TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

KASIM-ARALIK / NOVEMBER-DECEMBER: 2017 YIL/YEAR: 30 SAYI/ISSUE: 133

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

KASIM - ARALIK / NOVEMBER - DECEMBER: 2017 YIL/YEAR: 30 SAYI/ISSUE: 133

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Sabiha Tekin, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabiha Tekin, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu
Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 26. 10. 2017

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **a)** Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.

b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.

c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.

4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makal**e ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece** *eser adı İtalik* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**

Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.

7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.

8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.

9. Yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez.

Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçedir.

11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.

12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 A. Ersoy KONTACI
Parlamenter Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler ve Bazı Değerlendirmeler / Departure from Parliamentary System and Beyond: Some Reflections from a Comparative Perspective

61 Bahar KONUK SOMMER
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Temelinde Psikososyal Engelli Bireylerin Özgürlük Ve Güvenlik Hakkı / The Right to Liberty and Security of the People with Psychosocial Disabilities on the Basis of European Convention on Human Rights and Constitution

81 Ahmet TAŞIR
Sayıştay'ın Anayasal Konumu Üzerinde Tartışmalar / Discussions on the Constitutional Status of Court of Accounts

97 Civan BAŞAR
Devletin Kitlesel Gözetleme Araçlarının Özgürlükler ve Hukuk Güvenliği Üzerindeki Etkileri ile Bunların Yasal Dayanakları Üzerine Bir İnceleme / Analysis on Legal Grounds of State's Mass Monitoring Instruments and Their Impacts on Fundamental Freedoms and Legal Security

133 Meryem GÜNAY
Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık / Effective Remorse in Production and Trade of Drugs and Stimulants

163 Dilşad Çiğdem SEVER
Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu / The Liability of the Administration for the Damages Arising from Terrorism

211 Hakan PEKCANITEZ
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci

261 Ali YEŞİLIRMAK
MTK ve HMK'na Göre Tahkim Dosyası ve Hakem Kararının Saklanması / Repositing Arbitration File and Arbitral Award in Accordance with the International Arbitration Law and the Code of Civil Procedure

269 Remzi DEMİR
Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza / Consent In Medical Interventions Related to Reproductive Right

299 Ebru CEYLAN
İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi / Evaluation of Selected Supreme Court of Appeals Decisions Concerning the Determination of Participation Alimony

325 Vildan GÖKKAYA
Ana ve Babanın Çocuğun Malları Üzerindeki Kullanma Hakkı / Parents' Right to Use Child's Property

349 Eylül Can KÖSE
TMK'nın 197. Maddesi Kapsamında Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkı ve Hâkimin Alacağı Önlemler / Spouses' Right to Live Separately and the Measures will Be Taken by Thejudge According to Turkish Civil Code Art. 197

369 Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ
Resmi Vasiyetname / Official Will

393 Damla SARIASLAN
Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu / State's Liability for Keeping Land Registry

423 Ali Ergin ÇELEBİ
Şirketlerde Ortaklık Payı Kazanılmasının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Malvarlığına Etkisi / Effect of Share Acquisitions on Properties of Spouses in the Regime of Participation in Acquired Property

449 Çiğdem Mine YILMAZ / Sevgi BOZKURT YAŞAR
Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı / Acquisition of the Registered Shares within the Scope of Marital Regimes Provisions in Joint Stock Companies

517 Fatih AYDIN
Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat / Compensation in Brand Law in Industrial Property Law and Practice of Supreme Court

577 Sinan MİSİLİ
Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası / The Insurer's Right to Recourse Against the Insured According to the Highways Motor Vehicles Mandatory Liability Insurance General Conditions

649 Selmin Burcu ÖZTEKİN
İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülüklere Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması / The Suspension of Business in Case of Breach of Obligation of the Occupational Health and Safety Act

677 Hakkı Mert DOĞU
Türk Spor Hukuku'nda Fair Play / Fair Play in Turkish Sports Law

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım;

Cumhuriyet; Türk Milleti'ni, çağdaş milletler ailesinin eşit bir ferdi yapmayı amaçlayan bir büyük devrimin omurgasıdır. Bu devrimin belkemiği de, hukukta devrimdir.

Cumhuriyet'in ilanını takiben; Türk Medeni Kanunu ile kadın ve erkek kanun önünde eşit kılınmıştır. Türk Ceza Kanunu sayesinde mahkemelerimiz, o günün en ileri ve insancıl maddi hukukunu uygulayabilir olmuştur. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile eski düzenin keyfî, kişiye göre şekil alan, insana devlet karşısında hiçbir hak tanımayan yozlaşmış kadı mahkemelerinden kurtulunmuştur. Adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü, Cumhuriyet devrimi sayesinde kazanılmıştır.

Cumhuriyet devriminin temel taşı ise laiklik ilkesidir. Çünkü laiklik, hukukun, insanın ve toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için insan tarafından yazılması demektir. Böyle olduğu için, laikliğin sonucu, din işlerinin devlet işlerinden ayrılmasıdır. Esasen, laik Türkiye Cumhuriyeti, Türk Milleti'nin İslamiyet'e en büyük hediyesidir.

- Sadece laik bir hukuk düzeni sayesinde, kutsal dini duyguların günlük siyasi emellere, siyasi ya da maddi güç elde etme hırslarına alet edilmesi önlenebilir.
- Sadece laik hukuk düzeni, insanların en temiz hislerinin sömürülmesine engel olabilir.
- Halkın halk için halk tarafından yönetilmesi anlamına gelen demokrasi, sadece laik bir hukuk düzenine sahip olunması halinde kurulabilir.
- Ayrımcılığa yer vermeyen; kanun önünde eşitliği bir lütuf olarak değil, bir temel hak olarak benimseyen; insanı ve insanın düşünce

hürriyetini toplum hayatının merkezine koyan bir devlet düzeni, sadece laik hukuk düzeni sayesinde sağlanabilir.

- Toplumu refaha kavuşturacak ekonomik ve sosyal her gelişme, yalnızca, bilimi yol gösterici kabul eden laik bir toplum düzeninde yaşanabilir.
- Hukuki güvenlik; ancak ve ancak laik bir hukuk düzeninde var olabilecek adil yargılanma hakkı sayesinde gerçekleşebilir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 94. kuruluş yıldönümünü idrak ettiğimiz şu günlerde, en temel sorunumuz, devlet düzeninde giderek yaygınlaşan keyfîliktir. Bu keyfîlik, toplumsal düzenin her cephesinde maalesef olumsuz sonuçlarını hepimize yaşatmaya başlamıştır. Kamuda layık olanın layık olduğu göreve getirilmesi anlamındaki liyakat ilkesinin yerini, siyasi iktidara mutlak sadakat uygulaması almıştır. Buna bağlı olarak her alanda kamusal görevlerin olması gerektiği gibi ve hukuka uygun olarak yerine getirilmesinde çok büyük sorunlar baş göstermektedir. Üzülerek ifade etmek gerekirse, bu sıkıntılı durum, ülkenin temeli olan adalet dağıtma hizmetinin yerine getirilmesinde de maalesef ileri seviyede yaşanmaktadır.

Kişinin; devletin ve başka kişilerin karşısında haklara ve sorumluluklara sahip olabilmesi, yani *gerçek* anlamda vatandaş, *gerçek* anlamda birey olabilmesi için, tüm temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alan adil yargılanma hakkının varlığı zorunludur.

Adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi; suçlayan, savunan ve hüküm veren kişilerin yargılama sürecindeki görevlerini en kaliteli şekilde ve hukuka uygun olarak yerine getirmelerine bağlıdır. **Bunun için süreçte görev alan kişilerin keyfilikten uzak hareket etmelerini sağlayacak güvenceli bir sisteme ihtiyaç vardır. Kişilerin şahsi özellikleri ve taahhütleri, sistemsel güvencenin yerine geçemez.** Adil yargılanma hakkını, dolayısıyla hukukun üstünlüğünü sağlayacak, üstünün keyfî düzeninin egemen olmasını önleyecek bir sistem için, hâkim ve savcıların bağımsızlığı, tarafsızlığı ve hesap verebilirliği sağlanmalıdır. Avukatlar ile avukatların örgütlü gücü baroların da bağımsızlığı ve etkinliği güvence altına alınmalıdır. Her devlet düze-

ninde suçlayan ve yargılayan kamu görevlileri olabilir. Fakat yalnızca demokratik hukuk düzenlerinde bağımsız ve etkin savunma vardır. Şu hâlde, yargılayan kişiyi gerçek anlamda hâkim, devlet adına suç isnadında bulunan kişiyi de gerçek anlamda savcı yapan unsur, avukattır. Avukatın, yargının etkin bir parçası olmasıdır.

Hangi etnik kökenden, inançtan, mezhepten, cinsiyetten, cinsel yönelimden, dilden ve siyasi düşünceden olursa olsun seksen milyon vatandaşımızı hukuk paydasında kucaklaştırmak zorundayız. Çünkü devletlerin dağıldığı, milletlerin parçalandığı, sömürgeci güçlerin vekalet savaşlarında az gelişmiş kitleleri birbirine kırdırdığı **bu coğrafyada hukuk paydasında kucaklaşabilmemiz, hepimiz için bir var olma mücadelesine dönüşmüştür.**

Birlikteysek varız. Parçalanırsak yokuz.

Bunun için; adil yargılanma hakkını güvence altına alan, bağımsız, tarafsız, hesap verebilir, siyasete kürsüden müdahale etmeyen, siyasetin müdahalesine de kapalı bir yargı sistemini kuracak anayasa değişikliğini bir an önce gerçekleştirmekle yükümlüyüz. 16 Nisan 2017 Anayasa Referandumunda yargı sistemimize verilen büyük zararı gidermeliyiz.

Yargının bir daha hiçbir cemaatin, tarikatın güç odağının ya da siyasi partinin eline geçmeyecek şekilde yapılanmasını sağlamak, atalarımıza ve çocuklarımıza olan borcumuzdur.

Bunu; evvelki günün, dünün ve bugünün doğruları ile yanlışlarından ders alarak yapabiliriz. Dünün yanlışını bugünün yanlışına mazeret göstermekten vazgeçerek, parlak bir geleceği hep birlikte inşa edebiliriz.

Bugün gerçekleştireceğimiz ve "Hukuk Devletinde Adil Yargılanma" ile "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması" başlıklı iki oturumda dile getirilecek olan çok değerli görüşlerin Cumhuriyet hukukumuza önemli katkılarda bulunacağını düşünüyorum.

Sözlerimi bitirirken, Türkiye Cumhuriyeti'ni demokratik bir hukuk devleti olması idealiyle kuran ve Türk Milleti için çağdaş uygarlık düzeyinin de üzerinde bir noktaya erişme hedefi koyan Mustafa Ke-

mal Atatürk ile O'nun kadın-erkek tüm dava arkadaşlarını, Türkiye Cumhuriyeti'ni kurmak, iç ve dış saldırılara karşı korumak için canlarını vermiş tüm kahramanlarımızı saygıyla anıyorum.

En büyük bayramımız kutlu olsun.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

* Türkiye Cumhuriyeti'nin 94. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği'nde düzenlenen "Hukuk Devleti ve Yargı Sempozyumu"nun açış konuşmasından derlenmiştir.

PARLAMENTER SİSTEMDEN KOPUŞ VE SONRASI: KARŞILAŞTIRMALI GÖZLEMLER VE BAZI DEĞERLENDİRMELER

DEPARTURE FROM PARLIAMENTARY SYSTEM AND BEYOND: SOME REFLECTIONS FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

A. Ersoy KONTACI*

Özet: Hükümet Sistemi değişikliği, tüm demokratik toplumlar açısından riskli ve sancılı süreçlerin başında gelmektedir. Bu bağlamda farklı toplumların bu süreçte yaşadıkları deneyimler, benzer dönüşümleri yaşayan veya yaşamaya aday toplumların karşılaşabilecekleri sorunların öngörülmesi ve bunlara yönelik çözümler üretilmesi açısından potansiyel bir değer taşımaktadır. Bu kapsamda, elimizdeki çalışmada öncelikle çağdaş hükümet sistemleri tipolojisi açıklanmakta, ardından 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar ülkemizde benimsenen hükümet sistemleri ve bu kapsamda yaşanan tartışmalar hakkında bilgiler verilmektedir. Çalışmanın devamında ise; çeşitli saiklerle parlamenter hükümet sisteminden kopan ve yarı-başkanlık veya başkanlık sistemlerinin türevlerine geçiş yapan üç ülkenin –Kırgızistan, Moldova ve Fransa– deneyimleri mercek altına alınmaktadır. Sonuç kısmındaysa, karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının metodolojik ilkeleri ışığında belirlenen bu üç örnek ülkede gözlemlenen sorunlardan hareketle, Türkiye'nin muhtemel yol haritasına ilişkin bazı tespit ve değerlendirmeler yapılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hükümet Sistemi Değişikliği, Parlamenter Sistem, Başkancı Hükümet Sistemleri, Karşılaştırma Çalışma Metodolojisi, Kırgızistan, Moldova, Fransa, Türkiye

Abstract: Governmental system change is a risky and painful process for any democratic society. In this sense, experience of different societies holds a potential value for those who have undergone, or about to undergo, such transformations. These observations could be utilized to predict, and offer possible solutions for the probable issues to come. In this study, a contemporary approach to governmental systems typology is introduced, followed by a brief information on the governmental systems adopted in Turkey and the associated debates thereof during the 1982 Constitution era.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Next, three examples –*Kyrgyzstan, Moldova and France*– which have departed from parliamentary system and adopted different forms of presidential or semi-presidential systems are examined. In conclusion, some insights on Turkey's probable future are discussed.

Keywords: Governmental System Change, Parliamentary System, President Oriented Governemntal Systems, Methodology Of Comparative Studies, Moldova, Kyrgyzstan, France, Turkey

I. Giriş

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylaması neticesinde, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda köklü değişiklikler gerçekleştirildi. Bu değişiklikler, "temel hak ve özgürlükler" bölümü hariç olmak üzere Anayasa'nın hemen her alanında yapılan önemli yapısal dönüşümleri içeriyordu. Bu dönüşümlerin merkezindeyse, hiç kuşku yok ki hükümet sistemine yönelik yapılan değişiklik yer alıyordu. Bu kapsamda, ülkemizde en son 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile kabul edilmiş bulunan sistem değiştirilerek, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" olarak adlandırılan yeni bir sisteme geçiş yapılması öngörüldü. Bu kapsamda yapılan değişikliklerin önemli bir bölümününse, aynı tarihte yapılması plânlanan ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda belirlenecek yeni Cumhurbaşkanı'nın göreve bağlayacağı tarihte yürürlüğe girmesi kararlaştırıldı.

Bu çalışmada, 2019 yılında yapılması plânlanan seçimler neticesinde yürürlüğe girecek yeni hükümet sisteminin ayrıntıları üzerinde durmak yerine, bu tercihin muhtemel sonuçlarına genel olarak ve karşılaştırmalı bir pencereden bakılması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, dünyada daha önce parlamenter hükümet sisteminden kopuş yaşayan ve başkanlık veya yarı başkanlık hükümet sistemlerinin çeşitli biçim veya türevlerine geçiş yapan ülkelerin deneyimlerine yakından bakılacak ve buralarda yaşanan tecrübelerden hareketle, Türkiye'nin önümüzdeki dönemde karşılaşması muhtemel anayasal problemlere ışık tutulmaya çalışılacaktır.

II. Hükümet Sistemi Tartışmalarının Kavramsal Çerçevesi

Bilindiği gibi, klâsik anayasa hukukunda hükümet sistemleri, her durumda bağımsız olması gereken yargı organı bir tarafa bırakılarak,

geriye kalan iki devlet organı olan "yasama" ve "yürütme" organlarının kuruluşu ve birbirleriyle olan ilişkileri dikkate alınarak incelenmektedir.

Buna göre, hükümet sistemleri arasında öncelikle *kuvvetler birliğine dayanan sistemler* ve *kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler* ayrımı yapılmakta ve kuvvetler birliğine dayanan sistemler arasında; kuvvetlerin yürütmede toplandığı "mutlak monarşi" ve "diktatörlükler" ile kuvvetlerin yasamada toplandığı "meclis hükümeti" sistemi sayılmaktadır.[1]

Kuvvetler ayrılığına dayanan sistemler olarak ise karşımıza; "parlamenter sistem", "başkanlık sistemi" ve "yarı-başkanlık sistemi" çıkmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre parlamenter sistem; genellikle "yumuşak kuvvetler ayrılığı" sistemi olarak adlandırılmakta[2] ve yürütme organının siyaseten etkin kanadını oluşturan başbakan ve bakanlar kurulunun ("hükümet" veya "kabine"), halk tarafından seçilmiş yasama organının içinden çıktığı ve ona karşı siyaseten sorumlu olduğu bir rejimi anlatmaktadır.[3] Bu sistemde ayrıca, yasama organı tarafından seçilen ama çoğunlukla sembolik yetkilerle donatılmış olan bir cumhurbaşkanı (veya rejimin türüne göre, yine sembolik yetkilere sahip olan ve fakat veraset ilkesine göre belirlenen bir monark) bulunmaktadır. Ancak, siyasî konulardaki asıl sorumluluk, hem bireysel hem de kolektif olarak, yasama organının içinden çıkan bakanlar kuruluna aittir. Bu durum, bakanlar kurulunun her an parlamenter çoğunluğun güvenine sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.[4] Son olarak, bu sistemde

---

1 Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009, s. 414-417.

2 Örn. Bkz., Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013, s. 143, 153-154. Buna karşın, parlamenter sistemin günümüzde kuvvetlerin yasama veya yürütme tekelinde birleşmesine yol açtığı hakkında bkz. Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasî Kitabevi, Ankara 2001, s. 181-184. Benzer şekilde, daha 20. yüzyılın ilk yarısından başlayarak parlamentoların asıl işlevlerini yitirdikleri eleştirileri hakkında bkz. Carl Schmidt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Duncker & Humblot, Berlin 2010; Klaus Von Beyme, Die parlamentarische Demokratie: Entstehung und Funktionsweise 1789-1999, Springer VS, Wiesbaden 2014.

3 Leon D. Epstein,, "Parliamentary Government", Internationl Encyclopedia of the Social Sciences, Vol 11 (1968), s. 419-425.

4 İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2014 (9. Bası), s. 149; Şeref İba, Anayasa Hukuku ve Siyasî Kurumlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 105-106; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt - I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2001, s. 593-594. Bakanlar kurulu

hem yasama hem de yürütme organları, belli koşullar altında birbirlerinin hukukî varlıklarına son verebilecekleri hukukî araçlarla (fesih ve güvenoyu) donatılmış bulunmaktadırlar.

Bu kapsamda karşımıza çıkan ikinci sistem olan başkanlık sistemi ise; yasama ve yürütme organları arasındaki "sert kuvvetler ayrılığı" olarak tanımlanmakta ve bu sistemde yasama organına ek olarak, yürütme organının başı olan başkan da doğrudan veya doğrudan benzeri[5] bir yolla halk tarafından seçilmektedir. Birbirlerinin hukukî varlıklarına son verme yetkileri bulunmayan bu iki organ, kural olarak kendi görev alanlarındaki faaliyetlerini sabit görev süreleri boyunca ve kesintisiz olarak sürdürmekte ve başkan, parlamenter sistemdeki cumhurbaşkanının aksine, güçlü yetkilerle donatılmış bulunmaktadır.[6] Ayrıca bu sistemde bakanlar kurulu üyelerinin yerini "sekreterler" almakta ve bunlar, yalnızca başkana karşı sorumlu olmaktadır. Buradan yola çıkılarak da bu sistemde yürütme organının "tek kanatlı" olduğu kabul edilmektedir.

Bu kapsamda karşımıza çıkan son sistem olan yarı-başkanlık sisteminde ise yasama organına ek olarak, yürütme organının başı olan cumhurbaşkanı da doğrudan halk tarafından seçilmekte ve önemli yetkilere sahip bulunmaktadır. Ancak bu sistemde bir de, yasama organının içinden çıkan ve ona karşı siyasî açıdan sorumlu olan bir başbakan ve bakanlar kurulu bulunmaktadır.[7]

Bununla birlikte, 1990'ların başında Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla başlayan demokrasiye geçiş sürecinde, bazı Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleriyle yine bazı Kafkasya ve Orta Asya Ülkeleri'nde ortaya çıkan "karma" veya "melez" sistemler, hükümet sistemlerinin bu

---

ile parlamento arasındaki ilişkilerin son derece yetkin bir tahlili için bkz. Mustafa Okşar, Hükümet Sistemleri, Önceki Anayasalar ve Özellikle 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 509-532.

5 Nur Uluşahin, Anayasal Bir Tercih olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınlar, Ankara 1999, s. 30-37.

6 Juan Linz, "Parliamentarism and Presidentialism", The Encyclopedia of Democracy, Seymour Martin Lipset (Ed.), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C. 1995, ss. 910-913; Robert Elgie, "The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions", European Journal of Policy Research, Vol. 33 (1998), s. 229.

7 Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", Parliamentary versus Presidential Government, Der. Arend Lıjphard, Oxford University Press, Oxford 1992, ss. 142-150.

klâsik üçlü ayrım çerçevesinde açıklanmasını imkânsız hale getirmiştir.[8] Ortaya çıkan bu tanımlama ve sınıflandırma zorluğunun sonucu olarak, 1990'lı yılların başından itibaren, hükümet sistemlerinin analizi amacıyla yeni arayışlar gündeme gelmeye başlamıştır. Bu yeni tanımlama ve sınıflandırma çabalarının en dikkat çekicilerinden biri; Matthew Soberg Shugart tarafından gündeme getirilmiştir. Yazar, hükümet sistemleri sorununu ele aldığı makalesinde, bağımsızlığını yeni kazanan ülkelerde görülen rejimleri de kapsayacak biçimde, beşli bir ayrım yapılmasını önermektedir.[9] Buna göre yazar, çağdaş hükümet sistemlerini;

- Yürütme organının; yasama organının içinden çıkan ve ona karşı bireysel ve kolektif açıdan sorumlu olan bir bakanlar kurulu ile yine yasama organı tarafından seçilen ama sembolik yetkilerle donatılmış bir cumhurbaşkanından oluştuğu ve yasama ve yürütme organlarının, karşılıklı olarak birbirlerinin hukukî varlıklarına son verecek araçlarla donatıldığı "Saf Parlamenter Sistem" *(Pure Parliamentary System)*[10];
- Temel olarak saf parlamenter sistemle aynı özellikleri taşıyan, ama ondan farklı olarak, bünyesinde doğrudan halk tarafından seçilen bir de cumhurbaşkanının bulunduğu "Başkanlı Parlamenter Sistem" *(Parliamentary with President System)*;
- Yürütme organının; kendisine önemli anayasal yetkiler tanınmış olan ve doğrudan halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı ile yasama organının içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan bir bakanlar kurulundan oluştuğu "Başbakancı Başkanlık Sistemi" *(Premier-Presidential System)*[11];
- Hem yasamanın, hem de yürütme organının başı olan ve önemli anayasal yetkilerle donatılmış bulunan başkanın doğrudan halk tarafından seçildiği ve birbirlerinin içinden çıkmayan bu iki organın, karşılıklı olarak birbirlerinin hukuki varlıklarına da son vere-

8 Levent Gönenç, Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 2002, s. 274-276.

9 Matthew Soberg Shugart, "Of Presidents and Parliaments", East European Constitutional Review, Vol. 2, No. 1 (1993), s. 30.

10 Klâsik ayrımdaki "parlamenter sistem"

11 Klâsik ayrımdaki "yarı-başkanlık sistemi".

medikleri "Saf Başkanlık Sistemi" *(Pure Presidential System)*[12];

- Yürütme organının, kendisine çok önemli anayasal yetkiler tanınmış olan ve doğrudan halk tarafından seçilen bir başkan ile yasama organına karşı sorumlu olan bir bakanlar kurulundan oluştuğu; ancak bakanlar kurulunun aynı zamanda başkana karşı da siyasî olarak sorumlu olduğu "Başkancı Parlamenter Sistem" *(President Parliamentary System)* olarak sınıflandırmaktadır.[13]

Çağdaş hükümet sistemlerini kapsayıcı bir bilimsel çerçeve içinde sunan bu beşli sınıflandırmanın tek kusuru, kullanılan kavramların kısmen zor anlaşılır nitelikte olmasıdır. Bu sebeple, anılan kavramların daha yerleşik ve anlaşılır bir kavram setiyle desteklenmesinin uygun olacağı düşünülebilir. Bu bağlamda, anılan kategorilerin şu şekilde isimlendirilmesi mümkündür:

- Saf parlamenter sistem – *klâsik* üçlü *ayrımdan gelen kategori*
- Başkanlı parlamenter sistem
- Yarı başkanlık sistemi ("Başbakancı Başkanlık Sistemi" yerine) – *klâsik üçlü ayrımdan gelen kategori*
- Saf başkanlık sistemi – *klâsik üçlü ayrımdan gelen kategori*
- Süper başkanlık sistemi[14] ("Başkancı Parlamenter Sistem" yerine)

Görüldüğü üzere, bu kategoriler belirlenirken, hükümet sistemlerine ilişkin yapılan klâsik üçlü ayrım aynen muhafaza edilmekte; bunlara yalnızca iki kategori daha eklenmektedir: "Başkanlı Parlamenter Sistem" ve "Süper Başkanlık Sistemi". Bu kategorilerden ilkine örnek olarak İrlanda Cumhuriyeti ve Bulgaristan gösterilirken[15]; temelde

---

12 Klâsik ayrımdaki "başkanlık sistemi"

13 Bu sınıflandırmanın örneklerle açıklandığı ve tartışıldığı Türkçe bir kaynak için bkz. Erdal Onar, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-başkanlık sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", Başkanlık Sistemi, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 71-104.

14 Fish, "süper başkanlık sistemi" (superpresidentialism) kavramını, bu sistemin başkanın sahip olduğu olağanüstü yetkiler açısından dünyadaki diğer başkanlık sistemlerinden ayrılması için önermektedir. Bkz. M. Steven Fish, "The Pitfalls of Russian Superpresidentialism", Current History, October 1997, s. 367.

15 Bu kategorinin gereksiz bir ayrım olduğu hakkında bir görüş için bkz. Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 14. Ayrıca bkz. Onar (2005), s. 77.

"olağanüstü yetkilerle donatılmış bir cumhurbaşkanı karşısında hayli zayıf konumda bir yasama organının bulunduğu bir anayasal sistem" olarak tanımlanan ikinci sistemin[16] ise günümüz Rusya Federasyonu başta olmak üzere bazı Orta Asya Cumhuriyetleri ile yine bazı Güney Amerika Ülkeleri'nde uygulandığı kabul edilmektedir.

III. 1982'den Günümüze Türkiye'de Benimsenen Hükümet Sistemleri

Bu ayrım ve sınıflandırma çerçevesinde 1982 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönem boyunca Türkiye'de benimsenen hükümet sistemlerine bakıldığında; genel olarak parlamenter sistemden uzaklaşan ve başkancı alternatiflere doğru yönelen bir eğilimle karşı karşıya gelinmektedir. Bu yönelimin sonucu olarak, sistem içinde parlamentonun ve parlamento içinden çıkan hükümetin ağırlığı azalırken, halk tarafından seçilen devlet başkanının rolünün gittikçe öne çıktığı görülmektedir. Hatta bu geçiş, en nihayetinde Türkiye'de iki kanatlı bir yürütme yapılanmasının da sona ermesine neden olmuş; bundan böyle yürütmenin tek bir makamda somutlaşacağı bir dönemin kapıları açılmıştır. Bununla birlikte bu dönüşüm, kuşkusuz ki birden bire ortaya çıkmış değildir. Anılan yöndeki talepler, pek çok siyasetçi tarafından zaman zaman yüksek sesle dile getirilmiş;[17] kamuoyunda ve konuyla ilgili bilimsel çevrelerde yeterince destek bulamayan bu önerilerin,[18] en nihayetinde bazı olağanüstü koşulların da etkisiyle, 2007 ve 2017 yıllarında gerçekleştirilen iki ayrı anayasa değişikliğiyle hayata geçirildiği görülmüştür.

---

16 Fish (1997), s. 367-368.

17 1990'ların başından 2000'lerin ortasına kadar Türkiye'de başkanlık ve yarı-başkanlık rejimine geçiş yönünde çeşitli çevrelerce dile getirilen öneri ve taleplerin ayrıntılı bir dökümü ve tahlili için bkz. Bertil Emrah Oder "Türkiye'de Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler", Başkanlık Sistemi, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 31-69.

18 Bununla birlikte, akademik çevrelerde başkanlık sisteminin Türkiye için uygun bir model olduğunu savunan kimi yazarların da bulunduğu belirtmek gerekmektedir. Bu yönde bazı örnekler için bkz. Burhan Kuzu, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997; Burhan Kuzu, Her Yönü ile Başkanlık Sistemi, Babıali Kültür Yayınları, İstanbul 2011; Hasan Tahsin Fendoğlu, "Başkanlık Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2 (2002), s. 39-60; Murat Yanık, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Bu çerçevede 1982 Anayasası'nın orijinal halinde benimsenmiş olan hükümet sistemine bakıldığında, kimi yazarlarca daha en başından itibaren yapılan *"yarı-başkanlık sistemi"*[19], *"başkanlı bir parlamenter sistem"*,[20] *"aksak başkanlık hükümeti"*[21] veya *"...ne saf parlamenter, ne saf yarı başkanlık (olup), özgül şartlara göre bu ikisi arasında gidip gelen (bir sistem)"*[22] türünden değerlendirmelere karşılık; sistemin esasen yasama organı karşısında yürütme organının ve yürütme organı içinde de cumhurbaşkanının güçlendirildiği bir parlamenter sistem olduğu yönünde genel bir kabulün mevcut olduğu görülmektedir.[23] Nitekim Anayasa'da cumhurbaşkanına saf parlamenter sistemdeki "yetkisiz ve sorumsuz devlet başkanı" rolünü aşan kimi önemli yetkiler verilmesinden[24] hareket eden kimi yazarların; *"zayıflatılmış parlamentarizm"*[25] veya *"klâsik niteliğini bir ölçüde kaybetmiş bir parlamenter rejim"*[26] tanımlaması yaptıkları dahi görülebilmektedir. Buna karşın, diğer bazı yazarlarınsa cumhurbaşkanına tanınmış olan yetkilerin az veya çok olmasının sistem üzerinde bir etkisi olmadığını belirttikleri ve 1982 Anayasası'nın kurmuş olduğu hükümet sistemini *"saf bir parlamenter hükümet sistemi"* olarak kabul ettikleri görülmektedir.[27] Neticeten, aradaki yorum farkları ne olursa olsun, 1876 Anayasası'nda 1909 yılında yapılan değişikliklerle başlayan[28] parlamenter sistem geleneğinin 1982

---

19 Zafer Üskül, Türkiye'nin Anayasa Sorunu, AFA Yayınları, İstanbul 1991, s. 124.

20 Bakır Çağlar, Parlamentolar ve Anayasa Mahkemesi: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", Anayasa Yargısı, Cilt 3 (1986), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1986, s.164.

21 Lütfi Duran, Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988, s 18-19.

22 Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 147-148.

23 Bu konuda bazı örnekler için bkz. Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997, s. 197; Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır 1989, s. 169; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza, Konya 2002, s. 162-163; Burhan Kuzu, "Parlamenter Rejimlerde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 53, S.1-4 (1988-1990), s. 34-90 (Yazar'ın bu çalışmada atıf yapılan görüşü, şu kaynaktan alınmıştır: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017, s. 640).

24 Bülent Tanör, İki Anayasa: 1961-1982, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 104-105, 108-110.

25 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (15. Basım), s. 366.

26 Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006, s. 151.

27 Örn. bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2016 (20 Baskı), s. 298.

28 Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul

Anayasası'nda da temel olarak benimsenmiş olduğu yönünde büyük bir ittifakın bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu sistemde parlamentonun içinden çıkan ve siyasî açıdan parlamentoya karşı sorumlu olan bakanlar kurulunun (kabine), başbakan liderliğinde yürütmenin etkin kanadını oluşturduğu ve siyasî kararların alındığı asıl ağırlık merkezini temsil ettiği görülmektedir.

2007 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ise, bu sistemin bambaşka bir yöne evrilmesine neden olmuştur. Gerçekten, anılan değişiklikle birlikte cumhurbaşkanının bundan böyle Türkiye Büyük Millet Meclisi yerine doğrudan halk tarafından seçilmesi öngörülmüş; buna karşın, cumhurbaşkanının sahip olduğu anayasal yetkiler konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durum, doğrudan halkoyuyla seçilen ve dolayısıyla güçlü bir siyasî meşruiyete sahip olan cumhurbaşkanının, sahip olduğu konumun gereği olarak arzu edeceği yönde adımlar atmasını sağlayacak hukukî imkânlardan yoksun kalmasına neden olmuştur. Doktrinde kimi yazarlar, bu yeni şekliyle Türkiye'de geçerli olan hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi arasında belirleyici bir fark kalmadığını[29] ve hükümet sisteminin klâsik parlamenter olmaktan çıkarak yarı başkanlık sistemine benzer özellikler kazandığını[30] ifade etmişlerdir. Diğer bazı yazarlar ise, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilecek olmasının parlamenter rejimin niteliğine yeni bir sıfat eklenmesini gerekli kılacağını belirtmişlerdir.[31] Bu kapsamda, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin, 1982 Anayasası'nın öngördüğü sistemi daha da karmaşık hale getirdiğini düşünen yazarlar[32] olduğu gibi; yapılan değişikliğin anayasal sistem üzerindeki etkisinin zaman içinde ortaya çıkacağını ve siyasî rejimin yarı-başkanlığa doğru evrilme ihtimali olduğu kadar, başkancı bir rejime doğru kayma ihtimalinin de bulunduğunu belirten yazarlar da olmuştur.[33]

2002, s. 192-196; Özer, Atilla, Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim, Ankara 2002, s. 36; Mustafa Erdoğan, Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler, Siyasî Kitabevi, Ankara 1993, s. 30.

29 Hasan Tunç, Faruk Bilir ve Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara 2011, s. 266.

30 Şükrü Karatepe, Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 160.

31 İba (2008), s. 108.

32 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009, s. 430

33 İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2009 (4. Bası), s. 141.

Sonuç olarak anılan sistem, Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın 28 Ağustos 2014 tarihinde 12. Cumhurbaşkanı seçilmesiyle birlikte fiilen uygulamaya girmiş ve çok kısa bir süre içinde, sürdürülebilirlik bakımından kendisine yöneltilen neredeyse tüm eleştirileri haklı çıkardığı görülmüştür. Gerçekten, yukarıdaki beşli tasnif çerçevesinde ve salt anayasal normlar esas alındığında "başkanlı parlamenter sistem" olarak tanımlanabilecek olan yapı, uygulamada kaldığı dönem boyunca çeşitli istikrarsızlıklara yol açmış ve anayasal mimariye aykırı bazı fiilî durumların oluşmasına zemin hazırlamıştır. Nitekim bu gözlemlerden yola çıkan kimi yazarlar, anılan dönemi; "*…teorik olarak yarı başkanlık sistemi, gerçekte bir fiilî başkanlık sistemi*" olarak dahi tanımlayabilmişlerdir.[34]

Nihayetinde anılan sistem, 16 Nisan 2017 tarihli referandumla birlikte, ileri bir tarihte yürürlüğe girmek üzere bir kez daha değiştirilmiştir. Referandumla birlikte kabul edilen bu yeni sisteme, günlük konuşmalarda ve referandum öncesinde çeşitli kaynaklarda "Türk Tipi Başkanlık Sistemi" veya "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sitemi" adı verildiği görülse de; karşılaştırmalı anayasa hukukunun yukarıda işaret edilen verileri ışığında bu isimlendirmenin hiçbir açıklayıcı değer taşımadığı ortadadır. Zira anayasa hukuku açısından bir hükümet sisteminin nitelendirilmesinde esas olan şey, onun hangi adla anıldığı değil; yasama ve yürütme organlarının oluşumu ve birbirleriyle olan ilişkilerine dair koyduğu esaslardır. Bu kapsamda, getirilen bu yeni sisteme yakında bakıldığında, farklı sistemlerden alınan unsurları bir arada içerdiği; bu yönüyle de "*…keşfedilmemiş, dünyada eşi benzeri görülmemiş*" bir hükümet sistemi olarak değerlendirildiği görülmektedir.[35] Başka bazı yazarlarınsa; "*…başkanlık rejiminde geçerli anayasal denge ve denetim düzeneğinin öngörülmemiş olması nedeniyle, yapılan düzenlemeyi çoğulcu siyasal rejimler bağlamında değerlendirme güçlüğü*" çektiklerinden söz ettiği[36] veya ünlü Arjantinli siyaset bilimci Guillermo O'Donnell'a

---

34 Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017 (21 Baskı), s. 304-305.

