emir ve direktifleri doğrultusunda tesis ettiğinden dolayı amirin yani devreden sorumluluğunun devam ettiğini belirtmiştir¹⁰⁴. Ancak Danıştay bu kararlarda devreden sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin mevzuat hükmüne atıf yaparak devreden sorumluluğunun devam ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Buradan hareketle yetki devri ile yetkilendirilen makamın devreden emir ve talimatı olmaksızın yetkiyi kullanması durumunda devreden sorumluluğunun oluşmayacağı sonucu çıkarılabilir. Zira devreden devrettiği yetkiyi kullanmadığı için¹⁰⁵ kanunda aksi öngörülmediği sürece yetki devri ile birlikte sorumluluğun da devredileceği kabul edilmelidir¹⁰⁶. Bu durum, aynı zamanda yetki ile sorumluluğun birlikte yürümesinin gerekliliğinden çıkan bir sonuçtur. Aynı şekilde, Genel İdari Usul Tasarısı'nın "yetki devri" başlıklı 16. maddesinin birinci fıkrasına göre, yetkili makam tarafından yetki devri ile devredilen yetkilerin devreden tarafından kullanılmayacağı belirtilmekte ve buna paralel olarak aynı maddenin beşinci fıkrasında, devredilen yetkilere dayanılarak yapılan işlemlerden dolayı doğacak sorumluluğun devredilen makama ait olacağını yetkiyi devreden makamın ise denetim yetkisi ve sorumluluğunun devam edeceği düzenlenmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da, yetki devri ile bir konuda karar almak, eylemde bulunmak veya emir vermek hakkı devralana geçtiği için elde edilecek sonuçlardan devralanın sorumlu tutulması gerektiği düşüncesindedir¹⁰⁷.

Diğer taraftan, 6306 s. Kanunun 6/12 maddesine göre Bakanlık, Kanunda belirtilen iş ve işlemlerden hangilerinin yetki devri ile TOKİ veya İdareye bırakılacağını belirlemeye yetkili olduğu gibi Kanunun 2/1-b maddesine göre, gerekirse büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini de yetkilendirebilmektedir. Dolayısıyla Kanunda düzenlenen yetki devri hükümleri klasik anlamda kurum içi yetki devrini değil kamu tüzel kişilikler arası yetki devrini düzenlemektedir. Gözler'e göre, kamu tüzel kişilikleri arası yetki devri tüzel kişilik kavramı ve kamu tüzel kişiliğinin bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁰⁸. Ancak belirtmekte fayda var ki, Anayasa'ya göre, kamu

¹⁰⁴ Dan., 5D., E. 1985/550, K. 1985/2274, T. 07.10.1985, DD., S. 198, s. 62-63. Aktaran, AKYILMAZ/ SEZGİNER/KAYA, s. 188.

¹⁰⁵ GÖZLER/KAPLAN, s. 313.

¹⁰⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 189.

¹⁰⁷ DİDDK, E.. 2005/3183, K. 2008/1621, T. 12.6.2008.

¹⁰⁸ GÖZLER, C. I, s. 762.

tüzel kişilikler arası yetki devrini yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır. Yıldırım'a göre, merkezi idarededeki genel yetki kuralının Bakanlıkla ilgilendirilen yerinden yönetim idareleri bakımından bağlayıcı olduğunu, bunun dışında kanunla düzenlenmesi şartıyla merkezi idarenin sahip olduğu yetkilerin bir kısmının yerel yönetimlere devredilebileceğini ileri sürmektedir¹⁰⁹.

Anayasa Mahkemesi de yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12/1. maddesinin (t) bendinde geçen ve mevzuatla bakanlıklara veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına verilen yetkilerin bir kısmını Kanunda belirtilen kuruluş amaçları ve görev alanı çerçevesinde odalara devredilmesini öngören yasa hükmünü, "...odalar, kamu tüzel kişiliğine sahip ve kamu yararı amacına yönelik faaliyette bulunan kuruluşlardır. İdarenin görev alanına giren konularda, kamu hizmetinin düzenli olarak işlenmesini sağlamak amacıyla, sınırları açıkça ilgili kanunda belirtilmiş olmak şartıyla, idareye ait bir yetkinin odalara devredilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmayıp, itiraz konusu kural Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir" gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir¹¹⁰.

Buradan hareketle bakanlık tarafından yetkilendirilen belediyeler, il özel idareleri ve TOKİ devredilen yetkiler kapsamında yapacakları iş ve işlemlerden dolayı sorumlu olacaktır. Diğer bir anlatımla, tesis edilen işlemin gerçek sahibi devredilen idareler¹¹¹ olacağı içi aynı zamanda bu işlemlerden dolayı açılacak davalarda husumetin yöneltileceği makam yetkinin devredildiği makamdır.

4. 5393 sayılı Belediye Kanunu

Yerel yönetimlere tanınan yetkilerin giderek artması yönünde gelişim gösteren yerel yönetimler hukuku ve belediyelerin yetkileri, Türkiye'de esasen 5393 sayılı Belediye Kanunu ile düzenlenmiştir

Belediye Kanunu m.69' a göre¹¹², belediyeler sorumlu oldukları bölge

¹⁰⁹ YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TE KINSOY, s. 439.

¹¹⁰ E. 2012/27, K. 2012/173, T. 8.11.2012, RG., T. 28.3.2013, S. 28601.

¹¹¹ GÖZLER, C. I, s.781.

¹¹² 5393 sk. m. 69: "Belediye; düzenli kentleşmeyi sağlamak, beldenin konut, sanayi ve ticaret alanı ihtiyacını karşılamak amacıyla belediye ve mücavir alan sınırları içinde, özel kanunlarına göre korunması gerekli yerler ile tarım arazileri hariç imarlı ve alt yapı arsalar üretmek; konut, toplu konut yapmak, satmak, kiralamak ve bu amaçlarla arazi satın almak, kamulaştırma yapmak, bu arsaları trampa etmek, bu konuda ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ve bankalarla iş birliği yapmak ve gerektiğinde onlarla ortak projeler gerçekleştirmek yetkisine sahiptir. (2) Belediye, bu amaçla bütçesinden gerekli parayı ayırmak suretiyle işletme tesis edebilir. (3) Arsalar hariç üretilen konut ve işyerlerinin satışı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tâbi değildir. O belediye ve mücavir alan sınırları içinde kendisine, eşine veya onsekiz yaşından küçük çocuklarına ait konutu olmayan dar gelirli kişiler ile afete maruz kalanlara, sanayi bölgelerinden nakledilecekleri ve üyelerinin tamamı bu durumda olan kooperatiflere, bedeli 2942 sayılı Kamulaştırma

içerisinde düzenli kentleşmeyi sağlamak için konut üretimini özendirmekle birlikte bu konutları satma, diğer kamu kurum ve kuruluşlar ve bankalarla işbirliği yapma konularında geniş yetkilere sahiptir.

Bununla birlikte, Kanunun kentsel dönüşümü düzenleyen 73. maddesine göre, kentsel dönüşüm uygulamasına ilişkin yapılan çalışmalar “*kentsel dönüşüm ve gelişim uygulaması*” olarak nitelendirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, madde başlığında “kentsel dönüşüm” yanında “gelişim” kelimesinin kullanılması madde kapsamında yapılacak uygulamaların “*kentsel dönüşüm*” kavramına göre daha kapsayıcı bir hizmete yönelik olduğuna işaret etmektedir. Nitekim, 5393 s. Kanun’un 73. maddesini değiştiren 5998 sayılı Kanun’un gerekçesinden de anlaşılacağı üzere kanun koyucunun böyle bir başlık kullanmış olmasının altında, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve yenilenerek kullanılmasına yönelik fiziksel müdahaleler ile kentin ekonomik olarak canlanmasını, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının gerçekleştirilmesi yanı sıra kentlerde yeni kullanım ve oturma alanları oluşturmak sureti ile kullanılmayan kent arazisinin yeniden değerlendirilmesi ve konut ihtiyacının giderilmesini amacı yatmaktadır¹¹³.

Kanunun 73. maddesine göre, belediyeler, sağlıksız yerleşim alanlarının düzeltilebilmesi için “*kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri*” uygulayabilme yetkisini haizdir.

Düzenlemeye göre, yetkili kılınan belediyeler;

- Büyükşehir belediyeleri¹¹⁴,
- Büyükşehir belediye meclisince uygun görülmesi halinde, büyükşehir belediyeleri sınırları içindeki ilçe belediyeleri,
- İl ve ilçe belediyeleridir.

Kanunu hükümlerine göre oluşturulan takdir komisyonu tarafından belirlenecek tutardan aşağı olmamak üzere arsa tahsisi yapılabilir. Durumları 775 sayılı Gecekondu Kanununun 25 inci maddesine uyan kimselere de bu maddeye göre arsa ve konut sağlanabilir. Bu fıkranın uygulama esasları, İçişleri Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak çerçeve yönetmeliğe uygun olarak belediye meclisleri tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir”.

¹¹³ 5998 s. Kanun 1 madde gerekçesi için bkz. http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?Psir_a=96819&_afWindowMode=0&_afLoop=7326637823106662&_adf.ctrl-state=jgn2355ib_4 (T.16.01.2016).

¹¹⁴ 5393 sayılı Kanunu m.73: “...(3)Büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde kentsel dönüşüm ve gelişim projesi alanı ilan etmeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir. Büyükşehir belediye meclisince uygun görülmesi halinde ilçe belediyeleri kendi sınırları içinde kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir.

(4) Büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projelerine ilişkin her ölçekteki imar planı, parselasyon planı, bina inşaat ruhsatı, yapı kullanma izni ve benzeri tüm imar işlemleri ve 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda belediyelere verilen yetkileri kullanmaya büyükşehir belediyeleri yetkilidir”.

Belirtmek gerekirse, kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri kent ve kent kısımlarının düzenli ve sağlıklı dönüşümünü ve gelişimini amaçladığı için nitelik itibariyle birer imar planıdır. Bilindiği üzere, 3194 sayılı İmar Kanunu m.6'ya göre, imar planı; nazım imar planı ve uygulama ilan planından oluşmaktadır¹¹⁵. Kanun'un 5. maddesinde nazım ve uygulama planlarının tanımı yapılmış fakat salt imar planını ilişkin bir tanımlama yapmamıştır. Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin¹¹⁶ "tanımlar" başlıklı 3/11 maddesinde imar planı; "*Belde halkının sosyal ve kültürel gereksinimlerini karşılamayı, sağlıklı ve güvenli bir çevre oluşturmayı, yaşam kalitesini artırmayı hedefleyen ve bu amaçla beldenin ekonomik, demografik, sosyal, kültürel, tarihsel, fiziksel özelliklerine ilişkin araştırmalara ve verilere dayalı olarak hazırlanan, kentsel yerleşme ve gelişme eğilimlerini alternatif çözümler oluşturmak suretiyle belirleyen, arazi kullanımı, koruma, kısıtlama kararları, örgütlenme ve uygulama ilkelerini içeren pafta, rapor ve notlardan oluşan belgedir...*" şeklinde tanımlanmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 5393 sayılı Kanunu'nun 73. maddesini yeniden düzenleyen 5998 sayılı Kanun'un iptaline ilişkin açılan iptal davasında kentsel dönüşüm ve gelişim projelerinin, kanunda belirtilen özel amaçlar ya da özel alanlar için yapılmalarına rağmen, nitelikleri itibariyle ya her türlü ölçekte bir il çevre düzeni planı ya bir nazım imar planı ya da bir uygulama imar planı olduğunu belirtmiştir¹¹⁷.

Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projelerinin uygulanabilmesi için öncelikle "*kentsel dönüşüm ve gelişim alanları*"nın belirlenmesi gerekir. Kanunun 73/1. maddesine göre, bir alanın kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edebilmesi için,

- "Belediye veya mücavir alan sınırları içinde kalması" ve "büyüklüğünün en az 5 en çok 500 hektar arasında olması"¹¹⁸ gerekir.

Bununla birlikte, ilan edilen alanda yapılacak dönüşüm uygulamaları,

- Konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak,

- Eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek,

- Kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak,

¹¹⁵ Her ne kadar İmar Kanunu'nda imar planı olarak nazım ve uygulama imar planı sayılmış ise de, Danıştay kararlarında çevre düzeni planı ve imar planları da imar planları arasında sayılmıştır. D., 1D., E. 2006/765, K. 2007/79, T. 05/02/2007, DD., S. 115, 2007, s. 11. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Halit YILMAZ, Çevre Düzen Planına İlişkin Güncel Düzenlemeler ve Sorunlar", TBB Dergisi, S. 72, s. 78-94, 2007.

¹¹⁶ RG., T. 02.11.1985, S. 18916.

¹¹⁷ AYM, E. 2010/82, K.2012/159, T. 18.10.2012, RG.,T 23.07.20.13, S. 28716.

¹¹⁸ Alan sınırına ilişkin eleştiriler ve öneriler için bkz. Nil UZUN, "Yeni Yasal Düzenlemeler ve Kentsel Dönüşüme Etkileri", **Planlama Dergisi**, S. 2, 2006, s. 51.

Amaçlarından bir ya da birkaçını gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır.

Kanun koyucu, kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerlerin gelişim proje alanı olarak ilan edilebilmesi ve üzerinde uygulama yapılabilmesi için farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, birleşme işlem¹¹⁹ olarak adlandırabileceğimiz bu işlem türünde birden fazla idari makamın kamu mülkiyeti veya kullanımında olan yerleri gelişim proje alanı ilan etme konusunda sırasıyla aynı yönde irade beyanında bulunması gerekir. Kanunun 73/1. maddesinin son cümlesine göre, kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerler için belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifine binaen Bakanlar Kurulunun bu yönde karar alması gerekmektedir. Yukarıda anılan ve bir alanın kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edilmesine ilişkin koşullar Bakanlar Kurulunca ilan edilen projeler için de geçerlidir¹²⁰.

Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edilen yerlerde dönüşüm ve gelişim uygulamalarını yapma yetkisi sorumlu oldukları sınırlar içerisinde belediyelere verilmiştir. Buna göre, belediyeler dönüşüm uygulamaları kapsamında kamulaştırma, imar uygulamaları yapma, imar uygulaması yapılan alanlardaki taşınmazların değerlerini tespit etme ve bu değer üzerinden hak sahiplerine dağıtım yapma veya hasılat paylaşımını yapma, bina cephelerinde değişiklik ve yenileme ile özel aydınlatma ve çevre tanzimi çalışmaları yapma,¹²¹ konut satışı yapma ve bu konuda TOKİ ile işbirliği yapma, kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamındaki işler için kamu idareleriyle Kanunun 75. maddesi çerçevesinde ortak hizmet projeleri gerçekleştirme yetkisini haizdir.

5. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu

Büyükşehir belediye yönetiminin hukukî statüsünü düzenleyen 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na¹²² göre, büyükşehir belediyesi, *“sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlayan; idarî ve malî özerkliğe sahip olarak kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisi”*dir (m3/1-a).

¹¹⁹ Birden fazla makam veya organın aynı konuda ve aynı amaca yönelik olarak irade açıklamalarına birleşme işlemi denir. Bkz. YILDIRIM/ YASİN/ KAMAN/ ÜSTÜN/ ÖZDEMİR/ OKAY TEKİNSOY, s. 405-406.

¹²⁰ Danıştay, Bakanlar Kurulu'nun “Hemşin Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Proje Alanı” na ilişkin kararını, halkın ekonomik ve sosyal kalkınmasını sağlayacak temel stratejilerden yoksun olması, bölgenin fiziksel çevresiyle olan ilişkisi, niteliği ve yer seçimi itibarıyla kentin gelişme yön ve potansiyelleri ile planlama esasları ve şehircilik ilkelerine uygun olmaması nedeniyle iptal etmiştir. Bkz. Dan., 6D., E. 2012/1202, K. 2015/2503, T. 21.4.2015, DD., S. 139, s. 202-209.

¹²¹ 5393 sk. m.73/17: *“Bina cephelerinde değişiklik ve yenileme ile özel aydınlatma ve çevre tanzimi çalışmaları için yapılması gereken iş, işlem ve yetkilendirmeler, kat maliklerinin arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karara göre yapılır”*.

¹²² RG., T. 23.07.2004, S. 25531.

5216 s. Kanun m.7/1-e' ye göre, büyükşehir belediyeleri, düzenli kentleşmeyi sağlamak adına 5393 sayılı Kanunu 69. ve 73. maddelerinde belediyelere tanınan yetkileri mücavir alan sınırları içerisinde kullanabileceğini hüküm altına almıştır.

5216 sayılı Kanunun 7/1-e maddesine uygun olarak 5393 sayılı Kanunun 73. maddesinin 3. fıkrasıyla büyükşehirlerde kentsel dönüşüm ve gelişim projelerini uygulama yetkisi büyükşehir belediyelerine verilmiştir. 5393 sayılı Kanunu'nun 73/3. maddesine göre, *"Büyükşehir belediye ve mücavir alan sınırları içinde kentsel dönüşüm ve gelişim projesi alanı ilan etmeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir. Büyükşehir belediye meclisince uygun görülmesi halinde ilçe belediyeleri kendi sınırları içinde kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir"* .

Yine 5393 s. Kanun'un 73/4. maddesinde *"Büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projelerine ilişkin her ölçekteki imar planı, parselasyon planı, bina inşaat ruhsatı, yapı kullanma izni ve benzeri tüm imar işlemleri ve 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda belediyelere verilen yetkileri kullanmaya büyükşehir belediyeleri yetkilidir"* denilmektedir.

Esasen 5393 sayılı Kanunun 73. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları ile büyükşehir sınırları içinde yer alan ve özerkliği bulunan ilçe belediyelerinin kentsel dönüşüm ve gelişim projelerini uygulama konusunda bertaraf edildiği söylenebilir. Dolayısıyla, yerelyönü ağır basan kentsel dönüşüm uygulamalarının o yörede oturan halk tarafından seçilen ve doğrudan yerel ortak ihtiyaçları karşılama noktasında yetkili olan ilçe belediyelerinin söz sahibi olmamasının yerellik ilkesine aykırı olduğu savunulabilir. Yine, Kanunla belediyelere verilen geniş yetkiler göz önünde bulundurulduğunda bu yetkilerin büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerine verilmesi ile ilçe belediyelerinin yetki sınırlarının iyice daraltıldığı söylenebilir.

Diğer taraftan, büyükşehir içindeki ilçe belediye organlarını seçen halk aynı zamanda büyükşehir belediyelerinin organlarını da seçtiği için büyükşehir belediyelerinin kentsel dönüşüm ve gelişim projelerini uygulama noktasında yetkileri elinde bulundurması yerellik ilkesi bakımından sorun teşkil etmeyeceği de savunulabilir. Üstelik tüm yetkilerin büyükşehir belediyelerinde toplanmasının uygulamaların bütüncül bir şekilde ele alınmasına da hizmet edebileceği düşünülebilir.