35 Gözler (2017), s. 307. Bu konuda ayrıca bkz. Kemal Gözler, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 43-79.

36 İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2017 (12. Bası), s. 162.

atıfla[37] söz konusu sistemin ancak bir *"delegasyoncu demokrasi"* şeklinde veya *"popülist (yarışmacı) otoriter"* biçimde işleyeceği öngörüsünde bulunduğu gözlemlenmektedir.[38] Buna karşın, anılan sisteme yönelik eleştirilere katılmayan ve getirilen bu yeni sistemin *"…hükümet sistemleri içerisinde başkanlık sistemi olarak kabulü mümkün olan bir sistem"* olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.[39]

Sonuçta, bu konuda benimsenen yorum tarzı ne olursa olsun, Türkiye'nin 2007 ve 2017 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle birlikte parlamenter sistemden aşamalı biçimde koptuğu ve halk tarafından seçilen devlet başkanının sistem içindeki rolünün gittikçe attırıldığı bir anayasal modele doğru geçiş yaptığı görülebilmektedir. Bu bağlamda, 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde benimsenen ve cumhurbaşkanının yetkileri başta olmak üzere anayasal mimaride yapılan bazı tercihlerin etkisiyle "kısmen bozulmuş bir parlamenter sistem" olarak nitelendirilebilecek olan hükümet sistemi, önce "kısmen bozulmuş bir başkanlı parlamenter sistem"e, oradan da "epeyce bozulmuş bir başkanlık sistemi"ne evrilmiş görünmektedir.

Bu bağlamda elimizdeki çalışmada yapılacak şey; daha önce benzer tercihler yapmış olan ülkelerin tecrübelerinden hareketle, Türkiye'nin karşılaşması muhtemel güçlüklere ilişkin bazı tespit ve öngörülerde bulunmaya çalışmak olacaktır.

---

37 Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, No. 1 (January 1994), s. 55-69.

38 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (17 Basım), s. 327-329. Buna göre, anılan sistemde; "Başkan, milletin tecessüm etmiş hali ve onun çıkarlarının başlıca koruyucusu ve tanımlayıcısı olarak kabul edilir… Bu görüşe göre diğer kurumlar –meselâ mahkemeler ve yasama organı- can sıkıcı şeylerdir… Bu kurumlara karşı hesap verirlik, kullanması için başkana vekâleten verilmiş sınırsız otoritenin önündeki engellerden ibaret görülür… Delegasyoncu demokrasilerde adaylar… hemen hemen hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan hüküm sürme şansı için yarışırlar. Seçimden sonra da, seçmenlerden/delegelerden, başkanın icraatının pasif ama alkışlayıp seyircileri olmaları beklenir… Temsili demokrasilerin ayırıcı özelliği olan yatay hesap verirlik, delegasyoncu demokrasilerde ya hiç yok, ya da son derece zayıftır. Üstelik, yatay hesap verirliği etkili kılan kurumlar, delegasyoncu başkanlarca kendi 'misyon'larının önünde gereksiz ayak bağları gibi göründüğünden, başkanlar, bu kurumların gelişmesini önlemek için büyük çabalar harcarlar."

39 Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 40, 65.

IV. Parlamenter Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler

Türkiye'de gözlemlenen sistem değişikliklerini ve bunların muhtemel sonuçlarını, farklı ülke deneyimlerinden yola çıkarak tartışmanın bir yöntem olarak elverişliliği, başlı başına tartışılması gereken bir husustur. Nitekim benzer soruların, sosyal bilimler alanında yapılan karşılaştırmalı çalışmaların çoğu için de ortaya atılması mümkündür. Bu bağlamda, incelenen nesnenin veya olgunun (elimizdeki çalışmada, incelenen ülkelerin) "kendine özgü" (nev'i şahsına münhasır, *unique)* nitelikler taşıdığı" iddiası, karşılaştırmalı incelemelerin nesnesi olmaya aday tüm olgular açısından ileri sürülebilen bir itirazdır. Öyleyse, çalışma konumuzla ilgili olarak bu muhtemel itirazın karşılanabilmesi için, en azından iki sorunun yanıtlanmasına ihtiyaç bulunmaktadır;[40]

Bu bağlamda yanıtlanması gereken ilk soru; Türkiye'de hükümet sistemine yönelik yapılan değişikliklerin ve bunların muhtemel sonuçlarının, karşılaştırmalı örneklerden hareketle incelenip incelenemeyeceği sorusudur.

Kanımca, bu soruya prensip olarak olumlu bir yanıt verilmesi mümkündür. Zira Türkiye'de bugüne kadar yapılmış olan tüm sistem tercihlerinin, alana ilişkin var olan akademik bilgi birikimine ek olarak; bir yandan ülkemize özgü deneyimlerden, diğer yandan da başka ülkelerin deneyimlerinden hareketle gerçekleştirildiği görülmektedir. Benzer şekilde, hükümet sistemi değişikliğine ilişkin tartışmalarda çeşitli taraflarca ileri sürülen neredeyse bütün fikir ve önerilerin de, dünyadaki farklı ülkelere ve buralarda yaşanan deneyimlere referans yapılarak savunulduğu gözlemlenmektedir. Nitekim bu akıl yürütme biçiminde de şaşılacak bir şey yoktur. Zira *"…karşılaştırmalar yapmak doğal bir insan eylemidir. Antik çağlardan günümüze yaşamış nesillerce insan, (bu yöntemle) hem birey hem de toplum olarak kendileriyle başkaları arasındaki var olan farklılıkları ve benzerlikleri anlamaya çalışmışlardır"*.[41]

---

40 Bu bölümde yapılan teorik açıklamalar, büyük ölçüde daha önce kaleme almış olduğum bir çalışmaya dayanmaktadır. Bkz. Ali Ersoy Kontacı, "The Presidents of Republics in Turkish and Polish Constitutions: A Short Overview from a Comparative Perspective", *Merkourios, The Utrecht Journal of International and European Law,* Vol. 25, No. 68 (2008), s. 18-20.

41 Todd Landman, Issues and Methods in Comparative Politics, Routledge, London 2000, s. 4-10.

Bu kapsamda insanlar ve toplumlar, gündelik hayatın çeşitli yüzlerine dönük akıl yürütmelerinde, karşılaştırmalı gözlemler yoluyla elde edilen verilerden doğal ve yaygın olarak yararlanmaktadırlar. Bu durumun, insan aklının çağrışımlarla ve karşıtlıklarla düşünme eğiliminin de doğal bir sonucu olarak görülmesi pekâlâ mümkündür.

Bununla birlikte bizi daha yakından ilgilendiren şey; karşılaştırmalı düşünme biçiminin günlük hayattaki bu "doğal" varlığından ziyade, siyaset bilimi ve anayasa hukuku çalışmalarındaki yeri ve konumudur. Bu kapsamda hemen ifade etmek gerekir ki "karşılaştırmalı yöntem"; günümüzün bilimsel çalışma evreninde gittikçe daha fazla yer tutmaya başlayan ve hem araştırmacıya, hem izleyicilere önemli katkılar sunma potansiyeli taşıyan bir yöntem haline dönüşmüş bulunmaktadır. Bu bağlamda karşılaştırmalı çalışmaların sağladığı en önemli avantajlardan birinin; insan zihninin bilimsel düşünceden uzaklaşmasını "önleyici etkisi" *(preventive effect)* olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda karşılaştırmalı çalışmalar, bir yandan insan aklının "ben merkezli" *(ethnocentric)* düşünme alışkanlığını kırmaya yardımcı olmakta; diğer yandan da teoriler, hipotezler ve kavramlar inşa etmeye katkı sağlamaktadır. İlaveten, bu türden çalışmaların, birbirine rakip hipotezleri test edip elemeye ve gelecek hakkında öngörülerde bulunmaya da yardımcı oldukları yaygın olarak kabul edilmektedir.[42] Bu noktada son olarak, karşılaştırmalı yöntemin hukuk alanında yapılan çalışmalarda da uygulanabilir olduğunu çekinmeksizin ifade etmek gerekmektedir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuk çalışmaları; *"…farklı ülkelerde -ve bazen de aynı hukuk sistemi içinde- geçerli olan hukuk sistemlerinin, düzenlemelerin, kurumların veya temel ilkelerin karşılaştırılmasına odaklanan çalışmalar"* olarak tanımlanmakta[43] ve bizlere, çağdaş hukuk düzenlerinin tüm boyutlarının ele alınıp incelenebileceği

42 Tom Mackie ve David Marsh, "The Comparative Method", Theory and Methods of Political Science, Der. David Marsh ve Gerry Stoke, Macmillan Press, London 1995, s. 58-75. Ayrıca bkz. Landmann (2000), s. 4.

43 Viktor Knapp, "Legal Science", Main Trends of Research in the Social and Human Science, Vol. II, Der. Jacques Havet, Mouton Publishers/Unesco, The Hague, Paris, New York 1978, s. 1980. Bununla birlikte bazı yazarlar, tek bir ülke özelinde yürütülen çalışmaların karşılaştırmalı çalışma olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler. Bkz. Giovanni Sartori, "Compare Why and How? Comparing, Miscomparing and Comparative Method", Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance, Der. Mattei Doğan ve Ali Kazancıgil, Wiley-Blackwell, London 1994, s. 23.

bir gözlem çerçevesi sunmaktadır. Sonuç olarak, bütün bu gözlemlerin bizi ulaştırdığı nokta; Türkiye'de hükümet sistemi değişikliği ve sonrasına ilişkin senaryo ve ihtimallerin karşılaştırmalı bir yöntemle incelenmesinin, hem bilimsel ölçütlere uygun hem de verimli bir akıl yürütme biçimi olacağıdır.

Öyleyse, bu noktada cevaplanması gereken ikinci soru; böyle bir karşılaştırma bağlamında dikkate alınacak ülkelerin hangileri olduğudur.

Bu kapsamda öncelikle, bir hususun karşılaştırmalı açıdan *incelenebilir* olmasının, yapılan incelemenin da her zaman doğru sonuçlar vereceğinin garantisi olarak yorumlanamayacağını vurgulamak gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle hukuk alanında yapılan kimi karşılaştırmalı çalışmalarda, incelenen örneklerin hangi metodolojik tercihlerle seçildiğinin açıklanmamasından ötürü, bilimsellik ve ikna edicilik açısından ciddi zaafların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yüzden, özellikle elektronik kaynaklara erişimin kolaylaşmasıyla birlikte sayısı giderek artan karşılaştırmalı çalışmaların, güvenilirlik ve kalite açısından zaman zaman ciddi biçimde sorgulanır hale geldiklerine şahit olunmaktadır. Bu eleştirilerden kaçınabilmek içinse, "karşılaştırmalı araştırma tasarımının" bilimsel ölçütlere uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bunun için de karşımıza, cevaplanması gereken iki ilave soru daha çıkmaktadır:

- Karşılaştırma büyük sayılarla mı yoksa küçük sayılarla mı yapılacak? *(Small "N" v. Big "N. Research Design)*

- Birbirine benzer örnekler mi, farklı örnekler mi karşılaştırılacak? *("Most Similar" v. "Most Different" Systems Design)*

Bu kapsamda, her karşılaştırmalı çalışmanın başında cevaplanması gereken ilk soru; kaç örnek üzerinden karşılaştırma yapılacağıdır. Bu soruya, aşağıdaki üç farklı ihtimalden birinin tercih edilerek cevap verilmesi mümkündür:

o Tekil örneklerin karşılaştırmalı bir bağlam içinde incelenmesi[44],

[44] Bu yöntem, "vaka odaklı karşılaştırmalı inceleme" (case oriented coparative study) olarak da anılmaktadır.

- Az sayıda ülkenin derinlemesine ve sistematik bir şekilde incelenmesi ve
- İstatistiki analizlere kaynak olmak üzere, çok sayıda örneğin incelenmesi.

Bu bağlamda elimizdeki makalede, hem çalışmanın sınırlı kapsamından, hem de derinlemesine bir incelemenin istatistiki analizlere nazaran bu çalışmanın amacına daha uygun düşeceği inancından hareketle, az sayıda örnek ülke üzerinden hareket edilmesi tercih edilmiş bulunmaktadır.[45]

Bu noktada cevaplanması gereken ikinci soru da, karşılaştırmalı çalışma kapsamında *birbirine benzeyen* örneklerin mi, yoksa *birbirinden farklı* örneklerin mi inceleneceğidir. Bu bağlamda;

- Benzer örneklerin karşılaştırılması; ortak bazı nitelikler taşıdığı kabul edilen örneklerin birbirlerine yakınlaştırılması suretiyle, aralarındaki *farkların* daha da belirgin hale geleceği varsayımına dayanmaktadır.
- Farklı örneklerin karşılaştırılması ise, incelenen nesneler arasındaki sınırlı –ve fakat araştırmanın konusu açısından önem taşıyan– *benzerliklerin* vurgulanması açısından faydalı bir yöntem olarak kabul edilmektedir.[46]

Bu alternatifler arasından elimizdeki makalede benimsenen yöntem ise, çeşitli yönlerden *birbirlerinden farklılaşan* üç örnek ülkeyi ele alarak; bunlar arasında hükümet sistemi tartışmalarının seyri ve bu kapsamda yaşanan gelişmeler açısından görülen *benzerlikleri vurgulamak* olarak belirlenmiştir.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde; parlamenter sistemden kopuş dinamiklerine ve kopuş sonrası deneyimlerine yakından bakılacak

---

45 Nitekim bu yöntem, büyük rakamlardan sonuçlara varmayı amaçlayan saha çalışmalarının aksine, hukuk alanındaki çalışmalara genel olarak daha uygun görünmektedir. Bu anlamda, "karşılaştırmalı inceleme" kavramından anlaşılması gerekenler için bkz. D. Berg-Schlosser, "Comparative Studies: Method and Design, International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences, Der. Neil J. Smesler ve Paul B. Baltes, Pergamon, Oxford 2001, s. 2247.

46 Adam Przeworski ve Henry Teune, Logic of Comparative Social Inquiry, Comparative Studies in Behavioral Sciences, Wiley-Interscı-ience (A Division of John Wiley & Sons), USA 1970, s. 39.

ülkeler olarak; Kırgızistan, Moldova ve Fransa seçilmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda Fransa, "*pekişmiş demokrasilerin*"[47] örneği olarak, Kırgızistan ve Moldova ise, "*demokratikleşmenin üçüncü dalgasında*"[48] demokrasiye geçiş yapan, daha yeni ve fakat görece istikrarlı demokrasilerin örnekleri olarak karşılaştırmaya dâhil edilmişlerdir. Gerçekten, ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak işaret edileceği üzere, Kırgızistan Orta Asya ülkeleri arasında en kayda değer demokratik gelişmişlik seviyesine sahip Ülke olarak kabul edilmektedir. Bir Doğu Avrupa Ülkesi olan Moldova ise, zayıf bir sivil toplum ve kırılgan bir siyasî parti sistemine sahip olmasında karşılık, hükümet sistemi değişikliklerini ciddi toplumsal şiddet hareketleri yaşamaksızın gerçekleştiren istisnai bir örnek olarak dikkat çekmektedir. Bu belirlemede ayrıca, anılan ülkelerden birinin Doğu Avrupa, diğerinin Orta Asya Ülkesi olması dikkate alınmış; böylece bir Batı Avrupa Ülkesi olan Fransa ile birlikte, incelemenin dengeli bir coğrafî dağılımı kapsaması amaçlanmıştır.

Anılan bu üç Ülke, aralarında taşıdıkları tüm farklılıklara rağmen, parlamenter sistemden kopuş deneyimleri anlamında birbirlerine benzer özellikler gösteren ülkeler olarak göze çarpmaktadır. Bununla birlikte, çoğu nitelikleri itibariyle "birbirlerinden farklı" nitelikler taşıyan bu örneklerin seçiminde de, makul bir alt sınır çizilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda ele alınan örnek ülkelerin, birbirleriyle ve Türkiye ile "karşılaştırılmaya asgarî ölçüde elverişli" ülkeler arasından seçilmesine dikkat edilmiştir. Nitekim bu akıl yürütme biçimden hareketle, parlamenter sistemden koparak başkanlık sistemine geçiş yapan ve Sahra Çölü'nün güneyinde yer alan bazı Afrika Ülkeleri'nin (Zimbabve, Gana ve Malavi) deneyimleri, hem demokratik gelişmişlik seviyeleri, hem de Türkiye ile toplumsal ve siyasî benzerliklerinin azlığı sebebiyle bilinçli olarak karşılaştırma dışında bırakılmıştır.[49]

---

47 Kavram için bkz. Juan J. Linz ve Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe, The John Hopkins University Press, Baltimore, Maryland 1996.

48 Samuel P. Huntington, The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century, University of Oklahoma Press, Oklamoha 1991; Ayrıca bkz. Samuel P. Huntington, "Democracy's Third Wave", *Journal of Democracy*, Vol. 2, No. 2 (Spring 1991), s. 12-34.

49 Nitekim 16 Nisan 2017 referandumu öncesinde, bu ülkelerin parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçen ülkelere örnek olarak bu ülkelerin verilmesi, Adalet ve Kalkınma Partisi Merkez Karar Yönetim Kurulu üyesi ve TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Mustafa Şentop'un tepkisini çekmiş ve "Tarihlerinde muhtar

Bu kapsamda son olarak işaret edilmesi gereken husus, bu çalışmada benimsenen karşılaştırmalı çalışma tasarımı uyarınca incelenebilecek örneklerinin, yukarıda bahsedilen ülkelerden ibaret olmadığıdır. Bu kapsamda, son derece düşük bir seçim barajıyla yapılan parlamento seçimlerinde tüm ülkenin tek bir seçim çevresi olarak kabul edildiği İsrail'de, aşırı parçalanmış parlamento kompozisyonunun yarattığı kalabalık koalisyonlardan kurtulmak için *başbakanın* doğrudan halk tarafından seçilmesi yöntemi denenmiş ve parlamenter sistemden uzaklaşma yönünde son derece dikkat çekici deneyimler yaşanmıştır. İşgal altındaki Batı Şeria ve Gazze Şeridi'nden çekilme ve bir bütün olarak Filistin barış süreci gibi can yakıcı meselelerde mesafe kat edebilmek için denenen bu "kendine özgü" sistem de, neticede ve son derece dikkat çekici bir biçimde Ülke'nin eskiden beri benimsemiş olduğu saf parlamenter sisteme geri dönüşü ile sonuçlanmıştır.[50] Bununla birlikte anılan Ülke, bu çalışmanın makul sınırlarını aşmamak için bu aşamada inceleme dışında bırakılmıştır.

Bu kapsamda son olarak işaret edilmesi gereken bir diğer örnek evreni ise, bir bütün olarak Latin Amerika coğrafyası ve buradaki ülkelerin deneyimleridir. Gerçekten, anılan ülkelerin gerek Soğuk Savaş dönemindeki gerekse günümüzdeki deneyimleri ile muhtemel arayışları, bu alanda yapılacak ilave çalışmalar açısından gerçek bir laboratuvar işlevi görmeye adaydır. Bununla birlikte söz konusu ülkeler, buralarda yaşanan gelişmelerin bir bütün olarak ayrıca ele alınması gerektiği düşünüldüğünden, elimizdeki çalışmanın kapsamı dışında bırakılmışlardır.

Bu kapsamda ilerleyen sayfalarda yapılacak olan şey; bu karşılaştırmalı çalışma tasarımının ve örnekler evrenine yönelik sınırlamaların ardından elimizde kalan üç Ülke olan Kırgızistan, Moldova ve Fransa'nın deneyimlerine yakından bakmak olacaktır.

---

seçimlerini bile düzgün yapamayan ülkelerle, demokrasi geçmişi 150 yıla ulaşan, tarihinde hukuk ve adalet esaslı büyük devletler kurmuş Türkiye'yi kıyaslamak bir Oryantalist yaklaşımı" sözleriyle eleştirilerde bulunduğu görülmüştür. (Haber için bkz. http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38016306)

50 Bu sürecin bütün gelişimiyle birlikte ele alındığı son derece detaylı bir inceleme için bkz. Erdal Onar, İsrail'in Kendine Özgü Bir Hükûmet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü, Ankara 2003.

A) Kırgızistan: Orta Asya'nın Çalkantılı Demokrasi Adası

Kırgızistan, 1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği'nden bağımsızlığını ilan eden ve halen varlığını sürdüren beş Orta Asya devletinden biridir. Kuzeyde Kazakistan, batıda Özbekistan, güneybatıda Tacikistan ve güneydoğuda Çin Halk Cumhuriyeti ile çevrili olan ülke, diğer Orta Asya devletleriyle karşılaştırıldığında, nüfus ve toprak büyüklüğü açısından oldukça geride kalmaktadır. Buna rağmen Kırgızistan, Orta Asya'dan Orta Doğu'ya kadar uzanan büyük bir coğrafyada yer alan devletlerarasında Türkiye hariç en demokratik siyasî yönetim şekline sahip ülke konumundadır. Muhalif parti, muhalif basın-yayın, bağımsız sivil toplum hareketleri, özgür ve şeffaf seçimler ve benzer kavram ve kurumların tamamına Kırgızistan'da rastlamak mümkündür. Nitekim bu özellikleri sebebiyle ülke, daha bağımsızlığının ilk yıllarından itibaren bazı batılı gözlemcilerce Orta Asya'da bir *"demokrasi adası"*,[51] hatta *"Orta Asya'nın İsviçresi"*[52] olarak nitelendirilmiştir. Buna karşın, Kırgızistan'da bölgecilik bağlarının halen çok güçlü olması, ekonomide dışa bağımlılığın sürmesi, etnik milliyetçiliğin yaygınlığı ve siyasî parti sisteminin oturmaması gibi çeşitli sorunların varlığını sürdürdüğünü de ifade etmek lazımdır.

Bütün bu sorunlarına ek olarak Kırgızistan; bağımsızlığını kazandıktan sonra geçen kısa süre içinde önce Ülke'nin ilk devlet başkanı olan Askar Akayev'in; sonra da Kurmanbek Bakiyev'in aile efratlarının ve mensubu oldukları aşiretlerin karıştığı yolsuzluk iddiaları nedeniy-

---

51 John Philip Anderson, Kyrgyzstan: Central Asia's Island of Democracy?, Harwood Academic Publishers, New York 1999. Bununla birlikte, anılan aynı kavramın günümüzde Ülke'de demokrasinin geleceğine ilişkin kuşkulu yaklaşımları dillendirirken kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Marlene Laurelle ve Johan Engvall, Kyrgyzstan Beyond "Democracy Island" and "Failing State": Social and Political Changes in a Post-Soviet Society, Lexington Books, USA 2015. Aynı yönde haberler için bkz. Ante Schenkkan, "Central Asia's Island of Democracy is Sinking", Foreign Policy, 30.09.2015 http://foreignpolicy.com/2015/09/30/central-asias-island-of-democracy-is-sinking-kyrgyzstan/; Alastair McCready, "Is Kyrgyzstan No Longer Central Asia's Island of Democracy?", The World Weekly, 02.03.2017 https://www.theworldweekly.com/reader/view/magazine/2017-03-02/is-kyrgyzstan-no-longer-central-asias-island-of-democracy/9762

52 John Philip Anderson, "Island of Democracy? The Politics of Independence", Kyrgyzstan: Central Asia's Island of Democracy?, Der. John Anderson, Harwood Academic, Amsterdam 1999, s. 23-63; Richard Pomfred, The Economies of Central Asia, Princeton University Press, USA 1995, s. 106 vd.; Pepe Escobar, "The Tulip Revolution Takes Root", Asia Times Online, 26.03.2005. http://www.atimes.com/atimes/Central_Asia/GC26Ag03.html

le iki önemli toplumsal hareketlilik yaşamış; buna rağmen demokrasi hedefinden uzaklaşmamış ve demokratik değerlere dayanan siyasî rejimini –tüm kesinti ve çatışmalara rağmen– sürdürmeyi başarmıştır.

1. Demokrasiye Geçiş Süreci ve Parlamenter Sistemden Kopuş: Akayev Dönemi

Kırgızistan 1991 yılında bağımsızlığını kazandığında, yönetimde yerel Komünist Parti hiyerarşisine hâkim bir kadro bulunmaktaydı. Ülkenin ilk cumhurbaşkanı Akayev, 1990 yılının Ekim ayında "Kırgızistan Yüksek Sovyeti" olarak adlandırılan parlamentoda yer alan birbirlerine rakip grupların, Moskova'nın da arabuluculuğu ile uzlaşmaları sonucunda iktidara getirilmiş bir isimdi. Gerçekten de, 1990 yılının Haziran ayında ülkenin güneyinde Özbekler ve Kırgızlar arasında yaşanan etnik çatışmalarda yüzlerce insan ölmüş; dönemin Kırgız Komünist Partisi Birinci Sekreteri Absamat Masalıyev'in istifası üzerine, Kırgızistan Bilimler Akademisi'nin başkanlığını yürüten Askar Akayev, parlamento tarafından devlet başkanlığına seçilmişti. Böylece Ülke, bağımsızlığını ilân ettiği 31 Ağustos 1991 tarihine parlamenter sistemi andıran bir anayasal mimari ile adım atmış oldu.

Bununla birlikte, bağımsızlık ilânının hemen ardından "eski rejimin" parlamentosu tarafından seçilerek göreve getirilmiş olmayı siyaseten yeterli bulmayan Akayev, konumunu halkoylamasıyla da meşrulaştırma yoluna gitti. Böylece Akayev, tek aday olarak girdiği cumhurbaşkanlığı seçiminde oyların %96'sını alarak, sahip olduğu statüyü yasallaştırmış ve konumunu sağlama almış oldu. Bununla birlikte anılan seçim, demokrasiye geçiş sürecinde parlamenter sistem odaklı bir mimariyi benimseyen Kırgızistan'ın, aradan geçen kısa zaman zarfında bu tercihinden uzaklaşmaya başlamış olduğunun da ipuçlarını veriyordu. Başka bir ifadeyle, Başkan Akayev'in konumunu sağlamlaştırmak adına başvurduğu "halk tarafından seçilme" formülü, kalıcı hale dönüşmesi halinde Kırgızistan'ın hükümet sistemini de kalıcı olarak değiştirecek bir yapılanmaya işaret ediyordu.

Kırgızistan'ın parlamenter sistemden uzaklaşarak cumhurbaşkanı özelinde daha yürütme odaklı bir sistem tasarımına geçebileceği yönündeki bu işaretler, bağımsızlık sonrası başlayan yeni anayasa yapım sürecinde de önemli bir tartışma konusuydu. Bu bağlamda anılan görüş-

leri savunanlar, Kırgızistan'ın en büyük sorunu olan ekonomik kaynak kıtlığı ve milli gelir azlığına işaret ediyor ve Kırgızistan'ın karşı karşıya kaldığı ekonomik darboğazı aşabilmesi için "istikrarlı bir yönetime" ve "güçlü bir iktidar yapılanmasına" ihtiyaç duyulduğunu belirtiyorlardı. Bu fikirler, Ülke coğrafyasının doğurduğu güvenlik sorunları ve acil güvenlik ihtiyacına işaret eden argümanlarla da destekleniyordu.

Bütün bu tartışmaların sonucunda 1993 tarihinde kabul edilen yeni Kırgızistan Anayasası'na bakıldığında; yürütmenin güçlendirilmesi hedefine yönelen ve özellikle de sistem içinde cumhurbaşkanının konumunu daha merkezi hale getiren düzenlemelere gidildiği görüldü. Başka bir ifadeyle 1993 Anayasası, Kırgızistan'ın parlamenter sistemle yola devam etme alternatifinden net bir şekilde koptuğunu gözler önüne seriyordu.

Parlamenter sistem alternatifinden kopuşun ardından girilen bu yeni yolda, Anayasa ile cumhurbaşkanına önemli yetkiler tanındı. Bu yetkiler arasında en önemli olanlarından biri de; cumhurbaşkanının tek taraflı iradesi ile ve referandum yoluyla anayasa değişiklik teklifi sunabilmesiydi. Nitekim özelleştirmeler ve Rus göçünün engellenmesi[53] başta olmak üzere pek çok konuda parlamento ile sürtüşmeler yaşayan Akayev, bu yetkiyi, eski Komünist Parti Üyeleri ile bürokratlarca doldurulmuş olduğunu ileri sürdüğü[54] parlamentoyu devre dışı bırakmak ve kendi otorite alanını genişletmek amacıyla kullanmaktan çekinmedi.[55] Bunun soncunda Kırgızistan Anayasası, 1994'den başlayarak 2003 Şubatına kadar birkaç kez değişikliğe uğradı. Bu değişikliklerin hepsi, Cumhurbaşkanı'nın anılan yetkisine dayanarak başlattığı tek taraflı referandum girişimlerinin sonuncunda gerçekleşti. Bu değişiklikler kapsamında;

- 1994 yılında yasama organı ikiye bölünüp milletvekili sayısı düşürüldü.

---

53 Paul Kolstoe, Russians in the Former Soviet Republics, Hurst & Co. Publishers, London 1995, s. 237-238.

54 Yaşar Sarı, "Kırgızistan'da İktidarın El Değiştirmesi: Akayev ve Bakiyev'in Düşüşü", *Orta Asya ve Kafkasya Araştırmaları Dergisi*, Cilt 5, Sayı 9 (2010), s. 33.

55 Buna karşın, 1994 yılında yayınlanan bir makalesinde Akayev, Kırgızistan'ın Orta Asya'da demokratik bir alternatif olduğu iddiasını sürdürmekteydi: Bkz. Askar Akayev, "Kyrgyzstan: Central Asia's Democratic Alternative", Demokratizatsiya, Vol. 2 No. 1 (1994), s. 9-25.

- 1996 yılında kapsamlı bir anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının bakanlıklara atama yaparken meclisten onay alma zorunluluğu kaldırıldı. Dahası, cumhurbaşkanı tarafından önerilen üç başbakanın meclis tarafından reddedilmesi durumunda, cumhurbaşkanına meclisi feshedebilme yolu açıldı. Aynı değişiklikler ile Akayev, ülkedeki yüksek mahkemeler dışındaki tüm yargıç ve savcıları doğrudan atama yetkisini elde etti.
- 1998 yılında yapılan değişiklik sonucunda ise parlamentonun yasama yetkileri kısıtlandı ve üye sayısında bir kez daha değişikliğe gidildi. Meclisin bütçe üzerindeki yetkileri ve milletvekili dokunulmazlıkları sınırlandı.

Görüldüğü üzere Kırgızistan'ın parlamenter sistemden kopuşu, yalnızca Ülke'nin parlamenter hükümet sisteminden uzaklaşmasına yol açmakla kalmamış; anılan değişiklikler, ülkenin bir bütün olarak demokratik sistemin dışına yuvarlanmasıyla sonuçlanabilecek bir dönemin kapılarını açmıştır.[56]

Bu derece kişiselleşmiş bir iktidarın kullanımının kısa süre içinde önemli sorunlara yol açmaya başladı. Gerçekten, 1998 ve 2001 yıllarında Çin ve Özbekistan ile yapılan kimi anlaşmalarda sınır kontrolü konusunda bu Ülkeler'e ciddi tavizler verildiğinin ve üstelik parlamentonun da tümüyle karanlıkta bırakıldığının ortaya çıkması üzerine, Ülke'nin ciddi bir krize sürüklenmesine yol açacak olaylar dizisi de tetiklenmiş oldu. Söz konusu haberle birlikte oluşmaya başlayan muhalefet ittifakı, Akayev aleyhine geniş katılımlı gösteriler düzenlemeye başladı. Polisin sert müdahalesiyle karşılaşan bu protesto eylemleri, en nihayetinde "Aksu Olayları" olarak anılan ve bazı göstericilerin hayatını kaybetmesiyle sonuçlanan çatışmalarla birlikte doruğa çıktı.

Sonuçta bütün bu protestolar, Akayev Yönetimi'ni geri adım atmak zorunda bıraktı ve 2003 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleriyle birlikte, Ülke'de ilk defa son 10 yıla damgasını vuran "başkancı" eğilimlerden farklı bazı düzenlemelere gidildi. Akayev ile bölgesel liderler arasında varılan iğreti bir uzlaşmanın ürünü olan bu

56 Kırgızistan'ın demokratik deneyiminin zedelenmesi hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ouran Niazaliev, Failed Democratic Experience in Kyrgyzstan: 1990-2000, Yayınlanmaması Doktora Tezi, ODTÜ Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Ankara 2004. https://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12605282/index.pdf

değişiklikler, Parlamento'nun kaybettiği yetkileri büyük ölçüde geri kazanmasıyla sonuçlandı. Buna karşılık, görev süresini uzatmayacağı sözünü veren Akayev ve ailesine, Anayasa'nın 53. maddesi uyarınca geniş bir dokunulmazlık tanınması kararlaştırıldı.

Bütün bu olayların ardından gerçekleştirilen 2005 parlamento seçimleri, Akayev'in verdiği sözde durup durmayacağı konusundaki tavrının belli olacağı kritik bir seçime dönüştü. Nitekim seçimler yaklaştıkça ortaya çıkan bazı gelişmeler, bu konuda şüpheci bir yaklaşımı savunanların haksız olmadığını ortaya çıkardı. Zira aday listelerine bakıldığında, Cumhurbaşkanı Akayev'in oğlu Aidar Akayev ve kızı Bermet Akayeva dâhil olmak üzere, yakın çevresinden çok sayıda kişinin milletvekili seçilmek için adaylığını koydukları görüldü. Benzer şekilde, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin uzatılmasına yönelik bir de imza kampanyası başlatıldığı ortaya çıktı. Bütün bu gelişmelere rağmen, seçimlerin ilk turunda kayda değer bir başarı elde eden muhalefet, ikinci tur seçimlerde yaşanan çeşitli engellemeler ve seçim yolsuzlukları neticesinde yalnızca altı milletvekili çıkarabildi. Demokratik kanalların bu şekilde tıkanmasının sonucu ise, beklenileceği gibi; iktidarın değişmesiyle sonuçlanacak bir şiddet dalgasının ortaya çıkması oldu. En nihayetinde yaşanan olaylar, Akayev'in ülkeyi terk etmesiyle sonuçlandı.[57]

2. Sorun Kişilerde mi? Başkanlık Sisteminde İkinci Deneme: Bakiyev Dönemi

2005 yılındaki iktidar değişiminin en önemli aktörlerinden biri de, Cumhurbaşkanı Akayev'e yönelik muhalefetin başını çeken liderlerden Kurmanbek Bakiyev olmuştur. Daha önce başbakan olarak da görev yapmış olan Bakiyev, Akayev'in Ülke'yi terk etmesinin ardından, farklı görüşlere, geçmişe ve düşüncelere sahip muhalif kesimlerin uzlaşma noktası olarak cumhurbaşkanlığına seçilmiştir. Bu seçim, aynı zamanda Akayev sonrası dönemde Ülke'yi yönetmeye aday iki güçlü isim olan güneyli Bakiyev ve kuzeyli Feliks Kulov arasında varılmış

57 Bu sürecin ayrıntılı bir inceleme hakkında bkz. Asim Memmedov, Gürcistan ve Kırgızistan'da Yönetim Değişikliğinin Nedenleri ve Yeni Yönetimlerin Dış Politikaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 231-286. http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5478/

olan bir uzlaşmayı yansıtmaktaydı. Bu uzlaşma uyarınca, Ülke'nin güney ve kuzey olarak bölünmesi tehlikesi karşısında, Bakiyev cumhurbaşkanı olurken, Kulov da başbakanlık görevini üstleniyordu. Bununla birlikte, yapılan bu işbirliğinin temel şartı; Anayasa'nın değiştirilerek Cumhurbaşkanı'nın elindeki bazı yetkilerin Parlamento'ya ve hükümete verilmesi idi.[58] Bu bağlamda kamuoyunun Bakiyev'den beklentisi; önceki yönetimin açtığı derin yaraların tedavi edileceği bir tür restorasyon döneminin başlatılması yönündeydi. Nitekim Bakiyev'in başlangıçtaki vaatleri de, böyle bir dönemin başlayacağına işaret ediyordu.

Ne var ki Bakiyev dönemi, büyük umutlarla başlayan bir dönem olmasına karşın, kısa süre içinde beklentilerin aksine gelişmelerin birbiri ardına yaşandığı bir dönem halini aldı.[59] Yaşananlar, tam anlamıyla 1991–2005 yılları arası dönemin bir tekrarı gibiydi. Bu kapsamda, otoritesini gittikçe arttırmaya yönelen Cumhurbaşkanı Bakiyev ile Parlamenton'da buna direnen gruplar arasındaki mücadele, 2006 ve 2007 yıllarında bir dizi siyasî krizin yaşanmasına neden oldu. Yaşanan her kriz sonucunda da iktidar değişimini gerçekleştiren koalisyondan kopmalar yaşandı.

Yaşanan çatışmalara son vermek amacıyla 2007 yılında yeni bir anayasanın kabulü ve erken parlamento seçimleri ile sonuçlanacak bir girişim başlatıldı. Bakiyev, ulusal düzeyde örgütlenmiş ve devlet bütçesinden desteklenen bir hâkim parti ile hileli bir seçim sistemiyle şekillendirilerek uysal bir parlamento oluşturmak suretiyle, muhalefetin siyaset sürecinin dışına itildiği bir vitrin demokrasisi hedeflemekteydi.[60] Nitekim 2007 Anayasası da bu çerçevede yeni rejimin kurumsal altyapısının oluşturulması amacıyla kaleme alınmış bir belgeydi: 21 Ekim 2007 tarihli bir referandumda kabul edilerek yürürlüğe giren anayasa, cumhurbaşkanının stratejik yetkilerini koruyor, buna karşılık parlamentonun yetkilerinin artırılması yönündeki düzenlemeleri ile de dikkat çekiyordu. Ne var ki eskiye göre kısmen güçlendirilen bu

58 Sarı (2010), s. 36.

59 Pınar Akçalı, "Kırgızistan'da Parlamenter Sisteme Geçiş: Genel bir Değerlendirme", *Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi*, Cilt XII, S. 1 (Yaz 2012), s. 201.

60 Haluk Alkan, *Kırgızistan:* Otoriter Merkezileşmeye Karşı Merkezkaç Direnişinin Gölgesinde Siyasî İktidarsızlık, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara 2010, s. 20. http://www.sde.org.tr/userfiles/file/SDE%20analiz%20Kirgizistan.pdf

parlamento, baskın seçim öncesinde yapılan çeşitli düzenlemeler ve seçim hileleri neticesinde muhaliflerin neredeyse tümüyle dışlandığı ve cumhurbaşkanının kontrolündeki tek bir partinin hâkim olduğu bir yapıya büründü.[61] Böylece yeni sistem, aslında tümüyle Bakiyev'in istediği politikaları hayata geçirmesi için daha geniş bir hareket alanı sağlayan bir yapıya dönüştü. Ne var ki bu durum, parlamento dışı muhalefetin olağan dışı yöntemlere başvurma eğiliminin ve buna dönük toplumsal desteğin de artmasına yol açtı. Bütün bunların sonucunda yeniden başlayan ve gittikçe şiddetlenen protesto ve çatışmalar, Bakiyev'i, elde ettiği bütün güce rağmen görevden el çekmeye mecbur bıraktı.

3. Parlamenter Sisteme Dönüş ve Demokrasinin Restorasyonu: Otunbayeva Dönemi

Rosa Otunbayeva, daha önce çeşitli ülkelerde Kırgızistan adına büyükelçilik yapmış deneyimli bir diplomat ve aynı zamanda muhalefetin önde gelen isimlerinden biriydi. 2005 yılı parlamento seçimlerindeki adaylığı da, dönemin Cumhurbaşkanı Akayev'in kızıyla aynı seçim çevresinde yarışmasını engellemek için çeşitli bahanelerle engellenmişti. Akayev'in devrilmesi sürecinde Bakiyev ile hareket eden Otunbayeva, en nihayet 2010 yılında Bakiyev'in görevden uzaklaştırılmasının ardından Kırgızistan'ın üçüncü devlet başkanı oldu. Bununla birlikte Otunbayeva dönemi, daha önceki dönemlerin aksine, ülkede bambaşka gelişmelerin yaşandığı bir dönem olarak kayda geçti.

Gerçekten, farklı bir yönetim anlayışına sahip kadroların etkin olduğu Otunbayeva döneminde, öncelikle Otunbayeva'nın cumhurbaşkanlığı görev süresinin 18 ayla sınırlanacağı sözü verildi ve buna uyuldu. Dahası, bu dönemde gerçekleştirilen 2010 parlamento seçimleri ile

---

61 "…Aralık 2007 Parlamento seçimlerinde Bakiyev'in liderliğini yaptığı Ak Jol partisinin hileli ve açık olmayan seçimler sonucu 90 sandalyeli Jogorku Keneş'te (Parlamento) mutlak çoğunluğu sağlaması (71 sandalye), Bakiyev'in iktidarını pekiştirmesine yol açmış ve muhalefet ile diyalog yolu aramak yerine onlara karşı baskı politikası izlemeye başlamıştır. Özellikle seçimlerde Bakiyev'in muhaliflerinden olan Tekebayev'in önderlik ettiği Ata-Meken Partisi Parlamento dışında bırakılmış, Atambayev ve Otunbayeva'nın liderlerinden olduğu Sosyal Demokrat Parti ise yalnızca 11 sandalye kazanabilmiştir. Kalan sandalyeler ise gerçekte muhalefet partisi olmayan ve iktidarı destekleyen Masaliyev önderliğindeki Kırgızistan Komünist Partisi'ne gitmiştir." Bkz. Sarı (2010), s. 38.

Ekim 2011 cumhurbaşkanlığı seçimleri de, Ülke'nin o tarihe kadarki en özgür ve adil seçimleri olarak kabul gördü. İlaveten, 2011 cumhurbaşkanlığı seçimiyle birlikte, Kırgızistan'da ilk defa devletin en tepesinde iktidarın barışçıl bir biçimde el değiştirdiğine şahit olundu.

Ancak, bütün bu olumlu özelliklerin yanında, Otunbayeva döneminde atılan en önemli adım; hiç kuşku yok ki 2010 yılında kabul edilen yeni anayasa oldu. Zira bu anayasa ile birlikte devlet başkanının yetkilerini önemli ölçüde kısıtlanırken, parlamenter sisteme geri dönüşün de temellerinin atılmaktaydı. Bu bağlamda yeni anayasa, üç başlık altında özetlenebilecek bir felsefeye dayanıyordu:

- Cumhurbaşkanın stratejik yetkilerinin sınırlanması,
- Rejimin işleyişinde denetim yetkilerinin parlamentoya geçmesi ve
- Hükümetin parlamentoya karşı sorumluluğunun sağlanması.

Yeni anayasa ile ayrıca; yargının daha etkin ve bağımsız işleyebilmesi için gereken değişiklikler yapılırken, temel hakların kanunla dahi olsa sınırlanması konusunda önemli güvenceler öngörüldü. Dahası, parlamento üyelerinin kürsü dokunulmazlığı ile milletvekili dokunulmazlığına sahip oldukları belirtildi ve parlamento yönetiminin muhalefetinde katılımı esas alınacak şekilde düzenlenmesi sağlandı.[62]

Görüldüğü üzere Kırgızistan, demokrasiye geçiş sürecine, dönemin parlamentosu olan "Yüksek Sovyet" tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı ve ayrıca parlamentoya karşı sorumlu bir hükümet mimarisiyle, parlamenter bir sistem deneyimi içinde başlamıştır. Ne var ki, bir yandan demokrasiye geçiş sonrasında cumhurbaşkanlığı iktidarının halkoyuyla meşrulaştırılması ihtiyacı, diğer yandan da ülkedeki siyasî parti sisteminin zayıflığı ve cumhurbaşkanı-parlamento ilişkilerindeki gerilimler, bu sistemden hızlı biçimde kopulmasına ve yürütme odaklı bir sistem tasarımının benimsenmesine neden olmuştur. Bu kapsamda anayasada yapılan çeşitli değişikliklerle, yasama organı karşısında yürütme organının ve yürütme organı içinde de cumhurbaşkanının konumu aşırı şekilde güçlendirilmiş; bu şekilde ulaşılan noktada yaşanan sorunlarsa, başlangıçta Akayev'in şahsından kay-

62 Hükümet sistemi (değişikliğine) yönelik anayasa hükümlerinin listesi için bkz. Akçalı (2012), s. 197-198.

naklanan sorunlar olarak değerlendirilmiştir. Ne var ki, Akayev'in yerini alan yeni Cumhurbaşkanı Bakiyev döneminde de benzer sorunların yaşanması, en nihayetinde sorunun "kişisel" değil "kurumsal" bir mesele olduğunu kabulüne yol açmış ve bugün Kırgızistan, Otunbayeva liderliğinde parlamenter siteme dönerek önemli ölçüde istikrara kavuşmuştur.

Bununla birlikte, Kırgızistan'ın günümüzde de zaman zaman demokrasi karnesi bakımından eleştirilere uğradığını belirtmek gerekmektedir.[63] Bu bağlamda özellikle Ülke'de kimi gazetecilere ve muhalif siyasetçilere yönelik baskılara dikkat çekilmektedir. Benzer şekilde, 2016 yılında gerçekleştirilen ve temel olarak başbakanın rolünün güçlendirilmesini öngören ve yargı bağımsızlığının zayıflatılması sonucunu doğuran son anayasa değişikliğinin de Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi[64] ve Venedik Komisyonu[65] gibi uluslararası örgütler tarafından olumsuz eleştirilerin konusu yapıldığı görülmektedir.

Ancak, bütün bu dalgalanmalara rağmen, Kırgızistan'ın bugün yaşadığı sorunların, 1993-2010 yılları arasında yaşanan ve yüzlerce kişinin hayatına mal olarak Ülke'yi tam anlamıyla bölünmenin eşiğine getiren olaylarla karşılaştırması mümkün değildir. Bu haliyle Kırgızistan'ın, demokrasiye geçişin ardından girdiği uzun, meşakkatli ve çeşitli iniş çıkışlar ve gelgitlerle dolu yolcuğunda parlamenter sisteme dönüş yapmasının, demokratik bir hukuk devleti olma yolundaki kendisine önemli bir avantaj sağladığını ifade etmek, yerinde bir düşünüş tarzı olacak gibi görünmektedir.

---

63 Bu eleştirilerden bazıları için bkz. Danielle Rumolo, "The 'Switzerland of Central Asia' is not Looking very Swiss", Open Democracy Russia and Beyond, 10.07.2015 https://www.opendemocracy.net/od-russia/danielerumolo/%E2%80%98switzerland-of-central-asia%E2%80%99-is-not-looking-very-swiss; Ulugbeg Babakulov, "Farewell to Kyrgyzstan's 'Island of Democracy'", Open Democracy Russia and Beyond, 06.10.2017, https://www.opendemocracy.net/od-russia/ulugbek-babakulov/farewell-to-kyrgyzstans-island-of-democracy

64 Bu yöndeki açıklama için bkz. http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=5695&lang=2&cat=15

65 Bkz. Venedik Komisyonu Görüşü 1CDL-PI(2016)009-e: "Kyrgyz Republic - Preliminary Joint Opinion on the Draft Law "on Introduction of amendments and changes to the Constitution", 29.08.2016. http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282016%29009-e

B) Moldova: Beklenmedik bir Çoğulculuk

Moldova, yaklaşık 300 yıl Osmanlı İmparatorluğu'nun hâkimiyetinde kalan ve geçmişte "Boğdan Eyaleti" olarak bilinen bölgede bulunmaktadır. Günümüzde ise Ülke, Doğu Avrupa'da, Ukrayna ile Romanya arasında yer almaktadır. Soğuk Savaş dönemi boyunca Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin Doğu Avrupa'daki parçalarından biri olarak kalan Ülke, 27 Ağustos 1991'de bağımsızlığını ilân ederek demokrasiye ve serbest piyasa ekonomisine geçiş yapmıştır. Ülke'nin bir diğer ilginç özelliği ise, sivil toplum yapılanması ve siyasî parti sisteminde görülen çeşitli eksikliklere rağmen, güçlü ve ezici bir iktidar yokluğundan kaynaklanan "beklenmedik bir çoğulculuk" arz etmesidir.[66] Moldova, Kırgızistan'a benzer şekilde, Sovyet Sistemi'nden kopuş sürecinde önce parlamenter bir hükümet sistemine yönelme işaretleri vermiş; sonrasında ise yaşanan çeşitli gelişmelerin etkisiyle bu yoldan saparak, bambaşka deneyimlere yelken açmıştır. Ülke, aynı zamanda demokratik sisteminde herhangi bir kırılmaya maruz kalmadan veya ağır toplumsal şiddet dalgalarının esiri olmadan hükümet sistemini birden fazla kez değiştirmeyi başarmış olmasıyla da, özgün bir örnek olarak incelenmeyi hak etmektedir.

1. Demokrasiye Geçiş Süreci, "Ulusal Cephe" içinde Ayrışma ve Parlamenter Sistemden Kopuş

Moldova'nın bağımsızlık serüveni, diğer Sovyet Ülkeleri'nde olduğu gibi, Gorbaçov tarafından uygulamaya konulan *glasnost* ve *perestroyka*[67] politikalarının yarattığı atmosfer içinde şekillenmiştir. Bu kapsamda Ülke'deki ilk kısmen özgür seçimler, 1990 yılının Şubat ve Mart aylarında yapılmış; "Moldova Ulusal Cephesi" bu seçimlerde büyük başarı göstermiştir. Bununla birlikte Moldova'nın demokrasiye

---

66 Lucan A. Way, "Pluralism by Default in Moldova", *Journal of Democracy*, Vol. 13, Issue 4 (October 2002), s. 127-141.

67 Kelime anlamıyla "açıklık" anlamına gelen glasnost; temel olarak Sovyetler Birliği'ndeki fikir ve ifade özgürlüklerinin alnının genişletilmesini ifade ediyordu. Bu yolla, toplumda biriken hoşnutsuzluk ve idareye güven problemlerinin azaltılması amaçlanıyordu. Kelime anlamı itibariyle "yeniden yapılanma" anlamına gelen perestroyka ise; üretim ve verimlilik sorunları yaşayan Sovyet ekonomisini kısmen liberalleştirmek suretiyle canlandırmayı hedefleyen politikalara verilen genel addı. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. John M. Battle, "Uskorenie, Glasnost' and Perestroika: The Pattern of Reform under Gorbachev", Soviet Studies, Vol. XL, No. 3 (July 1988), s, 367-384.

geçiş süreci, diğer ülkelere nazaran daha sancılı bir süreç olmuştur. Zira Sovyet döneminde ülkede uygulanan dil, kültür ve sınır politikaları, temelde Moldova'yı sınır komşusu Romanya'dan koparmak üzerine inşa edildiği için; Ulusal Cephe'nin politikaları da aksi yönde şekillenmiş, bağımsızlık sürecinde Romanya ile bütünleşme eğilimleri ön plâna çıkmıştır. Ülke bir yandan da güneydeki Gagavuz Türkleri'nin talepleri ve özellikle de 2 Eylül 1990 tarihinde Moldova'dan bağımsızlığını ilân eden Trnasdinyester bölgesinin yarattığı toprak bütünlüğü sorunları ve silahlı çatışmalarla uğraşmak zorunda kalmıştır.[68]

Bu atmosfer içinde Mircea Snegur, önce 27 Nisan 1990'da "Moldova Yüksek Sovyeti"nin (Moldova Parlamentosu) başkanlığına, sonrasında ise yine Parlamento tarafından 3 Eylül 1990 tarihinde cumhurbaşkanlığına seçildi. Böylece Moldova, demokrasiye geçiş sürecine büyük ölçüde özgür seçimler neticesinde oluşmuş bir parlamento tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı ile yine parlamentonun içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan bir bakanlar kurulundan oluşan bir yapı ile adım atmış oldu. Nitekim Ülke'nin bağımsızlığını ilân ettiği 27 Ağustos 1991 tarihi ve sonrasında da, oluşturulan parlamenter hükümet sistemi yürürlükte kalmaya devam ettiği görülmekteydi. Ne var ki 1991 yılında Moskova'da gerçekleştirilen başarısız "Ağustos Darbesi", bölgedeki hızlı alt üst oluş sürecinde arkasında güçlü bir halk desteği olan bir lidere ihtiyaç duyulduğuna inanan Snegur taraftarlarının, cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçileceğini öngören bir düzenleme yapmaya itmiştir. Bu düşüncenin arkasında yatan nedenlerden biri de, ayrılıkçı Transdinyester Bölgesi Cumhurbaşkanı'yla başlayacak aylık görüşmelerde, halk tarafından seçilmiş bir Cumhurbaşkanı'nın daha yüksek bir otoriteye sahip olacağı inancıydı.

Bütün bunlar yaşanırken, bir yandan da Moldova Ulusal Cephesi'nin bağımsızlık sonrasında bir an önce Romanya ile birleme yönünde bir arzu oraya koyması, eski komünist seçkinler ve ılımlı

---

68 Bu sorunun ayrıntısı için bkz. Arcadie Barbăro□ie ve Oazu Nantoi, Aspects of the Transnistrian Conflict, Institutul de Politici Publice, Chi□inău 2004; Florian Küchler, The Role of the EU in Moldova's Transnistrian Coflict, Ibidem-Verlag, Stutgart 2008; Stuart J. Kaufman, "Spiraling to Ethnic War: Elites, Masses, and Moscow in Moldova's Civil War" International Security, Vol. 21, No. 2 (Autumn 1996), s. 108-138.

reformculardan oluşan bir grubun bu akımda kopmasına yol açtı.[69] Bağımsızlık yönünde bir eğilim ortaya koyan bu grubun başını ise, Romanya ile birleşme fikrine mesafeli yaklaşan ve bu konuda acele edilmemesi gerektiğini savunan Mircea Snegur çekmekteydi. Yaşanan bu anlaşmazlık, nihayetinde Snegur'un Ulusal Cephe'den kopmasına 1991 yılında yapılması plânlanan cumhurbaşkanlığı seçimlerine bağımsız aday olarak girme kararı almasına neden oldu. Ulusal Cephe üyelerinin tüm boykot çağrılarına karşın Snegur, seçimlerden büyük bir zaferle çıkarak, halk tarafından seçilmiş ilk cumhurbaşkanı olmayı başardı.[70] Ne var ki bu durum, aynı zamanda Ülke'nin parlamenter sistemden kopuşundaki ilk durağın da geçilmesi anlamına geliyordu.

Nitekim bu eğilimin sonuçları, 1994 yılında kabul edilen ilk anayasada da kendisini gösterdi. Gerçekten de kabul edilen bu yeni sistemde; bir yandan doğrudan halk tarafından seçilecek cumhurbaşkanına önemli yetkiler veriliyor; diğer yandan da parlamentoya karşı sorumlu bir kabinenin varlığı devam ettiriliyordu. Bu ise, Moldova'nın parlamenter sistem içinde başlayan demokratikleşme yolculuğunun, çeşitli iç çekişmeler, bir dizi toprak ve sınır uyuşmazlığı ve ülkenin geleceğine ilişkin çatışan görüşlerin etkisiyle yarı-başkanlık sistemine doğru savrulması anlamına geliyordu.

2. Yarı Başkanlık Dönemi: Zayıf bir Parlamento ve Güçsüz bir Yürütme

Moldova'da yeni anayasayla başlayan dönem, zayıf ve aşırı parçalanmış bir parlamento kompozisyonu karşısında, cumhurbaşkanını merkez alan güçlü bir yürütme tasarımına dayanıyordu. Bununla birlikte anılan dönem, siyasî ve kurumsal nedenlerle güçsüz hale gelmiş bir yasama organının, otomatik olarak güçlü bir yürütme organının oluşumuna vücut vermeyeceğinin de kanıtı gibiydi. Gerçekten, bu dönemde otoritesini gittikçe arttırmaya yönelen Cumhurbaşkanı Snegur, parlamento ve diğer siyasî elitler ile bitmek tükenmek bilmeyen güç mücadeleleri sebebiyle bu hedefine ulaşamayacak; bu durumsa temel

69 Charles King, The Moldovans: Romania, Russia and the Politics of Culture, Hoover Institution Press, Stanford 2000, s. 152-153.

70 Corporate Author, Moldova Constitution and Citizenship Laws Handbook Vol - I: Strategic Information and Developments, USA International Business Publications, Washington 2014, s. 25.

hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı bir ortam yaratmak yerine, ülkenin bir bütün olarak yönetilebilirlik krizine sürüklenmesiyle sonuçlanacaktı.[71]

Snegur, istediklerini elde edemediği bu dönem boyunca yasama organına ciddi eleştiriler yönelterek, iyi yönetilemediğini ileri sürdüğü ülkede mutlaka başkanlık sistemine geçilmesi gerektiğini savundu.[72] Nitekim 1996 yılına gelindiğinde, yaklaşan cumhurbaşkanlığı seçimi öncesinde yaşanan tartışmalarda Snegur'un temel söyleminin bu yöndeki görüşlerden oluştuğu görülüyordu. Buna karşın, seçim yarışında Snegur'un en önemli rakibi ve en sert muhalifi olan dönemin Meclis Başkanı Petru Luchinschi'nin ise daha merkezci ve ılımlı bir söylem benimsediği görülmekteydi.

İşin ilginç boyutu ise, ülkede yapılan ilk çok adaylı cumhurbaşkanlığı seçimini kazanan Luchinschi'nin, zaferden hemen sonra, daha önceden eleştirdiği başkanlık yanlısı söylemleri aynen benimsemesi oldu. Luchinschi, Snegur'un etkisiz cumhurbaşkanlığının kurumsal bir tasarımın kusuru olmadığına ve fakat bu durumun, hasmının kişisel özelliklerinden kaynaklandığına inanıyordu. Bu ön kabulden hareket eden Luchinschi, devlet başkanlığı makamını er ya da geç iktidarın tek elde toplanacağı yegâne makam olarak görüyordu. Nitekim Luchinschi'nin bu tavırları, Cumhurbaşkanı ile Parlamento arasındaki daha da şiddetli çatışmaların ortaya çıkmasına ve Ülke'deki yönetim krizinin gittikçe ağırlaşmasına neden oldu. Sonuçta, 1990'ların sonuna gelindiğinde, Ülke'de değişen pek bir şeyin olmadığı açıkça görülebiliyordu: Sistem, temel siyasî aktörler arasında yaşanan çatışmaların etkisiyle, bir kez daha bütünüyle işlemez hale gelmişti. İşin ilginç boyutu ise, Cumhurbaşkanı Luchinschi'nin, büyük ölçüde kendi kararlarının ürünü olan bu kriz durumu tam da hayalini kurduğu hükümet sistemine geçiş için bir fırsat penceresi olarak değerlendirmesiydi.

---

71 Igor Prisac, "Between Russia and the EU: The Sociopolitics of the Republic of Moldova-A Transdisciplinary Approach", Geopolitics, Development, and National Security: Romania and Moldova at the Crossroads, Der. Sebastian Vaduva ve Andrew R. Thomas, Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2015, s. 88.

72 Crowther, William E, "Development of the Moldovan Parliament One Decade after Independence: Slow Going", *The Journal of Legislative Studies*, Vol. 13, No. 1 (2017), s. 102.

Gerçekten de Luchinschi, yukarıda özetlenen koşulların yarattığı bunalımdan çıkmak üzere, Anayasa'da kendisine tanınmış olan "danışma referandumu" yetkisini kullanarak, halka "Saf bir Başkanlık Sistemine" geçmek isteyip istemediklerini sordu.[73] Bıçak sırtı giden bir halkoylaması neticesinde, referanduma katılan seçmenlerin % 51'inin Luchinschi'nin çağrısına olumlu yanıt verdiği görüldü. Bununla birlikte referanduma katılım oranı % 60'ın altında kaldığı için, ulaşılan sonucun hukuken herhangi bir geçerliliği bulunmamaktaydı. Referandumda amaçladığı sonucu kıl payı kaçıran Luchinschi, bu sefer de şansını parlamento içinde denemeye karar verdi. Bu kapsamda parlamentoya sunulan bir teklifte, cumhurbaşkanına başbakanı atama ve azletme ile hâkim ve savcıları atama gibi yetkiler verilmesi; ilaveten parlamentonun üye sayısının düşürülerek belli koşullar altında cumhurbaşkanı tarafından feshedilebilmesine imkân verilmesi öneriliyordu. Bu haliyle teklif, "başkanlık sistemi"nden de öte hedefler taşıyor; açıkça Rusya tipi bir "süper başkanlık sistemi"ne geçilmesini öngörüyordu. Bununla birlikte bu girişim ve ortaya çıkan siyasî tablo, gerek parlamentodaki liderler tarafından, gerekse uluslararası gözlemciler tarafından Moldova'nın demokrasiden bütünüyle kopma noktasına doğru sürüklendiği ve ülkenin otoriter bir rejime kayma tehlikesinin bulunduğu şeklinde yorumlanıyordu.

3. Süper-Başkanlık Arayışları ve Parlamenter Sisteme Geri Dönüş

Bütün bu gelişmeler üzerine konuyu gündemine alan Parlamento, hiç kimsenin beklemediği bir sürprize imza attı. Gerçekten, hemen hemen hiçbir konuda anlaşamayan siyasî liderler ve milletvekilleri, Ülke'nin büyük bir felakete sürüklendiği –ve aynı zamanda Parlamento'nun kurumsal kimliğinin ve sistemdeki ağırlığının iyice azalacağı– kaygılarından hareketle; 5 Temmuz 2000 tarihinde yapılan bir anayasa değişikliği ile ülkede "saf bir parlamenter sistem"e dönülmesi kararı aldı. İşin daha ilginç olan boyutu ise, bu kararın 101 üyeli

73 Referandumda halka şu soru yöneltiliyordu: "Would you be in favour of changing the constitution with the scope to install a presidential system in the Republic of Moldova in which the president of the Republic would be responsible for the formation and leadership of the government as well as for the results of the governing of the country?"

Parlamento'nun 92 üyesinin desteğiyle alınmış olmasıydı. Bu değişiklikle birlikte Moldova, aynı zamanda demokratik süreçte herhangi bir kırılmaya maruz kalmadan veya ciddi toplumsal şiddet dalgalarının esiri olmadan başkanlık türevi bir sistemden parlamenter sisteme geçiş yapmayı başaran tek ülke oluyordu.[74]

Bununla birlikte, parlamenter sisteme geçişten sonraki 17 yıllık dönemin Moldova açısından tümüyle sorunsuz bir dönem olduğunu iddia etmek de mümkün görünmemektedir. Gerçekten de bu dönem boyunca Ülke, Rusça'ya resmî dil statüsü verilmesinden Trandinyester meselesine, güneydeki Gagavuz Türkleri'nin taleplerinden ekonomik darboğazlara kadar pek çok sorunla karşılaşmış ve halen de karşılaşmaya devam etmektedir. Benzer şekilde ve biraz da paradoksal bir biçimde, Moldova'da parlamenter sisteme geçişin ardından ülkedeki çoğulculuğun azalma eğilimi gösterdiğini iddia eden görüşler de bulunmaktadır.[75] Buna karşın, ülkede parlamenter sisteme dönüşle başlayan bu yeni dönemle geride kalan dönemler arasında göze çarpan en büyük fark; hükümet sistemi tartışmalarının artık büyük ölçüde geride kalmış olmasıdır. Gerçekten de, değişiklik sonrasında 2001-2009 arası dönemde siyasete hâkim olan Komünist Parti'nin yerini 2009 sonrasında Avrupa yanlısı koalisyonlar almış; yaşanan çeşitli sorunlara rağmen sistem tartışmaları, gündemin ilk sırasındaki yerini büyük ölçüde kaybetmiştir. Başka bir deyişle parlamenter sisteme dönüş, Moldova'nın tüm sorunların çözümüne yol açan sihirli bir değnek olmamış; ancak, toplumun ve siyasetin tüm enerjisinin hükümet sistemi tartışmalarıyla tüketilmesi yerine, Ülke'yi bekleyen sorunların gündeme taşındığı bir dönemin kapılarını açmıştır.

C) Fransa: Pekişmiş bir Demokraside Başkancı Deneyimler

Fransa, bu başlık altında incelenecek olan son ve fakat belki de en dikkat çekici ülkedir. Zira bilindiği üzere Fransa'nın "V. Cumhuriyet" Anayasası, klâsik anayasa hukuku eserlerinde yarı-başkanlık sistemi-

74 Eugene Mazo, "Post-Communist Paradox: How the Rise of Parliarnentarism Coincided with the Demise of Pluralism in Moldova", Stanford Institute for International Studies, Center on Democracy, Development, and the Rule of Law, Working Papers, Number 17, 27 August 2004, s. 2-3. https://cddrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/Post_Communist_Paradox.pdf

75 Mazo (2004), s. 3.

nin doğum yeri ve en tipik örneği olarak gösterilmektedir. Bu yaklaşım hiç şüphesiz doğru olmakla birlikte; Fransa'nın İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki deneyimlerinin bir bütün halinde ve devamlılık içinde ele alınması, zaman zaman gözden kaçan bir "kopuş hikâyesini" de tartışmaya açma imkânı sunmaktadır. Bu bağlamda vurgulanması gereken husus; Fransa'nın 2. Dünya Savaşı sonrasındaki demokratik (yeniden kuruluş) macerasının, 1946 yılında kabul edilen Fransız IV. Cumhuriyet Anayasası ile ve tipik bir "saf parlamenter hükümet sistemi" içinde başlamış olduğudur. Bu anlamda, 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasası ve özellikle de bu Anayasa'da 1962 yılında yapılan değişiklikler, Fransa açısından tipik bir "parlamenter sistemden kopuş" örneği teşkil etmektedir. Konuya bu pencereden bakıldığında, pekişmiş bir demokrasi örneği olarak Fransa'nın parlamenter sistemden kopuşuyla sonuçlanan dinamiklerin ve özellikle de bu kopuş sonrasında yaşanan deneyimlerin incelenmesinin, bu çalışmanın karşılaştırmalı analizi açısından son derece faydalı bir gözlem haline dönüştüğü anlaşılmaktadır.

1. IV. Cumhuriyet'ten V. Cumhuriyet'e: Fransız Siyasetinin Bunalımı

Fransız Toplumu ve Siyaseti, İkinci Dünya Savası sonrasında bir yandan Savaş'ın yol açtığı yıkım ve yaralarla, diğer yandan da işgal yıllarında görev yapan işbirlikçi "Vichy Hükümeti"nden miras kalan toplumsal bölünmüşlük sorunlarıyla boğuşmaktaydı. Bütün bunların üzerine bir de, deniz aşırı sömürgelerde yaşanan çatışmaların doğurduğu ağır askerî, siyasî ve ekonomik sorunlar eklenmiş ve siyasî hayat, aşırı parçalanmış ve istikrarsızlaşmış yapısıyla bu acil sorunlara çözümler üretmekten aciz hale gelmişti. Özellikle Fransa'nın ayrılmaz bir parçası olarak görülen Cezayir'in ayrılmasıyla birlikte,[76] Fransız siyasetinin ve toplumun bunalımı[77] dayanılmaz bir hal aldı.

---

[76] Bu dönemin düşünüş ve ruh halini en iyi özetleyen sözler; "Cezayir Fransa'dır" (L'Algérie, c'est la France!) sloganıydı.

[77] Nitekim aşağıda göreceğimiz gelişmelerin, ülkenin 1950'lerde kaybetmeye başladığı sömürgelerin oluşturduğu küçülme döneminden etkilenen siyasî bunalımın bir ürünü olarak ortaya çıktığı savunulmaktadır. Bkz. Ersin Kalaycıoğlu, "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınavı", Başkanlık sistemi, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 17.

Bu dönemin anayasal çerçevesi ise, 1946 yılında kabul edilmiş bulunan "IV. Cumhuriyet Anayasası" tarafından çizilmekteydi. Bu Anayasa uyarınca Fransa'da savaş öncesi döneme benzeyen klâsik bir parlamenter sistem kuruluyor; parlamentonun içinden çıkan ve ona karşı siyasî açıdan sorumlu bir hükümetin yanında, yine parlamento tarafından seçilen ve sembolik yetkilerle donatılmış olan bir cumhurbaşkanına yer veriliyordu. Ancak bu sistemde parlamentoya verilen ağırlık o kadar ileri düzeye taşınmıştı ki; kimi gözlemciler, yürütmenin aşırı zayıflatılmış olmasından hareketle, kurulan bu yeni sistemin doğrudan bir *"meclis hükümeti"* sistemi olduğunu savunuyorlardı.[78]

1946 Anayasası'nın, daha yürürlüğe giriş aşamasında ciddi bir toplumsal destek eksikliğinden muzdarip olduğu ortaya çıktı. Gerçekten, Anayasa teklifi, yapılan referandumda kayıtlı seçmenlerin yalnızca %36'sının oyunun alabilmiş; %31,5'luk bir seçmen kitlesi teklife ret oyu verirken, katılan seçmenlerin %31,5 ise çekimser kalmıştı. 1951 yılına gelindiğinde ise, seçmenlerin neredeyse yarısının var olan sisteme açıkça karşı çıkan partileri desteklediği görülüyordu. Nihayetinde anılan rejim, toplumsal ve ekonomik alanlarda büyük başarılar elde edilen bir dönem olmasına rağmen[79], 1946 yılından 1958 yılına kadar geçen 12 yıllık bir süre içinde siyaseten tümüyle iflas etme noktasına geldi. Gerçekten de bu dönem boyunca kurulan hükümetlerin ortalama süresi 7 ayla sınırlı kalırken; sadece iki Başbakan'ın (Henri Queuille ve Guy Mollet) bir yıldan uzun sürelerle görevde kalabildikleri görülüyordu. Rejimin son yılına gelindiğinde ise, işgüder hükümetlerin görevde kaldığı toplam süre, yılın dörtte birinden fazlasına denk geliyordu.

Bütün bu çözümsüzlük süreci, en nihayetinde Cezayir'deki askerlerin örgütlediği bir darbe ile kurulan "Kamu Güvenliği Komitesi"'nin

---

78 Leslie Lipson, Siyasetin Temel Sorunları, Çev. Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2005, s. 279.

79 Bu dönemin en büyük başarıları arasında; ulusal bir ekonomik modernizasyon programının yürürlüğe konulması ve bu yolla toplumda büyük bir refah artışı sağlanması, çalışanlara ücretli izin hakkı verilmesi, kapsamlı bir sağlık sigortası sistemi kurulması ve çocuklu ailelere devlet yardımı yapılması gibi öneli sosyal atılımların gerçekleştirilmesi, dekolonizasyon sürecinin başlatılması ve Fransa'nın "kömür ve çelik topluluğu" ve sonrasında "ortak pazar"a katılımının sağlanması sayılabilir. Bkz. William Safran, The French Polity, Longman Publishers, USA 1995, s. 8.

General Charles De Gaulle'e yaptığı "ülkeyi kurtarma" çağrısıyla ve bunun sonunda sistemin tümden çöküşüyle sonuçlandı. Gerçekten, söz konusu çağrıya cevap veren General De Gaulle, 19 Mart'ta iktidarı üstlenmeye hazır olduğunu ilan etti. Bunun üzerine, dönemin Cumhurbaşkanı René Coty'nin De Gaulle'ü hükümetin başına geçmeye davet etmesi, Fransa'da bambaşka bir dönemin başlangıcına işaret ediyordu. Nitekim Cezayir'deki askeri darbenin Fransa'ya uzanması tehdidi altındaki Parlamento ve buradaki siyasî partiler de bu gidişi durduracak güce sahip değildi. Nihayetinde 1 Temmuz 1958 tarihinde Parlamento'dan 229'a karşı 329 oyla "güvenoyu" alan De Gaulle Hükümeti, aynı gün kabul edilen yasalarla bir yandan ülkeyi 6 ay boyunca kararnamelerle idare etme yetkisini elde ediyor, diğer yandan da halkoylamasına sunulacak bir Anayasa taslağı hazırlamakla görevlendiriliyordu. Bu durum, hiç kuşku yok ki, aynı zamanda IV. Cumhuriyet deneyiminin de bitişi anlamına geliyordu.