Nitekim benzer görüşte olan Anayasa Mahkemesi de 5393 sayılı Kanun'un 73. maddesini yeniden düzenleyen 5998 sayılı Kanun'un iptaline yönelik açılan davada büyükşehirlerin AY m.127'yi gerekçe göstererek *"Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir"* hükmüne binaen büyükşehir belediyelerinin kurulduğunu dolayısıyla 73. maddenin üçüncü fıkrası ile büyükşehir belediyelerine verilen yetkilerin Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre ayrıca, büyükşehirlerin değişik

yerlerinde birbirinden tamamen farklı nitelikte sorun ya da ihtiyaçların ortaya çıkması nedeniyle, büyükşehir belediyelerinin sahip oldukları yetkilerinin ilçe belediyelerinin sahip olduğu yetkilerle aynı olmamasının kamu hizmetinin gereğinden kaynaklandığını belirtmiş ve 73. maddenin dördüncü fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹²³.

Öte yandan belirtmekte fayda var ki, 5393 s. Kanun'un 73. maddesi ile "kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamalarının büyükşehirlere verilmesi, daha önce 5216 sayılı Kanunla büyükşehirlere verilen yetkilere ve İmar Kanunu'na aykırılık taşımamaktadır. Zira 5216 sayılı Kanun'un 7/1-b maddesine göre, il çevre düzeni planı ile nazım imar planı ve uygulama imar planlarının büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacağı/yaptırılacağı düzenlenmiştir. Diğer taraftan, aynı maddenin 2. fıkrasında ilçe belediyelerinin görev ve yetkileri sayılmıştır. İkinci fıkranın (a) bendine göre, büyükşehir belediyeleri içindeki ilçe belediyelerinin Kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler ile birinci fıkra da sayılanlar dışında kalan görevleri yapacağı ve yetkileri kullanacağı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca, 3194 sayılı İmar Kanun'un 4. maddesine göre, bu Kanunun genel bir kanun olduğu ve Kanuna istisna getiren özel kanun hükümleri ile İmar Kanunu hükümlerinin çatışması durumunda özel kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, birer imar planı niteliğinde olduğunu belirttiğimiz kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamalarının 5393 sayılı Kanun'un 73. maddesi ile büyükşehir belediyelerine verilmesinde hukuka aykırılık görülmemektedir.

Bu noktada, kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamaları konusunda büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasındaki yetki bölüşümünün ilçe belediyeleri aleyhine ortaya çıkmasıyla gündeme gelen yerellik ilkesinin hiçe sayıldığı endişesinin altında kanımızca teorik altyapısı düzgün bir şekilde temellendirilmeden yürürlüğe sokulan Kanunlarla yerel yönetim biçimlerinin oluşturulması yatmaktadır. Başka bir deyişle, kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamalarının büyükşehir belediyelerine verilmiş olması yukarıdaki anılan diğer Kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda 5393 s. Kanun'un getirmiş olduğu orijinal bir sorun değildir.

Anayasa'nın 127/3. maddesinin "büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir" hükmünde geçen "büyük yerleşim merkezleri" ifadesi "büyük yerleşim yerleri" olarak yanlış bir yorumlanmış¹²⁴ 6360

¹²³ AYM, E. 2010/82, K.2012/159, T. 18.10.2012, RG.,T 23.07.20.13, S. 28716.

¹²⁴ Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 2012 tarih ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, Anayasanın 127. maddesine aykırılığına ilişkin açılan iptal davasında Kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin vermiş olduğu kararının bir bölümünde Anayasa m.127'de geçen "büyük yerleşim merkezleri"

*sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Kanun*¹²⁵ ile bilhassa İstanbul, Ankara, İzmir dışındaki diğer illerde, il merkezinden kopuk ve oldukça uzak olan ilçelerin il merkezine katılmasıyla büyükşehir belediyesine dönüştürülmüştür. Bununla birlikte, bu illerdeki köyler mahallelere dönüştürülerek ilçelere katılmış ve il özel idareleri de kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi de 6360 sayılı Kanunun iptaline ilişkin açılan davada verdiği kararla dava konusu Kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹²⁶.

Diğer taraftan 5216 sayılı Kanunla büyükşehir belediyelerine tüm ili kapsayacak şekilde münhasır yetkiler verilerek ilçe belediyelerinin yetkileri minimuma indirgenmiş ve ilçe belediyeleri etkisizleştirilmiştir. Böylelikle, il merkezinden uzak olan ilçelerin müşterek ihtiyaçları gidermeye yönelik hizmetlerin önemli bir kısmı büyükşehir belediyelerince karşılanmaya başlanmış ve bu hizmetlerin karşılanması noktasında halka yakınlık ilkesine aykırılık sorunu ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi ise gerek yukarıda anılan kararında gerekse büyükşehir belediyelerine ilişkin vermiş olduğu diğer kararlarında ilçe belediyelerinin etkisizleştirilmesi sorununu görmezden gelerek büyükşehir belediyelerinin Anayasa 127. maddesine binaen kurulmuş

kavramına ilişkin yapmış olduğu tartışma şu şekildedir; *"Anayasa'nın 127. maddesinde, büyük yerleşim merkezlerinin ne anlama geldiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı gibi bu yerler için getirilecek özel yönetim biçimlerinin sınırları hakkında da herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Bir başka ifadeyle Anayasa, bu iki konuya ilişkin düzenleme yetkisini yasama organının takdirine bırakmıştır. Kanun koyucu, izlediği mahallî idareler politikasına bağlı olarak, bir ilin toprak büyüklüğü, barındırdığı nüfus ve bunun dağılımı, coğrafi yapısı, yerleşim yerinin büyükşehire yakınlığı, mahallî müşterek ihtiyaç ve sorunların büyükşehir belediyesi ve çevresini ilgilendirmesi gibi ölçütleri dikkate alarak, büyükşehirler kurabilir ve bunların sınırlarını belirleyebilir".* AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013, RG., T. 18.9.2014, S. 29123. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını eleştiren Gözler ise, *"Yirmi dokuz ilde büyükşehir belediyesi kurulmasının, Anayasa m.127/3'teki "kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir" şeklindeki hükme dayandırılabilceği hususu pek şüphelidir. Anayasamız her yerleşim merkezinde özel yönetim biçimi, yani büyükşehir belediyesi kurulmasına imkân vermemekte, sadece "büyük yerleşim merkezleri" için bu imkânı tanımaktadır... "büyük" sıfatı tanımlanması güç bir sıfat olmakla birlikte Türkiye'de büyükşehir belediyesi kurulan 29 ildeki yerleşim merkezinin Anayasamız, m.127/3 anlamında gerçekten "büyük" olup olmadığı çok tartışmalıdır. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi bir şeyin büyük olması için diğer şeyler karşısında istisnai oluşturması gerekir. Türkiye'de büyükşehir belediyesi kurulan 29 ilin, geri kalan iller karşısında gerek yüzölçümü, gerekse nüfus bakımından istisnai bir durumda olduğunu söylemek çok zordur. Bu gidikle Türkiye'de bütün illerde bir büyük-şehir belediyesi kurulacaktır. O zaman her hâlde bunun Anayasa m.127/3, son cümleye uygun olduğunu kimse iddia edemeyecektir".* Bkz. Kemal GÖZLER, "6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler", **Legal Hukuk Dergisi**, C.11, S. 122, Şubat 2013, s. 51.

¹²⁵ RG., T. 06.12.2012, S. 28489.

¹²⁶ AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013, RG., T. 18.9.2014, S. 29123.

bir yerel yönetim biçimi olduğunu ve mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama konusunda yetkili olduğunu belirtmekle yetinmiştir¹²⁷.

5393 s. Kanunu'nun 73. maddesi ile büyükşehir belediye meclisince uygun görülmesi halinde ilçe belediyelerinin de kendi sınırları içinde kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabileceği belirtilmiştir. Takdir yetkisi mutlak olmayıp, kamu yararı gerekliliği ile sınırlandırıldığı¹²⁸ için büyükşehir belediyeleri Kanunla kendilerine verilen takdir yetkisini ilçe belediyelerinin kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamalarını gerçekleştirebilmesi yönünde veyahut birlikte hareket etmeleri yönünde kullanılmalıdır. Benzer bir ifadeyle, büyükşehir belediyelerinin zorunluluk arz etmediği sürece kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamalarının ilçe belediyelerince uygulanmasına izin vermesi gerekmektedir¹²⁹.

C. Kentsel Dönüşümü Hedefleyen Diğer Düzenlemeler bakımından İdarelere Verilen Yetkiler

Türk hukukunda kentsel dönüşümü düzenleyen yasal düzenlemeler yanı sıra ihtiva ettiği hükümler bakımından kentsel dönüşüme hizmet eden bir takım yasal düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemeler, 3194 sayılı İmar Kanunu, 775 sayılı Gecekondu Kanunu¹³⁰, 2935 sayılı Toplu Konut Kanunu'dur¹³¹.

1. 3194 sayılı İmar Kanunu

3194 sayılı İmar Kanunu'nun birinci maddesine göre, "Bu Kanun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir". Kanunun ikinci

¹²⁷ "Öte yandan, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesiyle büyükşehir belediyelerinin kurulmasına imkân sağlanmış ise de büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyelerin görev ayrımıyla ilgili olarak Anayasa'da herhangi bir hükme yer verilmemiş, bu husus kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu, Anayasa'nın aynı maddesinde sözü edilen yerinden yönetim ilkesini gözeterek mahalli müşterek ihtiyaçlar kapsamında değerlendirdiği görev ve hizmetlerden hangilerinin büyükşehir belediyesince yerine getirileceğinin belirlenmesi hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda ilçe belediyelerinin bazı görev ve yetkilerinin büyükşehir belediyelerine devri işin doğası gereğidir. Büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki belediyelerin, diğer belediyelerin sahip oldukları tüm yetki ve görevleri aynen korumaları büyükşehir belediyesi kurulmasındaki amaçla bağdaşmaz. İlçe belediyelerinin Anayasayla koruma altına alınan münhasır bir görev alanı bulunmadığından kanun koyucunun, mahalli müşterek ihtiyaçlardan hangilerinin büyükşehir belediyelerinin görev alanına dâhil edileceği konusundaki takdir yetkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir". AYM, E. 2015/34, K. 2015/48, T. 13.5.2015, RG., T. 23.5.2015, S. 29364.

¹²⁸ Dan., 5D., E. 76/3974, K. 78/3459, T. 6.12.1978.

¹²⁹ ÜSTÜN, s. 79.

¹³⁰ RG., T. 30.07.1966, S.12362.

¹³¹ RG., T. 17.3.198, S. 18344.

maddesi ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapıların bu Kanun hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir.

İmar planları, belirli bir yerleşim yerinin toplumsal, ekonomik ve demografik durumuna binaen mevcut olan veya ortaya çıkacak sorunların çözümüne ilişkin hizmetleri belirleme eylemidir¹³². Dolayısıyla, bir şehrin gelişmesinde hayati öneme sahip olan imar planlarının¹³³ düzenlendiği temel kanun olan İmar Kanunu, belirli planlar dâhilinde sağlıklı bir yerleşimi hedeflemektedir¹³⁴.

İmar Kanununun “arsa ve arazi düzenlemesi” başlıklı 18. maddesi ile belediyelere ve il özel idarelerine plansız yerleşim alanlarının imar planlarına uygun olarak yeniden düzenlemesine, yeni kamusal alanların oluşturulmasına imkân verilerek yerleşim alanlarının dönüşümü sağlanmaktadır¹³⁵. Düzenlemeye göre, belediyeler ile mücavir alan dışında valilikler “İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re’sen tescil işlemlerini yaptırmaya...” yetkilidir.

İmar Kanununda, kentsel dönüşümü hedefleyen düzenlemelerden biri de “Yıkılacak derecede tehlikeli yapılar” başlıklı 39. maddenin olduğu söylenebilir. Madde hükmüne göre, bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilecek yapıların sahiplerine, tehlike derecesine göre bunun giderilmesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibinin bulunmaması halinde binanın içindekilere tebligat yapılır. Tebligatı müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlike ortadan kaldırılmazsa bu işler belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı %20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir.

Kentsel dönüşüm bakımından İmar Kanunu’nun fonksiyon ve işlevine ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, Kanunun yukarıda anılan hükümleri plansız yerleşim yerlerinin yeniden düzenlenmesini hedeflediği için aynı zamanda kentsel dönüşüme hizmet ettiğini söyleyebiliriz. Ancak gerek Kanun’un imar ve yapılaşmaya ilişkin genel bir Kanun niteliğinde olması¹³⁶

¹³² Halil KALABALIK, İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara: Seçkin Yay., 2005, s. 45.

¹³³ Ferruh YILDIZ, İmar Bilgisi: Planlama, Uygulama, Mevzuat, 4. Bs., Ankara: Nobel Yay., 2006, s. 153.

¹³⁴ ÜSTÜN, s. 177; YASİN, s. 112.

¹³⁵ ÜSTÜN, s. 177.

¹³⁶ 3194 s. İmar Kanunu m.4: “2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu Kanunun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı

gerekse kentsel dönüşümü düzenleyen yasal düzenlemelerin İmar Kanuna aykırı düzenlemeler getirmesi Kanunda yer alan düzenlemelerin kentsel dönüşüm uygulamaları bakımından etkisizleştirdiğini söyleyebiliriz. Örneğin, 5366 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, 5366 sayılı Kanun kapsamında yer alan yenileme alanlarında, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla, diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, 5366 sayılı Kanun kapsamında hazırlanacak yenileme projeleri İmar Kanuna göre hazırlanmış mevcut imar planlarına aykırı kullanım şekilleri öngörebilir¹³⁷. Bu durumda İmar Kanunu geri bırakılarak özel bir kanun olan 5366 sayılı Kanun hükümleri geçerli olacaktır.

2. 775 sayılı Gecekondu Kanunu

Sağlıksız yaşam çevrelerinin en tipik örneği olan gecekondu tipi yapılaşma¹³⁸ herhangi bir plana bağlı olmaksızın meydana geldiği için bu tip yapılaşmanın yoğun olduğu bölgelere başta yol, su, elektrik gibi temel kamu hizmetlerinin ulaştırılması bile oldukça güçtür¹³⁹.

Gecekondu Kanunu m.2 ye göre, "İmar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalmaksızın, kendisine ait olmayan arazi veya arsalar üzerinde¹⁴⁰, sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılar" olarak tanımlanan gecekonduların ıslahı, tasfiyesi, yeniden gecekondu yapımının önlenmesi için alınması gereken tedbirler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.

İstanbul Boğaziçi Kanunu ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde, bu Kanunun özel kanunlara aykırı olmayan hükümleri uygulanır".

¹³⁷ YAŞIN, Tarihi Mekanların Dönüştürülmesi Sürecinde Mahalli İdarelerin Rolü, **Legal Hukuk Dergisi**, Eylül-2006, s. 2713.

¹³⁸ Gecekondu sorununun ortaya çıkışı birçok yönüyle ele alınması gerekir. Öyle ki, yakın tarihimizde nüfusun dramatik artışı ve endüstriyel tarımın gelişimine bağlı olarak işsizlik sorunu çıkmış böylelikle kırsal kesimden kentlere doğru yoğun göçler oluşmuş ve kentlerde konut sıkıntısı yaşanmaya başlamıştır. Hal böyleyken, gerek birtakım siyasi kaygılar nedeniyle siyasilerin gerekse yasaların uygulanmasında görevli olan idarecilerin tavizleri neticesinde sağlıksız yerleşim alanlarının oluşumuna sebebiyet vermiştir. Bununla birlikte idarecilerin gecekondu sorununa bakışı yüzeysel olmanın ötesine gidememiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa KAYA, "Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 6, 1989, s. 860 vd.; Ruşen KELEŞ, **100 Soruda Türkiye'de Şehirleşme, Konut, Gecekondu**, Ankara: 1972, s.120 vd.

¹³⁹ KALABALIK, İmar Hukuku, s. 693; KAYA, s. 864.

¹⁴⁰ "Gecekondu yada yapının kısmen başkasının arsasına tecavüzlü olarak yapılmasıdır. Böyle bir durumda Gecekondu Kanunu değil, 3194 sayılı -yeni imar Kanunu'na göre işlem yapılmalıdır... Hisseli arsalarla yapılan gecekondu da 3194 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekir". Bkz. KAYA, s. 864.

Kanun, gecekonduların ıslahı, tasfiyesi ve alınması gereken tedbirler konusunda Belediyeleri yetkili kılmıştır. Ayrıca 5216 s. Büyükşehir Belediyesi Kanunu m.7/1-c ye göre, Büyükşehir Belediyesi de Gecekondu Kanunu'nda belediyelere verilen yetkileri kullanma yetkisini haizdir.

Kanunun 4. maddesi ile gecekonduların ıslah, tasfiye ve önleme bölgeleri içinde bulunan binalı ve binasız vakıf taşınmaz mallarının Kanunda belirtilen amaçlarda kullanılmak üzere, belirli şartlar dâhilinde bedeli ödenerek ilgili belediyelerin mülkiyetine geçeceği düzenlenmiştir. Belediye meclislerince belediyelerin mülkiyetinde bulunan arsa ve araziler ile Kanunun 4. maddesi ile mülkiyetine geçen arsa ve araziler tespit edilip bunlar içinde TOKİ tarafından uygun görülenler üzerinde konut yapılır(m.7).

Gecekondu Kanunu, mevcut gecekonduların tasfiyesi ile yeni gecekondu yerleşimlerinin oluşumunu engellemeyi, sağlıklı yaşam alanları oluşturmayı ve böylelikle kentsel dönüşüme yönelik uygulamalara zemin hazırlamayı amaç edindiği ileri sürülebilirse de ihtiva ettiği düzenlemeler bakımından gecekondu sorununa getirdiği çözümlerin yetersiz olduğu söylenebilir¹⁴¹. Bilhassa Kanunun 7. maddesindeki düzenleme ile konut sorununa çözümler üretilmeye çalışılmış fakat gecekondu tipi yapılaşmanın esas nedenlerini oluşturan ekonomik ve sosyal sorunları kapsayan çok yönlü çözümlere yer verilmemiştir¹⁴².

3. 2935 sayılı Toplu Konut Kanunu

Batıda olduğu gibi sanayileşme ve göç vb. etkenlerin doğal bir sonucu olarak kentleşmenin yaşandığı Türkiye'de Anayasanın konut hakkına ilişkin 57. maddesinin *"Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetken bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler"* hükmüne binaen konut ihtiyacının karşılanması ve buna ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi amacıyla 2935 sayılı Toplu Konut Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Kanun koyucu tarafından daha önce izah ettiğimiz üzere kentsel dönüşümü düzenleyen ilgili kanunlarda öngörülen kentsel dönüşüm uygulamalarında kendisine önemli görev ve yetkiler verilen TOKİ 2985 Sayılı Kanun'la kurulmuş Başbakanlığa bağlı kamu tüzel kişiliği haiz bir kuruluşur¹⁴³.

Kanun'un "amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinde geçen *"konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır"* ifadesi geniş yorumlanmaya elverişli yapısından

¹⁴¹ ÜSTÜN, s.181-182; YASİN, s. 114

¹⁴² ÜSTÜN, s. 181. Nitekim 775 sayılı Kanunun 25. maddesine göre, 7 nci madde gereğince tespit olunan önleme bölgelerindeki arsaların, öncelikle gecekonduların ıslahı ve tasfiyesi sebepleriyle açıkta kalacaklara ve diğer konutsuz vatandaşlara verileceği belirtilmiştir. Ancak Kanunun 26. maddesinde arsaların bedel karşılığında verileceği düzenlenmiştir.

¹⁴³ 2985 sk. Ek madde 1 : *"Başbakanlığa bağlı ve kamu tüzel kişiliğine sahip Toplu Konut İdaresi Başkanlığı kurulmuştur"*.

ötürü devletin doğrudan doğruya konut üretmek kamusal ihtiyacı karşılayıp karşılayamayacağı tartışmalıdır. Öte yandan, devletin konut üretimini özendirme ve desteklemesinin Anayasa uygunluğu konusunda ise tereddüt yok gibidir. Kanunun kapsamında konut ihtiyacının karşılanması konut inşaatını yapanların tabi olacağı usul ve esasların düzenlenmesi, memleket şart ve malzemelerine uygun endüstriyel inşaat teknikleri ile araç ve gereçlerin geliştirilmesi ve devletin yapacağı desteklemeler yer almaktadır.

2985 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında TOKİ'nin gelir kalemleri tek tek sayılmış, ikinci fıkrasında ise gelirlerin ne amaçla kullanılacağı düzenlenerek bir bakıma Kanun kapsamında TOKİ'nin yürüteceği faaliyetlerin konusu belirlenmiştir. Kanuna göre, TOKİ'nin kaynakları çok çeşitli amaçlara tahsis edilmiştir¹⁴⁴.

İmar planı yapma konusunda TOKİ'nin kapsamlı yetkilerle donatıldığı gözlemlenmektedir. Kanunun 4. maddesinin ilk fıkrasının 2008'de uğradığı değişiklik¹⁴⁵ sonrası aldığı son haline göre, TOKİ gecekondü dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve arazilerde veya valiliklerce toplu konut iskân sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki planlar ile imar planlarını yapmaya, yaptırmaya ve tadil etmeye yetkilidir. Bu planlar, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il ve ilçe belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, beldelerde ve diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanır. Düzenlemeye göre, Belediyeler ve valilik tarafından üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Başkanlık tarafından re'sen onaylanır. Belediyeler, valilik veya Başkanlık tarafından onaylanan bu planlar; askı, ilan ve itiraza dair kararlar da dahil olmak üzere 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine göre belediyeler ve ilgili kamu kurumları tarafından yapılacak tüm işlemler Başkanlık tarafından re'sen yapılmak suretiyle yürürlüğe konur.

¹⁴⁴ 2985 sk. m.2: "Toplu Konut İdaresinin gelirleri; a) İdare tarafından satışı yapılacak konut, işyeri, arsa ve arazilerin satış ve kira gelirlerinden, b)İdare tarafından açılacak kredilerin geri ödemelerinden, c)Hazine arsaları üzerine yapılan konut ve işyerlerinin arsa maliyet bedellerinin en çok yüzde 25'ine kadar alınacak katılım payından, d) Hazine Müsteşarlığının uygun görüşü üzerine yurt dışından sağlanacak kredilerden, e)Faiz gelirlerinden, f) Bütçe kanunları ile tahsis edilen ödenek ve 29.6.2001 tarihli ve 4705 sayılı Kanunun 1 inci maddesi uyarınca alınan harçlardan, g) Ek 1 inci maddenin birinci fıkrasının (m) bendi kapsamında; talep edilen proje ve uygulamaların İdarece yapılması veya yaptırılması için imzalanan protokollerle belirlenen inşaat bedelinin yüzde üçünden az, yüzde onundan fazla olmamak üzere, ilgili kurum ve kuruluşlardan alınacak olan idare hizmet payı tutarlarından, h) İdareye yapılacak bağış ve yardımlardan, meydana gelir".

¹⁴⁵ Değişik birinci fıkra: 24/7/2008-5793/7 md.

Yukarıda izah ettiğimiz üzere, TOKİ'nin kaynakları hangi amaçlara tahsis edilebileceği Kanun'un 2/1. maddesinde düzenlense de Kanunun ek 1. maddesinde TOKİ'nin görevleri ayrıca sayılmıştır. Bunlar, Devlet garantili veya garantisiz iç ve dış tahviller ile her türlü menkul kıymetler çıkarmak, yurt dışından, görev alanıyla ilgili harcamalarda kullanılmak üzere Hazine Müsteşarlığının uygun görüşü üzerine kredi almaya karar vermek, konutların finansmanı için bankaların iştirakini sağlayacak tedbirleri almak, bu amaçla gerektiğinde bankalara kredi vermek, bu hükmün uygulanmasına ilişkin usulleri tespit etmek, konut inşaatı ile ilgili sanayii veya bu alanda çalışanları desteklemek, konut sektörüyle ilgili şirketler kurmak veya kurulmuş şirketlere ve finans kurumlarına ortak olmak, Başkanlığın görevlerinin sadece bir kısmını oluşturmaktadır.

TOKİ ayrıca, her çeşit araştırma, proje ve taahhüt işlemlerinin sözleşmeyle yaptırılmasını temin etmek, ferdi veya toplu konut kredisi vermek, köy mimarisinin geliştirilmesine, gecekonduların dönüşümüne, tarihi doku ve yöresel mimarinin korunup yenilenmesine yönelik uygulamalar yapmak ve bu konulardaki projeleri kredilendirmek ve gerektiğinde tüm bu kredilerde faiz sübvansiyonu, yurt içi ve yurt dışında doğrudan veya iştirakleri aracılığıyla proje geliştirmek; konut, alt yapı ve sosyal donatı uygulamaları yapmak veya yaptırmak, idareye kaynak sağlanmasını teminen kâr amaçlı projelerle uygulamalar yapmak veya yaptırmak, doğal afet meydana gelen bölgelerde gerek görüldüğü takdirde konut ve sosyal donatıları, alt yapıları ile birlikte inşaa etmek, teşvik etmek ve desteklemek ve bakanlıkların talebi ve bağlı bulunduğu Bakanın onayı halinde talep konusu proje ve uygulamaları yapmak ile görevlendirilmiştir. Görüldüğü üzere, TOKİ kentsel dönüşüm uygulamalarının nihayete ermesine yardımcı olacak nitelikte¹⁴⁶ görev ve yetkilerle donatılmıştır.

2004'te getirilen Toplu Konut Kanunu ek madde 7, TOKİ'yi kentsel dönüşüm yetkileriyle donatmaktadır. Buna göre, Başkanlık, gecekonduların tasfiyesine veya iyileştirilerek yeniden kazanımına yönelik olarak gecekonduların dönüşüm projeleri geliştirebilir, inşaat uygulamaları ve finansman düzenlemeleri yapabilir. Bu amaçla gecekonduların bölgelerinde, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkuller ile 24.2.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondular Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanuna göre hak sahibi olan kişilerin haklarına konu gayrimenkullerin değeri Başkanlık tarafından tespit edilir ve Başkanlık bu kişilerle proje çerçevesinde anlaşmalar yapabilir. Bu anlaşmaların usul ve esaslarını belirlemeye Başkanlık yetkilidir.

¹⁴⁶ ÜSTÜN, s. 186.

Aynı madde uyarınca gecekondu dönüşüm projesi çerçevesinde idare tarafından yapımı gerçekleştirilen konutların bedelleri proje uygulamalarının yapıldığı illerdeki mevcut ekonomik durum, doğal afetler, konut rayiç bedelleri ve gecekondu bölgesindeki kişilerin gelir durumu göz önünde bulundurularak gerekli görüldüğünde kamuoyuna ilân edilerek yapım maliyetlerinin altında tespit edilebilir. Buna göre, konut bedellerini, ödeme şeklini ve süresini belirlemeye TOKİ Başkanının önerisi üzerine Başkanlığın bağlı bulunduğu Bakan yetkilidir.

Kentsel dönüşümle ilgili TOKİ'ye tanınan yetkiler ek madde 7 ile sınırlı değildir. 2010'da gerçekleşen kanun değişikliğiyle¹⁴⁷ getirilen ek madde 16 uyarınca, kanunlar ile verilmiş yetkiler çerçevesinde Başkanlığa devri talep edilen taşınmazların kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilen yerlerde kalması halinde, Başkanlığın devir talebi önceliklidir. Bu yerlerde Başkanlık mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ile devri talep edilen taşınmazlara ilişkin olarak Başkanlık, kanunlardan kaynaklanan tüm yetkilerini münhasıran kullanır.

Kentsel dönüşüme ilişkin yasal düzenlemelerde göz ardı edilen yerellik ilkesinin benzer şekilde 2935 sayılı Kanun'da da dikkate alınmadığı görülmektedir. Öyle ki, yerel halkın oylarıyla seçip denetlediği belediyelere ait bazı yetkiler merkezi yönetime bağlı bir kuruluş olan TOKİ'ye verilmiştir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından hazırlanan Türkiye Habitat Ulusal III Raporu'nda, bölgeler arası ve bölge içi dengesizliğin giderilmesi amacıyla kentsel arsa üretimine ve kentsel dönüşüme ilişkin yetkilerin TOKİ'ye devredilmesi olumlu olduğu belirtilmiştir¹⁴⁸. Oysa uygulamaya baktığımızda gerek TOKİ tarafından yapılan konutların parça parça ülkenin her bir kentinde dağılım göstermesi gerekse bu konutların çoğu zaman tek elden çıkmış bir mimari ve estetik bir anlayışla inşa edilmesi, kentler arası dengenin ve kent içi bütünlüğün sağlanmasına yardımcı olduğunu söylemek oldukça güçtür.

Diğer taraftan, 2003 yılında ek madde 1'e eklenen "*İdareye kaynak sağlanmasını teminen* kâr amaçlı projelerle uygulamalar yapmak veya yaptırmak" hükmü ile TOKİ'ye kanunla verilen geniş yetkilerin sadece ekonomik yönden çıkar sağlanan alanların veya projelerin göz önünde bulundurulmasına zemin hazırlamaktadır. Anılan düzenlemenin, Anayasa'nın m.57'de ki "*İdareye kaynak sağlanmasını teminen* kâr amaçlı projelerle uygulamalar yapmak veya yaptırmak" hükmüne açıkça aykırı olduğu görülmektedir. Nitekim, arsa fiyatları bakımından oldukça değerli bir bölgede konumlanmış olan Sulukule, Tarlabası gibi kendine özgü bir yapısı olan mahalleler ortadan kaldırılarak bölge halkının alışmış oldukları yaşam biçimine aykırı konut tipleri yapılmıştır. Sınırlı sayıda

¹⁴⁷ Ek: 23/7/2010-6009/61 md.

¹⁴⁸ Türkiye Habitat III Ulusal Raporu, pdf. Bkz. <http://www.csb.gov.tr> (T.20.3.2017).

ve oldukça pahalı olan yeni konutlar zengin olan kişilere satılmak suretiyle, bölgede bir nevi soylulaştırma¹⁴⁹ yapılmıştır. Yine, önceden bölgede ikamet eden halk dönüşüm sonrası bölgeye uyum sağlayamadıkları için bölgeyi terk etmek durumunda kalmışlardır.

Toplu Konut Kanunu'nun hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, öncelikli olarak ciddi bir sistematik sorun göze çarpmaktadır. Ayrıca kanunun dili, kullanılan terimler yönüyle özensizlik olduğu gibi pek çok defa değişikliğe uğramasının da etkisiyle ciddi bir bütünlük sorunu vardır. Örneğin, TOKİ'nin gelirleri gibi teknik bir konu Kanunun daha girişinde, 2. maddesinde düzenlenmişken, TOKİ'yi hukuken yaratan hüküm, ek Madde 1'de kendine yer bulabilmiştir. Yine, belediyelere ait yetkilerin merkezi yönetime bağlı bir kuruluşa devredilmesinin yerellik ilkesi ile çatıştığını belirtmek gerekir. Öte yandan, ayrıntıları yukarıda belirtildiği üzere, Toplu Konut İdaresi'ne tanınan geniş yetkiler açısından, kanunun Anayasaya uygunluğu konusunda ciddi kuşkular bulunmaktadır.

Ayrıca, gerek Kanunla TOKİ'ne verilen görev ve yetkilerin niteliği gerekse 2935 sayılı Kanunu'nun ihtiva ettiği diğer hükümler kentsel dönüşüm uygulamalarında göz önünde bulundurulması gereken toplumsal, kültürel ve ekonomik dinamikleri hesaba katmadan sadece fiziksel boyutuyla yaşam alanlarının değiştirilmesini amaçladığı söylenebilir¹⁵⁰.

Sonuç olarak, Toplu Konut Kanunu'nun tutarlı ve bütünlük arz edecek şekilde, Anayasaya uygunluğu konusunda duyarlı olunarak yeniden düzenlenmesi gerekli görünmektedir.

III. KENTSEL DÖNÜŞÜMDE İDARELERE VERİLEN YETKİLERİN YERİNDEN YÖNETİM İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk hukukunda kentsel dönüşüm kapsamında yapılacak uygulamalar konusunda yetkilerin yerel yönetimler ile merkezi idare arasında paylaştırıldığını kimi yasal düzenlemelerde ise yetkilerin büyük oranda merkezi idareye bırakıldığına dair genel bir değerlendirme yapmak mümkündür. Dolayısıyla, ülkemizin idari ve mali yönden merkezileşme eğiliminin kentsel dönüşüm uygulamalarına da yansımalarını söyleyebiliriz

¹⁴⁹ İngilizcede "Gentrification" olarak ifade edilen soylulaştırma kavramı Türkçe'de seçkinleştirme veya mutenalaştırma olarak ta ifade edilebilmektedir. Genel olarak soylulaştırma, kentin tarihi ve kültürel veyahut stratejik açıdan iyi konumda yer alan bir bölgenin yıpranması ve eskimesi sonucunda daha önce o bölgede ikamet eden yoksul halkın bölgeden sürülerek yerine yüksek gelirli kişilerin yaşamasıdır. Soylulaştırma ile bir bakıma "kentsel temizlik" yapılarak dönüşüm sonucunda dönüşüm masraflarını ödeyemeyen veya dönüşüm yapılan yere alınamayan bölge insanının gelirlerine ve yaşam tarzlarına uygun başka yerlere taşınmaya zorlanmasıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Neil SIMITH/Peter WILLIAMS, *Gentrification of the City*, London: **Routledge**, 2013, s. 33-56.

¹⁵⁰ YASİN, s. 115.

2004 yılında yürürlüğe giren 5104 sayılı Kanun'un ekinde her ne kadar "Protokol Yolu Sınır Krokisi" yer alsın da Kanun kapsamında yapılacak uygulamalar konusunda Ankara Büyükşehir Belediyesi yetkili kılınmıştır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5366 sayılı Kanun kapsamında yapılacak uygulamalarda yetkiler yerel yönetimler ile merkezi idare arasında paylaştırılmıştır. Kanunla yıpranan tarihi ve kültürel taşınmazların yenilenmesi, korunması ve yaşatılması kapsamında tespit edilecek yenileme alanları ile buralarda yapılacak uygulamalar konusunda kendi sınırları içerisinde yerel yönetimler yetkilendirilmiş ancak yenileme alan tespiti ile yapılacak uygulamalar konusunda yenileme alanlarının tespiti konusunda merkezi idareye vesayet yetkisi verilmiştir. Yine, kanun kapsamında yapılacak yenileme projelerinin uygulamaya konulabilmesi için Kültür ve Turizm Bakanlığı altında teşkilatlanmış kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarının onaylama şartı getirilmiştir. Esasen daha önce belirttiğimiz üzere, tarihi ve kültürel varlıklar sadece bir yörenin değil tüm ulusun ortak mirası olması sebebiyle Kanun koyucunun merkezi idare ile mahalli idareler arasında yetki bölüşümü yapması anlaşılabilir niteliktedir.

2005 yılında yürürlüğe giren diğer bir Kanun olan 5393 sayılı Kanun'un 73. maddesi ile yerel yönetimlere kendi sınırları içerisinde kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamaları yapma yetkisi verilmiştir. Esasen kentsel dönüşüm uygulamalarının bölgenin ihtiyacı olan sağlıklı yaşam çevrelerinin oluşturulması ile aynı zamanda bölgenin ekonomik, kültürel ve sosyal yönden ayağa kaldırılarak yeniden cazibe merkezi olması amaçlandığından yerel yönetimlere bu konuda yetki verilmesi oldukça önemlidir. Zira belirli bir yerleşim yerinde yaşayan topluluğun gereksinim duyduğu ortak ihtiyaçları belirleme konusunda merkezi idareye göre daha avantajlı konumda olan yerel yönetimler, sosyal, ekonomik ve kültürel işlevini yitirmiş olan kent ya da kent kısımlarının tekrar işlevsel hale gelmesi için daha gerçekçi ve yararlı tespitler yapabilir.

Ancak belirtmekte fayda var ki, 5393 sayılı Kanun'un 73. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları ile büyükşehir sınırları içinde yer alan ve özekliği bulunan ilçe belediyeleri kentsel dönüşüm ve gelişim projelerini uygulama konusunda bertaraf edilmesi tehlikesi ortaya çıkmıştır. Maddenin anılan fıkralarına göre, büyükşehir belediye içindeki ilçe belediyelerinin ancak büyükşehir belediye meclisince uygun görülmesi halinde kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilmektedir. Yine, büyükşehir belediyelerine kentsel dönüşüm ve gelişim projelerine ilişkin her ölçekteki imar planı, parsellasyon planı, bina inşaat ruhsatı, yapı kullanma izni ve benzeri tüm imar işlemleri tesis etme yetkisi verilmiştir. Böylelikle, ilçe belediyeleri kendi sınırları içerisinde yapılan dönüşüm ve gelişim uygulamaları konusunda işlevsiz kalabilecektir. Belirtmek gerekir ki, teorik alt yapısı tam olarak oluşturulmadan bilhassa Anadolu'da kurulan Büyükşehir belediyelerin merkezden uzak yerleşim

yerlerinde ilçe belediyelerinin görüşünü almaksızın kentsel dönüşüm ve gelişim uygulamalarını gerçekleştirmesi kamusal ihtiyaçların en yakın yönetimce karşılanması anlamına gelen yerellik ilkesine aykırılık taşımaktadır.

2012 yılında yürürlüğe giren 6306 sayılı Kanun'un 6/12. maddesine ile Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı asıl yetkili makam olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi verdiği kararlar, anılan Kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtse de, Kanun koyucu bu düzenleme ile esasen 6306 s. Kanun kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamaları konusunda Bakanlığa yerel yönetimlerin takdir yetkisi dâhilinde pasifize etme imkânı vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar Anayasa'nın 127/1. maddesinde belirtilen ve yerel yönetimlerin kuruluş amacını oluşturan mahalli müşterek ihtiyaçların yerel yönetimlerce karşılanmasına ilişkin düzenlemesine ters düşmektedir. Öte yandan, 6306 sayılı Kanun ile Bakanlığa dönüşüm uygulamalarında istediği yerinden yönetim kuruluşuna yetkilerini devredebilmesi konusunda geniş takdir yetkisi vermesi, dönüşüm uygulamalarının amacından saptırılarak siyasi ve bir takım diğer çıkarlara feda edilebilme ihtimalini gündeme getirebilmektedir.