2. V. Cumhuriyet Anayasası: "Saf" Parlamentarizmden "Rasyonelleştirilmiş" Parlamentarizme Geçiş

De Gaulle tarafından hazırlanan anayasa taslağı, 28 Eylül 1958 tarihinde yapılan referandumda, katılan seçmenlerin %84,9'unun oyunu alarak kabul edildi. Referanduma katılım oranı da %79,8 gibi kayda değer bir rakama ulaşmıştı. Anayasa metnine bakıldığında ise, IV. Cumhuriyet deneyiminde "kötü" olarak algılanan her şeye karşı bir önlem alma ve bunların asla tekrarlanmamasını sağlama kaygısının varlığı hissediliyordu. Bu anlamda, hazırlanan yeni Anayasa, adeta IV. Cumhuriyet Anayasası'nın bir antitezi görünümü arz ediyordu.[80] Bu haliyle yani anayasa, "*…monarşik, plebisiteryen ve geleneksel cumhuriyetçi unsurların yanında, De Gaulle'e özgü bazı yenilikleri de içeren eklektik bir metin*" olma özelliği taşıyordu.[81]

Konuya hükümet sistemi açısından bakıldığında ise, Parlamento'nun 3 Haziran 1958 tarihli "Anayasal Kanun" *(loi constitutionnelle)* ile De Gaulle Hükümeti'ne verdiği anayasa hazırlama yetkisinde çizilen sınırların, hazırlanan taslağa da aynen yansıtılmış olduğu

80 Nur Uluşahin, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 160.

81 Safran (1995), s. 9.

görülüyordu. Bu bağlamda metinde, bakanlar kurulunun parlamentoya karşı sorumluluğu esası muhafaza ediliyor ve taslağın hazırlayıcısı Michel Debré'nin yüce, emperyal bir başkanlık makamı yaratma amacında olmadığı şeklinde yorumlanan bu durum[82], getirilen sistemin dönemin Fransa'sında açıkça "rasyonelleştirilmiş bir parlamentarizm" olarak tanımlanmasıyla da teyit ediliyordu.[83] Bu haliyle yeni anayasa, iki önemli ve fakat potansiyel olarak birbiriyle çatışmalı prensibin uzlaştırılma denemesi olarak göze çarpıyordu: Güçlü bir yürütmenin liderliğine duyulan ihtiyaç ve yasamaya karşı sorumlu bir yürütme organının inşası.[84]

Bu çerçevede yeni anayasada eskisinden farklı olarak göze çarpan düzenlemelerin başında; cumhurbaşkanının seçim yöntemine ilişkin yapılan değişiklik geliyordu. Getirilen düzenlemeye göre, cumhurbaşkanı bundan böyle parlamento tarafından değil ama parlamenterler, yerel konseylerin ve "Fransız Toplulukları"nın temsilcilerinden oluşan yaklaşık 80.000 kişilik bir "ikinci seçmenler kurulu" tarafından seçilecekti. Ancak, sistemin saf parlamenterizmden uzaklaşmasının asıl sebebi; cumhurbaşkanının seçim yöntemindeki değişiklikten ziyade, kendisine tanınan yetkilerdi. Gerçekten, anayasa metnine bakıldığında; cumhurbaşkanına kararnameler çıkarmaktan olağanüstü hal ilânına kadar çeşitli konularda önemli yetkiler tanındığı görülüyordu. Nitekim bu durum, III. ve IV. Cumhuriyet rejimlerinde parlamentonun sadece yasama ve denetim işlevini yerine getirmekle kalmayıp, yürütme yerine bizzat hükümet etme ve adeta başbakanı ve bakanlar kurulunu basit bir yürütme komitesi konumuna indirgeme –yani adı konmamış bir meclis hükümeti rejimi kurma– tutumuna yönelik bir tepkiyi de açıkça içinde barındırıyordu.[85]

---

82 Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 163.

83 V. Cumhuriyet Anayasası'nın mimarlarından Michel Debré'nin ünlü sözü, bu dönemdeki genel kanıyı net olarak yansıtmaktadır: "Biz bu anayasa ile parlamenter sistemin yeniden kurmuyoruz, ilk kez gerçek anlamda kuruyoruz". Debrénin anayasal meselelerdeki görüşleri hakkında bkz. Bkz. Nicholas Wahl, "The Constitutional Ideas of Michel Debré", Theory and Politics/Theorie und Politik - Festschrift zum 70. Geburtstag für Carl Joachim Friedrich, Der. Klaus Von Beyme, Springer, Dodrecht 1971, s. 259-271.

84 Alistair Cole, French Politics and Society, Prantice Hall, Hampshire 1998, s. 58-60.

85 Ercan Eyüboğlu, "Fransa: Parlamenter bir VI. Cumhuriyet'e Doğru", Başkanlık

3. 1962 Değişiklikleri ve Yarı-Başkanlık Sistemi

De Gaulle'ün karizmatik kişiliğinin de etkisiyle sistem, 1958 yılından 1962 yılına kadar büyük ölçüde cumhurbaşkanı ağırlıklı olarak işlemeye devam etti. Bu dönemde Fransa'nın atom bombası geliştirmesi ve "düğmeye basma" yetkisinin de cumhurbaşkanında bulunması, cumhurbaşkanlığı makamının anayasa-ötesi bir prestije sahip olmasına katkıda bulundu. Gelişen televizyon yayıncılığının De Gaulle ile halk arasında doğrudan bir kişisel bağ haline gelmesi de, bu fiilî durumun pekişmesine yardımcı oldu.[86]

Bu kapsamda 1962 yılında cumhurbaşkanının bundan böyle doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören değişiklik, De Gaulle'ün konumunu sağlamlaştırmayı değil, sonraki dönemlerde gelecek Devlet Başkanlarının konumunu takviye etmek suretiyle V. Cumhuriyet sisteminin geleceğini güvence altına almayı amaçlıyordu.[87] Bu kapsamda De Gaulle, Anayasa değişikliğine ilişkin 89. maddenin kendisine tanıdığı yetkilerin açıkça dışına çıkarak ve bu yolla Parlamento'yu da fiilen etkisizleştirerek, cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönündeki bir teklifi halkoylamasına sundu. Teklifin kabulüyle birlikte, cumhurbaşkanının hukukî yetkiler haritası, bu yetkileri rahatça kullanacağı büyük bir siyasî meşruiyet ortamı yaratarak da desteklenmiş oluyordu.

Anılan değişikliğin kabulüyle birlikte, bir yandan Fransa'nın parlamenter sistemden kesin bir şekilde kopuşu gerçekleşmiş oluyor, diğer yandan da dünyada pek çok ülkeye model olacak hükümet sisteminin esasları belirlenmiş oluyordu: Parlamentonun içinden çıkan ve ona karşı siyasî açıdan sorumlu olan bir kabinenin yanında, doğrudan halk tarafından seçilen ve kendisine önemli yetkiler tanınmış bir cumhurbaşkanının varlığıyla tanımlanan "yarı başkanlık sistemi".

Fransa'da anılan sistem, uzunca bir süre esaslı bir değişime uğramaksızın yürürlükte kaldı. Bununla birlikte, anılan sistemin, Fransa'da bunalımlı dönemlerin atlatılmasına ve Ülke'de etkin bir yönetim ihtiyacının karşılanmasına yaptığı tüm katkılara rağmen, üç temel noktada eleştirilmeye devam edildiği görülmektedir.

Sistemi ve Türkiye: Ülkeler, Deneyimler ve Karşılaştırmalı Analiz, Der. İhsan Kamalak, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2007, s. 111.

86 Eyüboğlu (2007), s. 118.

87 Eyüboğlu (2007), s. 152.

Bu eleştirilerin başında, hiç kuşku yok ki, Fransız anayasa hukukunun kendine özgü bir ürünü olan *cohabitiation* olgusu gelmekteydi. Kelime anlamı itibariyle "birlikte yaşama" veya "bir arada var olma" olarak çevrilebilecek bu durum; ayrı ayrı yapılan seçimlerle belirlenen cumhurbaşkanı ile parlamento çoğunluğunun (ve dolayısıyla da parlamentonun içinden çıkan hükümetin) farklı siyasî görüşlere sahip olmaları şeklinde tanımlanabilir. Anlan durum, cumhurbaşkanlığı seçimlerinin 7 yılda bir, parlamento seçimlerinin ise 5 yılda bir yapılmasının ve farklı tarihlere rastlayan seçimler arasında seçmenler nezdinde oluşan fikir ve eğilim kaymalarının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumunsa, yürütme organı içinde iki başlılığa yol açarak potansiyel bir yönetim krizine sebep olma ihtimalinin son derece büyük olduğu açıktır.

Fransa'da bu potansiyel sorun, 1980'lerin ortasına gelinceye kadar, cumhurbaşkanlarının kendilerine zıt görüşteki parlamentoları (yapılacak olan yeni seçimde arzu ettikleri bir parlamento kompozisyonunun ortaya çıkacağı umuduyla) feshetmeleriyle "çözülmüştü" – Sosyalist Parti lideri Mitterand'ın, 1981 yılında Cumhurbaşkanı seçildiğinde sağcı Başbakan Barre Hükümeti'nin istifasını kabul ederek parlamentoyu feshetmesi gibi. Ancak, bu fesih üzerine yapılan seçimde göreve gelen meclis çoğunluğunun beş yıllık döneminin tamamlamasının ardından 1986 yılında yeni seçimler yapıldığında, yasama organında çoğunluğu merkez sağ elde etmiş ve Sosyalist cumhurbaşkanı Mitterrand, sağcı Chirak Hükümeti ile çalışmak zorunda kalmıştı.[88] Bu durum, aynı zamanda Ülke'deki ilk *cohabitation* döneminin de başlamış olduğu anlamına geliyordu.[89] Fransa'daki ikinci *cohabitation* dönemi ise, yine Sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterand ile 1993 yılında yapılan seçimlerde parlamentoda çoğunluğu sağlayan sağcı Başbakan Chirak hükümeti arasında yaşanacaktı. Cumhurbaşkanı Mitterand'ın görev süresinin 1995 yılında sona ermesine kadar devam eden bu durumun üçüncü ve son örneği ise; 1997 yılından 2002 yılına kadar bu sefer sağcı Cumhurbaşkanı Chirak ile Sosyalist Başbakan Jospin'in koalisyon hükümeti döneminde görülecekti. Her ne kadar Fransız siyaseti bu dö-

88 Onar (2005), s. 96-67.

89 Bu dönemin ayrıntısı için bkz. Roy Pierce, "The Executive Divided Against Itself: Cohabitation in France, 1986–1988", Governance, Vol. 4, Issue 3 (July 1991), s. 270-294.

nemlerde yürütme organı içinde Ülke'yi tümüyle kaosa sürükleyecek krizlerin yaşanmasını engellemiş olsa da, *cohabitation* döneminde yaşanan iç çekişme ve çatışmalara ilişkin haberler, Fransız Toplumu'nun gündeminden hiçbir zaman eksik olmadı.[90] Nitekim bu kapsamda sisteme yöneltilen eleştiriler, 2000 yılında Cumhurbaşkanı'nın görev süresine yönelik gerçekleştirilen değişikliğin (cumhurbaşkanı ve parlamento seçimlerinin 5 yıla eşitlenmesinin) gerekçesini oluşturdu.

V. Cumhuriyet Anayasası'na yöneltilen eleştiriler, kurulan sistemin *cohabitation* dönemlerine yol açmasıyla da sınırlı kalmadı. Aksine, III. ve IV. Cumhuriyet dönemlerinin "baskın parlamento" karakterine karşı bir tepkinin ürünü olarak kurulan V. Cumhuriyet rejiminde, ibrenin bu sefer de yürütmeden yana fazlaca kaymış olduğu yönündeki eleştiriler oldukça yaygındı. Nitekim günümüzde de bu sisteme yöneltilen en sert eleştirilerden başında, parlamentonun yürütmenin elinde bir oyuncak haline dönüştüğü eleştirisi gelmektedir.[91] Bu bağlamda parlamento, hukukî yetkileri sayesinde güçlenen, siyasî önem sıralamasında da seçmenin gözünde birinci sıraya yükselen yürütme karşısında artık "cumhurbaşkanı hükümetinin" sunduğu tasarılara yasa gücü kazandırma işleviyle sınırlı bir kurul olarak algılanmaktadır.[92] Bu pozisyonunsa, çağdaş demokrasi teorisinde parlamentolara biçilen hukukî/siyasî rol karşısında savunulması güç bir pozisyon olduğu açıktır.

Bu kapsamda bir de, cumhurbaşkanının "yetkili ama sorumsuz" pozisyonuna ilişkin eleştirilere değinmekte fayda bulunmaktadır. Gerçekten, V. Cumhuriyet Anayasası'nda cumhurbaşkanına; anayasaya uyulmasını temin etme ve bir hakem olarak kamu organlarının düzen ve uyum içinde çalışmasını ve devletin devamlılığını güvence altına alma görevleri yüklenmektedir. Buna karşın Anayasa'nın 67.

---

90 Fransa'nın bütün bu cohabitation yorgunluğuna rağmen, yürütme içindeki bu farklı yönelimlerin bir arada mevcudiyetinin aslında korkulacak bir şey olmadığını ve hatta bunun, yeni demokrasiler açısından bile kaçınılması gereken bir durum olarak görülmemesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Örneğin bkz. Robert Elgie, "The Perils of Semi-Presidentialism. Are They Exaggerated?", Democratization, Vol. 15, Issue 1 (2008), s. 49-66.

91 Parlamento'nun zayıf konumu ve bunun nedenleri hakkında bkz. Andrew Knapp ve Wincent Wright, *The* Government and Politics of France, Routledge, London 2001, s. 133-148.

92 Eyüboğlu (2007), s. 136-137.

maddesinde, cumhurbaşkanının bu genişçe tanımlanmış görevinin ifası kapsamındaki eylemlerin ötürü siyasî, hukukî ve cezaî bakımdan ("vatana ihanet" kurumu ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren suçlar hariç olmak üzere) sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın öngördüğü sistemde, Parlamento'ya karşı hesap verme yükümlülüğünün de bakanlar kuruluna hasredildiği düşünüldüğünde, bu durumun demokratik bir hukuk devletinde yetki/sorumluluk dengesi bakımından açıklanması güç bir kamusal erkin ortaya çıkmasına yol açtığı kolayca görülebilmektedir.

4. Parlamenter bir "VI. Cumhuriyet"e Doğru mu?

Bütün bu tartışmalar, ülke tarihinin en uzun ömürlü anayasal sistemlerinden biri olan V. Cumhuriyet rejimine karşı gittikçe yükselen itirazların doğumuna sebep olmuş görünmektedir. Gerçekten, Fransa'nın önde gelen kamu hukukçularının ve siyaset bilimcilerinin bir bölümü, yukarıda özetlenen bütün bu eleştirilerden hareketle, V. Cumhuriyet'in krizleri hafifletmediğini, tersine ağırlaştırdığını ileri sürerek; Fransa'da parlamenter bir "VI. Cumhuriyet"e geçilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.[93]

Nitekim bütün bu tartışmalar, en sonunda 2007 yılında Fransa'da *"Beşinci Cumhuriyet Kurumlarının Yeniden Dengelenmesi ve Modernleştirilmesi için Çalışma ve Öneri Kurulu"*[94] isimli bir organın oluşturulmasıyla sonuçlanmıştır. Gerçekten de, 2007 seçim kampanyası sırasında Merkez Partisi Genel Başkanı François Bayrou ile Sosyalist Parti adayı Ségolène Royal'in kurumsal reform konusunu sıkça gündeme taşıması, bu alanda daha muhafazakâr olan Nicolas Sarkozy'yi de bir vaatte bulunma mecburiyetinde bırakmış; bu vaatlerin sonucu ise, seçimlerden iki ay sonra Edouard Balladur'ün başkanlığında oluşturulan 13 kişilik bu Kurul olmuştur.

Çalışmalarına 18 Temmuz tarihinde başlayan Kurul, siyasetin ve yargının önde gelen isimleriyle yirmi altı görüşme düzenlenmiştir. Kurul'un görüşmeleri televizyonda naklen yayınlanırken; çalışma kayıtları ve çeşitli dökümler de, oluşturulan internet sitesinde kullanıma

---

93 Teziç (2009), s. 455.

94 "Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions"

sunulmuştur. Dahası, internet sitesi aracılığıyla halkın da süreç hakkındaki görüşlerini bildirilmesi sağlanmıştır. Bütün bu çalışmaların sonucunda oluşturulan ve 41 adedi doğrudan Anayasa'da yapılması öngörülen değişikliklerden oluşmak üzere, toplam 77 öneriyi içeren "Daha demokratik bir Beşinci Cumhuriyet"[95] adlı rapor, en nihayetinde 29 Ekim 2007 tarihinde Cumhurbaşkanı'na sunuldu. Balladur, Rapor üzerine yaptığı açıklamalarda; Anayasa'da o tarihe kadar yapılan değişikliklerde cumhurbaşkanının sistem içindeki ağırlığının dengelenmesi hedefinin ihmal edildiğini, buna karşın kurumların demokratikleştirilmesi ihtiyacının çok acil olduğunu ve komitenin, geniş kapsamlı ve cesur kurumsal reformlara gereksinim duyulduğu konusunda fikir birliği içinde olduğunu vurguluyordu.[96] Nitekim bu kapsamda Rapor'da dile getirilen önerilere bakıldığında da; cumhurbaşkanının yetkilerinin azaltılması ve parlamentonun sistem içindeki ağırlığının artırılmasına yönelik bir yaklaşımın hâkim olduğu görülmekteydi.[97]

Fransa'da 2008 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri ise, V. Cumhuriyet Anayasası'nda o güne kadar gerçekleştirilen en köklü reformları temsil ediyordu. Gerçekten, anılan paket kapsamında Anayasa'nın toplam 47 maddesinin değiştirilmesi veya Anayasa'ya yeni maddeler/paragraflar eklenmesi öngörüldü. Bu değişikliklerin çalışma konumuz açısından sahip olduğu en önemli özellik ise; parlamentonun sistemdeki ağırlığını yeniden arttırması ve yaklaşık 50 yıldır yürütme ve cumhurbaşkanı ağırlıklı işleyen hükümet sisteminin yeniden parlamento odaklı bir rotaya doğru çevrilmesiydi.[98]

---

95 "Une Ve République plus démocratique"

96 Emmanuel Jary, "Le comité sur les institutions remet ses propositions à Sarkozy", Le Nouvel Ordre Mondial, 29 Ekim 2007. http://www.nouvelordremondial.cc/2007/10/30/le-comite-sur-les-institutions-remet-ses-propositions-a-sarkozy/

97 Rapor'un tam metni ve söz konusu görüşler için bkz. http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000697.pdf

98 Bu değişikliklerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Martin A. Rogoff, "Fifty Years of Constitutional Evolution in France: The 2008 Amendments and Beyond", Jus Politicum - Revue de droit politique, No. 6 (2001). http://juspoliticum.com/article/Fifty-years-of-constitutional-evolution-in-France-The-2008-amendments-and-beyond-373.html ; Fredereci Fabbrini, "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation", German Law Journal, Vol. 9, No. 10 (2008), s. 1297-1312; Seda Dunbay, "23 Temmuz 2008 Tarihli Anayasa Reformu Işığında Fransa'daki Yarı Başkanlık Sistemi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2012, Sayı 3, s. 293-316.

Bununla birlikte, anılan değişikliklerin henüz Fransa'da yarı-başkanlık hükümet sisteminden tümüyle vazgeçildiği ve tam anlamıyla bir parlamenter sisteme dönüldüğü şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığını da belirtmek gerekmektedir.[99] Ancak, yerleşik ve istikrarlı bir demokrasi örneği olan Fransa'nın, parlamenter sistemden kopuş sonrasında geçirdiği 50 yılın sonunda, normalleşme algısına bağlı olarak yeniden parlamenter sistem yönelimli arayışlara girmiş olduğu da, yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır.

V. Sonuç

Böyle bir çalışmanın sonuç kısmına, bir soruyla başlamak uygun görünmektedir:

"Hükümet sistemi tartışması" kavramından ne anlamak gerekir? Başka bir deyişle; bir ülkedeki toplumsal, siyasî ve ekonomik tartışmalarla hükümet sistemi tartışmalarını *ayıran*, veya bir başka yönden bakacak olursak, bunları birbirine *bağlayan* unsur nedir?

Fikrimce bu soruya şu şekilde bir yanıt verilmesi mümkündür:

Eğer bir ülkenin karşı karşıya bulunduğu toplumsal, siyasî veya ekonomik sorunların mevcut hükümet sisteminden kaynaklandığı düşünülüyor *ve/veya* ülkenin karşı karşıya bulunduğu toplumsal, siyasî veya ekonomik sorunların ancak bir hükümet sistemi değişikliğiyle çözülebileceğine inanılıyorsa, artık o ülkede *toplumsal, siyasî veya ekonomik bir tartışmadan* ziyade, bir *hükümet sistemi tartışmasının* varlığından söz etmek mümkün hale gelmiş demektir.

Bu tanımdan hareket edildiğinde mümkün hale gelen bir diğer şey de, çalışmada incelenen her üç örnekte parlamenter hükümet sistemine yönelik *değişikliklerin*, yoğun hükümet sistemi *tartışmalarından* sonra gerçekleşmiş olduğudur. Başka bir ifadeyle, parlamenter sistemden kopuşlar, her üç örnekte de mevcut hükümet sisteminin ciddî

[99] Fransa'da yarı-başkanlık sisteminden bütünüyle kopmanın ne kadar güç olduğuna ilişkin olarak, şu satırların okunmasında fayda olabilir: "Siyasî olarak yenilgiye uğrayanlar V. Cumhuriyet'i sevmiyorlar. Zafer kazananlar onunla barışıyorlar. Oysa bir özel bunalım durumu dışında ancak iktidarda olanlar cumhuriyeti değiştirebilir, ama onlar da iktidara geldikleri için, kendilerini oraya taşıyan sistemi korumaya yöneliyorlar. Bu da bizim kısır-döngümüz." O. Duhammel, Vive la VIe République, Le Seuil, Paris 2002, s. 142'den aktaran Eyüboğlu (2007), s. 163.

sorunlarla özdeşleştirildiği veya mevcut hükümet sisteminde yapılacak değişikliğin, karşı karşıya olunan bazı sorunların çözümüne katkı sağlayacağı yönünde oluşan bir entelektüel iklimin hâkimiyetinde gerçekleşmiştir.

Bu bağlamda Kırgızistan ve Moldova'da yaşanan kopuşlara yakından bakıldığında, bu ülkelerde parlamenter sisteme yönelik ciddi eleştirilerin varlığından ziyade; karşı karşıya kalınan bazı sorunlara daha etkili çözümler sunacağı umulan alternatif sistemlere geçiş arzusunun hâkim olduğu görülmektedir.

Gerçekten de Kırgızistan'da önce cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi sistemine, sonrasında ise yarı-başkanlık sistemine geçiş; ekonomik kaynak kıtlığı ve milli gelir azlığı gibi sorunlarla baş etmek ve ülke coğrafyasının doğurduğu acil güvenlik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla "istikrarlı bir yönetime" ve "güçlü bir iktidar yapılanmasına" duyulan ihtiyacın sonucu olarak gerçekleşmiştir. Bu bağlamda hükümet sistemi değişikliği, Kırgızistan özelinde ortaya çıkan bazı ekonomik ve siyasî/askerî sorunların çözümünde başlı başına bir araç olarak algılanmıştır.

Moldova'da ise parlamenter sistemden kopuş, temelde bölgesel istikrar sorunları karşısında güçlü bir duruş sergileyecek ve ayrılıkçı Transdinyester Bölgesi sorunuyla daha etkili biçimde başa çıkabilecek "seçilmiş bir devlet başkanı" figürüne duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Ülke'de daha sonra devam eden tartışmalar ise, büyük ölçüde siyasî parti sisteminin ve aşırı parçalanmış parlamento kompozisyonunun etkisiyle ortaya çıkmıştır. İlk aşamadan farklı olarak, bu ikinci aşamada cumhurbaşkanları, ülkenin yönetilebilirlik ihtiyacının parlamenter sistem ile karşılanamayacağını açıkça dile getirmeye başlamışlardır. Hiç kuşku yok ki, bu arayışlarda kişisel güç ve iktidar arzusunun da belli bir payı olduğunu söylemek mümkündür. Bu anlamda Moldova, ilk başta ve demokrasiye geçiş sürecinde hükümet sistemi değişikliğinin araçsallaştırıldığı, ilerleyen dönemlerde ise hükümet sisteminin bizzat sorunların kaynağı olarak görüldüğü karma bir entelektüel iklim örneği olarak karşımızda durmaktadır.

Fransa'da 1958 Anayasası'nın kabulüne ve bu Anayasa'da 1962 yılında gerçekleştirilen değişikliklere uzanan yolculuğun hikâyesi ise, parlamenter sistemin, sorunların kaynağı olarak görüldüğü durumların

tipik bir örneğini teşkil etmektedir. Bu bağlamda Fransa, parlamenter sistemden kopuş dinamikleri bağlamında yukarıdaki iki örnekten belirgin bir biçimde ayrılmaktadır.

Bununla birlikte, incelenen her üç örneğin ortaklaştığı nokta, parlamenter sistemden kopuş deneyiminin orta/uzun vadede kendisinden beklenen faydaları sağlamamış olduğudur. Bu bağlamda Kırgızistan ve Moldova'da parlamenter sistemden kopuş; çeşitli ilave sorunlara, beklenmedik istikrasızlıklara ve ciddi toplumsal çatışmalara giden yolu açmış; sistem değişikliğinin fayda/maliyet analizi yapıldığında, açıkça beklentilerin çok altında kalındığı ve hatta "tersine etkili" *(counter-productive)* sonuçlarla karşılaşıldığı görülmüştür.

Konuya Fransa açısından bakıldığında ise görülen manzara, bu iki örnekten daha farklı bir durum arz etmektedir. Her şeyden önce, Fransa'da parlamenter sistemden kopuşun doğrudan doğruya bir çatışma kaynağı haline dönüştüğünü söylemek mümkün değildir. Aksine, 1958 Anayasası ve özellikle de bu Anayasa'da gerçekleştirilen 1962 değişiklikleri sonrasında kurulan yarı-başkanlık sistemi, uzunca bir süre boyunca Ülke'nin istikrar ve denge arayışlarına cevap vermiş görünmektedir. Bunda, Fransa'nın oldukça gelişmiş demokrasi kültürünün ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında göreve gelen siyasî kadroların da önemli payı olduğunu söylemek mümkündür. Fakat bu örnekte de ilginç olan husus, aradan geçen 50 küsur yıllık sürenin ardından, yarı-başkanlık sisteminin demokratik değerlerle uyumsuzluğu ve hesap verirlik ilkesi yönünden içerdiği sorunlar nedeniyle tartışma konusu olmaya başlamasıdır. Bu durum, parlamenter sistemden kopuşun, yukarıdaki örneklerde görülenin aksine; çeşitli ilave sorunlara, beklenmedik istikrasızlıklara ve ciddi toplumsal çatışmalara yol açmasa bile zaman içinde sorgulanır hale geldiğini göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Nihayet, incelenen üç örneğin ortaklaştığı bir diğer nokta da, parlamenter sistemden kopuş deneyiminin eninde sonunda parlamenter sisteme *dönüş* veya parlamenter sisteme *dönüş arayışlarıyla* sonlanmakta olduğudur.

Öyleyse bu noktada sorulması gereken soru; bütün bu gözlemlerin, Türkiye'nin gelecekteki karşılaşması muhtemel sorunlar ve takip edilecek yol haritası bakımından kayda değer bir öngörü imkânı sunup sunmadığıdır.

Kanımca bu soruya da sosyal bilimlerin "sınırlı kesinlik potansiyeli" çerçevesinde olumlu bir yanıt verilmesi mümkündür. Bu bağlamda incelenen örnekler, Türkiye'nin karşılaşacağı şeyler açısından bir karine teşkil etmediği gibi; Ülke'nin, yüzyılın, çevresel ve bölgesel koşulların, toplumsal dinamiklerin ve bütün bunlara etki eden kültürel, coğrafî hatta teknolojik koşulların da sonuçlar üzerinde büyük etki doğuracağını unutmamak gerekir. Yine bu bağlamda unutulmaması gereken bir diğer husus da, siyasetin son tahlilde görece özgür veya görece koşullandırılmış insan iradesinden ve bireysel ve kolektif insan davranışlarından müteşekkil bir kamusal alan olduğudur. Bu bağlamda farklı ülkelerin geleceklerini belirleyen faktörler arasında, sürece hâkim siyasî aktörlerin karar ve davranışlarının da aslî bir unsur olarak dikkate alınması gerekecektir.

Son tahlilde, Türkiye hakkında karşılaştırmalı gözlemlerden hareketle yapılabilecek değerlendirmelerin, bütün bu faktörlerden arta kalan sınırlı bir öngörü alanında geçerli olacağının hatırda tutulması lazımdır. Bununla birlikte, dünyada bugüne kadar görülen örneklerin, bu sınırlı öngörü alanının içini olumlu beklentilerle doldurmaya elverişli olmadığını ve parlamenter sistemden kopuş kararı ve sonrasında yaşananlar ile istikrar, güvenlik, şeffaflık, demokrasi ve hukuk devleti standartları arasında çoğu zaman doğru bir orantı kurulamadığını da itiraf etmek gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

Anderson John Philip, Kyrgyzstan: Central Asia's Island of Democracy?, Harwood Academic Publishers, New York 1999.

Anderson John Philip, "Island of Democracy? The Politics of Independence", Kyrgyzstan: Central Asia's Island of Democracy? Der. John Anderson, Harwood Academic, Amsterdam 1999.

Akayev Askar, "Kyrgyzstan: Central Asia's Democratic Alternative", Demokratizatsiya, Vol. 2 No. 1 (1994).

Akçalı Pınar, "Kırgızistan'da Parlamenter Sisteme Geçiş: Genel bir Değerlendirme", *Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi*, Cilt XII, S. 1 (Yaz 2012).

Atar Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza, Konya 2002.

Berg-Schlosser D., "Comparative Studies: Method and Design, *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, Der. Neil J. Smesler ve Paul B. Baltes, Pergamon, Oxford 2000.

Barbăroie Arcadie ve Oazu Nantoi, Aspects of the Transnistrian Conflict, Institutul de Politici Publice, Chiinău 2004.

Battle John M., "Uskorenie, Glasnost' and Perestroika: The Pattern of Reform under Gorbachev", Soviet Studies, Vol. XL, No. 3 (July 1988).

Cole Alistair, French Politics and Society, Prantice Hall, Hampshire 1998.

Corporate Author, Moldova Constitution and Citizenship Laws Handbook Vol - I: Strategic Information and Developments, USA International Business Publications, Washington 2014.

Crowther, William E, "Development of the Moldovan Parliament One Decade after Independence: Slow Going", *The Journal of Legislative Studies*, Vol. 13,No. 1 (2017).

Çağlar Bakır, Parlamentolar ve Anayasa Mahkemesi: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", Anayasa Yargısı, Cilt 3 (1986), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1986.

Duhammel O., Vive la VIe République, Le Seuil, Paris 2002.

Dunbay, Seda, "23 Temmuz 2008 Tarihli Anayasa Reformu Işığında Fransa'daki Yarı Başkanlık Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 3.

Duran Lütfi, Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988.

Duverger Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", Parliamentary versus Presidential Government içinde, Der. Arend Lijphard, Oxford University Press, Oxford 1992.

Elgie Robert, "The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions", *European Journal of Policy Research,* Vol. 33 (1998).

Elgie Robert, "The Perils of Semi-Presidentialism. Are They Exaggerated?", Democratization, Vol. 15, Issue 1 (2008).

Epstein Leon D., "Parliamentary Government", Internationl Encyclopedia of the Social Sciences, Vol 11 (1968).

Erdoğan Mustafa, Anayasacılık, Parlamentarizm, Silahlı Kuvvetler, Siyasî Kitabevi, Ankara 1993.

Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasî Kitabevi, Ankara 2001.

Eyüboğlu Ercan, "Fransa: Parlamenter bir VI. Cumhuriyet'e Doğru", Başkanlık Sistemi ve Türkiye: Ülkeler, Deneyimler ve Karşılaştırmalı Analiz, Der. İhsan Kamalak, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2007.

Fabbrini Fredereci, "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation", *German Law Journal,* Vol. 9, No. 10 (2008).

Fendoğlu Hasan Tahsin, "Başkanlık Sistemi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 2, Sayı 2 (2002).

Fendoğlu Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Fish Steven M.: "The Pitfalls of Russian Superpresidentialism", Current History, October 1997.

Gönenç Levent, Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 2002.

Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara 2006.

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt - I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2001.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2016 (20 Baskı).

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017 (21 Baskı).

Gözler Kemal, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.

Huntington Samuel P., The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century, University of Oklahoma Press, Oklamoha 1991.

İba Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasî Kurumlar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2009 (4. Bası).

Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2014 (9. Bası).

Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul 2017 (12. Bası).

Kalaycıoğlu Ersin, "Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınavı", Başkanlık sistemi, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.

Karatepe Şükrü, Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

Kaufman Stuart J., "Spiraling to Ethnic War: Elites, Masses, and Moscow in Moldova's Civil War" International Security, Vol. 21, No. 2 (Autumn 1996).

King Charles, The Moldovans: Romania, Russia and the Politics of Culture, Hoover Institution Press, Stanford 2000.

Knapp Andrew ve Wincent Wright, The Government and Politics of France, Routledge, London 2001.

Knapp Viktor, "Legal Science", Main Trends of Research in the Social and Human Science, Vol. II, Der. Jacques Havet, Mouton Publishers/Unesco, The Hague, Paris, New York 1978.

Kolstoe Paul, Russians in the Former Soviet Republics, Hurst & Co. Publishers, London 1995.

Kontacı Ali Ersoy, "The Presidents of Republics in Turkish and Polish Constitutions: A Short Overview from a Comparative Perspective", Merkourios, *The Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 25, No. 68 (2008).

Kuzu Burhan, "Parlamenter Rejimlerde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53, S.1-4 (1988-1990). - Yazar'ın bu çalışmada atıf yapılan görüşü, şu kaynaktan alınmıştır: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2017, s. 640.

Kuzu Burhan, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.

Kuzu Burhan, Her Yönü ile Başkanlık sistemi, Babıali Kültür Yayınları, İstanbul 2011.

Küchler Florian, The Role of the EU in Moldova's Transnistrian Coflict, Ibidem-Verlag, Stutgart 2008.

Landman Todd, Issues and Methods in Comparative Politics, Routledge, London 2000

Laurelle Marlene ve Johan Engvall, Kyrgyzstan Beyond "Democracy Island" and

"Failing State": Social and Political Changes in a Post-Soviet Society, Lexington Books, USA 2015.

Linz Juan, "Parliamentarism and Presidentialism", The Encyclopedia of Democracy içinde, Seymour Martin Lipset (Ed.), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C. 1995.

Linz Juan J. ve Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe, The John Hopkins University Press, Baltimore, Maryland 1996.

Lipson Leslie, Siyasetin Temel Sorunları, Çev. Fügen Yavuz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2005.

Mackie Tom ve David Marsh "The Comparative Method", Theory and Methods of Political Science içinde, Der. David Marsh ve Gerry Stoke, Macmillan Press, London 1995.

Mazo Eugene, "Post-Communist Paradox: How the Rise of Parliarnentarism Coincided with the Demise of Pluralism in Moldova", Stanford Institute for International Studies, Center on Democracy, Development, and the Rule of Law, Working Papers, Number 17, 27 August 2004.

Memmedov Asim, Gürcistan ve Kırgızistan'da Yönetim Değişikliğinin Nedenleri ve Yeni Yönetimlerin Dış Politikaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.

Niazaliev Ouran, Failed Democratic Experience in Kyrgyzstan: 1990-2000, Yayınlanmaması Doktora Tezi, ODTÜ Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Ankara 2004..

O'Donnell Guillermo, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, No. 1 (January 1994).

Oder Bertil Emrah, "Türkiye'de Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler", Başkanlık Sistemi içinde, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

Okşar Mustafa, Hükümet Sistemleri, Önceki Anayasalar ve Özellikle 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Erdal Onar, İsrail'in Kendine Özgü Bir Hükûmet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü, Ankara 2003.

Onar Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-başkanlık sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", Başkanlık Sistemi içinde, Der. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

Özer Atilla, Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim, Ankara 2002.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (15. Basım).

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (17 Basım).

Pierce Roy, "The Executive Divided Against Itself: Cohabitation in France, 1986–1988", Governance, Vol. 4, Issue 3 (July 1991).

Pomfred Richard, The Economies of Central Asia, Princeton University Press, USA 1995.

Prisac Igor, "Between Russia and the EU: The Sociopolitics of the Republic of Moldova—A Transdisciplinary Approach", Geopolitics, Development, and Na-

tional Security: Romania and Moldova at the Crossroads içinde, Der. Sebastian Vaduva ve Andrew R. Thomas, Springer, Heidelberg New York Dordrecht London 2015.

Przeworski Adam ve Henry Teune, Logic of Comparative Social Inquiry, Comparative Studies in Behavioral Sciences, Wıley-Interscıence (A Division of John Wiley & Sons), USA 1970.

Safran William, The French Polity, Longman Publishers, USA 1995.

Sağlam Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013.

Sarı Yaşar, "Kırgızistan'da İktidarın El Değiştirmesi: Akayev ve Bakiyev'in Düşüşü", *Orta Asya ve Kafkasya Araştırmaları Dergisi,* Cilt 5, Sayı 9 (2010).

Sartori Giovanni, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine bir İnceleme, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Sartori Giovanni, "Compare Why and How? Comparing, Miscomparing and Comparative Method", Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance, Der. Mattei Doğan ve Ali Kazancıgil, Wiley-Blackwell, London 1994.

Shugart Matthew Soberg, "Of Presidents and Parliaments", East European Constitutional Review, Vol. 2, No. 1 (1993).

Schmidt Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997

Tanör Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.

Tanör Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009.

Tanör Bülent, İki Anayasa: 1961-1982, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2009.

Tunç Hasan, Faruk Bilir ve Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Berikan Yayınevi, Ankara 2011.

Turhan Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır 1989.

Uluşahin Nur, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Üskül Zafer, Türkiye'nin Anayasa Sorunu, AFA Yayınları, İstanbul 1991.

Von Beyme Klaus, Die parlamentarische Demokratie: Entstehung und Funktionsweise 1789-1999, Springer VS, Wiesbaden 2014.

Wahl Nicholas, "The Constitutional Ideas of Michel Debré", Theory and Politics/Theorie und Politik - Festschrift zum 70. Geburtstag für Carl Joachim Friedrich, Der. Klaus Von Beyme, Springer, Dodrecht 1971.

WAY Lucan A., "Pluralism by Default in Moldova", *Journal of Democracy*, Vol. 13, Issue 4 (October 2002).

Yanık Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Yazıcı Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.

Elektronik Kaynaklar

Alkan Haluk, Kırgızistan: Otoriter Merkezileşmeye Karşı Merkezkaç Direnişinin Gölgesinde Siyasî İktidarsızlık, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara 2010, s. 20. http://www.sde.org.tr/userfiles/file/SDE%20analiz%20Kirgizistan.pdf

Babakulov Ulugbeg, "Farewell to Kyrgyzstan's 'Island of Democracy'", Open Democracy Russia and Beyond, 06.10.2017, https://www.opendemocracy.net/od-russia/ulugbek-babakulov/farewell-to-kyrgyzstans-island-of-democracy

Escobar Pepe, "The Tulip Revolution Takes Root", Asia Times Online, 26.03.2005. http://www.atimes.com/atimes/Central_Asia/GC26Ag03.html

Jary Emmanuel, "Le comité sur les institutions remet ses propositions à Sarkozy", Le Nouvel Ordre Mondial, 29 Ekim 2007. http://www.nouvelordremondial.cc/2007/10/30/le-comite-sur-les-institutions-remet-ses-propositions-a-sarkozy/

McCready Alastair, "Is Kyrgyzstan No Longer Central Asia's Island of Democracy?", The World Weekly, 02.03.2017 https://www.theworldweekly.com/reader/view/magazine/2017-03-02/is-kyrgyzstan-no-longer-central-asias-island-of-democracy/9762

Rogoff Martin A., "Fifty Years of Constitutional Evolution in France: The 2008 Amendments and Beyond", Jus Politicum - Revue de droit politique, No. 6 (2001). http://juspoliticum.com/article/Fifty-years-of-constitutional-evolution-in-France-The-2008-amendments-and-beyond-373.html

Rumolo Danielle, "The 'Switzerland of Central Asia' is not Looking very Swiss", Open Democracy Russia and Beyond, 10.07.2015 https://www.opendemocracy.net/od-russia/daniele-rumolo/%E2%80%98switzerland-of-central-asia%E2%80%99-is-not-looking-very-swiss

Schenkkan Ante, "Central Asia's Island of Democracy is Sinking", Foreign Policy, 30.09.2015 http://foreignpolicy.com/2015/09/30/central-asias-island-of-democracy-is-sinking-kyrgyzstan/

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İnternet Sitesi: http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=5695&lang=2&cat=15

BBC İnternet Sitesi: http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38016306)

Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, "Une Ve République plus démocratique": http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000697.pdf

Venedik Komisyonu Görüşü 1CDL-PI(2016)009-e: "Kyrgyz Republic - Preliminary Joint Opinion on the Draft Law "on Introduction of amendments and changes to the Constitution" http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282016%29009-e

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE ANAYASA TEMELİNDE PSİKOSOSYAL ENGELLİ BİREYLERİN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY OF THE PEOPLE WITH PSYCHOSOCIAL DISABILITIES ON THE BASIS OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTION

Bahar KONUK SOMMER*

Özet: Psikososyal engelli bireyler, hemen her toplumda en çok dışlanan, ayrımcılık ve damgalanmaya en çok maruz kalan, sağlıklı ve refah içerisinde, insan onuruna yaraşır bir yaşam kurmalarının önünde en fazla engel olan kişi gruplarının başında gelmektedir. Psikososyal engelli bireylerin sıklıkla ihlal edilen temel haklarının başında özgürlük ve güvenlik hakkı gelir. İç hukukumuzda bu hakka yönelik ihlallerin bertaraf edilebilmesi için hakkın güvencelerini düzenleyen bir kanun yapılması zorunludur.

Anahtar Kelimeler: Psikososyal Engelliler, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Zorunlu Yatış, Zorunlu Tedavi

Abstract: In almost every society, psychosocial disabled people are among the most excluded groups and they consistently exposed to stigmatisation, discrimination and exclusion as major barriers to health, welfare and quality of life. The right to liberty and security of the psychosocial disabled people is one of the most frequently infringed fundamental right. In domestic law, it is mandatory to enact a law regulating the safeguards of the right so that violations of this right can be eliminated.

Keywords: Psychosocially Disabled People, Liberty and Security of the Person, Involuntary Placement, Involuntary Treatment

* Yrd. Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, bahar.konuk@yasar.edu.tr

GİRİŞ

Özgürlük ve güvenlik hakkı, özgürlük ve güvenlik kavramlarından oluşmakla birlikte bu kavramlardan bağımsız, demokratik bir toplumda büyük öneme sahip bir temel haktır. Özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında kişi özgürlüğü, kişi güvenliği kavramıyla bir bütün olup, kişinin fiziki yahut beden özgürlüğünü, bir başka deyişle kişinin devletin müdahalesi olmaksızın bir yerden bir yere gidip gelme, yer değiştirme serbestisini ifade eder.[1] Burada sözü geçen güvenlik ise, kişinin özgürlüğünün doğal bir sonucu olup, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kavramsal bütününde, kişinin bedensel olarak hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencelerine sahip olması anlamına gelir.[2] Bir başka deyişle kişi güvenliği, kişi özgürlüğünün devletin keyfi müdahalelerine karşı hukuk kuralları ile korunması ve özgürlükten yoksun bırakma haline karşı çeşitli güvenceler tanınması suretiyle hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır.[3]

Özgürlük ve güvenlik hakkı diğer temel hakların garantisi olma özelliğini taşır. Zira bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, onun başta serbest dolaşım özgürlüğü olmak üzere, ifade özgürlüğü, eğitim hakkı, evlenme ve aile kurma hakkı gibi pek çok hak ve özgürlükten istifade etmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkiler. Kişi güvenliğinin sağlanmaması ise kişiyi hassas bir konuma düşürerek işkence gibi insan onuru ile bağdaşmayacak muamelelere maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakır.[4] Bu nedenle, 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'dan bu yana insan haklarına ilişkin hemen hemen tüm belgelerin ve bunları takiben ulusal anayasaların temel hükümlerinden

---

1 Feyyaz Gölcüklü, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması, AÜSBF Yayını, Hukuksal Kollokyum 13-14 Eylül 1990, Ankara, 1992, s. 38; Ralph Beddard, Human Rights and Europe, Cambridge University Press, 3. Baskı, 1993, s. 130; Serap Keskin, "Kişi Özgürlük ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları, (Ed. Korkut Tankuter), Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64; Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 408-409.

2 Beddard, s. 129; P. Van Dijk ve G.J.H. Van Hoof, Theory and Practice of the Convention on Human Rights, Kluwer Law International, 3. Baskı, The Hague, 1998, s. 345; Keskin, s. 64.

3 Bahar Konuk, Bir Temel Hak Garantisi Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015.

4 Monica Macovei, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 5, Ankara, 2003, s. 6.

birini teşkil eden bu hak, Anayasamızın da 19. maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinde olduğu gibi, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu ifadesi ile bir başka deyişle "özgürlük karinesi" ile başlar. Buna göre, kişinin özgür olması asıl, özgürlüğünden yoksun bırakılması ise istisnadır.[5] Bununla birlikte, özgürlük ve güvenlik hakkı mutlak bir hak değildir yani kısıtlanabilir ve kullanılması olağanüstü hallerde askıya alınabilir.[6] Bir başka deyişle, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, belli hallerde belli şartlara uyulduğu takdirde hukuka uygun kabul edilebilir.

Kişinin özgürlüğünden hukuka uygun olarak yoksun bırakıldığından söz edilebilmesi için gözetilmesi gereken ilk husus, kişinin AİHS'nin 5/1. maddesinin (a) ve (f) bentleri arasında ve Anayasa'nın 19. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında sınırlı olarak sayılan sebeplerden birine dayalı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmasıdır.[7] Bunlar dışında bir sebeple kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması hukuka aykırıdır ve yine özgürlük karinesi gereğince bu sebepler yorum yoluyla genişletilemez.

Psikososyal engelli[8] bireylerin kişi özgürlüklerinden yoksun bı-

---

5 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa, 2011. s. 506.

6 Van Dijk ve Van Hoof, s. 348; Jim Murdoch, Article 5 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2002. s. 30; Trechsel, s. 419; Mark W. Janis, Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley. European Human Rights Law, Oxford University Press, 3. Baskı, 2008, s. 608.

7 "Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konduktan sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir." Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru No: 2012/239, 02.07.2013, para. 40; Başvuru No: 2012/521, 02.07.2013, para. 41; Başvuru No: 2012/1137, 02.07.2013, para. 42. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/ (Erişim: 06.06.2017).

8 "Psikososyal engellilik" kavramı, çalışmamız içerisinde akıl ve ruh sağlığı ile ilgili olarak tıbbi teşhis konan ve bu nedenle damgalanma, ayrımcılık ve dışlanma gibi olumsuz sosyal davranışlarla karşılaşan kişileri ifade etmektedir. Aynı ifade için bkz. Natalie Drew, Michelle Funk, Stephen Tang, Jagannath Lamichhane, Elena Chavez, Sylvester Katontoka, Soumitra Pathare, Oliver Lewis, Lawrence Gostin ve Benedetto Saraceno, "Human Rights Violations of People with Mental and

rakılmaları, özgürlük ve güvenlik hakkının sağladığı güvencelerden yararlandırılmaları koşuluyla, AİHS'nin 5/1. maddesinin (e) bendinde ve Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeler gereğince hukuka uygun kabul edilir. Bununla birlikte uygulamada, bu bireylerin söz konusu güvencelerden çoğu zaman gereği gibi faydalanamadıkları ve bu suretle özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiği söylenebilir. Çalışmamız içerisinde, psikososyal engelli bireylerin özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında sahip olduğu güvenceler özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Zira iç hukukumuzda özgürlük ve güvenlik hakkı, ağırlıklı olarak yakalama ve tutuklama gibi ceza muhakemesine ilişkin koruma tedbirleri ile birlikte ele alınmakta olup, psikososyal engelli bireylerin özgürlük ve güvenlik haklarının ihlaline ilişkin bir yargı kararına rastlanmamıştır. Çalışmamızın amacı, özellikle zorunlu yatışları yapılmak suretiyle kişi özgürlüklerinden yoksun bırakılan psikososyal engelli bireylerin, özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında sahip olduğu güvenceleri ortaya koyup, hak ihlallerinin önlenmesi için çözüm önerileri getirmeye çalışmaktır.

I. PSİKOSOSYAL ENGELLİ BİREYLERİN KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILMALARININ İÇ HUKUKTAKİ KANUNİ TEMELİ

AİHS ve Anayasa'da yer alan düzenlemelere göre kişinin hukuka uygun bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için özgürlükten yoksun bırakmanın kanuni bir temeli olmalıdır.[9] Özgürlükten yoksun bırakma halinin, iç hukukta, kanunda gösterilen şekil ve şartlara uygun olması özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından bir zorunluluktur. Normalde AİHM, iç hukuka uyulup uyulmadığını denetlemekle görevli olmayıp, kendi tespit ettiği standartlara göre incelemesini yapsa da, AİHS'nin 5. maddesi açısından özgürlükten

---

Psychosocial Disabilities: an Unresolved Global Crisis", The Lancet, S. 378, Temmuz 2011, s. 1665. Burada bahsi geçen "engellik" ise, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında engellilik olup, "diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir".

9 Osman Doğru, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme Tüzüğü, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 17.

yoksun kılmanın iç hukuktaki kurallara uygun olarak yapılmış olması Sözleşme' ye uygunluğun ön şartıdır.[10]

AİHS'nin 5/1. maddesinin (e) bendi, bulaşıcı hastalık taşıyanlar, alkolikler, uyuşturucu bağımlısı olanlar ve serseriler gibi farklı kategorideki kişilerle birlikte akıl zayıflığı veya hastalığı bulunanların bu maddede aranan koşullar gerçekleştiğinde koruma amacıyla tutulmalarına izin vermektedir. Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında da "…toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi" şeklinde, AİHS'nin 5/1. maddesinin (e) bendine paralel bir düzenleme yer alır.

İç hukukumuz bakımından psikososyal engelli kişilerin özgürlüklerine yönelik kısıtlamalar Anayasa'nın 19. maddesi temelinde Medeni Kanun'un 432. ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 13. maddesine dayanılarak gerçekleştirilmektedir.[11] Medeni Kanun'un 432. maddesinde "koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması" başlığı altında yer alan düzenlemede, "Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması

---

10 Merris Amos, Human Rights Law, Hart Publishing, 2006, s. 236; D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, 2013, s. 135.

11 İç Hukukumuzda yukarıda saydıklarımız dışında psikososyal engellileri de kapsayan temel düzenlemeler olarak, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu zikredilebilir. 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile belediye ve il yönetimlerine bu bireylerin bakımları konusunda yetki vermektedir. Bununla birlikte bu düzenlemelerden hiçbirinde psikososyal engelli bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmak suretiyle gözetim altına alınmalarına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Yalnızca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın 2007 tarihli "Engellilerin Koruma Altına Alınması, Kısıtlanması ve Vesayet Altına Alınması Genelgesi"nde psikososyal engellilerin koruma ve bakım altına alınması için Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre karar alınması gerekliliği tekrarlanmaktadır. Psikososyal engelli bireylerin hangi koşullarda, ne şekilde ve hangi esaslara uyularak özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceklerine ilişkin en ayrıntılı düzenlemeler Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan "Psikiyatrik Hastaların Haklarını Koruma Yasa Tasarısı Taslağı"nda yer almaktadır. Ancak bu metnin yasalaşıp yasalaşmayacağına ya da yasalaşırsa bunun zamanına ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır.

hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilebileceği veya alıkonulabileceği" hükmü yer almaktadır. PVSK'nun 13. maddesine göre de, "Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, eylemin veya durumun niteliğine göre koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar".

II. PSİKOSOSYAL ENGELLİ BİREYLERİN ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKI BAĞLAMINDA SAHİP OLDUKLARI HAKLAR

A. Genel Açıklama

Kişinin gerek AİHS, gerekse Anayasa'da yer alan düzenleme gereğince sınırlı sayıda sebebe dayalı olarak hukuka uygun bir biçimde kişi özgürlüğünden yoksun bırakılabileceğini yukarıda ifade etmiştik. Ancak hangi sebep söz konusu olursa olsun, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının temelinde, kişinin özgürlüğünden keyfi bir biçimde yoksun bırakılmasının engellenmesi düşüncesi yattığından, kişinin hukuka uygun bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakıldığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce, özgürlükten yoksun bırakılma halinin keyfî olmaması gerekir.[12] Bunun önüne geçilebilmesi için ise öncelikle, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasında "kanunun öngördüğü usule uygunluk" şartı aranır.[13] Bu anlamda, iç hukukun AİHS ile uyumu esastır ancak yeterli değildir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin iç hukuka uygunluğu dikkate alınması gereken temel unsurdur fakat her

---

12 A. H. Robertson ve J.G. Merills, Human Rights in Europe, Manchester University Press, 3. Baskı, 1993, s. 57; Trechsel,, s. 409; Magdalena Forowicz, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2010, s. 251.

13 Murdoch, s. 32; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 370; Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, s. 135.

zaman belirleyici değildir.[14] Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin Sözleşme'nin 5. maddesinin kişiyi keyfî müdahalelere karşı koruma amacına ikna olmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, iç hukukta yer alan düzenlemelerin uygulanma şekillerinin de Sözleşmede açıkça veya zımnen yer alan genel ilkelere uygun olup olmadığını değerlendirir.[15]

AİHM, psikososyal engelli bir bireyin hukuka uygun bir şekilde kişi özgürlüğünden alıkonulması için yerine getirilmesi gereken üç asgarî koşulu Winterwerp v. Hollanda Kararı'nda ortaya koymuştur.[16] Buna göre, acil durumlar dışında, kişi, güvenilir ve inandırıcı bir şekilde "akıl hastası (akli dengesi bozuk)" olduğu kanıtlanmadığı sürece özgürlüğünden mahrum edilmemelidir. Yetkili ulusal merci huzurunda kanıtlanması gereken gerçek bir akıl hastalığının mevcudiyeti tarafsız bir tıbbi raporu gerekli kılar. Ayrıca, akıl hastalığının türü ve derecesi, alıkoymayı gerektirecek ölçüde olmalıdır. Kişinin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olmasının yanı sıra, içinde bulunduğu olağan dışı ruh hali de kendisinin zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamaz. Örneğin Mahkeme, Rakevich v. Rusya Kararı'nda, başvuranın gece boyunca İncil'i okuduktan sonra girmiş olduğu duygusal ruh halini, acil olarak psikiyatri kliniğinde tutulması için tek başına yeterli bir neden olarak görmemiştir.[17] Son olarak, Mahkeme'ye göre alıkonmanın sürdürülebilmesi akıl hastalığının devam ediyor olmasına bağlıdır.[18]

Öte yandan Sözleşme'nin 5/1-e bendine göre özgürlüğü kısıtlanan herkes, konumuz itibarıyla psikososyal engelli bireyler, yine 5. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen bilgilendirme, 4. fıkrada düzenlenen tutmanın hukuki denetimini talep etme ve özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sayılan bir kısıtlamaya maruz kaldıklarında ise tazminat isteme hakkına sahiptir. Psikososyal engelli bireylerin özgürlük ve

14 Winterwerp v. Hollanda, Başvuru No: 6301/73, 24.10.1979, para. 46.
15 Winterwerp v. Hollanda, para. 37, 45; Wassink v. Hollanda, Başvuru No: 12535/86, 27.09.1990, para. 24.
16 Gilles Duterte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'ndan Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Starsbourg Cedex, Kasım 2003, s. 97.
17 Rakevich v. Rusya, Başvuru No: 58973/00, 28.10.2003, para. 29.
18 Winterwerp v. Hollanda, para. 39.

güvenlik haklarına ilişkin ihlaller uygulamada daha çok bilgilendirilme, haklarında verilen zorunlu yatış kararlarına itiraz ve bu kararların yargısal denetimi ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.[19] Bununla birlikte, zorla hastaneye yatırılan bir kişinin aynı zamanda zorla tedavi edilip edilemeyeceği ve kişilerin tutuldukları yerlerin fiziki koşulları, konunun özgürlük ve güvenlik hakkı ile birlikte değerlendirilebilecek diğer yönlerini teşkil eder.

B. Bilgilendirilme Hakkı

Kişi özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişi, gerek AİHS'nin 5/2, gerekse Anayasa'nın 19/4. maddeleri gereğince, hangi nedene dayalı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılırsa bırakılsın, durum hakkında anladığı bir dilde bilgilendirilme hakkına sahiptir. Bu bağlamda, zorunlu yatışları yapılmak suretiyle özgürlüklerinden yoksun bırakılan psikososyal engelli bireylerin yatış ve sonraki süreçlerde hastalıkları, önerilen tedavi yöntemleri ve kullanılması muhtemel ilaçlar, bu ilaçların yan etkileri, tedavinin süresi, yararları ve riskleri ve tedaviyi reddetme hakları gibi konularda bilgilendirilmeleri zorunludur. Bireyin kendisine yapılan bildirimin sonuçlarını idrak edemeyecek durumda olması halinde bu bildirim, kısıtlı ise vasisi, on sekiz yaşından küçükse velisi veya diğer durumlarda yakınlarına yapılmalıdır.

Ruh sağlığı alanında hak ihlalleriyle mücadelede kapsamlı çalışmalar yürüten Ruh Sağlığında İnsan Hakları Girişimi Derneği'nin (RUSİHAK) 2013 yılında yayınladığı raporda, uygulamada, zorunlu yatışı yapılan psikososyal engelli bireylerin hastalıkları, tedavi süreçleri, tedavi seçenekleri, riskler, önerilen tedavilerin olumlu veya olumsuz yönleri, tedaviyi reddetme hakları gibi konularda bilgilendirilmediklerine yer verilmiştir.[20] Bunun temelinde, özellikle psikiyatrik teşhis almış bireylerin hukuki ehliyet bakımından herkesle eşit onura ve haklara sahip, özerk bireyler olarak kabul edilmemeleri yatmaktadır.[21] Oysa günümüzde bireyin onuruna saygı hakkı, başka bir tartışmaya yer bırakmaksızın Anayasa'da hukuksal bir emir olarak kabul edil-

---

19 Akıl ve Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları, 2013 Türkiye Raporu, RUSİHAK, http://www.rusihak.org/ (Erişim: 05.05.2017).

20 Akıl ve Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları, 2013 Türkiye Raporu, s. 37.

21 Akıl ve Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları, 2013 Türkiye Raporu, s. 37.

mektedir.[22] Bireyler, insan onuruna kendi iradeleriyle davranışlarını belirleme iktidarından ve "ussal-manevi değer ve deneyimleri"nden bağımsız olarak sahiptir.[23] İnsan onurunun koruma objesi, özelliklerine, edimlerine ve yeteneklerine bakılmaksızın yalnızca insandır. Aksinin kabulü, insan onurunun korunması ilkesinin fonksiyonunu tam olarak yerine getirmesini imkânsız hale getirir.

Tarafı olduğumuz, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin (BM EHS) 3/a bendinde yer alan düzenlemede de psikososyal engelliler dâhil tüm engellilerin, "kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını da kapsayacak şekilde, insanlık onuru ve bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi" gerekliliği açıkça ifade edilmiştir.[24] Yine, Sözleşme'nin 12. maddesi gereğince Sözleşme'ye taraf devletler, psikososyal engelliler dâhil tüm engelli bireylerin, yaşamın her alanında öteki kişilerle eşit olarak hukuki ehliyete sahip olduklarını kabul edip, bu ehliyetlerini kullanabilmeleri için ihtiyaç duydukları destek alma haklarını tanıma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmenin ön şartı da bireylerin durumları hakkında usulüne uygun olarak bilgilendirilmeleridir. Dolayısıyla özgürlük ve güvenlik hakkı ile birlikte, bahsi geçen bu düzenlemelerin de bir gereği olarak psikososyal engelli bireylerin kendilerinin veya vasi, veli ya da yakınlarının, sağlık durumları, tedavi seçenekleri, bu tedavilerin olası yarar ve riskleri hakkında anlayacakları şekilde ve tam olarak bilgilendirilmeleri esastır.

C. Zorunlu Yatış Kararına İtiraz ve Kararın Denetimi

AİHS'nin 5/4 ve Anayasa'nın 19/8. maddelerinde düzenlenen özgürlükten yoksun bırakılmaya karşı başvuru hakkı, kişinin bu durum karşısında yargısal makamlar önünde aktif olarak itiraz edebilme hakkının korunmasına yönelik temel bir güvence teşkil eder ve kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukukiliğinin bir mahkeme[25]

---

22 Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Yayınlanmamış DoktoraTezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999. s. 129.

23 Şimşek, s. 129.

24 5825 Sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 3.12.2008 tarihinde kabul edilmiş, 18 Aralık 2008 tarihli 27084 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

25 AİHM'ne göre, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması kararını veren ulusal

tarafından süratle ve makul aralıklarla denetlenmesini öngörür. Psikososyal engelli kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik ihlaller, çoğunlukla bu kişilerin zorunlu bir biçimde hastaneye yatırılmaları şeklinde kendisini gösterir. İç hukukumuzda kişi hakkında verilen zorunlu yatış kararına karşı itiraz hakkı, yine bu kararın hukuki dayanağı olan Medeni Kanun'un 435. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, kararın kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içerisinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak kurumdan çıkarılma isteminin reddi halinde de kullanılabilir". Yani zorunlu olarak hastaneye yatırılan kişinin kendisi veya avukatının, kısıtlı ise vasisinin, on sekiz yaşından küçükse velisinin ve herkes için yakınlarının, kararın öğrenildiği tarihten itibaren on gün içerisinde itiraz etme hakları vardır.[26]

Zorunlu yatışlarda itiraz hakkının kullanılması bilgilendirme hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Daha açık bir deyişle, psikososyal engelli bireylerin itiraz haklarını kullanabilmeleri için öncelikle itiraz haklarının var olduğuna ve bu haklarını nasıl kullanacaklarına ilişkin bilgilendirilmeleri esastır. Medeni Kanun'un 436/1. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kişi hakkında özgürlüğünün kısıtlanması kararı verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunludur. Aynı maddenin 2. fıkrasında da, bir kuruma yerleştirilen kişiye, alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma

makamın bir mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için özgürlükten yoksun bırakma konusunda uygulanabilecek temel usul güvencelerini sağlayabilmesi zorunludur. Eğer kararı veren yetkili makam önünde temel usul güvenceleri sağlanamıyor ise özgürlüğünden yoksun bırakılan kimseye bütün yargısal usul güvenceleri sağlayan ikinci bir makama başvurma hakkı tanınması gerekir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde geçen mahkeme terimi, sadece yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızlık gibi temel ortak özelliklere sahip olmayı değil, yargısal usul güvencelerini sağlama özelliğine sahip olmayı da gerektirmektedir. De Wilde, Ooms et Vrsyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18.06.1971, para. 77.

26 Kanunumuzda yer alan "yakınları" ifadesine karşılık, İsviçre Medeni Kanunu'nun 397/d maddesinde "yakınında bulunan kişi" (nahe stehende Person) ifadesi yer almaktadır. Doktrinde Medeni Kanun'un 435. maddesinde geçen "yakınları" ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği düşünülmekte olup, anne-baba, kardeşler, çocuklar, eş, yakın hısımlar veya kişinin doktoru bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2004, s. 808; Köksal Kocaağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1-2, 2006, s. 47.

isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirileceği hüküm altına alınmıştır. Burada bahsi geçen denetim makamı, Medeni Kanun'un 397/2. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesidir.

Her ne kadar Medeni Kanun'a göre kişinin zorunlu yatışına karar verme yetkisi, vesayet makamı yani sulh hukuk mahkemesinde ise de, uygulamada karar verme yetkisinin hekimlerce kullanıldığı, hastaneler tarafından mahkemelere yapılan başvuruların tümünün mahkemelerce onaylandığı, hastanelerin hiçbir zorunlu yatış talebinin geri çevrilmediği söylenebilir.[27] Öte yandan asıl problem, Kanun'da öngörülen bilgilendirme yükümlülüğünün, başvuru ve denetim mekanizmalarının gerektiği gibi işletilememesidir. Uygulamada, Medeni Kanun'un 434. maddesi ile kamu makamlarına getirmiş olduğu vesayet makamına bildirim yükümlülüğünün kırk sekiz saat ile yedi gün arasında yerine getirildiği buna karşın zorunlu yatışa ilişkin mahkeme kararlarının iki-dört ay arasında verildiği ve kişilerin bu süreçte çoğunlukla taburcu edilmiş oldukları bilinmektedir.[28] Dolayısıyla, kanunen mahkemelerce yapılması gereken denetim fiilen bir anlam ifade etmemekte, yalnızca kâğıt üzerinde gerçekleştirilen prosedürel bir işlem olarak kalmaktadır. Taburcu edilmeyen bireyler için de, sürecin özgürlükten yoksun bırakılma halinin denetiminin süratle gerçekleşmesine elverecek şekilde işletilmemesi, kısa süreli de olsa başvuru imkânının ortadan kalkması anlamına gelir ve bu durum başlı başına özgürlük ve güvenlik hakkının ihlalidir.[29]

Özgürlük ve güvenlik hakkının güvencelerinden olan özgürlükten yoksun bırakılmaya karşı bir yargı yerine başvuru hakkı, kapatılan kişinin durumunun söz konusu yargı yerince periyodik olarak incelenmesini de gerektirir.[30] Burada bahsi geçen periyodik inceleme, esasları iç hukukta gösterilmek suretiyle kendiliğinden gerçekleşebileceği gibi, kapatılan kişiye ilgili duruma yeniden itiraz etme hakkı tanınması şeklinde de söz konusu olabilir.[31]

---

27 Akıl ve Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları, 2013 Türkiye Raporu, s. 42.
28 Akıl ve Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları, 2013 Türkiye Raporu, s. 42.
29 De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, Başvuru No: 8805/79, 22.05.1984, para. 58.
30 Murdoch, s. 89.
31 "Aklî dengesi yerinde olmayan ve zorunlu olarak belirsiz bir süre ya da uzun bir

AİHM, zorunlu yatışı yapılan kişiye "mümkün olan en kısa sürede" ilk itiraz başvurusunda bulunma hakkı tanınmasını zorunlu görmekle birlikte, periyodik incelemeye ilişkin zaman aralıkları veyahut sonraki itiraz başvurularının zamanı konusunda daha esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, Herczegfalvy v. Avusturya Kararı'nda, kapatılan kişinin durumuna ilişkin ilki onbeş ay, ikincisi iki yıl, üçüncüsü dokuz ay sonra yapılan değerlendirmelerin, ilkinin ve ikincisinin sürelerinin kabul edilemez uzunlukta olduğundan bahisle AİHS'nin 5/4. maddesini ihlal ettiğini söylemiştir.[32] İç hukukumuzda ise zorunlu yatışı yapılan psikososyal engelli bireylerin durumlarının bir mahkeme tarafından periyodik olarak gözden geçirilmesini öngören herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Psikososyal engelli bireylerin bir yargı yerine başvuru hakkı ile ilgili uygulamada karşılaşılan hak ihlallerinden bir bölümü de, hâkimlerin yatışı yapılan kişiyi görmeden, dinlemeden ya da bağımsız bilirkişi incelemesi isteme gereği duymadan yatış talep eden doktorun görüşleri doğrultusunda karar vermeleri şeklinde ortaya çıkar.[33] AİHM'ne göre, "Sözleşme'nin 5/4. maddesine göre yapılacak yargılama, adil yargılanma hakkının öngördüğü, hukuki veya cezai uyuşmazlıklarda gerekli olan güvencelere sahip olmasını her zaman gerektirmez. Bununla birlikte, kişinin hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma hakkının bulunması ve kendisine bizzat dinlenme veya bir biçimde hukuken temsil edilme hakkı tanınması temel unsurlardır. Akıl hastalarının bu hakları kısmen sınırlanabilir, ama bu hakkın özü zedelenemez. Bu durumdaki kişiler bakımından özel bir yargılama usulü gerekli olabilir."[34]

AİHM, Sözleşme'nin 5/4. maddesinde yer alan düzenlemeden, "aklî dengesizlik" sebebiyle bakım altına alınan kişilerin mahkemeye

---

süre boyunca bir psikiyatri kurumuna kapatılan bir kişi, ilke olarak ve en azından alıkonulmasıyla ilgili yargı denetimi niteliğinde hiçbir düzenli ve otomatik denetim bulunmaması halinde, alıkonulmasının "hukuka uygunluğunun" incelenmesi talebiyle "makul aralıklarla" mahkemeye başvurarak dava açma hakkına sahiptir." Megyeri v. Almanya, Başvuru No: 13770/88, 12.05.1992, para. 22

32 Herczegfalvy v. Avusturya, Başvuru No: 10533/83, 24.09.1992, para. 77.

33 Oliver Lewis, "Protecting the Rights of People with Mental Disabilities: The European Convention on Human Rights", *European Journal of Health Law 9*, Kluwer Law International, Netherlands 2002, s. 299.

34 Winterwerp v. Hollanda, para. 60.

başvurmak için yasal temsilci temin etme konusunda sorumluluğu bizzat üstlenmeleri gerektiği şeklinde bir anlam çıkarılmasının mümkün olmadığını da hüküm altına almıştır.[35] Öte yandan kişinin, hiçbir surette ne şahsen ne de bir vekil aracılığıyla kendisi aleyhindeki alıkoyma kararının verildiği yargısal sürece dahil olmamasının, kendisine her hangi bir ihbarda bulunulmaması ve bu suretle savunma hakkını kullanamamasının özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali anlamına geldiği hususunda tereddüt yoktur.[36] Dahası Mahkeme, kendisini kişiye yapılan hukuki yardımın etkinliğini denetlemek konusunda da yetkili görmekte, bir avukat dahi olsa kişiye yalnızca bir temsilci atanmış olmasını yeterli bulmamaktadır.[37]

D. Tazminat

AİHS'nin 5/5. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, "Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes, tazminat hakkına sahiptir". AİHS'de, Sözleşme hükümlerinin ihlaline karşı ulusal düzeyde açıkça tazminat hakkı öngören tek düzenleme olan bu hüküm, 5. madde kapsamındaki tüm özgürlükten yoksun bırakılma halleri için geçerlidir.[38] 5/4. maddede güvence altına alınan bir yargı yoluna başvuru hakkı gibi, tazminat hakkı da, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlali halinde Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen kişinin etkili başvuru hakkına ilişkin genel yükümlülüğün özel bir görünümünü teşkil eder.[39]

Sözleşme'nin 5/5. maddesinde yer alan tazminat hakkından yararlanabilmek için, maddenin diğer fıkralarından birine yönelik ihlalin ulusal yargı organlarınca veya Sözleşme organları tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.[40] Ancak söz konusu ihlalin varlığı, doğrudan

35 Winterwerp v. Hollanda, para. 66.
36 Winterwerp v. Hollanda, para. 61. Megyeri v. Almanya, para. 23.
37 Pereira v. Portekiz, Başvuru No: 44872/98, 26.02.2002.
38 Ulaş Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 205; Doğru ve Nalbant, s. 411
39 Macovei, s. 74; Karan, s. 205.
40 Macovei, s. 75.

5/5. maddenin de ihlal edildiği anlamına gelmez.[41] AİHM'nin Wassink v. Hollanda Kararı'nda ifade ettiği üzere, iç hukukta 5. maddeyi ihlal eden bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için tazminat almak üzere başvuru imkânının sağlanmış olması, 5/5. maddeye uygunluk açısından yeterlidir.[42] Bununla birlikte, söz konusu başvuru imkânının etkili olması da aranır.[43]

AİHM'ne göre Taraf Devletler, hükmedilecek tazminat miktarını belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptirler.[44] Bununla birlikte, çok düşük tutulan tazminat miktarları 5/5. madde hükmünü ihlal edebilir.[45] Ancak uğranıldığı iddia edilen maddi veya manevi zararın, kişi tarafından kanıtlanmasının talep edilmesi 5/5. maddenin ihlali olarak değerlendirilmemiştir.[46] Eğer tazmin edilecek maddi veya manevi bir zarar yoksa 5/5. maddenin ihlalinden de söz edilemez.[47] Uygulamada, AİHS'nin 41. maddesi uyarınca tazminat talep etmek mümkün olduğundan, AİHM nezdinde 5/5. madde hükmüne dayanılarak yapılan başvuru sayısının oldukça az olduğunu söylemek mümkündür.[48]

AİHS'nin 5/5. maddesinde düzenlenen tazminat hakkı,

---

41 Doğru ve Nalbant, s. 411.

42 Wassink v. Hollanda, Başvuru No: 12535/86, 27.09.1990, para. 38.

43 AİHM, 16.10.2012 tarihli Şefik Demirel v. Türkiye davasında verdiği kabul edilmezlik kararına dek, CMK md. 141 ve devamında öngörülen tazminat davası açılmaksızın yapılan başvurulara ilişkin önceki kararlarında, tazminat davası yolunun çeşitli nedenlerle bariz şekilde etkisiz olması nedeniyle ihlal kararı vererek hükümet savunmalarını reddetmekteydi (bkz. Aytimur v. Türkiye, Başvuru No: 20259/06, 20.05.2010, para. 41). Buna karşın 51770/07 no'lu Şefik Demirel v. Türkiye Kararı'nda, uzun süre tutuklu kalan bir başvuranın tutukluluğunun sona ermesinin hemen akabinde CMK md. 141 ve devamı maddeleri uyarınca ağır ceza mahkemesinde tazminat davası açmasını bir ön koşul olarak kabul etmiştir. Şefik Demirel v. Türkiye, Başvuru No: 51770/07, 16.10.2012, para. 33. Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi de, "etkin ve erişilebilir bir çözüm imkânı sunan hukuk yoluna başvurmaksızın yapılan bireysel başvuruların Mahkemece incelenmesinin, bireysel başvuru yolunun ikincilliği ilkesi gereği mümkün olamaması" gerekçesiyle 141. maddede öngörülen yola başvurulmadan yapılan başvuruları kabul etmemektedir. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, para. 49-50. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/ (Erişim: 12.06.2017)

44 Harris O'Boyle, Bates ve Buckley, s. 199.

45 Attard v. Malta, Başvuru No: 46750/99, 28.09.2000.

46 Wassink v. Hollanda, Başvuru No: 12535/86, 27.09.1990, para. 38.

47 Wassink v. Hollanda, para. 38.

48 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok. İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 211; Doğru ve Nalbant, s. 411.

Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrasında, "Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödenir." şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

III. ZORUNLU TEDAVİ ve KALMA KOŞULLARI

Psikososyal engelli bireyler hakkında alınan zorunlu yatış kararı ile birlikte gündeme gelen bir başka hak ihlali alanı da zorunlu tedavi uygulamalarıdır[49]. AİHM'ne göre, kişinin tıbbi tedavi görmesinin zorunlu olmadığı hallerde 5/1-e'de yer alan düzenleme gereğince özgürlüğünden yoksun bırakılması doğrudan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez.[50] Bununla birlikte kişi hakkındaki zorunlu yatış kararlarına verilen onayın istemsiz tedaviye de verilmiş bir onay olarak algılanması ve tedavi süreçlerinde istisnai bazı uygulamalar hariç olmak üzere kişinin kendisinden veya yakınlarından başkaca onay alınmasına gerek duyulmaması, AİHS'nin 3. maddesinde yer alan işkence yasağını ihlal edebilir.[51]

Kişinin özgürlüğünden hukuka uygun bir biçimde yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için, kişi hakkında alınan tedbirin infazının da hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gereklidir.[52] Bir kişinin akıl hastalığı nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde bunun Sözleşme'nin 5/1-e maddesi bakımından hukuka uygun kabul edilebilmesi, kişinin bir hastanede, klinikte veya benzeri bir yerde tutulmasını gerektirir.[53] Bununla birlikte AİHM, Sözleşme'nin 5/1-e maddesi hükmünün, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre boyunca, akıl sağlığı durumuna uygun bir tedavi hakkını içerdiğini düşünmemektedir.[54]

---

49 N. Yasemin Oğuz ve Başaran Demir, "Etik Hukuki ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma", *Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi*, S. 4, 1993, s. 368-369.

50 Hutchison Reid v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 50272/99, 20.02.2003, para. 52.

51 Involuntary Placement and Involuntary Treatment of Persons with Mental Health Problems, European Agency for Fundamental Rights, 2012, s. 21, http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems (Erişim: 01.06.2017).

52 Ashingdane v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 8225/78, 28.05.1985, para. 44.

53 Macovei, s. 49; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, s. 190.

54 "Sözleşme'nin 5/1-e bendi kural olarak, uygun bir tedavi verilmesiyle ve tutma koşullarıyla ilgili değildir." Ashingdane v. Birleşik Krallık, para. 44.

Ashindane v. Birleşik Krallık Kararı'nda Mahkeme, akıl hastası bir kişinin yoğun güvenlikli bir akıl hastanesinden, kişinin daha serbest olabildiği ve tedavisinin ilerlemesine daha fazla katkıda bulunabilecek bir kliniğe transferinin geciktirilmesi durumunu her iki ortam da kişinin tedavisine uygun ortamlar olduğundan Sözleşme'nin 5/1-e maddesi bağlamında hukuka uygun bulmuştur.[55] Benzer bir durumun tartışıldığı Aerts v. Belçika Kararı'nda ise, kişinin cezaevinin psikiyatri koğuşunda tutulup tedavisine uygun bir kliniğe yerleştirilmemesi nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Zira ilgili karara konu olayda, başvuranın tutulduğu psikiyatri koğuşunda yalnızca bir psikiyatrist görev yapmaktadır ve o da haftada yalnızca altı saat koğuşta bulunmaktadır. Olayda, yalnızca hekimler tarafından uygulanması gereken damar içi enjeksiyonların hastaya yeterli vasıflara sahip olmayan hastabakıcılar tarafından uygulandığı, yeterli terapatik programlardan da yoksun olan koğuşun hastanın sağlığını olumsuz etkilediğine ilişkin tespitler de Mahkeme'nin ihlal kararını almasında etkili olmuştur.[56]

AİHM, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Taraf Devletleri, kişinin tedavisinin onu toplumdan uzaklaştırmadan yapılabilmesi için yatırım yapma yükümlülüğü altına sokmaktan çekindiği gibi, yine finansal nedenlerle kliniklerden beklenen kapasite ile mevcut kapasite arasında belirli bir fark olabileceğini kabul etmektedir.[57] Ancak Aerts v. Belçika Kararı'nda bu yaklaşımından farklı olarak Mahkeme, kişinin özgürlük hakkı ile ulusal makamların yarışan menfaatleri arasında makul bir denge bulunmadığını gözeterek Sözleşme'nin 5/1-e maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, gözetim altında tutulan birini, muayenesinin hemen ardından uygun yere yerleştirmesini devletten beklemek gerçekçi değildir. Ancak sonuç itibarıyla, gerek tedavinin başarılı olamama riskini doğuran, gerekse tutma süresini makul olmayan bir biçimde uzatan uygulamalar Sözleşme'nin 5/1-e maddesi anlamında hukuka uygun kabul edilemez.[58]

---

55 Ashingdane v. Birleşik Krallık, para. 47.
56 Aerts v. Belçika, Başvuru No: 61/1997/845/1051, 30.07.1998, para. 24.
57 Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, s. 160.
58 Aerts v. Belçika, Başvuru No: 61/1997/845/1051, 30.07.1998, para. 46.

SONUÇ

Psikososyal engelli bireyler, gerek AİHS'nin 5 ve gerekse Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan düzenlemeye göre bir yere kapatılmak suretiyle özgürlüklerinden yoksun bırakılabilirler. Bu durumun hukuka uygun kabul edilebilmesi için kapatılan kişilerin, hem her iki düzenlemede yer alan haklardan, hem de AİHM'nin içtihatlarıyla ortaya koyduğu güvencelerden yararlandırılmaları zorunludur.

Çalışmamız içerisinde de belirttiğimiz gibi özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili olarak AİHM, öncelikle ilgili tutmanın iç hukuka uygun olup olmadığını değerlendirir. Şüphesiz ki iç hukukta var olan düzenlemelerin de AİHS ve AİHM'nin içtihatları ile uyumlu olmaları gerekir. Bu noktada, psikososyal engelli bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının dayanağı Medeni Kanun ve PVSK'nda yer alan düzenlemelerin yeterli olmadığı hususunda şüphe yoktur. Ayrıca yukarıda da yer verdiğimiz üzere bireyler, Kanun'da var olan güvencelerden de gereği gibi yararlanamamaktadır. Kanaatimizce bu noktada iç hukukumuzdaki en temel eksiklik konuya ilişkin özel bir kanunun bulunmamasıdır. AİHM'nin konu ile ilgili içtihatlarını da göz önünde bulundurarak psikososyal engelli bireylerin hangi kritere göre bir yere kapatılabileceği, kişinin durumunun hangi ve kaç sayıda uzman tarafından değerlendirilebileceği, karar mekanizmasının hangi kişi veya organ olduğu özel kanunda açıkça düzenlenmelidir. Kişinin denetim altına alınabileceği maksimum süre, maksimum ilk yatış süresi, tekrar değerlendirilme zamanı ayrı ayrı belirtilmelidir. Öte yandan kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında sahip olduğu, bilgilendirilme, yargısal denetim talep edebilme ve tazminat haklarından eksiksiz yararlanması sağlanmalıdır.

Kodifikasyon ile birlikte, şüphe yok ki üzerinde önemle durulması gereken bir diğer konu, psikososyal engelli bireylerin dışlanmalarını, damgalanmalarını veya ayrımcılığa maruz bırakılmalarını önlemeye yönelik, özellikle konu ile ilgili karar ve uygulama mekanizmalarında yer alan kişilere ve en nihayetinde toplumun tüm üyelerine farklı bir bakış açısının kazandırılmasıdır. Psikososyal engelli bireylerin de diğer bireyler gibi hak sahibi, özerk bireyler olarak kabul edilmeleri, insan onuru ve haklarının korunması bakımından bir zorunluluktur.

Kanaatimizce bu noktada gerekli olan zihniyet dönüşümünün sağlanması için konunun öncelikle bir insan hakkı konusu olduğunun altı çizilerek güçlü ve kapsamlı sivil toplum çalışmaları yapılmalıdır.

Kaynakça

Akıl ve Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları, 2013 Türkiye Raporu, RUSİHAK, http://www.rusihak.org/.

Amos Merris, Human Rights Law, Hart Publishing, 2006.

Beddard Ralph, Human Rights and Europe, Cambridge University Press, 3. Baskı, 1993.

Doğru Osman, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme Tüzüğü, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Doğru Osman ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

Drew Natalie, Michelle Funk, Stephen Tang, Jagannath Lamichhane, Elena Chavez, Sylvester Katontoka, Soumitra Pathare, Oliver Lewis, Lawrence Gostin ve Benedetto Saraceno, "Human Rights Violations of People with Mental and Psychosocial Disabilities: an Unresolved Global Crisis", The Lancet, S. 378, Temmuz 2011, s. 1664-1675.

Duterte Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'ndan Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Starsbourg Cedex, Kasım 2003.

Forowicz Magdalena, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2010.

Gölcüklü Feyyaz, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması, AÜSBF Yayını, Hukuksal Kollokyum 13-14 Eylül 1990, Ankara, 1992.

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

Harris D.J, M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, 2013.

http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/.

http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw.

Involuntary Placement and Involuntary Treatment of Persons with Mental Health Problems, European Agency for Fundamental Rights, 2012, s. 21, http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems.

Janis Mark W, Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley. European Human Rights Law, Oxford University Press, 3. Baskı, 2008.

Karan Ulaş, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

Keskin Serap, "Kişi Özgürlük ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları, (Ed. Korkut Tankuter), Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64-98.

Kocaağa Köksal, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1-2, 2006, s. 33-54.

Konuk Bahar, Bir Temel Hak Garantisi Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015.

Lewis Oliver, "Protecting the Rights of People with Mental Disabilities: The European Convention on Human Rights", *European Journal of Health Law 9*, Kluwer Law International, Netherlands 2002, s. 293-320.

Macovei Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 5, Ankara, 2003.

Murdoch Jim. Article 5 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2002.

Oğuz N. Yasemin ve Başaran Demir, "Etik Hukuki ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma", *Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi*, S. 4, 1993, s. 367-371.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2004.

Robertson A. H. ve J.G. Merills, Human Rights in Europe, Manchester University Press, 3. Baskı, 1993.

Şimşek Oğuz. Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Yayınlanmamış DoktoraTezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.

Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok. İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2014.

Trechsel Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Van Dijk P. ve G.J.H. Van Hoof, Theory and Practice of the Convention on Human Rights, Kluwer Law International, 3. Baskı, The Hague, 1998.

SAYIŞTAY'IN ANAYASAL KONUMU ÜZERİNDE TARTIŞMALAR

DISCUSSIONS ON THE CONSTITUTIONAL STATUS OF COURT OF ACCOUNTS

Ahmet TAŞIR*

Özet: Asli görevi olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yüksek denetim işlevini yerine getiren Sayıştay, bu işlevi bağlamında Türkiye'nin idari örgütlenmesinde Başkentteki yardımcı organlardan biridir. Ancak sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden hukuki niteliği ise son derece tartışmalıdır. Bu tartışmalar, özellikle bir yargı organı yani mahkeme sayılıp sayılamayacağı sorunsalı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Sayıştay'ı, "Yargı" başlığı altında düzenleyen 1982 Anayasası ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde verdiği aksi yöndeki kararlara rağmen, bağımsızlık özelliğine sahip olmayan bu kuruluşu, yargı olarak kabul etmek mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Sayıştay, Mahkeme, Kesin Hüküm

Abstract: The Court of Accounts which fulfills the duty of supreme audit on behalf of the Turkish Grand National Assembly (TGNA) as its primary duty is one of the subsidiary inttitutions in the Capital in the administrative organization of Turkey in the context of this function. However, its legal character in that the duty of connecting the definitive judgement is highly controversial. These debates especially focus on the problem whether it is considered as a judicial organ or not. In spite of the recent decicions of the Constitutional Court, in the framework of the Constitution of 1982 and other legislative provisions regulating the Court of Accounts under the title of Judiciary, it is not possible to regard this intitution which does not have the independence characteristic as a judiciary.

Keywords: the Court of Accounts, Court, Definitive Judgement

GİRİŞ

Bir yüksek denetim organı olarak, ülkemizde ilk kez Osmanlı Türkiyesi döneminde, 1866 yılında Divan-ı Muhasebat adıyla, devlet mekanizması içerisinde kendisine yer bulan Sayıştay, bu tarihten sonra sırasıyla 1876 Kanun-i Esasisi, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve nihayetinde 1982 Anayasası'nda anayasal bir kurum olarak istikrarlı

* Öğretim Görevlisi

biçimde varlığını korumuştur. Hal böyle iken, her asli kurucu iktidarın tercihine göre, Sayıştay'ın yürütme ve yargı fonksiyonları içerisindeki yeri ve konumu, her dönemde tartışmalara sebep olmuştur. Özellikle, "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak" şeklinde ifade edilen görev ve yetkisi bağlamında, Sayıştay'ın bir yargı mercii yani bir mahkeme olup olmadığı sorunsalı, halen üzerinde tam anlamıyla ittifak edilmiş bir sonuca bağlanmamıştır. Konuyla ilgili, doktrindeki tartışmaların yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin birbiri ile çelişen kararlarının, tartışmalara son vermek bir yana, bilakis Sayıştay'ın yeri ve konumunu belirleme noktasında ciddi hukuki karmaşaya yol açtığı gözlenmektedir. Bu çalışmanın üzerinde yoğunlaştığı ana konu, Sayıştay'ın geçmişten günümüze, özellikle de 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde, anayasal konumu üzerindeki doktrinel tartışmalar ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, bir yargı organı (mahkeme) olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesidir.

Halen yürürlükte bulunan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 160. maddesi, Sayıştay'ın görevlerini üç guruba ayırmaktadır:[1]

a)Merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek,

b)Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak,

c)Kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak.

---

[1] 1982 Anayasası'nın 160. maddesinin hükmü şöyledir: "(Değişik: 29.10.2005-5428/2 md.) Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.
Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır.
(Ek fıkra: 29.10.2005-5428/2 md.) Mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır.
Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir." (www.resmigazete.gov.tr)

Esasen, kurulduğundan bugüne her zaman, bir yüksek denetim kurumu olarak Sayıştay'ın asli görevi, yasama organı olan parlamento adına yürütme erkini (foksiyonunu) denetlemek ve denetim yetkisini kullanma noktasında parlamentoya yardımcı olmaktır. Sayıştay'ın bu asıl görevi ve işlevi bağlamında, parlamentoya bağlı olduğunda ve idari bir görevi ifa ettiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira Türkiye'nin idari örgütlenmesinde, merkezi idarenin Başkent teşkilatına yardımcı kuruluşlar arasında Sayıştay da bulunmaktadır.[2] Sayıştay'ın, anayasal yeri ve konumunun belirlenmesinde, gerek akademik gerekse kazai (yargısal) çevrelerde tartışmalara sebebiyet veren husus, "Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak." şeklinde karşımıza çıkan ve ifade edilen görevinden kaynaklanmaktadır. Osmanlı Türkiyesi döneminden günümüze kadar devam eden Cumhuriyet Türkiyesi dönemine kadar Sayıştay, parlamentoya yardımcı organ olma görevinin yanı sıra daima yargısal denetim yapan bir kurum biçiminde örgütlenmiştir.[3] Yani Sayıştay, her dönemde bir vesileyle, aynen 1982 Anayasası ile kendisine tanınan hesap ve işlemleri yargılama yetkisini haiz bir kurum olagelmiştir. Buna bağlı olarak, her anayasanın yürürlük döneminde, hukuk camiasında, hesap ve işlemleri kesin olarak hükme bağlayan Sayıştay'ın niteliği tartışılmış, bir çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Sayıştay'ın "Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak." görevi bağlamında ve bu perspektif ile meseleye bakıldığında, karşımıza cevap aranması gereken iki temel soru çıkmaktadır:

1) Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti yerine getirmesi bakımından bir yargı organı yani mahkeme midir?

2) Şayet, Sayıştay bir mahkeme ise o halde Yüksek Mahkeme midir?

Çok sayıda faktör nedeniyle bu sorulara, nihai bir cevap bulmak ve vermek ne denli zor olsa da hukukçu akademisyen olarak görev ve sorumluluğumuz, bu ve benzeri sorulara tatmin edici cevap aramaktan ve denemekten vazgeçmemektir.

---

2 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku' na Giriş, Ekin Yayınevi, 18. Baskı, s. 70.

3 Abdullah Uz, "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği", Bilgen, s.39

Bu çalışmada, özellikle 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde, konu ile ilgili anayasal düzenlemeler ışığında, Sayıştay'ın konumu ve niteliği üzerinde meydana gelen tartışmalara, tarafların tezlerine, antitezlerine ve ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilerek, Sayıştay'ın bir mahkeme (yargı organı) sayılıp sayılamayacağı sorusuna tatmin edici bir yanıt aranmakta, sağlıklı ve tutarlı bir hukuki sonuca ulaşmaya çalışılmaktadır.

Türkiye'de Sayıştay'ın Tarihi

Osmanlı İmparatorluğunun hüküm sürdüğü dönemde, Sultan Abdülaziz'in kendisine sunulan Arz Teskiresini onaylamasıyla 29 Mayıs 1982 tarihinde kurulan Divanı Muhasebat, Cumhuriyet döneminde Sayıştay adını alarak varlığını günümüze kadar taşımıştır. Kuruluş teskeresine göre Divan-ı Muhasebat, kamu harcamalarını denetlemekle görevli Mahkeme-i Kübra-i Tetkik olarak da tanımlanmıştır.[4] Belirtmek gerekir ki; Sayıştay'ın yargısal kimliği konusunda, henüz kuruluş aşamasında mahkeme niteliğine dair yapılan vurgulama, zaman içinde farklı görüşlerin tarafları arasında kopan fırtınaların önemli bir ayağını oluşturmaktadır.

Sayıştay, 1924 Anayasası'nın 100. maddesinde kendisine yer bulmuş, sadece TBMM'ye bağlı olduğu ve devletin gelir ve giderlerini denetlemekle görevli olduğu belirtilmiştir.[5] 1924 Anayasası'nın da, Sayıştay'ın yargılama yetkisine dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık 1924 Anayasası, yargı yetkisini vermediği Sayıştay'ın denetleme alanını, devletin bütün gelir ve giderleri olmak üzere son derece geniş biçimde belirlemiştir. Ancak, doğrudan anayasadan yargı yetkisini almamasına rağmen Sayıştay, yapılan çeşitli kanuni düzenlemeler ile özellikle de kuruluş kanunundan aldığı güçle fiilen yargı yetkisini kullanmıştır.[6] Diğer yandan, bu anayasa döneminde tesis edilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı ile Sayıştay

4 Recai Akyel, "Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay", TAAD, yıl 6, sayı 23, s.2

5 1924 Anayasası'nın 100. maddesi şöyledir: "Büyük Millet Meclisine merbut ve Devletin varidat ve masarifatını kanunu mahsusuna tevfikan murakabe ile mükellef bir Divanı Muhasebat müessestir." (www.tbmm.gov.tr)

6 Dr. Abdullah Uz, a.g.e., s.37.

kararlarına karşı dava açılmasının önüne geçilmiştir.[7] Tam bu noktada şunu belirtmek gerekir ki; 1924 Anayasası'nın hazırlanması döneminde, Sayıştay'a anayasada yer verilip verilmemesi konusu bile komisyonda hayli gürültü koparmıştır.

Özetlemek gerekirse, 1924 Anayasası döneminde, Sayıştay'ın organik niteliğinin yanı sıra işlevsel niteliği de tartışmalıdır.[8]

1961 Anayasası, Sayıştay'ı, "Yürütme" başlığı altında düzenlemesine ve konumlandırmasına rağmen, açıkça "… sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama" görevi vermiştir.[9] Anayasa yapan kurucu iktidarın, hem Yürütme başlığı altında düzenleyen ve hem yargısal görev tevdi eden bu tercihi nedeniyle, Sayıştay'ın konumu ve niteliği üzerindeki ilk ciddi fikir ayrılıklarının ve alevlenen düşünsel kavgaların bu dönemde meydana geldiği görülmektedir. Bu dönemde, fikir ayrılıkları, akademik çevre ile sınırlı kalmamış, 1961 Anayasası ile kurulan, anayasanın üstünlüğü ilkesinin fiilen hayata geçmesine olanak sağlayan Anayasa Mahkemesi[10], Sayıştay' ın niteliği hakkında birbiri ile çelişen kararlar vermiştir.

Bilhassa, "Sayıştay'ca verilen ilamlar aleyhine, Danıştay'a başvurulamaz." hükmünü getiren, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 45. maddesi çerçevesinde ve bu hüküm ekseninde meselenin yoğunlaştığı ve bir sonuca bağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu kanun maddesi ile alakalı olarak, anayasa aykırılık iddiası ile çeşitli tarihlerde beş kez Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, ilk dört kararında, Sayıştay'ca verilen kararların kesin idari karar olarak anlaşılamayacağı, bir kurumun Anayasa'da düzenlendiği yerin hukuki sınıflandırmada belirleyici olmadığı, bir anlamda Sayıştay'ın yargısal

---

7 Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 28.04.1939 tarih, 39/82 E. – 39/98 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, *Danıştay Kararlar Dergisi* 1939, s.9, syf.58

8 Abdullah Uz, a.g.e., s: 364

9 1961 Anayasası'nın 1971 yılında yapılan değişiklik hali ile 127. maddesi şöyledir: (20.9.1971-1488) (30) Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. (www.anayasa.gov.tr)

10 Kemal Gözler, Anayasa Hukuku'na Giriş, Ekin Yayınevi, 21. baskı, 2013, s.188., Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, s.344

niteliğinin mevcut olduğu gerekçesiyle, kanun maddesini anayasaya aykırı görmemiştir. Ancak, aynı mesele beşinci kez önüne geldiğinde, bu kez 06.03.1973 tarihli kararıyla, Sayıştay'ın uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir yargı yeri olmadığı ve yaptığı denetimin idari nitelik taşıdığı, dolayısıyla bir mahkeme olmadığı gerekçesiyle 45. maddenin iptaline karar vermiştir.[11] Anayasa Mahkemesi'nin, birbiri ile çelişen bu kararları ile ilgili Pertev Bilgen, durumu bir savaşa benzetmekte "*… bir tarafta Sayıştay, Muhittin Gürün ve askerleri, öbür yanda Danıştay, Avni Givda ve askerleri arasında altı yıl sürmüş ve bitmiş. Savaşı bu safhada Avni Givda ve askerleri kazanmış.*" demektedir.[12]

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi ilk dört kararındaki görüşünden daha sonra dönerek, sonuç itibariyle, 1961 Anayasası'nın hükümleri karşısında, Sayıştay'ın bir mahkeme olmadığına, "… sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama" görevinin idari nitelik taşıdığı kararına vararak, öğretideki tartışmalara değil ise de en azından uygulamadaki belirsizliğe bir son vermiştir.

1961 Anayasası'nın tercihinin aksine 1982 Anayasası, Sayıştay'ı anayasal bir kurum olarak "Yargı" başlığı ve bölümünde düzenlemeyi tercih etmiştir. Anayasa'nın 160. maddesinde kendisine yer bulan Sayıştay'a, Merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetleme, ***sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama***, kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapma görevleri verilmiştir. Görüldüğü üzere, Sayıştay'ın bir mahkeme olup olmadığının tartışılmasına neden olan "…***sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama***" görevi 1982 Anayasası'nda da mevcuttur. Üstelik bu kez Sayıştay, 1961 Anayasası'nın aksine "Yürütme" bölümünde değil doğrudan "Yargı" başlığı altında düzenlenmiştir.

---

11 Emin Görgün, Yakup Aydın, "Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Mahkemesi'nin 06.03.1973 günlü 56/11 sayılı kararı.

12 Türk Anayasa Yargısında Mahkeme Olarak Kabul Edilmeyen Yargı Mercileri (http://www.anayasa.gen.tr/baslar-015-044.pdf), s.18, Pertev Bilgen, "Sayıştay'ın Yargı Düzeni İçindeki Yeri (Bir Savaş Hikâyesi)" *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No:7, s. 37-54

Diğer yandan 1982 Anayasası, Sayıştay kararları aleyhine idari yargıya başvurulamayacağını ve vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ve Sayıştay kararları arasındaki doğacak uyuşmazlıklarda Danıştay kararlarına üstünlük tanımıştır. [13]

Sayıştay'ın Güncel Durumu ve Tartışmalar

Halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'nın, Sayıştay hakkındaki düzenlemeleri, konumu ve niteliği üzerindeki geçmişten gelen tartışmaları bitirmenin aksine daha da alevlendirmiştir. Gerek akademik çevre gerekse Anayasa Mahkemesi'nin kararları, bu konuda zihinlerin halen berrak olmadığını ortaya koymaktadır.

Sayıştay'ın asli işlevi olan, TBMM adına idarenin gelir ve giderlerini denetleme görevi bakımından, parlamentoya bağlı olduğu ve bu yönüyle idari görev yaptığı noktasında bir tereddüt bulunmadığı açıktır. Zira Türkiye'nin idari örgütlenmesi içerisinde, Merkezi İdarenin Başkent Teşkilatına yardımcı kuruluşlar arasında Sayıştay da yer almaktadır.[14] Ancak, bu asli görevinin yanında, anayasa tarafından kendisine görev olarak verilen "…***sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama***" faaliyetinin yürütürken, hangi sıfatla hareket ettiği, bu görevini yerine getirirken bir yargı olarak kabul edilip edilmeyeceği, şayet bir yargı organı ise bu kez yüksek mahkeme sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Meselenin daha iyi anlaşılabilmesi için her iki görüşün taraflarının dayandığı argümanların bilinmesine ihtiyaç vardır. Bu nedenle, Sayıştay'ı yargı organı olarak kabul edenler ile kabul etmeyenlerin, görüşlerine ve tezlerine dayanak gösterdikleri hususları maddeler halinde sıralamak yararlı olacaktır.

Sayıştay'ın, sorumluların hesap ve işlemleri kesin hükme bağlama işlevi yönünden bir yargı organı (mahkeme) olduğunu savunan yazarlar, temel olarak şu olgulara dayanmaktadır:

a) Sayıştay, 1982 Anayasası'nın "Yargı" bölümünde düzenlenmiş-

---

13 1982 Anayasası'nın 160/2. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir: "Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır." (www.resmigazete.gov.tr)

14 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku'na Giriş, Ekin Yayınevi, 18. Baskı, syf. 67, 70, 71

tir. Anayasa koyucunun bu tutumu, Sayıştay'ın aynı zamanda bir yargı organı olmasından kaynaklanmaktadır. [15]

b)Sayıştay, denetleme görevini yaparken TBMM'ye bağlı iken sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama işlevi bakımından tamamen bağımsızdır. Bu işlevi sırasında, herhangi bir organdan emir ve talimat almamaktadır.[16]

c)Sayıştay başkan ve üyelerinin, hâkimlik teminatına eşdeğer teminatları mevcuttur. Örneğin, bu kişiler, görevlerinden azledilemezler ve 65 yaşından önce kendi istekleri olmadıkça emekliye sevk edilmeleri de mümkün değildir.[17]

d)Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerini bağlamında önüne gelen uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlamakta olup bu durum yargısal faaliyetin bir unsurudur. Sorumluların hesap ve işlemleri hakkında verdikleri kararlara karşı, sadece Sayıştay içinde bir kez karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Bunun dışında, Sayıştay kararları aleyhine başka bir idari yargı yoluna başvurulamaz.[18]

e)Vergi ve benzeri mali yükümlülükler hakkında Sayıştay ve Danıştay kararları arasında uyuşmazlık doğması halinde, Danıştay kararı esas alınmaktadır. Anayasanın, yargı organı olduğu kuşkusuz olan Danıştay ile konumu belirsiz Sayıştay arasında böyle bir kıyaslama yapması, bunlar arasında hüküm uyuşmazlığından söz etmesi Sayıştay'ın yargı organı olduğunu göstermektedir. [19]

f)Anayasa ve Sayıştay Kanunu'nda, kesin hüküm, yargılama, temyiz, ilam gibi mahkemelere özgü kavramlar kullanılmaktadır.

Sayıştay'ın bir yargı organı (mahkeme) olmadığını savunan yazarların ileri sürdüğü temel dayanaklar ise şunlardır:

a) Sayıştay'ın, Anayasanın "Yargı" bölümünde düzenlenmiş olması, yargı organı olduğu biçiminde yorumlanamaz. Çünkü Hâkimler

---

15 Prof. Dr. Selim Kaneti, "Sayıştay' ın Anayasal Konumu", s.9
16 A.g.e.,
17 A.g.e,3. ve 70. maddeleri.
18 A.g.e., 160. maddesi.
19 Prof.Dr Selim Kaneti, "Sayıştay' ın Anayasal Konumu", Emin Görgün, Yakup Aydın, "Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", 1982 Anayasası'nın 160. maddesi.

ve Savcılar Kurulu (HSK) da bu bölümde düzenlenmesine rağmen yargı organı değildir. [20]

b) Sayıştay başkan ve üyelerine tanınan teminat, hâkimlik teminatı olmayıp, nitelikli bir memurluk teminatıdır. Yargı organı niteliği bulunmayan, Kamu İhale Kurumu gibi bazı kurum ve kurulların üyelerine de benzer teminatlar getirilmiştir. [21]

c) Sayıştay'ın yaptığı faaliyetin, uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlaması ve yargısal özellikler taşıması, onu yargı organı haline getirmez. Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Yüksek Askeri Şura kararlarının bir kısmı bu özellikleri taşımasına rağmen, bu kurullar mahkeme değildir.[22]

d) Anayasaya göre, yargı yetkisi bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır. Oysa TBMM'ye bağlı olarak faaliyet gösteren Sayıştay'ın bağımsızlık niteliği bulunmamaktadır.[23]

e) Anayasa, Türkiye' de yargı örgütünü kollara ayırmış, her bir yargı kolunun görev alanını belirlemiş ve her biri için bir yüksek mahkeme tayin etmiştir. Sayıştay, bu yargı kollarından hiçbirine dâhil değildir.[24]

f) 1982 Anayasası'nın kurucu iktidarını oluşturan unsurlardan Danışma Meclisi'nin hazırladığı metinde yer alan, Sayıştay'ın "ilk ve son derece hesap mahkemesi" olduğuna dair ifade, kurucu iktidarın asker kanadı olan Milli Güvenlik Konseyi tarafından "Yargı yetkisinin ancak Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı göz önünde tutularak, Sayıştay'ın ilk ve son derece hesap mahkemesi olduğunu belirleyen ibare metinden çıkarılmıştır." gerekçesiyle anayasa metninden çıkarılmış ve anayasa bu haliyle yürürlük kazanmıştır. O halde anayasa koyucunun iradesi de Sayıştay'ın yargı organı olmadığı yönündedir. [25]

---

20 Dr. Abdullah Uz, "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği, *AÜHFD* Yıl 2005" s.368,

21 A.g.e. s.368,

22 Emin Görgün, Yakup Aydın, "Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu" *Sayıştay Dergisi*, Sayı:84, Yıl 2012, s.79-80,

23 Dr. Abdullah Uz, "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği, *AÜHFD* Yıl 2005" s.368,

24 A.g.e. s.369,

25 Atilla İnan, "Bütün Yönleriyle Türk Sayıştayı", Ankara, 1992, s. 184-185.,

Görüldüğü gibi Sayıştay'ın konumu ve niteliği konusunda birbirine zıt görüşler ileri süren tarafların, kendi görüşlerini destekleyen son derece güçlü argümanları mevcuttur. Bu noktada hemen ifade etmek gerekir ki; tartışmanın asıl ekseni Sayıştay'ın bir yargı organı olup olmadığıdır. Sayıştay'ı bir yargı organı olduğunu kabul eden müellifler arasında, yüksek mahkeme niteliğinde olduğunu savunanlar azınlıktadır. Sayıştay'ın yüksek mahkeme olduğunu savunanlar iki noktaya dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi, Anayasanın vergi ve benzeri mali yükümlülükler hakkında Sayıştay ve Danıştay kararları arasında uyuşmazlık olması halinde, Danıştay kararlarına üstünlük tanımış olmasıdır. Anayasanın, bu iki organ arasında böyle bir karşılaştırma yapmış olmasının, Danıştay ve Sayıştay'ın birbirine eşit kurumlar olduğunu gösterdiği ileri sürülmektedir. Diğer bir dayanak noktası ise Anayasa'nın 68. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "… Sayıştay dâhil yüksek yargı organları…" ibaresidir.[26] Şunu belirtmek gerekir ki; Yüksek yargı organlarını açıkça zikreden 1982 Anayasası'nın hükümleri karşısında, Sayıştay'ı yüksek mahkeme kabul etmek oldukça zorlama bir yorum olacaktır.

1961 Anayasası döneminde, Sayıştay'ın konumu ve niteliği konusunda çelişkili kararlar veren Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de benzer tutumunu devam ettirmiş, birbirine tezat teşkil eden kararlar ihdas etmiştir.

11.07.1991 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, Sayıştay'ın "… kimi kesin kararlar alan kendine özgü bir anayasal kurum…" olduğu sonucuna varmış, yargı yeri olmadığını tespit etmiştir. Bu kararda, özellikle ilgi çeken saptamalar arasında, "Sayıştay kararlarına karşı YAŞ ve HSYK'ya benzer şekilde yargı yolunun kapatılmış olmasının onu yargı organı haline getirmeyeceği, Sayıştay üyelerine tanınan güvence ile yargıç güvencesinin birbirinden ayrı olduğu, Sayıştay'ın yargı organı olmadığı" bulunmaktadır.[27] Anayasa Mahkemesi, mezkûr

---

26 1982 Anayasası'nın 68. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme şöyledir: Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dâhil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasî partilere üye olamazlar. (www.resmigazete.gov.tr)

27 Dr. Abdullah Uz, "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yar-

kararında çok açık ve net ifadelerle Sayıştay'ı yargı organı ve yüksek yargı organı olarak görmemiştir.

Yine 20.11.1996 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, Sayıştay'ın kendine özgü denetim yaptığını, yargısal sonuçlu kararlar verdiğini, gördüğü hizmetin niteliği ve çalışma yönteminin yakınlığı nedeniyle Anayasa'nın yargı bölümünde yer aldığı vurgulamış, Sayıştay'ı "mahkeme" olarak nitelendirmekten özenle ve dikkatli biçimde kaçınmıştır.

Ancak, 1961 Anayasası dönemindeki sürece benzer biçimde, 1982 Anayasası'nın ilk dönemlerinde Sayıştay'ı "mahkeme" olarak nitelemekten imtina eden Anayasa Mahkemesi, son dönemlerde verdiği kararlarında bu görüşünü terk etmiş görünmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, 28.02.2013 tarihli kararı ve kararda gösterilen gerekçeler, daha önce verdiği kararları adeta inkâr etmektedir. Bu kararda yer alan, Sayıştay'a dair "*…sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama açısından yargısal bir faaliyet gerçekleştirmektedir.*

Şöyle ki; yargısal faaliyetin en önemli unsuru, bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliğini taşımasıdır. Kesin hüküm, davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkinin, bütün bir gelecek için kesin olarak tespiti veya düzenlenmesi ve aynı davanın hükmün kesinleşmesinden sonra yeniden açılamamasıdır. *Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka aykırı ise kamu zararı doğurup doğurmadığı ve hukuka aykırı mali işlem ile kamu zararı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı yolunda, 6085 sayılı Kanun'da öngörülen yargılama usullerini izleyerek bir inceleme yaptıktan sonra, her üç koşulun da gerçekleşmesi durumunda kamu zararının hesap sorumlusundan tazminine karar vermektedir. Sayıştay'ın tazmin kararı vermesi, hukuka aykırılığın müeyyidesidir. Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştay'ın bu kararının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı yargı organları dâhil hiçbir makam ve merciye başvurma yolunun öngörülmemiş olması, Sayıştay kararının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir.*

---

gısal Kimliği", Anayasa Mahkemesi'nin 11.07.1991 tarihli,1990/39 E. – 1991/21 K. Sayılı kararı. (www.anayasa.gov.tr)

Ayrıca, Anayasa'nın 164. maddesinin son fıkrasında yer alan "Kesin hesap kanunu tasarısı ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştay'ca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez." şeklindeki hükümde, hesap yargılamasından söz edilmesi, Sayıştay'ın, sorumluların hesap ve işlemlerine ilişkin olarak verdiği kararların yargısal kimliğe sahip olduğunun önemli bir göstergesidir.