Merkezden yönetimin aksine bölgenin genel durumuna, ekonomik ve sosyal yapısına daha hâkim olan yerel yönetimler, hangi hizmetlerin ne şekilde yürütülebileceğini daha iyi ve daha hızlı kavrayabilme imkânına sahiptir. Bu bağlamda, Kanun kapsamında yapılacak uygulamalar çok boyutlu ve uzun bir süreci kapsayacağından yurt genelinde yapılan uygulamaların gerek bir bütünlük arz etmesi gerekse her bölgenin kendine has potansiyelini geliştirmek noktasında genel strateji ve koordinasyon gibi hizmetlerin merkezde toplanması yeterli olup, Kanun kapsamında yapılacak dönüşüm uygulamalarında asıl yetkinin yerel yönetimlere verilmesi gerekmektedir. Yerel yönetimlerce yapılacak dönüşüm proje ve uygulamaların merkezi idare tarafından içeriği, usulü ve süresi kanunla açıkça düzenlenmiş bir vesayet sistemi ile birlikte ilerlemesi aynı zamanda yerinden yönetim ilkesine de uygun bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan, 6306 sayılı Kanun ile her ne kadar hizmet yerinden yönetimi olarak TOKİ'ne önemli görevler verildiğini söyleyebilirsek de kamu tüzel kişiliğine haiz olan bu kurumun Başbakanlığa bağlı olduğunu dolayısıyla Kanunla kendisine verilen işlerde Başbakanlığın sıkı bir vesayet denetimine tabi olduğunu söylemekte fayda vardır. Ayrıca, TOKİ'yi kuran 2935 sayılı Kanun'un ihtiva ettiği hükümler kentsel dönüşümü gerekli kılan toplumsal, kültürel ve ekonomik dinamiklerin yeniden işlevsel hale getirilmesi amacından ari olarak sadece fiziksel boyutuyla yaşam alanlarının değiştirilmesini amaçladığını da belirtmek gerekir.

Diğer taraftan Kanunun ek madde 1 ile TOKİ'ye, idareye kaynak sağlanması için kâr amaçlı projelerle uygulamalar yapmak veya yaptırmak yetkisinin verilmesi gerek 2935 sayılı Kanunla gerekse kentsel dönüşümü düzenleyen diğer Kanunlarla TOKİ'ye verilen geniş yetkilerin sadece ekonomik yönden çıkar sağlanan projeleri üstelenmesine teşvik etmektedir

SONUÇ

Bir yerleşim alanının sadece fiziksel sorunlarına değil bunun çok daha ötesinde var olan sosyolojik, kültürel, ekonomik sorunlarına da kalıcı çözüm arayan kentsel dönüşüm, kentin tüm sorunlarını kucaklayacak bir şekilde uygulanması gereken bir dizi idari faaliyetler sürecidir.

Kentsel dönüşüm kapsamında yapılan uygulamaları bölgenin fiziksel ve diğer sorunlarını çözerek sağlıklı yaşam yerleşimlerinin kurulmasını amaçladığı için yerleşim yerlerine ilişkin sorunların titizlikle ele alınması ve bu sorunların çözümüne ilişkin mikro düzeyde bir planlama ve strateji geliştirilmesi gerekmektedir. Kentsel dönüşüm uygulamaları, etki alanı bakımından bireylerin yaşam hakkı, çevre hakkı, konut hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri ilgilendirmesi, müessesenin hukuk disiplini bakımından ele alınmasını elzem kılmaktadır.

Yerinden yönetim ilkesi çerçevesinde yerel yönetimlerin belirli bir yörede yaşayanların o bölgede yaşamalarından doğan ihtiyaçları karşılama noktasında belirli özerkliğe sahip olması bölgenin ihtiyaçlarına karşılık verecek kamu hizmetlerinin hızlı ve etkin yürütülmesi bakımından önem arz etmektedir. Bölgenin genel durumuna hâkim olan yerel yönetimlerin çok yönlü çözümler sunan kentsel dönüşüm uygulamalarını hayata geçirebilir. Bu durum aynı zamanda yerel oylarıyla seçilen yerel yönetimlerin yapacakları dönüşüm uygulamalarına halkın iradesinin dolaylı olarak yansımaları bakımından önemlidir.

Türk Hukukunda kentsel dönüşümü içeren yasal düzenlemeler incelendiğinde, konularına göre ayrılmış yasal düzenlemeler kapsamında yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarında yetkilerin çoğu zaman merkeziyetçi bir anlayışla merkezi idareye bırakıldığı gözlemlenmektedir. Böylelikle, dönüşüm uygulamalarına ilişkin yetki bölüşümünün yerel yönetimlerle merkezi idare arasında bir dengeye oturtulmadığını göstermektedir. Aynı sorun daha katı bir biçimde büyükşehir belediyeleri ile büyükşehir içindeki ilçe belediyeleri arasında da gözlemlenmektedir. Bu durum Anayasa'nın 127/1. maddesinde belirtilen ve yerel yönetimlerin kuruluş amacını oluşturan mahalli müşterek ihtiyaçların yerel yönetimlerce karşılanmasına ilişkin düzenlemesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu noktada merkezi yönetimin yetkileri kentsel dönüşüm uygulamalarında gerekli finansal kaynaklar oluşturmak ve yerel yönetimlerin yapacağı kentsel dönüşüm kapsamında yapacakları işlemler üzerinde sınırları Kanun koyucu tarafından belirlenmiş sınırlı idari vesayet yetkisinden öteye gitmemelidir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 4. Bs, Ankara: Seçkin Yay., 2013.
- AYDINLI, Halil İbrahim /TURAN, Hilal: “Kuramsal ve Yasal Çerçeve de Türkiye’de Kentsel Dönüşüm”, Konya: **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 28, 2012.
- COUCH, Chris / FRASER, Charles /PERCY, Susan: **Urban Regeneration in Europe**, Oxford, England: Blackwell Publishing, 2003.
- GÖKSU, A. Faruk: “Kentsel dönüşüm Projelerinde Yenilikçi Yaklaşımlar”, İstanbul: **TMMOB Şehir Plancıları Odası-Kentsel Dönüşüm Sempozyumu. Yıldız Teknik Üniversitesi Oditoryumu**, 11-13 Haziran 2003.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I, 2. Bs., Bursa: Ekin Yay., 2009.
- GÖZLER, Kemal: “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.11, S. 122, Şubat 2013, s. 51.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 18. Bs., Bursa: Ekin Yay., 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ TAN, Turgut: İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, 10. Bs., Ankara: Turhan Yay. , 2014.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Turan YILDIRIM (Ed.), Eskişehir: **Anadolu Üniversitesi Yayınları**, S. 1467, 2007.
- KALABALIK, Halil: **Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku Teori-Uygulama**, Ankara: Seçkin Yay., Mayıs- 2005.
- KALABALIK, Halil: İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma) , Ankara, 2005.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: “Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi”, Ankara: **Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu**, 2013, s. 65-97.
- KARAMAN, Aykut: “Dönüşüm Projelerinde Kentsel Tasarımın Rolü”, İstanbul, **Uluslararası 14. Kentsel Tasarım ve Uygulamalar Sempozyumu**, MSÜ Yay., 2003.
- KAYA, Mustafa: “Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 6, 1989.
- KELEŞ, Ruşen: “Kentleşme Ve Konut Politikası”, Ankara: **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları**, 1984.
- KELEŞ, Ruşen: “Kentsel Dönüşümün Tüzel Altyapısı” **Mimarist**, S. 12, Y. 4, 2004

KELEŞ, Ruşen: **100 Soruda Türkiye’de Şehirleşme, Konut, Gecekondu**, Ankara, 1972.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.

ÖNGÖREN, Gürsel: “Kentsel Dönüşüm Rehberi”, http://ongoren.av.tr/wp-content/uploads/ads/PDF/yayinlar/gursel-ongoren/kentsel-donusum-hukuku_kentsel-donusum-rehberi.pdf, (T. 24.10. 2016).

ÖZAY, İl Han: **Günüşğında Yönetim**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.

ÖZDEN, Pelin Pınar: **Kentsel Yenileme**, Ankara: İmge Kitabevi, 2008.

SİMİTH, Neil /WİLLİAMS, Peter: **Gentrification of the City**, London: **Routledge**, 2013, s. 33-56.

ŞAHİN, Cenk: “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler” in **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Melikşah YASİN/ Cenk ŞAHİN (Ed.), İstanbul: İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yay., No. 2013/1, 2013, s. 49- 69.

ŞİŞMAN, Aziz /KİBAROĞLU, Didem: “Dünyada ve Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları”, Ankara: **TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı**, 11-15 Mayıs, 2009.

UZUN, Nil: “Yeni Yasal Düzenlemeler ve Kentsel Dönüşüme Etkileri”, **Planlama Dergisi**, S. 2, 2006.

ÜSKÜL, Zafer: “Sübzidiarite İlkesi Üzerine Düşünce Alıştırmaları”, Ankara: Yeni Türkiye, Y. 1, S. 4.

ÜSTÜN, Gül: **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yay., Kasım-2014.

YASİN, Melikşah: “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu” **TBB Dergisi**, Sayı 60, 2005.

YASİN, Melikşah: Tarihi Mekanların Dönüştürülmesi Sürecinde Mahalli İdarelerin Rolü, **Legal Hukuk Dergisi**, Eylül-2006.

YAŞAR, Hasan Nuri: İdare Hukuku, 3. Bs., İstanbul: Der Yay., 2016.

YAŞAR, Hasan Nuri: İmar Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul: Beta Yay., 2009.

YILDIRIM, Turan/ YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ ÖZDEMİR, H. Eyüp/ ÜSTÜN, Gül/ TEKİNSOY, Özge OKAY: İdare Hukuku, 6. Bs., İstanbul: On İki Levha Yay., 2015.

YILDIZ, Ferruh: İmar Bilgisi: Planlama, Uygulama, Mevzuat, 4. Bs., Ankara: Nobel Yay., 2006.

YILDIZ, Hayrettin: **Fransız Yerel Yönetimler Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

YILMAZ, Halit: “Çevre Düzen Planına İlişkin Güncel Düzenlemeler ve Sorunlar”, TBB Dergisi, S. 72, s. 78-94, 2007

YILMAZ, Nurcan: “Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projeleri” in **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Melikşah YASİN/ Cenk ŞAHİN (Ed.), İstanbul: İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yay., No. 2013/1, 2013, s. 261- 284.

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ MADDE 74 VD. UYARINCA SÖZLEŞME İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Responsibility for Breach of Contract Under Article 74 ff. of the Vienna Sales Convention

Arş. Gör. Pelin KURŞAT¹

Geliş Tarihi: 15.05.2018 Kabul Tarihi: 08.06.2018

ÖZET

1988 yılında yürürlüğe giren Viyana Satım Sözleşmesi(CISG), milletlerarası alanda satım sözleşmesine ilişkin yeknesak hukuk kurallarının oluşmasında oldukça önemli bir yere sahiptir. Antlaşma kapsamında sözleşme ihlalinin meydana gelmesi halinde, öngörülen daimi yaptırım türü tazminat yaptırımıdır. İhlale yol açan tarafın kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, karşı tarafın tazminat talep etme hakkı söz konusudur. Bu hak doğrultusunda hem fiili zararların hem de yoksun kalınan karın talep edilebilmesi mümkündür. Ancak bu hak öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlandırılmış olup, ödenecek tazminat sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulduğu sırada öngördüğü yahut öngörmesi gereken zararlar ile sınırlıdır. Bu tazminat sorumluluğundan kurtulabilmek için ise; sözleşmeyi ihlal eden tarafın kontrolü dışında gerçekleşen, sözleşmenin kurulması anında hesaba katılması mümkün olmayan ve sonuçları ile beraber kaçınılmaz olan bir engelin varlığı aranır.

Anahtar Kelimeler: Viyana Satım Sözleşmesi, Sözleşmenin İhlali, Kusursuz Sorumluluk, Öngörülebilirlik ilkesi.

ABSTRACT

United Nations Convention on International Sales of Goods (CISG), which entered into force in 1988, has a very important place in the formation of uniform rules of law on the international sales contract. In the event of breach of the contract under the CISG, the foreseen type of permanent sanction is compensation. Regardless of whether the infringer is defective, the counterparty has the right to claim compensation. It is possible that both the actual losses and the loss of profits can be claimed in line with this right. However, this right is limited to the foreseeability principle, and the compensation to be paid is limited to the damages that the breach party ought to have foreseen or foresaw at the time the contract is established. In order to get rid of this compensation liability; the presence of an obstacle which is outside the control of the breach party and which is not possible to participate in the account at the time of the establishment of the contract and which is inevitable with its consequences is sought.

Keywords: CISG, Breach of Contract, Strict Liability, Foreseeability Principle.

¹ Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, kursat@tau.edu.tr

GİRİŞ

Viyana Satım Sözleşmesi² milletlerarası alandaki satım ilişkilerine ve bu ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkan ihtilaflara yönelik pratikliğin sağlanabilmesi amacıyla birden fazla hukuk sisteminin bir araya getirilmesi ile oluşturulmuştur³. Antlaşma milletlerarası mal satım sözleşmelerine uygulanacak olan maddi borçlar hukuku düzenlemelerini içerecek şekilde kaleme alınmış olup, bu sözleşmelere uygulanacak yeknesak kuralların benimsenmesinde büyük rol oynamıştır. Türkiye bu Antlaşma'ya 5870 sayılı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun⁴'un kabul edilmesinin ardından, 7 Temmuz 2010 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. Bununla birlikte, Antlaşma Türkiye'de CISG m. 99 f. 2 gereği 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Çalışma kapsamında sözleşmenin ihlali dolayısıyla CISG m. 74 vd. hükümlerinden doğan sorumluluk ele alınacaktır. CISG sistematığında bu sorumluluk belirlenirken ilk aşamada m. 74'ün öngördüğü genel tazminat kuralı ve ardından m. 75 ve 76'nın somut ve soyut zarar hesaplamasına ilişkin özel hükümleri, m. 77'nin öngördüğü zararı azaltma külfeti ve son olarak da m. 79'un sorumluluktan kurtuluş mekanizmasının dikkate alındığı görülmektedir. Çalışma içerisinde öncelikle sözleşme ihlaline ilişkin genel bakış açısına değinilecektir. Ardından m. 74 vd. hükümlerden doğan sorumluluk, Antlaşma'da belirlenmiş olan sistematik göz önüne alınmak suretiyle tazminat talebi ve tazminat sorumluluğundan kurtulma başlıkları altında incelenecektir.

1. Sözleşmenin İhlali

1.1. CISG Sisteminde Sözleşmenin İhlali

CISG sisteminde sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alıcı ve satıcının sahip olduğu hukuki imkanlara⁵ ayrı ayrı yer verilirken, ifa engelleri⁶ bakımından bir

² Çalışmamız içerisinde "CISG" yahut "Antlaşma" olarak anılacaktır

³ **Andrew Kennedy**, Recent Developments: Nonconforming Goods under the CISG - What's a Buyer to Do?, Dickinson Journal of International Law, C. 16, S. 21998, s.a. 319-341. Erişim için bkz. <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=psilr> Erişim Tarihi: 01.12.1017, s.319; **Mehmet Can Açıkalın**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG) Sözleşmenin Esaslı İhlali Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 10-11. CISG sistemine bakıldığında *common law* ile *civil law* hukuk sistemlerinin bir araya getirilmeye çalışıldığına ilişkin bkz. **M. Yeşim Atamer**, Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 281.

⁴ RG. 14 Nisan 2009, S. 27200.

⁵ Alıcının sahip olduğu hukuki imkanlar CISG m.45 ila 52 hükümleri arasında, satıcının sahip olduğu hukuki imkanlar ise CISG m. 61 ila 65 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

⁶ Türk doktrinde ifa engelleri kavramının ilk kez Serozan tarafından 1975 yılında Sözleşmeden

ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bir diğer deyişle imkansızlık, temerrüt, ayıplı ifa, *aliud* ifa veya eksik ifa gibi sözleşmeye aykırılık sebeplerine özel olarak yer verilmeyerek; bu kurumların hepsi sözleşmeye aykırılık kavramı altında ele alınmaktadır⁷. Bu şekilde, ayrıma gidilmemiş olması Antlaşma'nın *common law* hukuk sistemindeki yapıya yakın bir yol izlediğini göstermektedir⁸. Zira *common law* hukuk sistemindeki warranty kurumu borçlunun üstlenmiş olduğu yükümlülükleri bir garanti taahhüdü olarak kabul etmekte, sözleşmeye aykırılık oluşturan hallerin tümünü bir çatı altında toplamaktadır⁹.

Bu şekilde sözleşmenin ihlaline ilişkin hususların *common law* hukuk sisteminin etkisi ile yapılandırılmış olduğunun tespiti, bu ihlallere yönelik yaptırımların ne şekilde düzenlenmiş olduğu sorusunu beraberinde getirir¹⁰. Zira görülmektedir ki; Antlaşma ile sözleşmeye aykırılık sebepleri bakımından bir ayırım yapılmamış olmakla birlikte, sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi durumunda uygulanacak yaptırım bakımından aynı prensip takip edilmemiş ve vasıflandırmaya gidilmiştir. Bu halde öncelikle ihlalin varlığı tespit edilip, tespitten ardından ihlalin ağırlığına göre hangi yaptırımın uygulanabileceğine bakılması gerekir. Bu mesele somutlaştırıldığında; "satıcı temerrüdü söz konusu bu nedenle alıcının dönme hakkı vardır." yaklaşımı yerine "satıcının sözleşmeyi ihlali söz konusu bu durumda somut olay bakımından alıcıya sözleşmeden dönme hakkı¹¹ tanınmalı mı?" şeklinde bir yaklaşımdan bahsedilmesi gerektiği

Dönme adlı eserde kullanıldığı görülmektedir (**Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009.) Terim, edimin ifa edilmesinin başarıya ulaşmasını engelleyen olguların bir çatı altında toplanmasını sağlamıştır. **M. Yeşim Atamer**, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayınları, 2010, s.a. 317-361, s. 317-318.

⁷ **Ercüment Erdem**, "Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, s.a. 259-289, s. 76. Ayrıca bu husus CISG m. 45/1'in "Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse..." şeklinde başlayan ifadesinden de anlaşılabilir. Bkz. **Dayıoğlu**, a.g.e., s. 31.

⁸ **Yavuz Dayıoğlu**, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 32.

⁹ İngiliz hukuku bakımından ifa etmeme, geç ifa, ayıplı ifa, asli veya tali yükümlülüklerin ihlal edilmesi hallerinin tümü ayırım yapılmaksızın sözleşmeye aykırılık olarak ifade edilir. Bkz. **Reinhard Zimmermann**, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, s. 803 vd.

¹⁰ *Common law* hukuk sistemi bakımından sözleşmenin ihlali halinde asli yaptırım tazminat olup, aynen ifa ile sözleşmeden dönme hakları ancak belirli bir sınırı aşan ihlaller bakımından istisnai durumlarda söz konusu olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 290; **Zimmermann**, s.716.