Öte yandan, Anayasa'nın 160. maddesinin ikinci fıkrasında, "Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır." denilmektedir. Bir yargı mercii olan Danıştay ile Sayıştay kararları arasında uyuşmazlığın söz konusu olabilmesi için Sayıştay'ın bir yargı mercii olması gerekir. Anayasa koyucunun Sayıştay ile Danıştay kararları arasında bu şekilde bir kıyaslama yapması, ikisini de yargı organı olarak görmesinin bir sonucudur.

Sayıştay'ın yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken diğer bir unsur da, bağımsızlık ve tarafsızlıktır. Sayıştay, Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile soysal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını denetleme görevini TBMM adına yapmaktadır. Ancak, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevini TBMM'den bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirmektedir. Kaldı ki, Sayıştay'ın TBMM adına görev ifa etmesi, TBMM'ye bağlı olduğu anlamına da gelmemektedir. Sayıştay mensupları, TBMM Başkanlığıyla herhangi bir hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmadıkları gibi sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında, TBMM'den telkin, tavsiye ve talimat almadan tamamen bağımsız bir şekilde hareket etmektedirler.

Bunun yanında, Anayasa'nın 160. maddesinin dördüncü fıkrasında, bir yandan Sayıştay'ın işleyişi ve denetim usulleri ile Başkan ve üyelerinin teminatının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle yargılama usulleri kanunilik güvencesine bağlanmış, öte yandan da Başkan ve üyelerinin diğer kamu görevlilerinden farklı teminatlarla donatılması

gerektiği belirtilerek karar mercilerinde görev yapacak kişilerin bağımsızlık ve tarafsızlıkları güçlendirilmiştir.

Bütün bu açıklamalar ve Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 günlü, E.2012/102, K.2012/207 sayılı kararı da dikkate alındığında Sayıştay'ın, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet gerçekleştirdiği ve bu çerçevede verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olup, bu kararlarına karşı yargı organları dâhil hiçbir makam ve merciye başvurma olanağının bulunmadığı ve yargısal sonuçlu kararlar veren bir hesap mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır." [28] değerlendirmesini içeren bölüm, öğretide Sayıştay'ın yargı organı olduğunu savunan görüş sahiplerinin tezlerinin kabul edildiğini göstermektedir. Yüksek Mahkemenin, bu karardan sonra verdiği kararlarda aynı istikameti koruduğu görülmektedir. Gelinen son nokta itibariyle, Anayasa Mahkemesi'ne göre Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemleri kesin hükme bağlama görevini ifa ederken bir yargı organı yani mahkemedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemlerinde, ısrarla birbiriyle çelişik kararlar vermesini, hukuk güvenliği bağlamında ayrıca sorgulamak gerekir. Hukuk güvenliği ilkesi, evrensel ve çağdaş hukukun en önemli kavramlarından biri olup, bir yönüyle hukuk kurallarının sık sık değişerek hukuki istikrarın belirliliğin yok edilmemesidir.[29] Bu kurala en çok sahip çıkması gereken, özen göstermesi beklenen bir yüksek yargı organının, birbiri ile taban tabana zıt kararlar vermesinin, hukuk güvenliği ilkesinin ihlal ettiğini söylemek pekâlâ mümkündür.

Anayasa Mahkemesi kararında, göze çarpan bir diğer nokta ise Sayıştay'ı yargı organı olarak kabul ederken kullandığı "hesap mahkemesi" tabiridir. Anayasa, yargıyı kollara ayırmış ve her bir yargı koluna bir yüksek mahkeme tayin etmiştir. Anayasa'da belirlenen yargı kolları arasında, hesap yargılaması adıyla bir yargı kolu mevcut değildir. Bu durumda, mahkeme olarak nitelenen Sayıştay'ın, hangi yargı yoluna dâhil olduğunun da izah edilmesi gerektiği halde Anaya-

---

28 Anayasa Mahkemesi'nin, 2011/21 Esas – 2013/36 Kararı sayılı ve 28./02/2013 tarihli kararı. (www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140306-12.doc)

29 Mehmet Altundiş, Hukuki Güvenlik İlkesi (Yüksek Lisans Tezi)

sa Mahkemesi bu konuya açıklık getirmemiştir. Diğer yandan, hesap mahkemesi kavramının ne anlama geldiği de karardan anlaşılamamaktadır.

SONUÇ

Öğretideki tartışmalarda tarafların dayandığı argümanlar ve Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar, topyekûn dikkate alındığında, Sayıştay'ın anayasal konumunu, konuya ilgi duyan herkesi ikna ve tatmin edecek bir biçimde tespit ve tayin etmenin mümkün olmadığı açıktır. Ancak, Sayıştay'ın bir yargı organı olup olmadığının belirlenmesinde, şu noktaları gözden uzak tutmamak lazımdır:

Her şeyden önce 1982 Anayasası'nı meydana getiren asli kurucu iktidar, hazırlanan metnin ilk halinde mevcut bulunan Sayıştay'ın hesap mahkemesi olduğuna dair ibareyi, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı gerekçesiyle çıkarmış, böylece iradesini açıkça Sayıştay'ı yargı organı kabul etmemekten yana kullanmıştır. Anayasa koyucunun bu iradesi yok farz edilerek doğru ve gerçekçi bir sonuca varılması mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın Yargı bölümünde yer alması olgusu tek başına, Sayıştay' ın mahkeme olduğu şeklinde yorumlanamaz. Zira bir yargı organı olmayan Hâkimler ve Savcılar Kurulu da bu bölümde düzenlenmiştir.

1982 Anayasası, yargı kollarını ve her yargı kolunun çözeceği uyuşmazlıkları tek tek belirlemiştir. Sayıştay'ı mahkeme olarak kabul eden görüş sahiplerinin ve bu görüşü benimseyen Anayasa Mahkemesi' nin, bu durumda hangi yargı yoluna dâhil olacağı konusuna da açıklık getirmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı gibi hesap mahkemesi gibi mahiyeti belirsiz bir tanımlamayla bu durumun izah edilmesi yeterli değildir.

1982 Anayasası'nın 9. maddesi uyarınca, yargı yetkisini Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler dışında hiç kimse veya organ kullanamaz. Sayıştay'ın, sorumluların hesap ve işlemleri kesin hükme bağlama görevinin yerine getirmesi yönünden bağımsızlık niteliği yoktur. Zira bu bağlamdaki görevini de Türkiye Büyük Millet Meclis adına

yapmaktadır. Mahkemenin (veya hâkimlerin) bağımsızlığı, kararlarını verirken özgür olmaları ve hiçbir dış baskı altında olmamalarıdır. Bu bakımdan, bir organa baskı yapılması ihtimalinin varlığı bile bağımsızlığı zedeler.[30] Sayıştay başkan ve üyelerinin, atama, terfi, görevden alma, özlük vb. işlemleri bağımsız kurullarca yapılmamaktadır. Bu nedenle, bağımsızlık niteliği olmayan bir yapının yargı organı olarak kabul görmesi doğru değildir.

Saydığımız bu gerekçelerle, sorumluların hesap ve işlemleri kesin hükme bağlama görevi bağlamında Sayıştay'ı yargı olarak gören öğretideki görüşlere ve Anayasa Mahkemesi'nin nu yöndeki kararlarına iştirak etmek olanaklı değildir. Yapılması gereken, yeni bir anayasa meydana getirildiğinde Sayıştay'ın yeri ve konumu konusundaki belirsizliğe, yoruma ihtiyaç duymayacak kadar net cümlelerle nokta koymaktır. Mevcut Anayasa hükümleri karşısında Sayıştay, anayasal yeri ve konumu itibariyle, kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamayan sui generis bir idari bir kurum olarak addedilmelidir.

Kaynakça

6085 sayılı Sayıştay Kanunu (www.mevzuat.gov.tr)

Akdağ S.Emre, "Sayıştay'ın Anayasal Kimliği"

Akyel Recai, "Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay"

Altundiş Mehmet, "Hukuki Güvenlik İlkesi" (Yüksek Lisans Tezi)

Anayasa Mahkemesi Kararları (www.anayasa.gov.tr)

Görgün Emin, Aydın Yakup, "Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu", *Sayıştay Dergisi*, Sayı:84, Yıl 2012

Gözler Kemal, Anayasa Hukuku'na Giriş, 21. Baskı, Ekin Yayınları, 2013

Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, İdare Hukuku'na Giriş, 18. Baskı, Ekin Yayınları, 2013

İnan Atilla, "Sayıştay Yargılaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri", Ankara, 1992

Kaneti Selim, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu"

Kunter Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, 1986

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı

Resmi Gazete (www.resmigazete.gov.tr)

[30] Kemal Gözler, Anayasa Hukuku'na Giriş, Ekin Yayınları, 21. Baskı, s. 348, Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, 1986, syf. 317

Türk Anayasa Yargısında Mahkeme Olarak Kabul Edilmeyen Yargı Mercileri (http://www.anayasa.gen.tr/baslar-015-044.pdf)

Türkiye Cumhuriyeti 1924 Anayasası (www.anayasa.gov.tr)

Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası (www.anayasa.gov.tr)

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası (www.anayasa.gov.tr)

Uz Abdullah, "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği"

DEVLETİN KİTLESEL GÖZETLEME ARAÇLARININ ÖZGÜRLÜKLER VE HUKUK GÜVENLİĞİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ İLE BUNLARIN YASAL DAYANAKLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

ANALYSIS ON LEGAL GROUNDS OF STATE'S MASS MONITORING INSTRUMENTS AND THEIR IMPACTS ON FUNDAMENTAL FREEDOMS AND LEGAL SECURITY

Civan BAŞAR*

Özet: Gelişen teknolojik imkânlar itibariyle devlet organlarınca kamu güvenliğinin tesisi maksadıyla kamuya açık alanlara kurulan görüntü kayıt sistemleri vasıtasıyla hem kitlesel gözetleme ve izleme faaliyeti yapılmakta hem de gerektiğinde bu faaliyetler kalabalık içerisindeki bir birey üzerinde de icra edilebilmektedir. Çeşitli kamu kurumları tarafından kamuya ait bina ve tesislerin güvenliğinin sağlanması bakımından o bina ve tesislerde de görüntü alma sistemleri ile gözetleme ve izleme faaliyetleri yapılmaktadır. Ancak bu şekilde faaliyetlerin kurallarını, yani uygulama esas ve usullerini, sınırlarını düzenleyen münhasır bir mevzuat düzenlemesi bulunmadığından, kamu kurumlarınca bu uygulamalar genel düzenlemelere dayanarak yapılmakta olup detay uygulamalar, uygulayan kurumun keyfiyeti altında kalmaktadır. Anılan kitlesel gözetleme ve izleme faaliyetlerinin kuralları ile ilgili mevzuat boşluğu bulunması nedeniyle, güvenlik ihtiyacı duyan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi tarafından da evinin, apartmanının, sitesinin, bürosunun, mağazasının, marketinin, fabrikasının vb. yerin giriş, çıkış ve iç kısımlarına görüntü alma cihazları yerleştirilmekte ve keyfi şekilde bu faaliyetler yapılmaktadır. Üstelik yalnızca gözetleme ve izleme yapılmamakta, elde edilen görüntüler keyfi sürelerde muhafaza edilmekte, istenilen kişi ve kurumlarla paylaşılabilmektedir. Oysa kamuya açık alana geçildiğinde özel hayatın gizliliği sona mı ermektedir, ya da bu tür alanlarda kalabalık içerisinde fark edilmeme hakkı yok mudur, bu konuların iyi düşünülmesi ve tartışılması gerekmekte ve ivedilikle bu tür uygulamaların esas ve usullerini, sınırlarını, keza getirilen kuralların ihlâli halinde uygulanacak cezai yaptırımlar ile idari tedbirler vb. konuları içeren münhasır mevzuat düzenlenmesi yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Aksi halde bu konuda her geçen gün uygulamalar kontrolden çıkacak kadar yayılmakta, artmakta ve adeta gözetleme altında bir yaşama doğru yol alınmaktadır. Bu bağlamda elbette güvenlik olmadan özgür-

* Avukat, Ankara Barosu

lükleri yaşamanın mümkün olmadığı gerçeğinin farkında olarak meselenin ele alınıp, kamu güvenliği ile özgürlükler ve hukuk güvenliği arasındaki dengenin de gözetilerek bu tür faaliyetlerin nasıl yapılması gerektiği tartışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamera, Kent Güvenlik Yönetim Sistemi, Gözetleme, İzleme, Özgürlükler, Hukuk Güvenliği, Hukuk Devleti, Toplum İçinde Fark Edilmeme Hakkı

Abstract: As technological progress maintains, both mass monitoring activities and, if deemed necessary, monitoring on an individual among crowd might be conducted by public authorities using cameras located in areas open to the general public for the purpose of providing public security. Moreover, in order to secure public buildings and facilities, several public institutions might be competent to conduct monitoring activities in those areas as well. However, since there is an absence of specific legislation regulating substantive and procedural rules defining the limits of those activities, public authorities are acting only in compliance with general rules and, in the situations where these rules remain silent, arbitrary applications are performed by competent authority. At the same time, due to aforementioned legal gap regarding the rules governing mass monitoring activities, any natural or legal person intending to provide security for his own can arbitrarily set up cameras in entrance, exit and inside of houses, buildings, offices, stores, markets, factories etc. and conduct monitoring activities. Furthermore, they do not only monitor, but also can keep recordings for an uncertain period of time and share them with any other individuals and institutions. In this context, a couple of questions should necessarily be asked such as "can areas open to the public abolish individuals' rights to privacy" or "can people still enjoy the right to not being recognized among crowd or in society". Those questions and related topics should be analysed and discussed in detail. Accordingly, it is obvious that there is an urgent need for adoption of a specific legislation regulating substantive and procedural rules defining limits for monitoring activities and, naturally, specifying criminal sanctions and administrative measures for infringement of these rules. Otherwise, arbitrary applications will be widespread and increase in an uncontrollable way which potentially lead to a life under surveillance. In this context, the legal problem should be analysed as being aware of the fact that it is not possible to enjoy freedoms without security and, appropriate solutions should be discussed by taking the balance between public and legal security and freedoms into consideration.

Keywords: Camera, the Urban Security Management System, Surveillance, Monitoring, Freedoms, Legal Security, State of Law, the Right to not Being Recognized in Society

I. GİRİŞ:

Tarihsel süreç içerisindeki gelişmeler ve uygulamalar göstermiştir ki; genel anlamda Devlet, özel anlamda ise Devlet aygıtının çalışmasını sağlayan ve yürürlükteki mevzuatta memurlar veya kamu görevlileri olarak adlandırılan devlet görevlileri, görevlerini yürütürken mümkün olduğunca fazla yetkiye sahip olmayı isterler. Yetki verildikçe zaman içerisinde bunların artırılmasını talep ederler.

Bu taleplerini, görevlerini başarıyla ve daha kolay yerine getirmek için yaparlar. Ancak özellikle güvenlik alanında verilen veya arttırılan yetkiler, bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanmalarına yeni engelleme ve sınırlamalar getirebilmektedir. Bunun içindir ki, kamuoyunda zaman zaman "güvenlik mi, özgürlük mü" şeklinde tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışmalarda, içinde bulunulan siyasi atmosfer ile toplumdaki suç işleme oranı ve yaşanan güvenlik sorunlarına göre kimi zaman güvenlik talebi, kimi zaman da özgürlük talebi öne çıkmaktadır. Ancak modern ve demokratik idare şeklini benimsemiş ve aranan koşullarıyla hukuk devleti olmayı becermiş olan ülkelerde, öncelikle vatandaşların insan hak ve hürriyetlerine evrensel ölçütlerde sahip olmalarının sağlanması ve bunun devam ettirilmesi hedeflenir. Kamu düzeni, genel sağlık ve terör gibi olağan tedbirlerin ötesinde ilâve önlem ve uygulamalara ihtiyaç gösteren durumlarda dahi sınırlayıcı önlemler ölçülü, orantılı, belli süreli ve açık kurallar içeren mevzuat hükümlerine göre icra edilir. Bir başka deyişle bu tür ülkelerde devlet organlarının hangi durumda hangi tedbir ve uygulamaları nasıl yapacağı hususları, evrensel hukuk devleti normlarına uygun şekilde yasal düzenleme metinlerinde yer alır ve bu mevzuat hükümlerine göre uygulamalar icra edilir. Elbette dayanak alınan mevzuat düzenlemeleri de evrensel ölçülere ve uluslararası normlara uygun olarak hazırlanmış metinler olur. Bu şekilde işleyen hukuk devleti yapılarında hiç bir devlet organı keyfi ve yasaya dayanmayan uygulama yapma yoluna gitmeyi düşünmez. Aksi yönde davranan görevlileri hakkında da duraksamadan gerekli disiplin ve adli işlemlerini yapar, bunun yanı sıra bu ihlâlin bir daha gerçekleşmemesi için de gereken idari tedbirlerini alır.

Peki, gerek demokrasisi gerek hukuk devleti yönünden henüz kurum ve kuralları ile uygulamalarını evrensel ölçütlere göre yerleş-

tirememiş ülkemizde özgürlük ve güvenlik denkleminde devletin ve organlarının insan hak ve hürriyetlerine yaklaşımlarının, yukarıda belirttiğimiz perspektifte uygun olduğunu söyleyebilir miyiz? Maalesef bu soruya "Evet" cevabı verilebileceği kanaatinde değilim. Bu olumsuz kanaate varmamın sebepleri de makalenin konusunun irdelenmesi sırasında ortaya konulacaktır.

İşte bu makalede önce devletin kurumlarınca "Kent Güvenlik Yönetim Sistemleri" kapsamında görüntü alma ve kayıt cihazlarıyla ilgili yapılan işlemler hukukilik perspektifinden irdelenecek ve vatandaşlar ile motorlu araçlarla ilgili ne tür tespitler yapıldığı ve hangi kayıtların tutulduğu konuları ile yakın gelecekte ne tür gelişmelerin öngörüldüğü hususlarında bilgi verilecek, bu arada kamu kurumları dışındaki özel kurum ve kuruluşlar ile müstakil konut, apartman ve siteler ile bunlara benzer yerlere yerleştirilen görüntü tespit ve kayıt cihazları ile yapılan kayıtların durumu da incelenecek, müteakiben bu işlemlerin yürürlükte bulunan hangi mevzuata dayanılarak yapıldığı ile bu mevzuatın yeterli olup olmadığı değerlendirilecek, neticede tüm bu alanlarda özgürlükler ve hukuk güvenliği açısından mevcut sorunların neler olduğu tartışılıp, nihayetinde önerilere yer verilecektir.

Ancak makalenin konusuyla bağlantısı çerçevesinde aşağıda kısaca yer verilecek "iletişime müdahale" ve "teknik araçlarla izleme" yol ve yöntemlerine ilişkin konular ise ayrı birer inceleme konusu olarak değerlendirildiğinden bu makale kapsamında ayrıca irdelenmeyecektir.

II. VATANDAŞIN TAKİP VE GÖZETLENMESİ YOL VE YÖNTEMLERİNE GENEL BAKIŞ:

Bu konu bağlamında ülkemizde devlet kurumları ve görevlilerince gerektiğinde vatandaşların iletişimlerinin takibi veya fiziki olarak günlük yaşam aktiviteleri, seyahatleri gibi davranış ve eylemlerinin takip ve gözetlemeleri, aşağıda özetle belirtildiği şekilde bir kısmı çeşitli yasalarda açıkça düzenlenen yetki ve kurallara göre ve bir kısmı da yetki ve kuralları açıkça yasalarda düzenlenmemiş yol ve yöntemlerle yapılmaktadır:

1. İletişime Müdahale Yoluyla:

Suç işlenmesinin önlenmesine yönelik yapılan iletişime müdahale uygulamalarının, ancak 23.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5397 sayılı Kanunla[1] 2559 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu ile 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda yapılan yeni düzenlemeler neticesinde açık ve belli kurallara bağlandığı görülmektedir. Ancak bu düzenlemelerin yürürlüğe girdiği 2005 yılından günümüze kadar iletişime müdahaleyle ilgili karar ve uygulamalardan kamuoyuna yansıyan olaylara bakıldığında, bu düzenlemelerden sonra da idari denetim ile bu tedbirlere karar veren yargıçların sıhhatli değerlendirme yapmaları ve isabetli karar vermeleri konularında çok önemli zafiyetler yaşandığı ve onlarca vatandaşın özel hayatlarına haksız yere müdahale edilerek mağdur edildikleri, üstelik bunların mahkeme/hâkim kararları marifetiyle yapıldığı bilgileri ortalığa saçıldı. Bu yaşananlar da anılan düzenlemelerin yeterli olmadığını, keza etkili ve sıhhatli denetim ve kontrol mekanizmalarını içermediğini göstermektedir.

Suçun önlenmesine yönelik iletişime müdahalede en hafifiyle manzara böyle iken, delil elde edilmesine yönelik olarak iletişime müdahale konusunu düzenleyen ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda[2] (CMK) yapılan düzenlemelerle de mümkün olduğunca açık kurallar getirilmeye çalışılmıştır. Ancak 2005 yılından beri kamuoyuna yansıyan ve bizzat yapılan soruşturma ve yargılama süreçlerinde gözlemlendiği üzere, bu tür iletişime müdahaleler istisnai uygulama olarak ve yasada başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması hallerinde başvurulabilecek bir delil elde etme yöntemi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen uygulamaya bakıldığında, adeta yasanın öngördüğü istisnai koşul düzenlemesi yokmuş gibi basit olaylar bile iletişime müdahale kapsamına giren suçlar olarak vasıflandırılarak, soruşturmaların önemli bir bölümü iletişime müdahale yöntemi üzerinden yürütülmüştür.

---

1 23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazete.
2 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete.

2. Teknik Araçlarla İzleme Yoluyla:

Devletin vatandaşı takip yöntemlerinden birisi olan ve 5271 sayılı CMK'nın 140'ıncı maddesinde yer alan **teknik araçlarla izleme, ses ve görüntü kaydı alma**[3] yöntemi de suç delili elde edilmesine yönelik icra edilen bir yöntem olarak düzenlenmiştir. Kanımca bu yöntem kolluk görevlilerini yoran ve uzun süre gizlenerek icra edilmesi gereken zahmetli bir yöntem olması ve iletişime müdahaleye nazaran kolluk görevlilerince çok tercih edilmeyen bir uygulama olması nedeniyle bu konudaki ihlaller ve bunların doğurduğu şikâyetler, iletişime müdahale uygulamasında olduğu gibi çok fazla ortaya çıkmamıştır. Ancak buna rağmen bazı soruşturmalarda insanların aile fertleri ve arkadaşları ile olağan münasebetlerinin çok ciddi suç faaliyetleri olarak gösterilmesi ve öte yandan da hukuk devletinde olmaması gereken bir şekilde bizzat kamu görevlilerince basına servis edilmesi uygulamalarına rastlanmıştır.

3. Kent Güvenlik Yönetim Sistemleri (KGYS) Kapsamında Farklı Amaçlara Yönelik Olarak Yerleşim Yerleri ile Şehir İçi Yol ve Sokaklar ile Şehirlerarası Yollara Yerleştirilen Görüntü Alma Cihazları Vasıtasıyla:

Öncelikle belirtmek gerekir ki günümüzde hızla yaygınlaşarak uygulanan yerleşim yerleri ile şehir içi ve şehirlerarası yollara yerleştirilen çeşitli görüntü alma cihazlarıyla o mahalde bulunan veya oradan geçen vatandaşların ve araçlarının görüntülerinin kayıt altına alınması, bu kayıtların muhafaza edilmesi, çeşitli amaçlara yönelik kullanılması, kurum ve kuruluşlara verilmesi ve nihayetinde silinmesi gibi işlemlerin usul ve esaslarını düzenleyen, bir başka deyişle bunların kurallarını içeren açık ve münhasır bir yasa ve yönetmelik düzenlemesi bulunmamaktadır. Keza kent güvenliğiyle ilgili olabilecek 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu veya 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Ka-

[3] CMK'nın 140'ıncı maddesine göre yapılacak teknik araçlarla izleme ile ses veya görüntülerinin kayda alınması işlemi, maddede yer alan sınırlama gereği şüpheli ve sanıkların yalnızca kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinde ve işyerlerinde ve yine maddede sayılan belli suçlarla ilgili olarak yapılabilmektedir. Bu işlemler ancak hâkim kararıyla ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, 24 saat içinde hâkim onayına sunulmak üzere Cumhuriyet Savcısının kararıyla yapılabilir. Nihayetinde bu işlemler kişilerin konutunda uygulanamaz.

nunu gibi yasalarda da bugüne kadar bu konuya ilişkin münhasır bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemiştir.

Dolayısıyla ülkemizde hali hazırda münhasır ve açık bir düzenleme bulunmaksızın yerel yönetimler ile mülki amirlikler ve kolluk kuvvetleri tarafından belirtilen yerlere yerleştirilen çeşitli görüntü alma cihazları vasıtasıyla vatandaşların hareketleri ve araç geçişleri sürekli izlenmekte ve kaydedilmektedir.

Kent güvenliği kapsamında bu görüntü tespit ve kayıtları üzerinden trafik düzenlemesi ve trafik kuralları ihlâllerinin tespiti ve cezalandırılması ile aranan şahıs ve araçların tespiti gibi kolluk hizmetlerinin icrası yapılmaktadır. Bunun yanı sıra her geçen gün bu görüntü kayıtlarının çeşitli sistemlerle entegrasyonu sağlanarak, elde edilen verilerden daha fazla hizmet alanında yararlanılabilmesi için araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) çalışmaları yürütülmektedir.[4]

Bu şekilde kamuya ait görüntü tespit ve kayıt cihazlarıyla vatandaşların hareketleri ve araç geçişlerinin görüntüleri her gün daha artan oranda kaydedilirken ve bunlara ilişkin cihaz ve yöntemlerin geliştirilmesine çalışılırken, kurallarının düzenlenmesine ilişkin mevzuat düzenlemesi konusunda herhangi bir gelişme görülmemektedir.

II. KULLANILAN GÖZETLEME YOL VE YÖNTEMLERİ:

Teknolojik imkânların gelişmesi ile birlikte devlet, kamu düzenini tesis ve idame etme ile suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenen suçların faillerinin tespit ve yakalanarak haklarında gerekli soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılmasının temini için gereken verilerin toplanmasına yönelik kullanacağı imkânlarını bu yönde geliştirmeye ve bu bağlamda da çeşitli özelliklere sahip kamera ve radar gibi cihazlardan oluşan sistemler ile internet ortamında bilgi transfer ağı gibi sistemleri yoğun olarak kullanmaya başlamıştır.

İllerde "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" adı altında Valiliklerce İl Emniyet Müdürlükleri nezdinde merkezler oluşturularak, illerin çe-

---

4 "kgys.ankara.pol.tr" (15.08.2015), "www.antalya.gov.tr/icerik/12/137/kent-guvenlik-yonetim-sistemi.html" (15.08.2015), "www.trabzon.pol.tr/sayfalar/MOBESE.aspx" (29.09.2016).

şitli meydan, cadde, sokak ve benzeri yerleri ile şehirlerarası yollara yerleştirilen görüntü alma veya radar gibi cihazlar vasıtasıyla veriler toplanmaktadır.[5]

Bu konuyu incelemekteki amaç devletin gözetleme araçlarının teknik detaylarını irdelemekten ziyade kullanılan yol ve yöntemleri hukukî perspektiften inceleyerek hukuk devleti prensipleri temelinde

---

[5] Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) ve bağlılarına ilişkin resmi WEB sayfalarında "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" yanında "MOBESE" şeklinde bir kısaltmanın da kullanıldığı görülmektedir. Hatta "MOBESE" kısaltmasının, bahsi geçen görüntüleme vb. sistemlerin ilk kurulması aşamasında kullanılmaya başlandığı ve zaman içerisinde kamuoyunda da yaygın olarak kullanıldığı bilinmekle birlikte bu kısaltmanın açılımını resmi kaynaklarda yaygın olarak görmek pek mümkün olmamaktadır.
Bazı resmi WEB sitelerinde ise "Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu" olarak yazıldığı görülmüştür (Örn.:"www.bayburt.pol.tr/Sayfalar/MOBESE.aspx", 04.10.2016).
EMG'nin "https://www.egm.gov.tr/documents/performans 2013.pdf" linkinde (29.09.2016) yer alan EMG'nin "2013 Yılı Performans Programı"nda yer alan "Temel Politikalar Ve Öncelikler" başlığı altında sıralanan önceliklerden birinde "MOBESE uygulamalarına etkili bir şekilde devam edilecektir." şeklinde yazılan hedef bilgisinde bile MOBESE'nin açılımına yer verilmediği görülmektedir. Keza bunun gibi EGM'nin birçok yayınında da bu açılımın yazılmadığı ve kısaltma şeklinde belirtildiği görülmektedir.
Ancak gerek İçişleri Bakanlığı gerek Emniyet Genel Müdürlüğü ve gerekse de İl Emniyet Müdürlükleri WEB sayfalarında sistemin resmi adlandırılmasının "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" olarak belirtildiği görülmektedir.
Bu bağlamda Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi Teknolojileri Dairesi Başkanlığı Kuruluş, Görev Ve Çalışma Yönetmeliğinin "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde "MOBESE" ifadesine yer verilmemiş, ancak "KGYS" kısaltmasının açılımı olarak "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" ifadesine yer verilmiştir.
Bunun yanı sıra EGM'nin "https://www.egm.gov.tr/EN/Pages/mobese.aspx" linkinde(29.09.2016) ingilizce dili ile açılan sayfasında "MOBESE" kısaltmasının hemen yanında açılımı olarak "The Urban Security Management System" yazdığı görülmektedir. Bu açılımın Türkçe karşılığı da "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" şeklindedir. Ancak bu açılım "MOBESE" kısaltmasını oluşturan harflerle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla çeşitli basın yayın organlarında zaman zaman yer aldığı üzere bu "MOBESE" kısaltmasının, bu sistemi kuran emniyet görevlilerinin isimlerinin baş harflerinden oluştuğu ve bunun hiç bir zaman resmi olarak açıklanmadığı şeklindeki bilginin doğru olma ihtimalini akla getirmektedir.
Makalenin konusu olmadığından bu konuya daha fazla girilmemesi gerektiği kanaatindeyim. Ancak bu bilgi doğru ise; yeni bir keşif olmayıp gelişmiş ülkelerde uzun yıllar önce başlanılan bir sistemin benzerinin Türkiye'de oluşturulmasına ilişkin bir kamu hizmetinin, sistemle ilgili çalışan kamu görevlilerince bu şekilde şahsileştirilerek isimlerinin baş harflerinin kullanılmasının ve bunun da kamuoyundan gizlenmesinin, keza ilgili amirlerce de buna müsaade edilmesinin ve halen de konuya resmi bir açıklık getirilmemesinin "kamu hizmeti" ilke ve prensipleri ile bağdaşmadığı değerlendirmektedir.

irdelemek olduğundan, aşağıda bu yol ve yöntemlerin başlıca olanları genel hatlarıyla ele alınacaktır.

Bu kapsamda devlet otoritesi tarafından tesis edilen ve kamera ve radar cihazları ile kurulan "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" adı altında "Bölge Görüntüleme Sistemi", "Plaka Tanıma Sistemi", "Hız Ölçüm Sistemi", "Kırmızı Işık İhlal Sistemi" gibi alt bileşenleri olan sistem vasıtasıyla vatandaşların ve araçlarının görüntüleri kaydedilerek, alt bileşenin konusuna göre veriler elde edilmektedir.

1. Bölge Görüntüleme Sistemi:

Bu sistem içerisinde; yerleşim alanları dâhilinde ve genelde halkın yoğun olarak bulunduğu meydan, cadde, sokak ve bazı önemli kavşaklar ile yerleşim alanına giriş ve çıkış yerleri gibi kamuya açık alanlarda kurulan bir düzenek (Tak, direk vb.) üzerine istenilen sayıda sabit veya hareketli kamera cihazlarının yerleştirilmesi ve görüş alanına giren tüm görüntülerin, bu işle ilgili kurulan merkeze aktarılması ve bunların belli sürelerde muhafaza edilmesi işlemleri yapılmaktadır.[6]

Bu sistemlerde kameraların görüş alanına giren tüm görüntüler kaydedilmektedir. Bu bağlamda insanların yürüyüp geçmeleri, ayakta durmaları, bank ve benzeri bir şeyin üzerine oturmaları gibi görüntüler ile birbiriyle konuşan veya sarılan insanların görüntüleri ve bunun yanında kavgaya tutuşan insanların darp eylemleri ve hırsızlık, yankesicilik, gasp gibi suç eylemleri ile trafik kazası gibi değişik görüntülerin tamamı ayırt etmeksizin kaydedilmektedir.

Hatta sisteme bağlı kameranın görüş alanına giren bir suç eyleminin icra edildiğinin veya önemli bir olayın vukua gelmekte olduğunun tespiti halinde, merkezde bulunan görevlilerce kameranın hareket ettirilmesi ve görüntünün yakınlaştırılması suretiyle hedef görüntüler daha detaylı izlenebilmektedir.

Bu tür görüntüleme sistemleri genelde il valilikleri nezdinde il emniyet müdürlüklerince oluşturulan merkezler vasıtasıyla işletilmekte-

---

6 Mete Yıldız/R.Erdem Erkul, "Elektronik Göz Ve Türkiye'de Kameralı Hayat","www.inet-org.tr/inetconf11/bildiri/97.pdf"(28.09.2016);"www.mobese.gen.tr/hakkinda/"(04.10.2016);www.temateknoloji. com/cozumdetay/14/Bolge-Goruntuleme Sistemleri" (04.10.2016);"www.eskisehir.pol.tr/Sayfalar/kgys.aspx" (04.10.2016)

dir. Ancak ihtiyaç duyulan yerlere jandarma komutanlıklarınca da kamera sistemleri kurulmaktadır.

Bunun yanı sıra yine yerel yönetimler olarak daha nitelikli hizmet sunmak amacıyla kent ihtiyaçlarına yönelik belediye başkanlıklarınca da çeşitli yerlere kamera sistemleri kurulmakta, hatta kimi köy muhtarlıklarınca da ihtiyaç duydukları yerlere (özellikle köy giriş ve çıkışlarına) kamera yerleştirildiğine rastlanmaktadır.

2. Plaka Tanıma (Algılama) Sistemi:

Bu sistem içerisinde gerek şehirlerarası yollara gerekse de şehir içi yerleşim alanlarındaki yol güzergâhlarına yerleştirilen kamera sistemleri ile o noktadan geçen araçların görüntüleri ile birlikte plaka bilgilerinin algılanması ve hemen arkasından da merkeze bağlı sistem üzerinden algılanan plakanın bilgi tarama işleminin yapılması suretiyle hakkında kayıp, çalıntı veya herhangi bir sebeple aranmasına ilişkin kayıt bulunan araçların tespit edilmesi ve bunun yanı sıra da plaka bilgisi ile bu plaka üzerinden aracın sistemde kayıtlı marka ve rengi uyuşmayanların tespit edilmesi işlemleri yapılmaktadır.[7]

Burada hedef görüntü elbette araçlar ve plakaları olmakla birlikte, araç görüntüleri ile birlikte aracın ön tarafında oturan şahısların da görüntüleri kaydedilmekte, keza bu plaka tanıma sistemlerinin yaygınlaşması ve gelişmesi ile birlikte aranan-aranmayan gibi herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın vatandaşların tamamının hangi saat/dakika/saniyede nereden geçtiğine ilişkin bilgiler de kaydedilmiş olmaktadır.

3. Hız Ölçüm Sistemi:

Halk arasında kısaca "Radar" şeklinde ifade edilen bu elektronik yöntemde, hız ölçüm sistemiyle gerek şehirlerarası gerekse şehir içi yollara yerleştirilen sabit veya araç içerisine monte edilmiş seyyar elektronik hız ölçüm cihazları ile o bölgeden geçen araçların hızlarının ölçülmesi ve o bölge için geçerli hız limitini aşan araçların tespit edilmesi işlemleri yapılmaktadır.[8]

---

7 "www.antalya.gov.tr/icerik/12/137/kent-guvenlik-yonetim-sistemi.html" (04.10.2016)

8 "www.bursa.pol.tr./Duyurular/Sayfalar/Duyuru_1.aspx"(05.10.2016); "www.usak.pol.tr./Duyurular/Sayfalar/sehir_ici_trafik_uygulamaları.aspx" (05.10.2016)

Bu sistemin uygulanmasının amacı, öncelikle araçların belirlenen hız limitleri içerisinde kullanılmasını sağlamaya yönelik bir caydırıcılık oluşturulması ile bu şekilde uygun hızlarda araç kullanma alışkanlığının geliştirilmesi ve yerleştirilmesi olup, bunun yanında belirlenen hız limitlerini aştığı tespit edilen sürücülere yönelik de limit hızı aşma oranına göre belli idari para cezaları ile cezalandırılmalarının sağlanmasıdır.