¹¹ Alıcıya tanınmış olan seçimlik haklar CISG m. 46 ila m. 52 arasında düzenlenirken; tazminat hakkı CISG m. 74 ila m. 77 arasında düzenlenmektedir. Alıcının talepleri bakımından dörtlü

anlaşılır¹². Dolayısıyla yaptırımın belirlenmesi noktasında dikkat edilecek hususun ihlalin sebebi değil, ihlalin ağırlığının tespiti olduğunu söylemek uygun olur¹³.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki; CISG sisteminde sözleşmenin ihlali halinde öngörülen daimi yaptırım türü tazminat yaptırımıdır¹⁴. CISG m. 79'da yer alan ve sorumluluğu sınırlayan haller dışında, sözleşmenin ihlali bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın tazminat talebinin mümkün olduğu görülmektedir. Tazminatın daimi yaptırım olması nedeniyle, sözleşmenin ihlali halinde Antlaşma ile öngörülmüş olan seçimlik haklardan birinin kullanması tazminat talebinde bulunulmasına engel olmayacaktır¹⁵. Diğer bir ifade ile tazminat talep etme hakkı ile seçimlik haklar birbirini dışlar nitelikte değildir¹⁶.

bir ayırım yapıldığı ve sözleşmeye aykırılık halinde söz konusu olacak taleplerin aynen ifa, sözleşmeden dönme ve semenin tenzili olduğu ayrıca durumun gerekleri dikkate alınarak bu taleplere ek olarak yahut bağımsız şekilde tazminat talep edilebileceğine ilişkin bkz. **Atamer**, CISG, s. 486; **Dayioğlu**, s. 32. Burada ayrıca alıcının sözleşmeyi ihlali halinde satıcının da seçimde bulunabileceği hakları belirtmek gerekir. Bu haklar CISG m. 62 ila 65 arasında düzenlenmiştir. Buna göre, alıcının sözleşmeyi ihlali halinde satıcı bakımından gündeme gelen talepler aynen ifa, sözleşmeden dönme ve ayrıca malın özelliklerinin alıcı tarafından belirlenmesi gereken bir sözleşmede alıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda satıcının malın özelliklerini belirleme hakkı şeklinde sıralanabilecektir. Satıcının bu taleplere ek olarak yahut bağımsız şekilde tazminat talebi de gündeme gelebilecektir.

¹² **Atamer**, CISG, s. 290.

¹³ Sözleşmenin ihlali halinde hangi yaptırımın amaca uygun olduğunun tespit edilmesi ve ayrıca hangi ağırlıkta bir ihlal bakımından sözleşmeden dönme yaptırımının uygulanabileceğinin takdir edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Rona Serozan**, "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İÜHFİM**, C. 70, 2012, s.a. 207-220, s. 208; ihlalin ağırlığı ile ifade edilmek istenen husus ihlalin esaslı olup olmamasıdır. Zira yaptırımların bir kısmının talep edilebilmesi bakımından ön koşul sözleşme ihlalinin esaslı olmasıdır. Örneğin, satıcı tarafından sözleşmenin ihlal edilmişliği bir ihtimalde bu ihlalin esaslı olduğunun tespit edilmesi halinde alıcı ikame mal teslim talebine ilişkin hakkını yahut sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

¹⁴ **Ulrich Magnus**, "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: M. Yeşim Atamer, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.a. 287-307, s.288; **Açıkalin**, s. 20; **Peter Schlechtriem**, Uniform Sales Law - The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Viyana, 1986, s. 97, Erişim için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

¹⁵ Bu husus alıcının talebi bakımından CISG m. 45/2, satıcının talebi bakımından ise CISG m. 61/2'de belirtmiştir. Örneğin alıcının semen tenzili talep ettiği bir ihtimalde sözleşmeye uygun olmayan malların fiili değeri ile sözleşmede öngörülen mallar arasındaki değer farkı tespit edilerek bu fark sözleşme ile belirlenmiş olan semenden indirilecektir. Söz konusu indirim ile malların fiili değerleri arasında denge kurulması amaçlanmış olup uğramış olunan zararın tazmini söz konusu değildir. Bu halde alıcı ayrıca meydana gelen her türlü zarar bakımından tazminat talebinde de bulunabilecektir. Bkz. **Micheal Will**, Commentary on Art. 50, Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987), Editörler: Bianca-Bonell, s.a. 368-376, s. 271 Erişim için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb50.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017; **Dayioğlu**, s. 54.

¹⁶ **Atamer**, CISG, s. 334.

1.2. Sözleşmenin İhlalinde Kusurun Rolü

CISG sisteminde taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde bu ihlal bakımından tarafın kusurlu olması aranmamaktadır¹⁷. Antlaşma bu yönüyle *civil law* hukuk sisteminin¹⁸ aksine, *common law* hukuk sistemi ile benzer nitelik taşımaktadır. Zira *common law* hukuk sisteminde yer almakta olan garanti sorumluluğu prensibi, CISG kapsamında da benimsenmiştir¹⁹. Bu prensip dolayısıyla taraflar sözleşme ile yüklenmiş oldukları her türlü yükümlülüklerini yerine getirmekle mükellefler. Dolayısıyla taraflardan birinin kusuru olmaksızın herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda dahi sorumluluğu gündeme gelecektir. Buna göre sözleşmenin karşı tarafı somut olay bakımından uygun olan yaptırımı talep edebilecek olup; bu talep bakımından yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın kusurlu olup olmadığına ilişkin inceleme yapılmayacaktır²⁰.

Kusursuz sorumluluk ilkesi nedeniyle taraflar sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifası bakımından ağır bir sorumluluk altında olacaklardır²¹. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık halinde talep edilecek olan tazminat bakımından bir sınırlama ihtiyacı gündeme gelmiş olup, CISG m. 74 ile bu ihtiyaç karşılanmaya çalışılmıştır²². Bu madde gereğince sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu, sözleşmeyi ihlal eden tarafça sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülebilir yahut öngörülmesi gereken zararlar ile sınırlıdır. Dolayısıyla öngörülebilirlik ölçütü dikkate alınarak, talep edilecek zarar kalemleri ile zararın miktarı belirlenecektir²³.

¹⁷ **Ayşe Elif Uluşu**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 53; **Beril Köroğlu**, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve Madde 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, 2013, S. 1-2, s. a. 775-804, s. 793.

¹⁸ *Civil law* hukuk sistemini benimsemiş olan birçok milli hukukta sözleşmeye aykırılık halinde ve sözleşmesel sorumluluğun belirlenmesinde kusurun önemli bir rol oynadığını söylemek gerekir. Örneğin; Türk hukukunda sözleşmesel sorumluluktan kaynaklanan tazminat sorumluluğunun doğmasında kusur şartı söz konusudur (TBK m. 112). Bkz. **Uluşu**, s. 51.

¹⁹ **Tuba Birinci Uzun**, "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, s.a. 151-192, 2014, s. 158; **Magnus**, Tazminat, s. 302; Köroğlu, s. 777.

²⁰ **Atamer**, CISG, s. 312.

²¹ **Birinci- Uzun**, s. 159.

²² Öngörülebilirliğe ilişkin bu düzenlemenin kusursuz sorumluluk ilkesini tamamladığı yönünde bkz. **Atamer**, CISG, s. 440; Buna karşılık, tazminat sorumluluğunu sınırlandıran bu madde ile kusur sistemine yaklaşıldığına ilişkin bkz. **Senem Saraç**, "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (Cisg)'ın 79. Maddesi Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Barosu Dergisi, C: 84, S: 3, 2010, s. a.: 1675-1683, s. 1676.

²³ **Atamer**, CISG, s. 441; **Dayioğlu**, s. 122- 123.

2. Tazminat Talebi

2.1. Genel Olarak

Antlaşma'nın "Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine ilişkin Ortak Hükümler" başlıklı beşinci bölümünün "Tazminat" başlıklı ikinci ayrımı altında yer alan m. 74 ve devamı hükümlerinde, sözleşme taraflarının, diğer hukuki imkanlarından bağımsız olarak, sözleşmenin ihlali halinde tazminat talep etme hakkının düzenlendiği görülmektedir.

CISG sistemi içerisinde yer alan bu tazminat talebi bakımından dört temel ilke söz konusudur. Bunlardan ilki tam tazmin ilkesidir. Bu ilke doğrultusunda sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan taraf, katlanmak zorunda kaldığı tüm olumsuz sonuçların tamamıyla tazmin edilmesini talep edebilecektir²⁴. İkinci olarak ele alınan ilke ise zararı aşan tazminata hükmedilmemesidir. Bu ilke doğrultusunda sözleşmeyi ihlal eden tarafı cezalandırıcı bir tazminata hükmedilmesi söz konusu olmayacak, uğranan zarar ile talep edilen tazminatın birbirine eşit olması aranacaktır²⁵. Bir diğer ilke ise kusursuz sorumluluk ilkesidir. Tazminat talebinin söz konusu olabilmesi bakımından kusur aranan bir koşul olmayıp, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusuru söz konusu olmasa dahi bu talep gündeme gelebilecektir²⁶. Son ilke ise, kusursuz sorumluluk ilkesinin sınırını oluşturan öngörülebilirlik ilkesidir. Bu ilke CISG m. 74 c. 2'de ifade edilmiş olup, ilgili cümle "*Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gereken veriler ışığında öngörmesi gereken zararı aşamaz*" şeklindedir²⁷.

Ayrıca bu talep hakkının söz konusu olabilmesi için belirli koşulların varlığı aranmaktadır. Bu koşullar sırasıyla; sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edilmiş olması, bu ihlal dolayısıyla bir zararın meydana gelmiş olması, bu ihlal ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması ve son olarak CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmanın gerçekleşmemiş olmasıdır. Sayılan bu koşulların var olması durumunda meydana gelen tazminat talebi yalnızca sözleşme taraflarınca kullanılabilir olup, üçüncü kişilerin satım sözleşmesine dayandırdıkları tazminat taleplerini²⁸ CISG kapsamında ileri sürmeleri mümkün

²⁴ Ingeborg Schwenger, "Commentary on Art. 74-77", Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Ed.: Schwenger, Ingeborg, Oxford 2010, s.a. 999-1048, s. 1000; Djahongir Saidov, The Law of Damages in International Sales – The CISG and other International Instruments, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2008, s. 26; Zafer Zeytin, Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmeleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 164.

²⁵ Amerikan hukuk sisteminde kabul edilmiş olan caydırıcı nitelikteki tazminata yer verilmediği belirtilmektedir. Bkz. Magnus, Tazminat, s. 290; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, International Sales Law, Oceana Publications, 1992 s. 299, Erişim içi bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

²⁶ Huber-Mullis, s. 256.

²⁷ Öngörülebilirlik ilkesi için bkz. III, D, 1.

²⁸ Bu duruma özellikle çok uluslu şirketler bakımından bağlı şirketin satım sözleşmesini

olmayacaktır²⁹.

2.2. Tazminat Talebinin Koşulları

2.2.1. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali

Sözleşme ile yüklenilen edimin yahut yan borçların, sözleşme ile kararlaştırılmış olan nitelik ve usule uygun şekilde ifa edilmemesi yahut hiç ifa edilmemesi sözleşmenin ihlalini gündeme getirmektedir³⁰. Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi ile birlikte diğer tarafın CISG m. 74 kapsamında tazminat talep etme hakkı doğacaktır. Ancak bu hüküm kapsamında bir tazminat talebinden bahsedilebilmesi için kaynağı taraflar arasında akdedilen sözleşmede yahut CISG hükümlerinde³¹ bulunan bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olmalıdır³². Buna göre; vadesinde ifa etmeme³³, vadesinden geç ifa etme, ayıplı ifa etme yahut ifanın imkansızlaşması gibi hallerin tümü tazminat talebine imkan vermektedir³⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki; tazminat talebi bakımından ihlalin geçici yahut kalıcı olmasının bir önemi bulunmamakta olup³⁵, CISG m. 25 ile tanımlanmış olan esaslı ihlalin varlığı da aranmaz³⁶.

imzalaması ve ancak zararın fiili olarak hakim şirket üzerinde doğması halinde rastlanmaktadır. Bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1005.

²⁹ **Enderlein-Maskow**, s. 298; **Dayioğlu**, s. 79; **Erdem**, BATİDER, s. 92. Tarafların sözleşmede, üçüncü kişilerin tazminat talebine ilişkin düzenleme yapmalarının mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. **Peter Huber**, Alastair Mullis, The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier.European Law Publishers, 2007, s. 280 Erişim için bkz. <https://vismoot.pace.edu/media/site/about-the-moot/perspectives/HuberMullis.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.1017; **Dayioğlu**, s. 79.

³⁰ **Dayioğlu**, s. 80; **Selin Gürkan**, "Türk Satım Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması", İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 7.

³¹ Örneğin; satıcının CISG m. 32/1'de yer alan ihbar veya m. 32/3'te yer alan bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde alıcının m. 74 vd. hükümler kapsamında tazminat talep etme hakkı söz konusu olacaktır. Bkz. **Gürkan**, s. 8.

³² **Atamer**, CISG, s. 427.

³³ Borçlunun ihtar ile temerrüde düşürülmesi kuralı CISG sisteminde yer almamaktadır. Dolayısıyla vadesinde ifa edilmeyen bir borç bakımından tazminat yükümlülüğü doğmaktadır. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 427. Buna karşılık temerrüde düşürülmenin gerekli olup olmadığına ilişkin ulusal hukuk sistemlerine bakılması gerektiği yönündeki karar için bkz. LG Flensburg 19.01.2001, CISG-Online 619. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010119g1.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017

³⁴ **Ercüment Erdem**, "Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, s.a. 259-289, s. 281. **Atamer**, CISG, s. 427. Ancak alıcının sözleşmeye uygun olmayan malı teslim alması durumunda tazminat talep edebilmesi için malları muayene etme ve sözleşmeye aykırılığı zamanında bildirme yükümlülüğü olduğuna ilişkin bkz. **Magnus**, Tazminat, s. 289.

³⁵ **Gürkan**, s. 9.

³⁶ **Erdem**, Karşılaştırma, s. 281; **Schwenzer**, Commentary, s. 1003.

Bu noktada ayrıca sözleşme öncesi görüşmeler bakımından yükümlülüklerin ihlali halinde tazminat talebinin gündeme gelip gelemeyeceği hususu incelenmelidir. Tarafların sözleşme öncesi görüşmelerden doğan yükümlülüklerine aykırı davranmalarının CISG kapsamında yer alan tazminat sorumluluğuna dahil edilmediği görülmektedir³⁷. Dolayısıyla sözleşme öncesi görüşmelerden doğan yükümlülükler aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açıp açmayacağıın tespit edilebilmesi bakımından uygulanacak ulusal hukukun dikkate alınması gerekecektir³⁸.

Sözleşmenin ortadan kaldırılması ile beraber girilen tasfiye sürecinde de tarafların bir takım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir. Bu anlamda CISG m. 81/2³⁹ uyarınca tarafların iade yükümlülükleri gündeme gelir. Tarafların bu iade yükümlülüklerine aykırı davranmaları durumunda CISG m. 74 vd. yer alan hükümler uyarınca tazminat talep edilebilmesi mümkün olmalıdır⁴⁰. Örneğin, sözleşmenin ortadan kalkmasının ardından satıcının malları geri almayı reddetmesi durumunda alıcı tarafın tazminat hakkından bahsedilebilmesi gerekir⁴¹.

2.2.2. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali Nedeniyle Zarar Meydana Gelmesi

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi ile beraber, tazminat talep etme hakkından bahsedilebilmesi için karşı tarafın malvarlığında bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁴². Bu meydana gelen zarar sonucunda, CISG m. 74'te ifade edildiği üzere hem uğranan fiili zararın hem de yoksun kalınan karın⁴³ talep edilebilmesi imkanı doğar. Dolayısıyla talep edilecek zarar bakımından, malvarlığının mevcut durumu ile sözleşme ihlali gerçekleşmeseydi alacağı durum arasındaki farkın dikkate alındığı anlaşılır⁴⁴.

³⁷ Dayioğlu, s. 80; Gürkan, s. 8;

³⁸ Schlechtriem, Uniform, s. 57; John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Edition, Kluwer Law International, 1999, s. 167, Erişim için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

³⁹ CISG m. 81/2: "Sözleşmeyi tamamen veya kısmen ifa eden taraf, sözleşme uyarınca ifa ettiklerinin veya ödediklerinin iadesini karşı taraftan talep edebilir. Her iki taraf da iade borcu altında ise, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir."

⁴⁰ Schwenger, Commentary, 1003, Dayioğlu, s. 80.

⁴¹ OLG München, 17.11.2006, CISG-Online N. 1395. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061117g1.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017

⁴² Dayioğlu, s. 81; Erdem, Karşılaştırma, s. 281.

⁴³ Örneğin; satıcı tarafından makinelerin ayıplı teslimi sonucunda alıcının fabrikasının bir süre faaliyet gösterememesi halinde bu süre boyunca yoksun kalınacak karın talep edilebilmesi mümkündür. Bkz. Atamer, CISG, s. 430.

⁴⁴ Erdem, Karşılaştırma, s. 281; Brunner, art 74 n 5. İfa menfaatinin esas alınması ile müspet zararın tazmininin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşmeden dönmüş olmaları halinde dahi müspet zararı talep edebilmeleri söz konusudur. Bu nedenle farklı bir zarar kategorisine daha ihtiyaç duyulmamış ve menfi zarardan bahsedilmemiştir. Bununla birlikte

CISG m. 74 hükmünde zararın kapsamı genel olarak ele alınmış olmakla birlikte, zarar kalemlerinin tek tek sayılmadığı görülmektedir. Hangi zarar kalemlerinin tazmin edilmesi gerektiği hususu somut olayın özellikleri dikkate alınarak saptanmalıdır⁴⁵. Ancak bu noktada özellikle değinilmesi gereken husus dolaylı zararların zarar kalemleri arasında kabul edilip edilmeyeceğidir. Örneğin; hastalıklı bir hayvanın teslim edilmesi durumunda bu hayvanın ölümü sözleşme ihlalinin doğrudan bir sonucu iken, bu hayvanın bütün sürüye hastalık bulaştırması dolaylı bir sonuç olarak meydana gelmektedir⁴⁶. Bu dolaylı malvarlığı zararı bakımından da CISG hükümleri kapsamında tazminat talep edilebilmesi gerekir. Zira Antlaşma'da doğrudan zarar dolaylı zarar ayırımına yer verilmemiştir. Dolayısıyla sorumluluğu sınırlandıran herhangi bir hal olmadığı sürece bu zararın da aynı esaslar çerçevesinde tazmin edilebilmesinin mümkün olduğunu söylemek uygun olacaktır⁴⁷.

Sözleşmenin ihlali dolayısıyla manevi zarar da meydana gelebilir. Böyle bir halde tazminat talebinin söz konusu olup olmayacağına ilişkin CISG hükümlerinde bir açıklık yoktur⁴⁸. Açıklık olmamakla birlikte kişi varlığına gelen zararlar bakımından manevi tazminat talebinin CISG bağlamında ileri sürülemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Buna karşılık, ticari hayatta ekonomik karşılığı olan manevi değerler bakımından farklı bir yaklaşım söz konusudur. Bu gibi hallerde meydana gelen zararın tazmin edilebileceği savunulmaktadır⁵⁰. Örneğin; taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali ile karşı

sözleşmeden dönülmesi durumunda menfi zararın tazminini talep de mümkündür. Menfi zararın talep edilmesi halinde sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine güvenilmiş olması dolayısıyla uğranan zarar talep edilecektir. Yani bu halde sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde malvarlığının içinde bulunacağı durum ile kurulmuş olması nedeniyle bulunduğu durum arasındaki fark talebe konu olacaktır. Konuya ilişkin bkz. **Atamer**, CISG, s. 427.

⁴⁵ **Schlechtriem-Schwenzer**, Commentary, s. 1005.

⁴⁶ Konuya ilişkin karar, OLG Thüringen, 26.05.1998, CISG- Online N. 581, Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980526g1.html> Erişim Tarihi: 01.12.2017, ancak ilgili karara konu tazminat talebi ayıba ilişkin ihbar sürelerinin kaçırılmış olması nedeniyle reddedilmiştir.

⁴⁷ **Atamer**, CISG, s. 430.

⁴⁸ CISG hükümlerinin genel olarak ticari ilişkilere uygulanmak üzere tasarlanmış olması, ticari ilişkilerin de maddi ve ekonomik bir amaca ulaşmak üzere kurulması dolayısıyla bu ilişkilerin maddi olmayan değerlere yönelik olduğundan bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Buradan hareketle ticari ilişkiler bakımından maddi olmayan değerler üzerinde bir zarar doğmasının ve bu zararın talep edilmesinin söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. **Dayioğlu**, a.g.e., s. 82; **Saidov Djakhongir**, "Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Pale International Law Review* 2002, s.a. 307-377, s. 337, Erişim için bkz. <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr> Erişim Tarihi: 01.12.2017

⁴⁹ **Dayioğlu**, s.81; **Atamer**, CISG, s. 428; Ölüm veya yaralanma nedeniyle manevi tazminat istenmesinin mümkün olmayacağına ilişkin bkz. **Erdem**, Karşılaştırma, s. 281.

⁵⁰ **Schwenzer**, Commentary, s. 1013; **Atamer**, CISG, s. 428; **Dayioğlu**, s. 82; **UNCITRAL**, Digest

tarafın müşteriler nezdinde var olan itibarını kaybetmesi durumunda uğradığı zarar CISG bağlamında tazmin edilebilecektir. Ancak bu zararın ispat edilmesi noktasında zorluk yaşanmaktadır⁵¹. Zira burada öncelikle belirli bir itibarın varlığı ve ardından sözleşmenin ihlali ile beraber bu itibar üzerinde maddi bir zararın doğmuş olduğunun ispatlanması gerekecektir⁵².

2.2.3. Nedensellik Bağı Bulunması

Tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için sözleşme ihlali ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir⁵³. Nedensellik bağına ilişkin farklı teoriler⁵⁴ söz konusu olmakla birlikte, CISG sisteminde benimsenen teorinin şart teorisi⁵⁵ olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Bu teori uyarınca, zararın meydana gelmesi bakımından sözleşmenin ihlali zorunlu şart (*conditio sine qua non*) teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, sözleşmenin ihlal edilmediği bir durumda aynı yerde, aynı anda ve aynı şekilde somut zararın doğması mümkün olmamalıdır⁵⁷.

of Case Law of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, New York, 2016, s. 335, Erişim için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf Erişim Tarihi: 01.12.1017

⁵¹ Dayioğlu, s. 81; Saidov, Methods, s. 330.

⁵² Cour d' appel de Grenoble, 21.10.1999, CISG-Online N. 574, kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021f1.html#ctoc>; Ayrıca zararın makul olacak bir kesinlik düzeyinde ispatlanması gerektiğine ilişkin bkz. Peter Schlechtriem, "Non-Material Damages Recovery Under the CISG?", Pace International Law Review (Spring 2007/1), C. 19, s. a. 89-102, s. 94-95, Erişim için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem15.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017

⁵³ Victor Knapp, "Commentary on Arts. 74-77", Commentary on the International Sales Law, Editörler: Bianca-Bonell Giuffrè: Milan, 1987, s.a. 538-367, s. 540; Dayioğlu, a.g.e., s. 84; Atamer, CISG, s. 430.

⁵⁴ Bu teoriler; şart teorisi, uygun nedensellik bağı teorisi ve normun koruma amacı teorisidir. Teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. Yeşim Atamer, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996, s. 39 vd.

⁵⁵ Örneğin; A'nın hafif ihmali ile B'nin arabasına çarpması ile yalnızca far kırılmıştır. B burada yaşadığı 10 dakikalık gecikme sonrası yola çıktığında bir zincirleme trafik kazasına karışmış ve ağır yaralanmıştır. A'nın kusurlu davranışı ile B 10 dakikalık gecikmeyi yaşamasa da zincirleme trafik kazasının gerçekleştiği yeri geçmiş olacaktı. Bu durumda A'nın aramaya çarpması ile B'nin ağır yaralanması arasında şart teorisi uyarınca nedensellik bağından bahsedilir. Bkz. Atamer, Haksız Fiil, s. 40.

⁵⁶ Atamer, CISG, s. 430; Schlechtriem-Schwenzer, Commentary, s. 1015; Saidov, Damages, s. 81; Dayioğlu, s. 84; Selin Sert, Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimsel Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 263. Buna karşılık, zararın öngörülebilir olması hususu ile uygun illiyet bağı teorilerinin uygulanmasına benzer bir durum olduğu yönünde bkz. Erdem, Karşılaştırma, s. 282.

⁵⁷ Atamer, CISG, s. 430.

CISG sistematüğinde uygun nedensellik bağının varlığının aranmadığı, nedensellik derecesine ve bu doğrultuda sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görölmektedir⁵⁸. Sorumluluğun sınırlandırılması noktasında, CISG m. 74 c. 2 uyarınca öngörülebilirlik kriteri esas alınmıştır. Gerek dolaylı gerekse doğrudan zarar bakımından tazmin etme yükümlülüğünün var olup olmadığı bu kriter baz alınarak belirlenmekte; sözleşmeyi ihlal eden taraf, öngörebileceği dolaylı zararlardan dahi sorumlu olmaktadır⁵⁹.

2.2.4. CISG m. 79 Uyarınca Sorumluluktan Kurtulmanın Gerçekleşmemiş Olması

Yukarıda ifade edildiği üzere CISG sisteminde sorumluluk bakımından kusurun varlığı aranmamakta olup, kural kusursuz sorumluluktur. Bu nedenle sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat ödeme yükümlülüğü bakımından da kusursuzluğunu ispatlaması onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Tazminata ilişkin sorumluluktan kurtulma ancak, CISG m. 79’da yer alan şartların ispatlanması ile mümkün olur⁶⁰. İlgili hükme göre; sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin öngörmesi ve sonuçlarından kaçınması mümkün olmayan bir engelden ötürü, sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa edemeyeceğini ispatlaması durumunda, bu kimsenin meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır⁶¹. Dolayısıyla sözleşmenin ihlaline yol açan tarafın, CISG m. 79’da yer alan şartları ispatlayamaması halinde tazminat ödeme yükümlülüğünün devam edeceği sonucuna ulaşılır.

2.3. Talep Edilecek Zararın Kapsamı

2.3.1. Genel Olarak

Yukarıda açıklanmış olan koşulların mevcut olması durumunda sözleşmeyi ihlal eden tarafın CISG m. 74 uyarınca tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu sorumluluk çerçevesinde tazmin edilmesi gereken zarar türlerinden ilki fiili zararlardır⁶². Fiili zararlar aktifte oluşan azalma şeklinde

⁵⁸ Knapp, s. 540; “*Bunun ötesinde “uygun” nedensellik bağının varlığı ise aranmamaktadır.*” ifadesi ile yazar nedensellik bağının derecesine ilişkin bir düzenleme bulunmadığının altını çizer. Bkz, **Atamer**, CISG, s. 431.

⁵⁹ Knapp, s. 540; **Schlechtriem-Schwenzer**, Commentary, s. 1015.

⁶⁰ **Dayioğlu**, s. 85; **Atamer**, CISG, s. 431. Sorumluluktan Kurtulmaya ilişkin detaylı açıklama için bkz. IV.

⁶¹ **Dayioğlu**, s. 140; **Yeşim Atamer**, “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, Prof. Dr.Aydın Zevkililer’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı – 2013, s. 488, Yazar ayrıca şu ifadeye yer vermiştir: “*Bu hallerde alacaklı ifayı engelleyen atipik rizikonun sonuçlarına katlanmak durumundadır.*”

⁶² **Knapp**, s. 543; Ayıplı malın geri gönderilmesi masrafları, ayıplı malın tamiri için yapılmış olan masraflar fiili zarara örnek verilebilir. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 429.

ortaya çıkabileceği gibi, pasifte oluşan artış şeklinde de meydana gelebilir⁶³. İkinci zarar türü ise yoksun kalınan kar olarak belirlenmiştir. CISG m. 74'te bu şekilde ikili bir ayrıma yer verilmiş olmakla birlikte, zararı esas olarak üç kategoride incelemenin mümkün olduğunu söylemek gerekir. Bu tasnife göre talep edilebilecek zarar kalemlerini içeren başlıklar sırasıyla, ifa etmemeden doğan zararlar, ifa etmeme zararına refakat eden zararlar ve devam eden zararlardır⁶⁴.

İfa etmeme zararı sözleşmenin ifa edilmemesinden yahut ayıplı ifa edilmesinden doğan zararları kapsamaktadır. Örneğin sözleşmenin esaslı ihlali nedeniyle, sözleşmeden dönen ve ikame mal alan alıcının, bu alım dolayısıyla yaptığı ödeme sözleşmede öngörülen ödeme arasındaki fark ifa etmeme zararı olarak meydana gelmektedir⁶⁵. İfa etmeme zararına refakat eden zararlar⁶⁶ ise ifa menfaatinin sağlanmasının yanı sıra oluşan ilave olumsuz zararlardan kaçınılması amacıyla yapılan masraflara karşılık gelmektedir⁶⁷. Örneğin; malları teslim almayı reddeden alıcı sebebiyle karşılaşılan fazladan depolama masrafları yahut ayıplı malın satıcıya geri gönderilmesine kadar depoda tutulması için yapılan masraflar ve geri gönderilmesi dolayısıyla yapılan nakliye masrafları⁶⁸ ifa etmeme zararına refakat eden zararlardandır⁶⁹. Bir diğer ve son zarar kalemi ise, devam eden zararlardır. Devam eden zarar

⁶³ Saidov, Methods, s. 317.

⁶⁴ Schwenger, Commentary, s. 1006, Dayioğlu, s. 87.

⁶⁵ Bu durumda CISG m. 75'e göre somut yöntem ile zarar hesaplanmaktadır. Ancak sözleşmedeki ihlal esaslı olmasaydı ve alıcı sözleşmeden dönmeseydi, bu durumda CISG m. 75'e başvurulması mümkün olmayacak ve zarar CISG m. 74'e göre hesaplanacaktı. Bu durumda alıcı sözleşmeden dönmemesine rağmen ikame mal alımı nedeniyle ödemiş olduğu fazla meblağı ifa etmeme zararı çerçevesinde talep edebilecekti. Bkz Dayioğlu, s. 88.

⁶⁶ Bu zararların tazmini için dava, takip ve benzeri yasal yollara başvurulması nedeniyle doğan yargılama masrafları bakımından, bu masraflara hangi tarafça ve hangi oranda katlanılacağına ilişkin ilgili mahkemenin hukukuna göre tespit edileceği genel kabul gören görüş olmakla birlikte, bazı yazarlar bu masrafların CISG m. 74 kapsamında talep edilebileceğini savunmaktadır. Konuya ilişkin bkz. Dayioğlu, s. 91.

⁶⁷ Schwenger, Commentary, s. 1009. İfa etmeme zararına refakat eden zararların, sözleşme ihlalinin sebep olacağı ilave dezavantajların bertaraf edilmesi için yapılan masrafları ifade ettiğine ilişkin bkz. Gürkan, s. 27.

⁶⁸ Ulusu, s. 22. Amerika Yüksek Mahkemesi'nin ayıplı kompresörlerin geri gönderilmesine kadar geçen süre boyunca muhafaza edilmesi ile birlikte geri gönderilmesi dolayısıyla katlanılan masrafların ifa etmeme zararına refakat eden zararlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kararı için bkz. US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online N. 140, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=140> Erişim Tarihi: 01.12.1017, bkz. Dayioğlu, s. 90, dn. 111.

⁶⁹ Malların incelenmesi için yapılan masraflar ise ancak sözleşme sona erdirildiyse yahut ikinci kez katlanılmak zorunda kalındıysa ifa etmeme zararına refakat eden zarar olarak tazmin edilebilecektir. Zira bu masraflar hali hazırda sözleşme ihlal edilmeseydi de alıcı tarafından karşılanacak masraflardır. Konuya ilişkin bkz. Schwenger, Commentary, s. 1006., Gürkan, s. 27.

kavramı ile anlatılmak istenen, sözleşmenin ihlali ile doğan ek zararlarıdır⁷⁰. Bu zarara yönelik verilen başlıca örnekler; yoksun kalınan kar⁷¹ ile itibar ve portföy kayıplarıdır⁷². Burada ayrıca sözleşmenin ihlali dolayısıyla alıcının kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı cezai şart bedelleri de alıcının devam eden zararına örnek olarak verilmektedir⁷³.

2.3.2. Zararın Hesaplanması

CISG m. 74 hükmünde zararın hesaplanmasına ilişkin genel kural düzenlenmektedir⁷⁴. Buna göre zarar; sözleşmenin ihlali dolayısıyla diğer tarafın uğradığı fiili zarar ve yoksun kalınan kar toplamıdır. CISG m. 74'ün ifadesi tazminatın hesaplanması noktasında genel kuralın somut yöntem⁷⁵ olduğunu göstermektedir⁷⁶. Bu yöntem ile, gerçekten uğranan zararın ne olduğunun ortaya koyulması ve ispatlanması⁷⁷ aranır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, itibar kaybından doğan zararın hesaplanması bakımından hakim ister istemez somut olaya uygun tahmini bir değer takdir etmesi gerekir⁷⁸.

⁷⁰ **Schwenzer**, Commentary, s. 1006.

⁷¹ **Dayioğlu**, s. 92. Amerika Federal Bölge Mahkemesi bir kararında, satıcının mali geç teslimi sebebiyle müşterisinin alıcı ile ilişkisini kesmesi sonucunda alıcının mallarını satamamasının yoksun kalınan kar olduğunu ve tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. bkz. U. S. District Court, Eastern District of Kentucky, 18.03.2008, CISG- Online N. 1652.

⁷² **Schwenzer**, Commentary, s. 1012.

⁷³ **Schwenzer**, Commentary, s. 1006; **Serozan**, CISG, s. 202. Ayrıca alıcının kendi alıcıları tarafından açılan dava ve takipler dolayısıyla ödediği yargılama masraflarının da devam eden zarar kapsamında satıcıdan tazmin edilebileceğine ilişkin bkz. **Dayioğlu**, a.g.e., s. 96.

⁷⁴ **Atamer**, CISG, s. 431-432; **Erdem**, Karşılaştırma, s. 280.

⁷⁵ Türk hukukunda somut yöntemle zararın hesaplanması hususuna TBK m. 213 f. 2'de değinilmiş olup, ilgili hüküm "*Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.*" şeklindedir, Konuya ilişkin bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.74-75.

⁷⁶ **Eric Schneider**, Measuring Damages Under the CISG Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Pace International Law Review, C. 9, 1997, s.a. 223- 237, s. 229, Erişim için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017; **Atamer**, CISG, s. 432.

⁷⁷ İspat yüküne ve özellikle zararı kimin ispat edeceğine ilişkin CISG'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kural olarak zarara uğrayan tarafın, tazminat talebinin ön koşullarını ve bu doğrultuda zararın varlığını ve kapsamını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 433.

⁷⁸ **Atamer**, CISG, s. 432; İtibar kaybının hesaplanması noktasında farklı yöntemlere yer verilmiş olup bunlar; maddi olmayan zararların tespit edilebilmesi bakımından azami bir üst sınıra yer verilmesi, itibarın eski hale döndürülebilmesi için yapılması gereken yaklaşık masrafların hesaplanması, itibarın sözleşme ihlalden önceki değeri ile ihlalden sonraki değeri arasındaki farkın hesaplanması şeklindedir. Somut olaya en uygun olan yöntemin uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Dayioğlu**, s. 102-103.

Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde zararın hesaplanması ise CISG m. 75 ve 76'da özel olarak düzenlenmiştir⁷⁹. CISG m. 74'te benimsenmiş olan somut yöntemin CISG m.75⁸⁰ hükmü bakımından da benimsendiği görülmektedir. İlgili hükümlerle zarara uğrayan tarafa sözleşmeyi sona erdirmesini takiben gerçekleştirdiği ikame işlemi esas olarak tazminat talep edebilme hakkı verilmiştir. Örneğin, sözleşme ihlali nedeniyle satıcının zarara uğraması ve sözleşmeyi sona erdirerek ikame satım yapması halinde sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ikame satım bedeli arasındaki fark alıcıdan tazminat olarak talep edilebilecektir⁸¹. İlgili hüküm bakımından önkoşul sözleşmenin sona erdirilmesidir. İkinci koşul ise makul bir şekilde ve makul sürede⁸² alıcının ikame mal alımı yapması yahut satıcının malları yeniden satmasıdır. Alım yahut satım işleminin makul şekilde yapılmasından anlaşılması gereken karşı tarafa aşırı tazminat sorumluluğu getirecek tarzda, alım bakımından piyasa fiyatından yüksek olacak şekilde satım bakımından ise piyasa fiyatından düşük olacak şekilde işlem yapılmamasıdır⁸³. Burada ayrıca eklemek gerekir ki; ikame işlem yapılması sonucu ortaya çıkan ilave masraf yahut kalan diğer zararlar, CISG m. 74 kapsamında talep edilebilecektir⁸⁴.

CISG m. 76 hükmü bakımından hesaplama yöntemi olarak soyut yöntem⁸⁵ benimsenmiş olup, zarara uğrayan tarafa, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben sözleşmeye konu olan malların sona erme anındaki cari fiyatı ile sözleşmede kararlaştırılan fiyat arasındaki fark hesaplanarak tazminat talep edebilme imkanı verilmiştir. Dolayısıyla zararın somut olarak doğmuş olmasının aranmadığı ve ikame işlem akdedilmemiş olsa dahi halihazırda var

⁷⁹ Erdem, Karşılaştırma, s. 282; Gürkan, s. 70.

⁸⁰ CISG m. 75 hükmü "Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir." şeklinde kaleme alınmıştır.

⁸¹ Schwenger, Commentary, s. 1028; Knapp, s. 549; Gürkan, s. 71

⁸² Dalgali piyasalarda bu süre kısa olabiliyorken, sezonluk ve eşi olmayan malların piyasasında ise uzun olabilmektedir. Bkz. Schwenger, Commentary, s. 1030.

⁸³ Official Records, United National Conference On Contracts For The International Sale Of Goods, Vienna, 1980, s. 61, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.2017.

⁸⁴ Bu zararlara örnek; ayıplı malın teslim edilmiş olması durumunda bunun geri gönderilmesi masrafı yahut ikame alım nedeniyle ortaya çıkan komisyoncu masrafı, bkz. Atamer, CISG, s. 435.

⁸⁵ Türk hukukunda soyut yöntemle zararın hesaplanması hususuna TBK m. 213 f. 3'de değinilmiş olup, ilgili hüküm "Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir." şeklindedir. Konuya ilişkin bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 75-76.

olan soyut zararın tazmin edileceği sonucuna ulaşılması gerekmektedir⁸⁶. Bu zararın tespit edilebilmesi için göz önüne alınacak cari fiyatın sözleşmeye konu olan mallar ile denk nitelikte olması gerekmektedir⁸⁷. Cari fiyatın uygun şekilde belirlenmesinin ardından bu fiyat ile sözleşmede kararlaştırılmış olan fiyat arasındaki fark uğranılan asgari zarar olarak kabul edilir⁸⁸. Ayrıca, CISG m. 76 hükmü kapsamına girmeyen harici zararlar bakımından ise CISG m. 74 hükmünün koşulları varsa uygulama alanı bulacağını da eklemek gerekir⁸⁹.

2.3.3. Zararı Azaltma Külfeti

Sözleşmenin ihlali halinde zarar gören taraf, bu zararın artmaması için dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenebilecek makul ve gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlü olacaktır⁹⁰. Zarar gören taraftan beklenen bu davranış, zararı azaltma yahut zararı arttırmama külfeti olarak tanımlanmaktadır⁹¹. CISG m 77⁹² ile de bu husus düzenlenmiş olup, ilgili hüküm uyarınca zarara uğrayan tarafın zararı azaltmak üzere somut olayın koşulları içerisinde makul önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir⁹³. Burada bir yükümlülüğün değil külfetten bahsediliyor olması dolayısıyla bunun yerine getirilmemesi durumunda karşı tarafın dava hakkı söz konusu olmayacaktır⁹⁴. Gerekli önlemlerin alınmaması halinde ancak, zararın azaltılabileceği miktarda tazminattan indirim yapılması istenebilecektir⁹⁵.

Bu külfete ilişkin olarak en sık karşılaşılan örneklerden biri, sözleşmede öngörülen niteliğe sahip olmayan malların teslimi halinde alıcının bu malları onarım için gerekli önlemleri alması veya daha kötü hale gelmelerini

⁸⁶ **Schwenzer**, Commentary, s. 1035-1036; **Knapp**, s. 549; **Atamer**, CISG, s. 436.

⁸⁷ **Gürkan**, s. 88- 89. Piyasa fiyatı esas alınacak malların, sözleşmede kararlaştırılan mallar ile benzer nitelik taşıması gerektiğine ilişkin bkz. ICC N.8740, 01.10.2006, CISG-Online N.1294, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

⁸⁸ **Dayıoğlu**, s. 110.

⁸⁹ **Huber-Mullis**, s. 283; **Schwenzer**, Commentary, s. 1041.

⁹⁰ **Başak Baysal**, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 301.

⁹¹ Zararı azaltma külfeti dürüstlük kuralının bir görünümü olarak değerlendirilmekte olup, zarara uğrayan tarafın önleyebilmesinin mümkün olduğu zararların tazmininin diğer tarafa yükletilmesi hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Gürkan**, s. 112.

⁹² CISG m. 77 hükmü "*Sözleşmenin ihlâlüne dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.*" şeklindedir.

⁹³ **Schwenzer**, Commentary, s. 1045; Ontario Court of Appeal, 26.01.2000, CISG-Online N. 582, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/582.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.1017

⁹⁴ **Dayıoğlu**, s. 114; **Knapp**, s. 564; **Atamer**, CISG, s. 438, dn. 848.

⁹⁵ **Atamer**, CISG, s. 439; **Schwenzer**, Commentary, s. 1042. Zararı azaltma külfetinin tazminat talebini sınırlandırıcı hallerden biri olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Baysal**, s. 340

engellemeye çalışmasıdır⁹⁶. Bu şekilde zararın azaltılmasına yönelik gerekli önlemler alınmasına rağmen zararın azalmaması durumunda tazminatta indirim talebinden bahsedilemeyecek olup, ancak makul önlemlerin alınmaması halinde böyle bir talep mümkün olacaktır⁹⁷.

2.4. Tazminata İlişkin Sorumluluğun Sınırlandırılması

2.4.1. Öngörülebilirlik İlkesi

Sınırsız sorumluluk ile ifa menfaati ve ifaya olan güvenden doğan menfaatin sınırsız ve tam olarak tazmin edilmesi sözleşmesel yükümlülüklerin üstlenilmesinde terredüt duyulmasına yol açabilecek ve hatta borç ilişkilerinin kurulmasına engel olabilecektir. Bu nedenle sözleşmesel sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁹⁸. CISG sisteminde de bu durum dikkate alınmış ve tazminat sorumluluğu öngörülebilir zararlar ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla her ne kadar Antlaşma kapsamında kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiş olsa da, bu ilkenin öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlandırıldığını söylemek uygun olacaktır.

Bu sınırlandırma CISG m. 74 c.2'de belirtilmiş olup, ilgili cümle "*Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.*" şeklindedir. Görüldüğü üzere, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu, sözleşmenin kurulduğu anda öngörebildiği zararlar ile sınırlıdır.

Hükümde yeralan öngörülebilirlik kriteri tazminat sorumluluğunun tespitine ilişkin olmayıp, varlığı tespit edilmiş olan sorumluluğun sınırlandırılmasına yönelik başvuru bir kriterdir⁹⁹. Sorumluluğun tespitinde dikkate alınacak olan hüküm CISG m. 79 olup, bu maddede belirtilen koşulların sağlanması durumunda ancak tazminat sorumluluğundan kurtulma söz konusu olabilecektir. Bu koşullar tespit edilemezse tazminat ödeme yükümlülüğü

⁹⁶ **Schwenzer**, Commentary, s. 1003. Konuya ilişkin bir kararda, malların yükleme limanındaki kontrolünün teknik ve ekonomik anlamda makul olmaması nedeniyle varış limanında yapılması ile zararı azaltma külfetine uygun hareket edilmiş olduğu belirtilmiştir. RF CCI, 24.01.2000, CISG-Online N.1042, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=841&step=FullText> Erişim Tarihi: 01.12.1017, Bir diğer kararda ise, sözleşmenin sona erdirilmemesi ve banka teminat mektubunun paraya çevrilmemesinin zararın artmasına yol açtığı belirtilerek tazminatta indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. ICC, 01.01.1992, CISG-Online N.105, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=134&step=FullText> Erişim Tarihi: 01.12.1017

⁹⁷ **Huber-Mullis**, s.291; **Hande Doğan**, "Viyana Satım Sözleşmesi Ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu Ve Özellikle Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı", Özyeğin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 112.

⁹⁸ **Dayoğlu**, s. 122.

⁹⁹ **Huber-Mullis**, s. 272; **Knapp**, s. 540.

söz konusu olacak ve CISG m. 74 gereği ödenecek olan tazminatın miktarı öngörülebilirlik kriteri göz önüne alınarak belirlenecektir¹⁰⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kusurlu bir şekilde ihlali halinde dahi öngörülebilirlik kriteri esas alınarak tazminat sorumluluğu sınırlandırılacaktır¹⁰¹. Zira öngörülebilirlik sözleşmenin ihlaline ilişkin olarak aranan bir kriter olmayıp, sözleşmenin ihlalinin sonuçlarına ilişkin olarak aranmaktadır¹⁰².

CISG m. 74 uyarınca yer verilen bu öngörünün tayininde objektif ve sübjektif ölçüt dikkate alınacaktır¹⁰³. Ancak esas olan objektif ölçüt olup, sübjektif ölçüt bunun tamamlayıcısı niteliğindedir. Objektif ölçüt uyarınca, makul bir kişinin sözleşme ihlalinin doğan zararı öngörebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu cevaplanacaktır¹⁰⁴. Dolayısıyla ticari hayat akışı içerisinde normal gözüken rizikoların sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülmesi beklenirken, buna karşılık olağanüstü rizikoların öngörülmesi beklenemeyecektir¹⁰⁵. Ancak burada sübjektif bir unsurun var olup olmadığının da ayrıca dikkat alınması gerekir¹⁰⁶. Buna göre, sözleşme taraflarından birinin öngörmesinin

¹⁰⁰ Atamer eserinde CISG m. 79 ile m. 74 arasındaki ilişkiyi şu şekilde ifade etmektedir. “Tazminat ödeme borcu var mı” sorusuna CISG m. 79 uyarınca “Evet” denildikten sonra “Ne kadar tazminat ödenmesi gerekiyor?” sorusuna CISG m. 74 uyarınca cevap aranacaktır. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 441.

¹⁰¹ **Schwenzer**, Commentary, s. 1018; **Knapp**, s. 543; **Dayioğlu**, s. 123; Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında, sözleşme ihlalinin öngörülebilirliği yahut bu ihlale ilişkin kusurun var olup olmadığının önem taşımayacağını, öngörülebilirliğin sadece yükümlülük ihlalinin bir sonucu olarak sözleşmenin kurulduğu sırada tahmin edilecek zararlara ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bkz. OGH, 14.01.2002, CISG-Online N. 643, Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017, **Atamer**, CISG, s. 441, dn. 860.

¹⁰² Örneğin, satım konusu makinenin gizli bir ayıbı vardır ve bu ayıp ancak 1 haftalık kullanım sonucu ortaya çıkmış ve makineyi kullanılamaz hale getirmiştir. Bu durum sonucunda alıcının imalatı sekteye uğramış ve bir kazanç kaybı meydana gelmiştir. Burada öngörülebilirlik incelemesine tabi olan husus imalatın sekteye uğraması nedeniyle meydana gelen kazanç kaybı olup, ayıbın kendisinin 1 haftalık kullanım sonucu ortaya çıkmasının öngörülebilir olmasının bir önemi yoktur. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 441, dn. 859.

¹⁰³ CISG m. 74 f.2’de yer alan “öngördüğü” ifadesi ile sübjektif ölçütün, “öngörmesi gerektiği” ifadesi ile objektif ölçütün düzenlendiğine ilişkin bkz. **Ulusu**, s. 113.

¹⁰⁴ **Schwenzer**, Commentary, s. 1019-1020 Ayrıca öngörülebilirliğin tespitinde riziko dağılımının, sözleşme amacının ve sözleşmesel yükümlülükler ile hedeflenen korumanın da dikkate alınması gerektiğine ilişkin bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1019-1020

¹⁰⁵ Örneğin bir satım sözleşmesinde alıcının bulunduğu ülkede sel felaketi meydana gelmiş ve sözleşmeye konu mala talep bir anda artmış ise, malın teslim edilmemesi nedeniyle alıcı beklenenden daha yüksek bir kazanç kaybına uğrayacaktır. Her ne kadar ifa etmeme sebebiyle alıcının kazanç kaybına uğrayacağı satıcı tarafından öngörülebilir ise de kazanç kaybının bu denli yüksek olacağı (sel felaketi sebebiyle) öngörülmesi mümkün değildir. Bu sebeple ödenecek tazminat ancak satıcının öngörülebileceği düzey ile sınırlı olacaktır. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 446.

¹⁰⁶ **Chengwei Liu**, “Remedies for Non-performance: Perspective from CISG”, UNIDROIT

beklenemeyeceği olağanüstü bir rizikonun varlığı bakımından karşı tarafça uyarılmış olması halinde bu risk biliniyor olacak ve artık göz önüne alınması gerekecektir¹⁰⁷.

2.4.2. Sorumluluğun Taraf İradeleri İle Sınırlandırılması

CISG m. 74 vd. ile düzenlenmiş olan tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler emredici nitelikte olmayıp, taraflar sözleşmenin ihlali sonucu meydana gelen bu sorumluluklarını diledikleri şekilde düzenleyebilirler¹⁰⁸. Bu kapsamda taraflar herhangi bir yükümlülüğün ihlali halinde götürü meblağ ödenmesini yahut sorumluluğun sınırlandırılmasını kararlaştırabilirler¹⁰⁹.

Götürü meblağ uygulaması iki tür meblağ kalemini bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan biri sözleşmenin ihlali halinde uğranan zarara ilişkin makul ve gerçekçi tahminlere dayanılarak belirlenen götürü tazminat, diğeri ise uğranan zarara bağlı olmaksızın kararlaştırılan cezai şarttır¹¹⁰. Dolayısıyla tarafların götürü tazminat yahut cezai şarta ilişkin olarak sözleşmeye hüküm koymaları halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu hüküm çerçevesinde ödeme yapması söz konusu olabilecektir. Ödemeye ilişkin bu hükmün niteliği ve kapsamı ise CISG m. 7 uyarınca yorumlanır¹¹¹. Örneğin ilgili hükmün yalnızca gecikmiş ifanın söz konusu olduğu hallerde uygulanmasının kararlaştırılması durumunda, alıcının malın ayıplı olması dolayısıyla bu meblağı talep edemeyeceğini söylemek uygun olur¹¹². Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat yahut cezai şarta ilişkin hükmün geçerliliği, CISG hükümleri içerisinde sözleşme şartlarının geçerliliğine ilişkin düzenleme bulunmaması nedeniyle¹¹³ uygulanacak ulusal hukukun kuralları çerçevesinde belirlenecektir¹¹⁴.

Principles, PECL and Case Law, 2003, 14.2.2. Erişim için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017 ; Antlaşmanın öngörülebilirlik değerlendirmesinde, gerek objektif gerekse subjektif kriteri hesaba kattığına ilişkin bkz. **Saidov**, *Methods*, s. 341

¹⁰⁷ **Huber-Mullis**, s. 273; Subjektif kriterin özellikle makul bir kişi tarafından objektif olarak öngörülebilir zarar aşan miktardaki zararlar bakımından önem arzettiğine ilişkin bkz. **Liu**, 14.2.2.

¹⁰⁸ Ayrıca CISG m. 6 uyarınca Antlaşma'nın hükümlerine istisna getirebilir yahut hükümlerin doğurması muhtemel etkilerini değiştirebilirler. Bkz **Dayioğlu**, s. 135, dn. 368.

¹⁰⁹ **Schwenzer**, *Commentary*, s. 1023.

¹¹⁰ **Dayioğlu**, s. 136.

¹¹¹ **Schwenzer**, *Commentary*, s. 1023.

¹¹² **Dayioğlu**, s. 138; Bir diğer örnek: ICC'nin bir kararında, sözleşmede yer alan "alıcının kusuru veya talebi üzerine ve mücbir sebebin varlığı nedeniyle sona erdirilmesi halinde, alıcının semenin %30'u oranında bir tazminat ödemesi" şeklindeki hükmün, CISG m. 74 uyarınca talep edilmesi mümkün olan zararlara ek olarak ödenecek tazminata ilişkin olduğu belirtilmiştir. Bkz ICC, CISG – Online N. 105, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=134&step=FullText> Erişim Tarihi: 01.12.1017

¹¹³ CISG m. 4 uyarınca sözleşme hükümlerinin geçerliliği sorunu Antlaşma dışında tutulmuştur.

¹¹⁴ **E. Allan Farnsworth**, "Damages and Specific Damages", *American Journal of Comparative*

CISG uyarınca düzenlenen bir sözleşmenin taraflarının belirli bir miktar para, belirli türdeki zarar veya belirli ihlal halleri ile sorumluluklarını sınırlandırabilmesi ve hatta sorumluluklarını tamamen kaldırabilmesi mümkündür¹¹⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu şekilde taraflarca kararlaştırılmış olan hükümlerin geçerliliği ulusal hukuklara göre tayin edilecektir¹¹⁶. Dolayısıyla uygulanacak ulusal hukuk nedeniyle sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna varılabilmeye mümkün olacaktır. Ancak ulusal hukuk uyarınca geçerlilik söz konusu olsa da, makul ve adil olmayan feragat ilişkin hükümlerin uygulanmaması yönünde hareket edilmesi gerekir¹¹⁷. Bu çerçevede örneğin, ağır kusurlu olarak sözleşmenin ihlal edilmesinden doğan zararlardan sorumlu olunmayacağına dair kararlaştırılan hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹¹⁸.

3. Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma

3.1. Genel Olarak

CISG sisteminde tazminata ilişkin sorumluluk; kusurdan bağımsız bir sorumluluk olup, ilgili sorumluluk yukarıda açıklanan öngörülebilirlik kriteri ile sınırlandırılmıştır. Bu hususlara ek olarak, CISG m. 79'da¹¹⁹ tazminat sorumluluğundan kurtulmaya imkan veren düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hükmün ilk fıkrası uyarınca; ifa etmemenin sözleşmeyi ihlal eden tarafın denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklanması ve bu engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmaması veya engel ve sonuçlarından kaçınılmasının yahut bunların aşılmasının kendisinden makul olarak beklenemez olmasının ispatlanması ile sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğundan kurtulması söz konusu olur.

Law, C. 27, 1979, s. a. 247-253 s. 248, Erişim için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns.html>. OLG München 08.02.1995, CISG- Online N. 143 Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html> Erişim Tarihi: 01.12.2017; Ancak yine de uğranılan zarara kıyasen ölçüsüz ve fahiş bir meblağ kararlaştırılmış olması durumunda, hakimin indirimine gidebileceğini kabul etmek gerektiğine ilişkin bkz. **Schwenzer**, s. 1023.

¹¹⁵ **Liu**, 14.2.2.

¹¹⁶ Bu şekilde sınırlandırmaların yer aldığı sözleşme hükümlerinin geçerliliği ulusal hukuk uyarınca değerlendirilmekle birlikte, bu geçerlilik değerlendirmesinde CISG tazminat sistemine hakim ilkelerin ve özellikle tam tazminat ilkesinin de dikkate alınması gerektiğine ilişkin bkz. **Schwenzer**, s. 1023.

¹¹⁷ **Dayioğlu**, s. 139.

¹¹⁸ **Schwenzer**, Commentary, s. 1023. Türk hukukunda bu husus TBK m. 115 f.1'de düzenlenmiş olup, ilgili hüküm "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." şeklindedir. Konuya ilişkin bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 1110.

¹¹⁹ İlgili hükmün tarafların garanti sorumluluğunun sınırlarını düzenlediğine ilişkin bkz. **Dayioğlu**, s. 140; **Atamer**, CISG, s. 453.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki taraflar, CISG m. 79’da yer alan tazminat sorumluluğundan kurtulmayı sağlayan hükmün uygulanmamasını kararlaştırabilirler. Bu şekilde hükmün uygulanmaması, genellikle sözleşmeye konulan mücbir sebep¹²⁰ klozları ile sağlanmaktadır¹²¹.

3.2. Koşulları

3.2.1. Engelin Varlığı

CISG m. 79’un uygulanabilmesi için ilk şart tarafların kontrolü dışında gelişen bir engelin varlığıdır. Engelin tamamıyla tarafların hakimiyet alanı dışında harici bir olgudan kaynaklanması gerekmektedir¹²². Bu kapsamda; deprem, fırtına, sel gibi doğal felaketler, salgın hastalık, savaş, terör gibi insan kaynaklı felaketler ya da ambargo, müsadere, yabancı sermaye girişinin yasaklanması, ithalat ihracat rejimindeki engelleyici düzenlemeler gibi kamu makamlarının yasaklamaları tarafların kontrolü dışında gelişen engellere örnek olarak sayılabilir¹²³. Engelin varlığı aranan bir şart olmakla beraber, engelin sözleşmenin başlangıcında var olması yahut sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması hallerinin tümünde CISG m. 79’un uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrindeki yazarlardan bir kısmı; sözleşmeye uygulanacak ulusal hukukun engelin baştan itibaren var olmasına bir geçerlilik sorunu olarak yaklaşması halinde, CISG’in uygulama alanı bulmaması gerektiğini savunur¹²⁴. Diğer yandan genel kabul gören görüş ise, CISG m. 79’un sözleşmenin başında var olan engeller

¹²⁰ CISG m. 79’un mücbir sebebin bir görünümü olduğuna ilişkin bkz. **Ulrich Magnus**, “*Force Majeure and the CISG in The International Sale of Goods Revisited*”, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, s. a. 1-35, s. 8

¹²¹ **Dayioğlu**, s. 140; **Huber-Mullis**, a.g.e., s. 259.

¹²² **Ahu Ayanoğlu Morali**, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, s. a. 289- 310, s. 297; **Atamer**, CISG, s. 456.

¹²³ **Dionysios P. Flambouras**, The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, Pace International Law Review (Fall 2001), C.13, s. a.262- 293, s. 267; s. 297, Erişim için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017. **Ayanoğlu Morali**, s. 297; **Dayioğlu**, s. 141.

¹²⁴ **Flambouras**, s. 269; **Denis Tallon**, “Commentary on Art. 79”, Commentary on the International Sales Law, Editörler: Bianca-Bonell, Giuffrè: Milan, 1987, s.a. 572-575, s. 577, Erişim için bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>. Bu görüşün kökeninin *civil law* hukuk sistemine dayandığı; zira *civil law* sistemini benimsemiş hukuk sistemlerinin çoğunda engelin baştan itibaren var olmasının (örneğin, Türk-İsviçre hukukunda başlangıçtaki objektif imkansızlığın TBK m. 27 uyarınca butlan yaptırımına tabi olduğu bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 349) bir geçerlilik problemi olduğuna ilişkin bkz. **Dayioğlu**, s.141.

bakımından da uygulanmasının uygun olduğunu kabul eder¹²⁵. Her ne kadar bu durum ile sıklıkla karşılaşmak mümkün olmasa da¹²⁶, öngörülemez ve önlenemez hallerden birinin varlığı halinde sorumluluğun devam ettiğini söylemek güçtür. Dolayısıyla başlangıçtaki sözleşmeye aykırılıklar bakımından da m. 79'un uygulanmasının uygun olacağı belirtilir¹²⁷.

3.2.2. Engelin Öngörülemez ve Kaçınılamaz Olması

Engelin varlığı bir şart olmakla beraber tek başına sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir. Bu bakımdan CISG m. 79 uyarınca aranan bir diğer şart engelin sözleşmenin kurulması anında öngörülemez olmasıdır. Öngörülebilirliğin tespitinde ise, sözleşmenin kurulduğu sırada doğmuş yahut doğacak olan engelin aynı tür işlerde faaliyet gösteren makul ve özenli bir üçüncü kişi tarafından öngörülebilir olup olmadığı kriteri esas alınır¹²⁸. Bu bağlamda mücbir sebep halinin söz konusu olduğu bir durumda dahi sorumluluk gündeme gelebilir. Örneğin; bir bölgede belirli aralıklarla meydana gelen sel, kasırga, hortum gibi doğal afetler nedeniyle satma konu ürünlerin zarar görmesi halinde, bu sebeplere dayanılarak yapılacak bir sorumluluktan kurtulma talebi kabul görmeyecektir¹²⁹.

Sorumluluğun kurtulmak için engelin öngörülemez olmasının yanı sıra, bu engelden ve sonuçlarından kaçınmanın veya bunları aşmanın da makul şekilde beklenemez olması gerekir. Zira ifa engelinin varlığına rağmen, somut

¹²⁵ **Ineborg Schwenger**, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review*, C. 39, S. 4, 2009, s. a. 709-726, s. 719 Erişim için bkz. <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.2017; **Atamer**, CISG, s. 458; **Enderlein-Maskow**, s. 323; CISG sisteminde, sözleşmenin geçerliliği sorunu ve baştaki imkansızlıkla ilgilenilmediğine ilişkin bkz. **Dayioğlu**, s. 141.

¹²⁶ Örneğin; satma konu arabanın çalınması olduğunun anlaşılması durumunda, satıcının kendisine gösterilen belgelerden bunu anlamasının mümkün olmadığı hallerde dahi CISG m. 79'un uygulanamayacağı açıklanmıştır. Zira mahkeme burada satıcının kontrolü dışında kalan bir engelin varlığının söz konusu olmadığını belirtmiştir. LG Freiburg, 22.08.2002, CISG-Online N. 711 bkz. **Atamer**, CISG, s. 458, dn. 948.

¹²⁷ **Atamer**, CISG, s. 458

¹²⁸ **Ayanoğlu Morali**, s. 299; **Dayioğlu**, s. 143; **Tallon**, s. 578; **Enderlein-Maskow**, s. 323-324.

¹²⁹ **Magnus**, Tazminat, s. 305; **Beril Köroğlu**, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s.a. 775-804, s.780; Benzer şekilde deprem örneği için bkz. **Flambouras**, s. 272; Yunan Yüksek Mahkemesi'nin konu ile ilgili benzer kararı: Sorumluluktan kurtulma talebine dayanan satıcı kuralık nedeniyle nehirden su seviyesinin azaldığını, nehir limanından gemiye ürünleri yüklemenin mümkün olmadığını ve bu sebeple ürünlerin Karadeniz kıyısındaki limana götürüldüğünü ve bu durumun ürün taşımasını masraflı hale getirdiğini belirtmiştir. Satıcının bu talebi, benzer bir kuralığın bir kaç yıl önce yine gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Court of Appeals of Lamia, Case No: 63/2006 karar için bkz, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html> Erişim Tarihi: 01.12.2017, **Ayanoğlu Morali**, s. 300, dn. 41.

olayda şartlar mevcut ise, borcun gereği gibi ifası için çaba gösterilmeli ve aynı zamanda her türlü makul ekonomik tedbir de alınmalıdır¹³⁰. Bu noktada objektif bir değerlendirme yapılarak, benzer bir durumda makul ve özenli bir kimsenin alacağı tedbirlerin alınıp alınmadığı incelenmelidir¹³¹. Alınan tedbirler; paranın farklı bir yoldan transferi, malı başka bir yerden tedarik etme, ikame malın teslim edilmesi¹³² gibi farklı şekillerde olabilmektedir. Bu tedbirlerden herhangi birine başvurulması halinde, başvuru tedbirin daha çok masrafa yol açıyor olması yahut tedbire başvuran tarafın yükünü arttırıyor olması tek başına CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmak için yeterli olmayacaktır¹³³.

3.3. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

CISG m. 79/4¹³⁴ gereği, borcunu bir ifa engeli sebebiyle hiç yahut gereği gibi ifa edemeyen taraf, engeli bildiği veya da bilmesi gerektiği andan itibaren makul süre içerisinde konuya ilişkin olarak karşı tarafı bilgilendirmelidir. Bu kapsamda, özellikle engelin ağırlığı, sürekli olup olmadığı ve eğer sürekli değilse ne zaman sona ereceği hususlarında karşı tarafın aydınlatılması uygun olacaktır¹³⁵. Bu bildirim sayesinde karşı tarafın da gereken tedbirleri almak suretiyle zararı azaltma imkanı söz konusu olacaktır.

Bildirim makul sürede yapılması gerekmektedir. Ancak makul sürenin ne şekilde belirleneceğine ilişkin Antlaşma'da bir açıklama yer almamaktadır.

¹³⁰ Ayanoğlu Morali, s. 301; Köroğlu, s. 781.

¹³¹ Flambouras, s. 272; Sert, s. 297; Magnus, Tazminat, s. 305.

¹³² Oberlandesgericht Hamburg Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, marketlerdeki domates fiyatlarının olumsuz hava koşulları nedeniyle yükselmiş olması ve ülkedeki domates üretiminin azalmış olmasına rağmen marketlerde ikame olarak kullanılacak domates ürününün mevcut olduğunu ve satıcının bu engelin üstesinden gelebileceğini belirterek, satıcının sorumluluktan kurtulamayacağına hükmetmiştir. Case No: 1 U 143/95 and 410 O 21/95, karar için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=438&step=Abstract> Erişim Tarihi: 01.12.1017, Köroğlu, s.782.

¹³³ Atamer, CISG, s. 461; Ayanoğlu Morali, a.g.m., s. 301; Dayioğlu, a.g.e., s. 144. Ancak burada aşırı ifa güçlüğü sınırı dikkate alınmalı ve alternatif imkanların tarafın mahvına yol açması halinde sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün olmalıdır. Bkz. Atamer, CISG, s. 461

¹³⁴ CISG m. 79 f. 4: “İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde geçen “ulaşma” kavramına yönelik olarak, CISG m. 24'te yer alan sözleşmenin kurulma anına ilişkin düzenleme uygulanır. Buna göre karşı tarafa ulaşmadan anlaşılması gereken bildirim karşı tarafa, işyerine, posta adresine yahut mutad meskenine varmasıdır. Konuya ilişkin bkz. Köroğlu, s. 791; Enderlein-Maskow, a.g.e., s. 331; , Halil Ahmet Yüce, “Viyana Satım Sözleşmesinin 79. Maddesi Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Entitüsü, Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 223.

¹³⁵ Ayanoğlu Morali, s. 302; Dayioğlu, s. 146; Atamer, CISG, s. 474.

Makul süre bakımından dürüstlük kuralı dikkate alınarak bildirimün mümkün olan en kısa sürede yapılması uygun olacaktır¹³⁶. Buna karşılık diğer bütün şartlar gerçekleşmiş ve fakat makul süre içerisinde bildirimde bulunulmamışsa, bu durum CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmaya engel olmayacaktır¹³⁷. Böyle bir durumda bildirimün hiç yahut süresinde yapılmamış olmasından dolayı karşı tarafın uğradığı zararın tazmini yükümlülüğü doğar¹³⁸.

SONUÇ

1988 yılında yürürlüğe giren Viyana Satım Sözleşmesi günümüzde milletlerarası alanda uygulanan en önemli hukuk kaynaklarından biri haline gelmiştir. 88 ülkenin taraf olduğu bu Antlaşma milletlerarası alanda satım sözleşmesine ilişkin yeknesak hukuk kurallarının oluşmasında oldukça önemli bir yere sahiptir.

Antlaşma hükümlerine bakıldığında sözleşmenin ihlaline yol açan ifa engelleri bakımından herhangi bir ayrıma gidilmediği, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsendiği görülmektedir. Sözleşme ihlalinin meydana gelmesi sonucunda, öngörülen daimi yaptırım türü tazminat yaptırımıdır. İhlale yol açan tarafın kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, karşı tarafın tazminat talep etme hakkı söz konusudur. Bu hak ile hem fiili zararların hem de yoksun kalınan karın talep edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak bu hak öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlandırılmış olup, ödenecek tazminat sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulduğu sırada öngördüğü yahut öngörmesi gereken zararlar ile sınırlı tutulmuştur.

Bir zarar meydana gelmesi durumunda kural, bu zararın CISG m. 74 kapsamında somut yöntemle hesaplanmasıdır. CISG m. 75 sözleşmenin sona erdirilmesinin ardından ikame işlem yapılmış olması durumunda uğranan zararın ne şekilde hesaplanması gerektiğine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Bu madde uyarınca da zararın hesaplanması somut yöntem ile gerçekleştirilmektedir. Somut yöntemle hesaplama kuralının istisnası CISG m. 76'da yer almaktadır. İlgili madde ile, sözleşmenin sona erdirilmesinin ardından ikame işlem yapılmamış olması durumunda, uğranan zararın soyut yöntemle hesaplanması mümkün kılınmıştır.

¹³⁶ **Ayanoğlu Morali**, s. 302. Makul süreye ilişkin bir kararda, alıcının muayeneden sonraki iş gününde satıcıya bildirimde bulunarak makul süreye uygun hareket ettiği kabul edilmiştir. Slovak Republic 24.02.2009, Case No: 5 Cb/114/2006, Karar için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090224k1.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017, **Köroğlu**, s. 791.

¹³⁷ **Atamer**, CISG, s. 474; **Dayıoğlu**, s. 146; **Köroğlu**, s. 792; **Sert**, s. 304.

¹³⁸ **Ayanoğlu Morali**, s. 302; Örneğin sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle alıcının mal satmayı taahhüt ettiği kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı bedel, bildirim olmaması nedeniyle ortaya çıkmış bir zarardır. Zira bildirim yapılmış olsaydı, ikinci alıcılara karşı böyle bir taahhüt altına girilmemiş olacaktı. bkz. **Dayıoğlu**, s. 146. Yüce bu zararı "*alacaklının ifa engelinden geç haberdar olmasından doğan zarar*" şeklinde açıklamıştır. Bkz. **Yüce**, s.223

Tazminat sorumluluğundan kurtulma bakımından ise CISG m. 79 hükmü incelenmiştir. İlgili hüküm, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kontrolü dışında gerçekleşen sözleşmenin kurulması anında hesaba katılması mümkün olmayan ve sonuçları ile beraber kaçınılmaz olan bir engelden kaynaklanan sözleşme ihlalin varlığı halinde, tazminat sorumluluğundan kurtulmanın söz konusu olabileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm ile kusursuz sorumluluğa bir istisna getirildiği anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Açıklıkın, Mehmet Can: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda (CISG) Sözleşmenin Esaslı İhlali Kavramı”, İstanbul Üniveristesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Atamer, M. Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1996 (Haksız Fiil)

Atamer, M. Yeşim: İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayınları, 2010, s.a.: 317-361. (İfa Engelleri)

Atamer, M. Yeşim: Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2005. (CISG)

Atamer, M. Yeşim: “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, Prof.Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013 (Sorumluluk)

Ayanoğlu Morali, Ahu: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi,” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, s. a. 289- 310.

Baysal, Başak: *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Birinci Uzun, Tuba: “CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c: 16, s. a.151-192.

Dayioğlu, Yavuz: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

Doğan, Hande: “Viyana Satım Sözleşmesi Ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu Ve Özellikle Viyana Satım Sözleşmesi’ne Göre Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı”, Özyeğin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

Enderlein, Fritz, Dietrich Maskow: International Sales Law, Oceana Publications, 1992, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Erdem,ERCÜMENT: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER, 1992, s. 25-105.

Erdem,ERCÜMENT: “Viyana Satım Antlaşması’na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013, s.a. 259-289. (Karşılaştırma)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Özel Hükümler)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları , Ankara, 2017. (Genel Hükümler)

Farnsworth, E. Allan: “Damages and Specific Damages”, American Journal of Comparative Law, C. 27, 1979, s. a. 247-253, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Flambouras, Dionysios P.: “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, Pace International Law Review, 2001, C. 13, s.a. 262-293, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Gürkan, Selin: “Türk Satım Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak CISG Uyarınca Tazminatın Hesaplanması”, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

Honnold, John O.: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Edition, Kluwer Law International, 1999, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Huber, Peter, Alastair Mullis: The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier.European Law Publishers, 2007, <https://vismoot.pace.edu/media/site/about-the-moot/perspectives/HuberMullis.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Kennedy, Andrew: Recent Developments: Nonconforming Goods under the CISG - What’s a Buyer to Do?, Dickinson Journal of International Law, C. 16, S. 21998, s.a. 319-341, <http://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=psilr> Erişim Tarihi: 01.12.1017

Knapp, Victor: “Commentary on Arts. 74-77”, Commentary on the International Sales Law, Editörler: Bianca-Bonell Giuffrè: Milan, 1987, s.a. 538-367.

Köroğlu, Beril: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve Madde 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S. 1-2, 2013, s. a. 775-804.

Liu, Chengwei: “Remedies for Non-performance: Perspective from CISG”, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2003, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017

Magnus, Ulrich: “Force Majeure and the CISG”, The International Sale of Goods Revisited, Editörler: Petar Sarcevic, Paul Volken, Kluwer Law International, s.a. 1-35. (Force Majeure)

Magnus, Ulrich: “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz,” Sorumluluktan Kurtulma, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: M. Yeşim Atamer, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.a. 287-307. (Tazminat)

Official Records: United National Conference On Contracts For The International Sale Of Goods, Vienna, 1980, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.1017

Saidov, Djakhongir: “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Pale International Law Review 2002, C. 14, s.a. 307-377 (Methods), <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr> Erişim Tarihi: 01.12.1017

Saidov, Djakhongir: The Law of Damages in International Sales – The CISG and other International Instruments, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2008 (Damages).

Saraç, Senem: “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (Cisg)’ın 79. Maddesi Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 84, S: 3, 2010, s. a.: 1675-1683.

Schlechtriem, Peter: Uniform Sales Law - The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Viyana, 1986 (Uniform) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Schlechtriem, Peter: “Non- Material Damages Recovery Under the CISG?”, Pace International Law Review (Spring 2007/1), C. 19, s. a. 89-102 (Damages) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem15.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Schneider, Eric: “Measuring Damages Under the CISG Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Pace International Law Review, C. 9, 1997, s.a. 223- 237, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Schwenzer, Ineborg: “Commentary on Arts. 74-77”, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Ed. Schwenzer, Ineborg, Oxford University Press, 3rd Edition, Oxford, 2010, s.a. 999-1048. (Commentary)

Schwenzer, Ineborg: “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, Victoria University of Wellington Law Review, C. 39, S. 4, 2009. S.a. 709-726 (Force Majeure), <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009.

Serozan, Rona: “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, İÜHFİM, C. 70, 2012, s.a. 207-220 (CISG)

Sert, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimsel Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

Tallon, Denis: “Commentary on Art. 79”, Commentary on the International Sales Law, Editörler: Bianca-Bonell, Giuffrè: Milan, 1987, s.a. 572-575, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Ulus, Ayşe Elif: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

UNCITRAL: Digest of Case Law of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, New York, 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Will, Micheal: “Commentary on Art. 50”, Commentary on the International Sales Law, Editörler: Bianca-Bonell, Giuffrè: Milan, 1987, s.a. 368-376, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb50.html> Erişim Tarihi: 01.12.1017.

Yüce, Halil Ahmet: “Viyana Satım Sözleşmesinin 79. Maddesi Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Entitüsü, Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

Zeytin, Zafer: Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmeleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996.

1. DAVA YETKİNLİĞİ
Doç. Dr. Cenk AKİL
2. İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE İÇTİHADIN EPİSTEMOLOJİK DEĞERİ VE ETİK BOYUTU
Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER
3. VERGİ ETİĞİ YAKLAŞIMI
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ÖMERCİOĞLU
4. İŞ HUKUKUNDA PRİM
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP
5. ROMA HUKUKU'NDA AYNİ TEMİNATIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE REHİN HAKKI (PIGNUS VE HYPOTHECA)
Dr. Öğr. Üyesi Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ
6. ULUSLARARASI ADALET İSTATİSTİKLERİNDE KASTEN ÖLDÜRME
Dr. Öğr. Üyesi Filiz TEPECİK
7. İLTİBAS SURETİYLE MARKAYA TECAVÜZ
Dr. Öğr. Üyesi Ülgen ASLAN DÜZGÜN
8. KÖKENİN TESPİTİ TALEBİNİN TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ
9. TERK SEBEBİYLE BOŞANMAYA İLİŞKİN YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 13.03.2015 TARİHLİ VE 2-1688/1032 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur KILINÇ
10. SİGORTA HUKUKUNDA TAHKİM
Arş. Gör. Dr. Tuğçe Nimet YAŞAR
11. İKİ ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN ÇIKARILMASINDA GENEL KURUL KARARININ ARANMASI PROBLEMİ
Arş. Gör. Ayşe ÇAKIR
12. YERİNDEN YÖNETİM İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KENTSEL DÖNÜŞÜMDE YETKİ UNSURU
Arş. Gör. Hikmet ÖZTUNÇ
13. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ MADDE 74 VD. UYARINCA SÖZLEŞME İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUK
Arş. Gör. Pelin KURŞAT



Ahlatlıbel Mah.
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE
T. +90 312 489 81 80 . F. +90 312 489 81 01
www.hsem.adalet.gov.tr