4. Kırmızı Işık İhlâl Sistemi:

Bu sistem doğası gereği yerleşim alanlarında şehir içi yol güzergâhlarında bulunan ve trafiğin düzenini sağlamaya yönelik kurulan trafik ışık sistemlerinin bulunduğu yerlere kurulmakta ve trafik ışıklarına entegre olarak çalışmakta olup, anılan yerlerde kırmızı ışığı ihlâl eden araçların görüntülerinin ve ihlâl anı fotoğraflarının tespiti işlemini yapmaktadır.[9]

Kırmızı ışık ihlaline yönelik tespit yapan bu sistem ile genelde araçların ihlâl esnasında arka kısım görüntüleri tespit edilmekte ve bu tespit sonucunda da söz konusu kural ihlalini yapan araç sürücülerinin, idari para cezası ile cezalandırılmaları ve neticede bu uygulama ile de araç sürücülerinin trafik ışık düzenine riayetlerinin sağlanarak kent içi trafik düzeninin tesisi ve idamesi amaçlanmaktadır.

5. Yakın Gelecekte Öngörülen Gelişmeler:

Çağımızın özelliği itibariyle teknolojik ilerlemenin hız kazanmış olması nedeniyle, özellikle gelişmiş ülkelerde yukarıda belirtilen sistemlerin işletilme yöntemleri ile elde edilen verilerden daha fazla sonuç çıkarılmasına ilişkin gelişmeler gözlemlenmektedir.

İşte bu perspektifte Emniyet Genel Müdürlüğünce de bazı projeler üzerinde çalışılmaktadır. Bunlardan en önemlisi Türkiye Bilimsel Ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) nezdinde başlatılan "Kent Güvenlik Yönetim Sistemlerinden (KGYS) Elde Edilen Video Görüntülerinden Anlamlı Sonuçlar Çıkarmaya Yarayacak Akıllı Destek Yazılımlarının Geliştirilmesi" konusunu içeren çalışmadır.[10]

---

9 "kgys.ankara.pol.tr/goruntuleme_sistemi.php" (05.10.2016); "www.antalya.gov.tr/icerik/12/137/kent-guvenlik-yonetim-sistemi.html" (04.10.2016)

10 TÜBİTAK Kamu Araştırmaları Destek Grubu (KAMAG), 1007-EGM-2013-01 Çağ-

Bu çalışmayla KGYS sistemleri kapsamında elde edilen görüntü kayıtları üzerinden "Kişi Analiz Modülü", "Kalabalık Analiz Modülü", "Trafik Analiz Modülü", "Nesne Analiz Modülü" gibi bir çok farklı modül üretilmesi amaçlanmaktadır.[11]

Bu modüller kapsamında yapılmak istenen analizlerin öne çıkanları şunlardır[12]:

a. Tanımlanmış kişisel özelliklere göre ayrım yaparak kişiyi bulma veya eşkal tespiti yapma.

b. Bir veya daha fazla kamerada işaretlenmiş şahsın, diğer kamera görüntülerinde aranması.

c. Canlı görüntü üzerinde işaretlenen kişinin kamera ile otomatik takip edilmesi.

d. Belirli alanlara insan girişi olması durumunda alarm oluşturulması.

e. Tek bir kameranın görüş alanında belirli bir alanda toplanan insan sayısının tespiti ve belirli bir sayıyı aşması halinde alarm oluşturulması.

f. Tanımlanmış araç özelliklerine göre menü üzerinden arama yapılabilmesi.

g. Örnek görüntü üzerinden olacak şekilde bir veya daha fazla kameradan işaretlenmiş aracın diğer kamera görüntülerinde aranması.

h. Belirli bir alandan geçen araç sayısının belirlenmesi.

i. Canlı görüntü üzerinde işaretlenen aracın yakınlaştırılarak kamera ile otomatik takip edilmesi.

j. Bir veya daha fazla kameradan işaretlenmiş bölge içerisindeki nesnenin diğer kamera görüntülerinde aranması.

k. Şüpheli paket, kutu, bavul gibi ebadı belirlenmiş nesneler için alarm oluşturulması.

---

rı No'lu Doküman, "tubitak.gov.tr/sites/default/files/1007-egm-2013-01.pdf", (06.10.2016).

11 Aynı Doküman.

12 Aynı Doküman s.3-4.

Üretilmek istenen modüllerde görüldüğü üzere, KGYS kapsamında elde edilen görüntüler üzerinden daha fazla faydanın elde edilmesi ve bu kapsamda genelde kamu güvenliğinin, özelde ise birey güvenliğinin tesisi ve idamesi konusunda başarının mümkün olduğunca arttırılmasının hedeflendiği değerlendirilmektedir.

Gelişme konusunda il bazında da projeler geliştirilmekte olup, basına yansıyan haberlere göre Ankara ilinde hâlihazırda toplam 1078 kamera ile KGYS'nin işletildiği, Gölbaşı ve Polatlı ile Kızılcahamam ilçelerinde de KGYS'lerin kurulumunun tamamlandığı, diğer ilçeler için de KGYS kurulumlarının planlandığı, keza kent içerisinde birçok kritik yere daha yeni kurulum çalışmalarına devam edildiği ve Ankara genelindeki tüm kameraların KGYS projesi kapsamında aynı çatı altına alınmasına yönelik çalışmaların yapıldığı anlaşılmaktadır.[13]

6. KGYS Dışında Kamu Kurumlarının Binaları ile Bunların Dışındaki Özel Kurum Ve Kuruluşlar İle Müstakil Konut, Apartman Ve Siteler İle Bunlara Benzer Yerlere Yerleştirilen Görüntü Tespit Ve Kayıt Cihazları İle Yapılan Kayıtlar:

Artık günlük yaşamda başlıkta sayılan birçok yere yerleştirilen ve o yerlere girenlerin ve o yerlerden çıkanların görüntülerinin kamera vasıtasıyla çekilip kaydedilmesi kanıksanmış bir olgu haline gelmiş, keza olağanlaşmıştır.

Bünyelerinde 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun hükümlerine göre özel güvenlik teşkilatı bulunan veya özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alma yoluyla özel güvenlik görevlileri bulunduran tüzel kişilerin bina ve tesislerinin giriş çıkışlarıyla bina ve tesis içerisindeki çeşitli yerlere yerleştirilen kamera cihazları vasıtasıyla bu özel güvenlik görevlilerince görüntüler izlenmekte, kaydedilmekte ve belli sürelerde muhafaza edilmektedir.

Bunların başında kamu kurumlarının kullandığı ve kamu hizmeti sunumu yapılan binaların çoğunda giriş, çıkış ve lüzum görülen merdiven, koridor vb. yerlerine kameralar yerleştirilmek suretiyle gerek çalışanların gerekse de kamu hizmeti almaya gelen vatandaşların gö-

[13] Hürriyet Ankara, "Başkente Kameralı Koruma, 1078 Göz İzliyor" başlıklı haber, 24.09.2016 tarihli nüsha, s.3.

rüntüleri çekilmekte, kaydedilmekte ve belli sürelerde muhafaza edilmektedir.

Kamu binaları dışında son yılların tüketim merkezleri olarak teşkil edilen alışveriş merkezlerinde, çıplak gözle kabaca sayıldığında bile oldukça fazla sayıda kameranın güvenlik adı altında sürekli kayıt yaptığı görülmektedir.

Alışveriş merkezleri dışında lokantalar, kafeteryalar, benzin istasyonları, mağazalar gibi irili ufaklı işyerlerinden mahalle bakkallarına kadar birçok küçük işyerinde, kalabalık sayıda insanın ikâmet ettiği konut ve sitelerden az sayıda daireden oluşan apartmanlara kadar birçok binada ve bizzat dairelerin kendi giriş kapılarında, hatta ibadethanelerde dahi bu şekilde kamera sistemlerinin kurulup görüntü kaydı yapıldığı görülmektedir.

Bu tür güvenlik maksadı yanında bazı şirketlerin üretim birimlerinde işleyişin kontrolü ve üretimin istenildiği gibi yapılması ile istismar eylemlerinin önlenmesi gibi amaçlarla da kamera sistemleri kurulmaktadır.

III. GÖRÜNTÜ ALMA, KAYDETME VE MUHAFAZA ETME İŞLEMLERİNİN DAYANAĞI MEVZUAT VE YETERLİLİĞİ İLE İLAVE MEVZUAT İHTİYACI:

Bir insanın görüntüsünün çekilmesinin özel hayat ile ilgili olması nedeniyle gerek kamu gücünü kullanan kamu kurumlarınca gerekse de özel kurum ve kuruluşlarca yapılacak görüntü alma işlemlerinin, bireyin güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturup oluşturmadığı ve hangi normlara göre hareket edilmesi gerektiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Görüntü alma işlemiyle ilgili olarak kamu kurumları ile özel kurum ve kuruluşların amaçları ve dayanakları bakımından ortak yanları bulunmakla birlikte farklı yanları da bulunmaktadır. Zira kamu kurumlarının görevleri kapsamında sorumlu oldukları il veya ilçe ya da ülke çapında yükümlülükleri olabilmekte, ancak özel kurum ve kuruluşların ise faaliyet gösterdikleri yer (tesis, işletme vb.) ile sınırlı olarak yükümlülükleri bulunmaktadır.

1. KGYS Kapsamında Kurulup İşletilen Görüntü Alma İşlemlerinin Dayandığı Mevzuat Ve Yeterliliği:

3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun "Görev" başlıklı 2 nci maddesinde İçişleri Bakanlığının görevleri şu şekilde sayılmıştır:

"Madde 2 – İçişleri Bakanlığının görevleri şunlardır:

a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak,

b) Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak,

c) Karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek,

d) Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak,

e) Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek,

f) Yurdun iç politikasına, il ve ilçelerin genel ve özel durumları ile ilgili değerlendirmeler yapmak ve Bakanlar Kuruluna tekliflerde bulunmak,

g) Ülkenin idari bölümlere ayrılması, il ve ilçelerin genel idarelerini, mahalli idareleri ve bunların merkezi idare ile olan alaka ve münasebetlerini düzenlemek,

h) (Mülga: 29.5.2009 - 5902/25 md.)

i) Nüfus ve vatandaşlık hizmetlerini yürütmek,

j) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak."

3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun 1 nci maddesi ise İçişleri Bakanlığının ülkenin emniyet ve asayişini hangi kurumlarla sağlayacağını şu şekilde düzenlemiştir:

"Madde 1 – Memleketin umumi emniyet ve asayiş işlerinden Dahiliye Vekili mesuldür.

Dahiliye Vekili bu işleri, kendi kanunları dairesinde hareket eden Emniyet Umum Müdürlüğü ile Umum Jandarma Komutanlığı ve icabında diğer bütün zabıta teşkilatı vasıtasile ifa ve lüzum halinde İcra

Vekilleri Heyeti kararile ordu kuvvetlerinden istifade eder."[14]

Bu düzenlemelerde tam bir kavram birliği olmasa da ülkenin kamu düzeninin tesisi ile bu bağlamda emniyet ve asayiş hizmetlerini yürütme sorumluluk ve görevi İçişleri Bakanlığına tevdi edilmiş olup, bu görevlerini ise Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı vasıtasıyla yürüteceği, gerektiğinde diğer kolluk teşkilatları ile de bunu yapabileceği, keza ihtiyaç doğması durumunda Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinden de yararlanabileceği belirtilmiştir.

Ülkenin mülkî yapılanması gereği illerde bu görevleri İçişleri Bakanı adına valiler yerine getirmekte olup, valilerin bu konu ile ilgili görevlerine ilişkin düzenleme 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11 nci maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

"Madde 11: A) Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür.

B) Memleketin sınır ve kıyı emniyetini ve sınır ve kıyı emniyetiyle ilgili bütün işleri, yürürlükte bulunan hükümlere göre sağlar ve yürütür.

C) İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir.

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu husta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.

Ç) Jandarma, polis, gümrük muhafaza ve diğer özel kolluk kuv-

[14] 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1982 yılından itibaren ve özellikle de 25.07.2016 tarih ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 23'üncü maddesiyle 2'inci maddesinde yapılan değişiklik de dikkate alındığında, 3201 sayılı kanununda sayılan Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı yanında Sahil Güvenlik Komutanlığının da sayılması gerektiği değerlendirilmektedir.

vetlerinin bütün ast ve üstlerinin il içine münhasır olmak üzere geçici veya sürekli olarak vali tarafından yerleri değiştirilebilir ve bundan hemen İçişleri, Gümrük ve Tekel Bakanlıklarına bilgi verir.

D) (Değişik: 29/8/1996 - 4178/1 md.) Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden yararlanmak amacıyla, İçişleri Bakanlığından ve gerekirse Jandarma Genel Komutanlığının veya Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dahil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müracaat ederek yardım isterler. Bu durumlarda ihtiyaç duyulan kuvvetlerin İçişleri Bakanlığından veya askeri birliklerden veya her iki makamdan talep edilmesi hususu, yardım talebinde bulunan vali tarafından takdir edilir. Valinin yaptığı yardım istemi geciktirilmeksizin yerine getirilir. Acil durumlarda bu istek sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.

..."

İlçelerde ise, aynı Kanunun 32'inci maddesiyle kaymakamların genel ve özel kolluk kuvvetlerinin amiri olduğu belirtilmiştir.[15]

5442 sayılı Kanunun 11'inci madde birinci fıkrası (C) bendinde, il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi ödev ve görevleri kapsamında valilerin gereken karar ve tedbirleri alacağının; 32'inci madde birinci fıkra (Ç) bendinde da aynı ödev ve görevler kapsamında kaymakamların da ilçelerinde gereken karar ve tedbirleri alacağının amir hükümler olarak düzenlendiği görülmektedir.

Yukarıda yer verilen yasa düzenlemelerinde görüldüğü üzere

[15] 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9'uncu maddesinde valiler ilde Devletin ve Hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her Bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olduğu belirtilmiş, ancak Kaymakamların ise aynı Kanunun 27'inci maddesinde yalnızca hükümetin ilçede temsilcisi olduğu belirtilmiş ve 31'inci maddesiyle de valinin talimat ve emirlerini yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır.

kamu düzeninin tesisi ile bu bağlamda da vatandaşın mal ve canının emniyeti ve asayişin temini bakımından yönetsel yapı içerisinde; ülke çapında İçişleri Bakanlığının, il çapında valilerin ve ilçelerde de kaymakamların tedbir almakla yükümlü kılındığı anlaşılmaktadır.

İşte makalenin ana konusu olup, "Kent Güvenlik Yönetim Sistemleri" olarak adlandırılan ve çeşitli alt bileşenleri olan kamera ile görüntü alınması, kaydedilmesi ve belli bir süre muhafaza edilmesine ilişkin işlemler, yukarıda belirtilen yasa düzenlemeleri kapsamında üst yapıda İçişleri Bakanlığı merkez teşkilatının[16] ve aşağıya doğru da valilikler ve kaymakamlıklar nezdinde kolluk kuvvetlerinin suç işlenmesinin önlenmesi, işlenen suçların faillerinin tespiti, trafik düzeninin sağlanması ve uymayanların cezalandırılması gibi kamu düzeninin tesisi ile emniyet ve asayişin sağlanmasına yönelik alınan tedbirler kapsamında icra edilen işlemlerdir.

Bu tür işlemlerin yapılmasıyla ilgili, yani KGYS sistemlerinde kullanılan görüntü alma, kaydetme, muhafaza etme ve bu verileri adli, idari ve kolluk hizmetlerinin icrasında kullanma konularını düzenleyen münhasır bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır. Keza bu konuda usul ve esasları düzenleyen ikincil mevzuat düzenlemesi de bulunmamaktadır. Bu nedenle de KGYS'lerin uygulanmasının dayanağı olarak kamu düzeninin tesisi ile emniyet ve asayişin teminine ilişkin genel düzenlemelere dayanılması zarureti doğmaktadır.

Makaleyi yazmaya başlamadan evvel kaynak araştırması sırasında bu konuyla ilgili olarak tarafımdan hem Emniyet Genel Müdürlüğüne hem de Jandarma Genel Komutanlığına, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca, aşağıda ilgili kısmına yer verdiğim dilekçeler[17] ile müracaat edilerek bilgi istenmiştir:

---

16 Merkez teşkilatta bu işlemler, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29'uncu maddesine göre İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu olarak sayılmış olan Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından yapılmakta, ancak kent merkezleri için fiilen yapılmış olan ve devam eden projelere bakıldığında KGYS çalışmalarının genel olarak planlama ve koordine işlemlerinin Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatında Bilgi İşlem Daire Başkanlığı bünyesindeki Kent Güvenlik Yönetim Sistemleri Şube Müdürlüğü tarafından yapıldığı görülmektedir.

17 Jandarma Genel Komutanlığına 07.09.2015 tarihli, Emniyet Genel Müdürlüğüne 13.10.2015 tarihli gönderilen iki ayrı bilgi edinme dilekçesi.

"... hazırlamakta olduğum makalemde kurumunuzun Türkiye genelindeki bu uygulaması ile ilgili doğru bilgiler üzerinden incelememi yapıp kamuoyuna faydalı bir çalışma sunabilmem ve bu sistemlerin problemli yönlerinin ortaya konularak hukuk devleti yapısına daha uygun hale getirilmesine katkı sağlamak bakımından, Kent Güvenliği Yönetimi Sistemleri (KGYS) kapsamında kamera sistemleri, Plaka Tanıma Sistemi (PTS), Hız veya Ortalama Hız ölçüm vb. amaçla yapılan görüntü tespitleri ile ilgili olarak elde edilen kayıtların, gerek il ve ilçe merkezlerinde gerekse de kurumunuz merkez biriminde;

a. Ne kadar süre ile muhafaza edildikleri ve muhafaza edilirken herhangi bir nedenle aranan şahıs veya araç olup olmadığına bakılıp bakılmadığı ve muhafaza işleminde bunların farklı uygulamaya tabi tutulup tutulmadıkları,

b. Hangi kayıtların ne kadar süre sonra ve hangi prosedür ve kurallara göre silindikleri,

c. Bu kayıtları talep eden adlî merciler dışında diğer kamu kurumları ile özel tüzel kişiler ile gerçek kişilere verilip verilmediği,

d. 5442 ve 2559/2803 sayılı kanunlarda münhasır düzenleme bulunmaması karşısında, kurumunuz ve bağlı birimlerince elde edilen bu görüntü kayıtlarının, muhafazası, silinmesi, kullanılması ve başka kurum ve kuruluşlara verilmesi iş ve işlemlerinin nasıl yapılacağına ilişkin idari düzenlemeler (genelge, tamim vb.) bulunup bulunmadığı,

hususlarında tarafıma 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu hükümleri uyarınca bilgi verilmesi, saygılarımla talep olunur."

Bu dilekçelerime karşılık her iki kurumdan da cevap verilmiş, ancak bu cevaplar içerisinde konuya ışık tutacak herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir.

Emniyet Genel Müdürlüğünce verilen cevap yazısında[18] "... talep ettiğiniz bilgilerin niteliği itibariyle ayrı bir araştırma ve çalışma neticesinde oluşturulabilecek türden olduğu, bir kısmının kurum içi uygulamalara yönelik olduğu değerlendirildiğinden cevap verilemeyeceği hususunu bilgilerinize rica ederim. " şeklinde cevap verilmiştir.

[18] Emniyet Genel Müdürlüğünün 05.11.2015 tarih ve 93235275-54585-54601-(91234)/114/143738 sayılı cevap yazısı.

Jandarma Genel Komutanlığınca verilen cevap yazısında[19] ise "... Başvurunuzda belirtmiş olduğunuz hususlarla ilgili olarak yapılan inceleme neticesinde; Jandarmanın, görüntü ve plaka tespiti ile ilgili işlemleri 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun verdiği yetkiler çerçevesinde yürüttüğü tespit edilmiştir. ..." şeklinde cevap verilmiştir.

Yukarıdaki iki önemli kolluk teşkilatı kurumunun yazı içeriklerinden, konunun hukukî yönüne verilen önem derecesinin yeterli ve arzu edilen seviyede olmadığı izlenimi edinilmiştir.

Oysa inceleme konusu işlemler bakımından, kamu gücü ve yetkisinin kullanılarak özel hayata müdahaleyi de içeren hassas bir konuda hiç bir münhasır düzenleme bulunmamasının hukuk devleti açısından izah edilebilir bir durum olmadığı kanaatindeyim. Ancak bu kadar önemli bir konuda karşımıza çıkan tablo bu şekildedir.

2. KGYS Dışında Kurulup İşletilen Görüntü Alma İşlemlerinin Dayandığı Mevzuat Ve Yeterliliği:

KGYS dışında kamu kurumlarının iştigal ettiği bina ve tesislerde ilgili kamu kurumunun amiri tarafından, özel kurum ve kuruluşlarının bulunduğu bina ve tesislerde ilgili özel kurum ve kuruluşun yetkili yöneticisi tarafından, küçük esnaf kuruluşlarının iştigal ettiği dükkânlarda esnaf tarafından, müstakil konutlarda sahibi/kiracısı tarafından, apartman veya sitelerde ise yöneticileri/yönetim kurulları tarafından genel güvenlik kaygısı ile tuvaletler gibi özel alanlar dışında bina/tesis/konut/dükkân giriş ve çıkışı ile içerisindeki ortak kullanım alanları ile bazı çalışma alanlarında yerleştirilen kameralarla görüntülerin kaydedilmesi ve belli sürelerde muhafaza edilmesi işlemlerine ilişkin olarak, alışveriş merkezleri haricinde adı geçen yerlerin ilgili olduğu mevzuatlarında münhasır bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenle de bunların sorumlu yöneticilerinin/sahiplerinin genel güvenlik kaygıları ve bununla ilgili sağlamak yükümlülüğünde

---

19 Jandarma Genel Komutanlığı'nın 02.10.2015 tarih ve "Başvurunuz Hakkında" konulu ve bilâ sayılı cevap yazısı.

oldukları öncül koşulları sağlayarak, olası hukukî ve cezaî sorumlulukla muhatap olmamak düşüncesi temelinde hareket etmelerine bağlı olarak alınan tedbirler olduğu değerlendirilmektedir.

Zira bir kamu kurumunun hizmet gördüğü tesis veya binada, hem çalışanların hem de hizmet almaya gelenlerin asgari güvenliğinin temin edilmesi o kurumun amirine/yöneticisine tevdi edilmiş bir yükümlülüktür. Elbette mutlaka kamera sistemi oluşturması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, olası bir olayın vukua gelmesini müteakip güvenliğin sağlanması için neden teknolojik imkânlardan faydalanılmadığının da doğal olarak izah edilmesi ve imkânlar mevcut olduğu halde kamera sisteminin kurulmamasının bir yönetim zafiyeti ve kusuru olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir.

Özel kurum veya kuruluşların sahipleri veya yöneticileri tarafından da hem önleyici ve caydırıcı olması gayesiyle hem de vukua gelecek olaylardan dolayı zarar görenlere karşı doğması muhtemel hukuki sorumluluk çerçevesinde bu sorumluluğun azaltılması ya da ortadan kaldırılması veya başkasına yöneltilebilmesini sağlamak gayesiyle, diğer tedbirlerin yanında kamera sistemi kurulmasına yönelik tedbirin de alınması yoluna gidilmektedir.

Ancak bu gibi yerlerden alışveriş merkezlerinde (AVM), Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin[20] 19'uncu maddesi ikinci fıkrasında yer alan;

"Alışveriş merkezinde bebek bakım odası ve tuvalet gibi niteliği itibariyle kayıt altına alınması uygun olmayan alanlar dışındaki ortak kullanım alanları kamera ile kayıt altına alınır ve bu kayıtlar en az otuz gün süreyle saklanır. Bu kayıtların saklanmasından alışveriş merkezi yönetimi sorumludur."

şeklindeki hüküm gereğince alışveriş merkezlerinin belirtilen sınırlar dahilinde kamera sistemi kurup işletmeleri mevzuat ile zorunlu kılınmış ve bu sorumluluk da alışveriş merkezinin yönetimine tevdi edilmiştir.

Netice itibariyle KGYS dışında, bu alanda da genel sorumluluk

[20] 26.02.2016 tarih ve 29636 sayılı Resmi Gazete.

çerçevesinde alınan tedbirler kapsamında görüntü alma, kaydetme ve muhafaza etmeye yönelik sistemlerin kurulduğu anlaşılmaktadır.

3. İlave Mevzuat İhtiyacı:

a. KGYS Kapsamında İlave Mevzuat İhtiyacı:

İlave mevzuat ihtiyacı olup olmadığının tartışılmasından önce Anayasa'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2'inci maddesinde belirtilen ve Türkiye Cumhuriyetinin bir "HUKUK DEVLETİ" olduğuna ilişkin hükümde ne kastedildiğinin açıklanması önem arz etmektedir. Zira bu konuda neden mevzuat ihtiyacı olduğunu belirleyecek en önemli ve öncelikli kriter budur.

Hukuk devleti deyimi, vatandaşlarının devlete karşı güven beslemelerini sağlayacak ve onlara hukuk güvenliği içerisinde yaşama imkânı sunacak devlet için kullanılmıştır.[21]

Anayasa Mahkemesi 1976 yılında verdiği bir kararında,[22] "Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde yasa koyucu organ da dâhil olmak üzere, Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir." şeklinde hukuk devletinde olması gereken temel özellikleri belirtmiştir.

Bu saptamalardan görüldüğü üzere hukuk devletinde hukukun üstünlüğü şemsiyesi altında devlet organlarının bütün faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması en önemli özellik olarak ortaya konulmaktadır.

Fakat burada hukuk devletinin bir kanun devleti demek olmadığını da göz önünde tutmak gerekir. Bakıldığında mutlak monarşilerde de kanun bulunmaktadır ancak bunlara hukuk devleti denmesi

---

21 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2004, s.114.

22 Anayasa Mahkemesi, KT:25.05.1976, E:1976/1, K:1976/28, *AYMKD*.,S.14, s.189.

mümkün değildir. Zira kanun da baskıcı ve adaletsiz olabilir. Onun için hukukun üstünlüğünde, dayanılan değerler bakımından yasanın üstünlüğünden daha koruyucu bir mekanizma bulunmaktadır.[23]

KGYS olarak adlandırılan ve her geçen gün bilişim dünyasındaki teknolojik gelişmelere paralel olarak yöntem ve tekniklerde kaydedilen gelişmelerle daha geniş alanda daha çok insan, araç ve nesnenin gözetlenip takip edilmesi söz konusu iken, yukarıda belirtildiği üzere bazı önemli temel özelliklere sahip olması gerektiği düşünülen bir hukuk devletinde bu işlemlerin yapılışına ilişkin usul ve esasları içeren, bir başka deyişle işlemlerin adım adım hangi kurallara göre yapılması gerektiğini düzenleyen bir mevzuat düzenlemesi olması gerektiği izahtan varestedir. Ancak bu konuda maalesef münhasır bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hâlbuki gerek mesleği icabı gerekse de özel işleri için yaşadığı veya gittiği kent içerisinde bir yerden bir yere giden ve belli yerlere uğrayan bir vatandaşın, bu faaliyetleri sırasında onlarca kamu kurumuna ait kamera sistemleri ile görüntüleri kaydedilmekte, bunun yanında bir de kamu kurumları dışında gerek işyerlerine gerek konutlara ait diğer onlarca kamerayla da görüntülendiği göz önüne alındığında, kuralları belirlenmemiş bir şekilde vatandaşlarının sürekli gözetlenip takip edilmesine müsaade eden bir devlet görüntüsü ortaya çıkmaktadır.

Bu konu sorulduğunda ise alacağınız cevap, özel hayata müdahale edecek şekilde kamera izlemesi yapılmadığı, yalnızca kamuya açık alanlarda görüntülerin elde edildiği vb. şeklinde olacaktır. Yani böyle bir cevapla, herkesin ortak kullanabildiği alanlarda ve zaten doğal olarak bakıldığında herkesin görebildiği insan, araç ve nesnelerin görüntülerinin kaydedildiği anlatılmak istenecektir.

Ancak meseleye hukuk devleti penceresinden bakıldığında; ülke çapında gerek kamu kurumlarınca gerekse kamu kurumu dışında gerçek şahıslar veya özel kurum ve kuruluşlarca istenildiği kadar görüntü alma cihazı yerleştirilmesi, görüntülerin elde edilip kaydedilmesi ve belli sürelerde de muhafaza edilmesine ilişkin herhangi bir kural içeren mevzuat düzenlemesi yapılmamış olması, keza bunlara ilişkin

[23] Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Hukuku, 6. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2004, s.90.

şikâyet yapılması hali dışında etkili bir denetim mekanizması geliştirilmemiş olmasının, hukuk devleti bakımından normal karşılanabilecek bir durum olmadığı ve endişe edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Zira kamuya açık alanlarda olsa da gerek kamu görevlilerince gerek diğer kişilerce vatandaşın gözetlenmesi ve takip edilmesi gibi kişiyi yakından ilgilendiren bu tür uygulamalarda, hukuka uygun münhasır kural ve esaslar belirlenmediğinden insan hakkı ihlalleri yaşanma riski her zaman söz konusu olabilecektir.

Üstelik Yargıtay 12'inci Ceza Dairesinin 03.04.2012 tarihli ilâmında[24] yer alan;

"... özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, 'kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik' prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı..."

şeklindeki çok yerinde ve isabetli değerlendirmesi göz önüne alındığında, bu alanda hukukun üstünlüğü değerleri yönünden ne kadar dikkatli ve hassas olunması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu anlayış çerçevesinde esasen kişilerin teknik araçlarla izlenmesi ve ses veya görüntülerinin kayda alınmasına ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 140'ıncı maddesine[25] göre bu işlemin maddede sayılan belli

---

24 Yargıtay 12'inci Ceza Dairesi, 03.04.2012, 2011/7345 Esas, 2012/8936 Karar sayılı ilâmı, Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat Bilgi Bankası (20.10.2016).

25 CMK'nın "Teknik Araçlarla İzleme" başlıklı 140'ıncı maddesi şu şekildedir:
"Madde 140:
(1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:
. . .
(2) (Değişik: 24.11.2016-6763/28 md.) Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına

suçlar için, ancak kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde şüpheli addedilen kişinin kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinde ve de hâkim kararıyla belli süreler içerisinde yapılabileceği ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla yapılabilse de bu kararın 24 saat içinde yine hâkim onayına sunulması gerekmektedir.

Şimdi başlamış bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında bile bu kadar sıkı kurallara ve sınırlamalara tabi olarak ve hâkim kararıyla yapılabilen teknik araçlarla izleme faaliyetinin, KGYS veya diğer benzeri uygulamalarla mevzuatla belirlenmiş kurallara tabi tutulmadan ve etkili denetim olmaksızın yapılmasını, hukuk devleti kriterleri ile izah etmenin pek mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

Bu değerlendirmeler ışığında konuyu mevzuat ihtiyacı bakımından ele aldığımızda, kamu düzeninin tesisi ile emniyet ve asayişin temini konularında kanunla yetkili ve yükümlü kılınmış mercilerce bu genel görevleri kapsamında KGYS kurma ve işletme yetkisine sahip olunduğu, ancak bu işlemleri nasıl ve hangi sınırlamalar içerisinde hangi kurallara göre yapacaklarına ilişkin uygulamaya yönelik esas ve usulleri belirleyen mevzuat düzenlemelerine ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyim.

b. KGYS Dışındaki Sistemlerle İlgili İlave Mevzuat İhtiyacı:

KGYS dışında özel kurum ve kuruluş ile konut gibi yerlerde yapılan görüntü çekilip kaydedilmesi ve muhafaza edilmesi işlemleriyle ilgili olarak da yukarıda[26] izah edildiği üzere yine meseleye "HUKUK

sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.
(3) (Değişik:21.2.2014–6526/14 md.) Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim yukarıdaki sürelere ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.
(4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.
(5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz."

26 Bknz. yukarıda s.17-19.

DEVLETİ" penceresinden bakılması gerekmektedir. Zira bu işlemlerde KGYS'deki gibi kamu yönetimi sorumluluğuyla hareket edilmesi söz konusu olmamakla birlikte, anılan özel kurum ve kuruluş ya da konut gibi yerlerin sahipleri veya yöneticilerinin o yer ile sınırlı da olsa tedbir alma yükümlülüklerinden kaynaklanan ve de hukukî ve cezaî sorumluluğa kadar uzanabilecek haller söz konusu olabileceğinden ve bunun yanında elbette güvenlik kaygısıyla bu tür tedbirlerin uygulanması söz konusu olmaktadır.

Ancak burada hukuk devleti açısından asıl önemli olan husus, bu işlemlerin yapılması sırasında, yani kameraların ve kayıt cihazlarının kurulumlarının yapılması ve bizzat çekim, kayıt ve muhafaza işlemleri ile bu elde edilen kayıtların izlenmesi ve başka kurum ya da şahıslarla paylaşılmasına ilişkin konularda hangi kurallara göre hareket edileceği ve bu küçüklü büyüklü kamera sistemlerinin kimler tarafından nasıl ve hangi kriterlere göre denetleneceği, keza ihlallerin tespiti halinde ne yapılacağı hususlarını düzenleyen mevzuat düzenlemelerine ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir.

Yukarıda[27] belirtildiği üzere özel kurum ve kuruluşlar açısından bu konuda yalnızca alışveriş merkezlerinde kurulan kamera sistemlerine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Anılan Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 19'uncu maddesi ikinci fıkrası detaylı olarak usul ve esasları düzenlemekten uzak olsa da, keza kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda üst norm eksikliği bulunsa da, bu kadar mevzuat boşluğu olan bir alanda en azından böyle bir uygulamanın yapılmasıyla ilgili yükümlülük ve sorumluluğun kime ait olduğunu belirleyen bir düzenlemenin varlığının bile önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Uygulama usul ve esaslarının neden önemli olduğu konusunu bir örnek üzerinden incelersek daha açıklayıcı olacaktır: Bir apartman yöneticisinin, kat malikleri kurulunun aldığı karar doğrultusunda binanın giriş kapısı ile bazı merdivenler ve binanın yan ve arka taraflarına kamera cihazları yerleştirerek güvenlik tedbiri almak üzere bir elektronik mağazası ile anlaştığını düşünelim. Şimdi burada elektronik mağazası sahibinin, bahsi geçen kameraları yöneticinin belirttiği yerlere

27 Bknz. yukarıda s.17.

yerleştirip sistemi çalıştırmasıyla ilgili hangi kurallara tabi olduğu ve hangi sınırlamalara dikkat etmesi gerektiğine ilişkin konularla ilgili bakıp ona göre hareket edebileceği bir mevzuat bulunmadığından kulaktan dolma ve genel bilgilerle işini yapmak durumunda kalacaktır. Oysa kameralar yerleştirirken, hem adı geçen apartmandaki hem diğer komşu apartmanlardaki hem de oradan geçen insanların özel hayatlarını ihlâl etmeyecek şekilde kameraların görüş açılarının çok dikkatli ayarlanması gibi birçok hassas konu dikkate alınarak bu işin yapılması gerekmektedir.

Keza kayıtları ne kadar süre ile muhafaza edecek şekilde sistemi ayarlaması gerektiğine ilişkin bir mevzuat da bulamayacak ve yine aynı şekilde kendi bildiğine göre ve monte ettiği cihazın teknik kapasitesi çerçevesinde muhafaza süresini de ayarlayacaktır.

Sistemin kurulmasını müteakip bu sefer de apartman yöneticisi sistemi hangi kurallara göre işleteceğine ilişkin bakacağı bir mevzuat düzenlemesi bulamayacak ve o da bildiği, duyduğu kadarıyla bunu yapacaktır. Yani görüntülerin çekilmesi, kaydedilmesi, belli sürede muhafaza edilmesi ve kendisi veya talep eden apartman sakini veya dışarıdan insanlara izlettirmesi ya da talep eden diğer kişi, kurum ve kuruluşlarla paylaşması gibi konularda nasıl davranması gerektiğine ilişkin münhasır bir mevzuat düzenlemesine bakıp da ona göre hareket etmesi mümkün olmayacaktır.

İşte bu basit örnek üzerinde görüldüğü üzere bu alanda gerçekten bir başıboşluk durum söz konusudur. Genel düzenlemelerin ve yargı içtihatlarının yorumlanması ile elbette bazı sınırlar tespit edilebilir, ancak hukuk eğitimi almamış insanlardan bunun beklenmesi pek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak en küçük dükkân sahibinden en büyük mağaza sahibine ve atölye, fabrika, kafeterya, lokanta, otel vb. tüm diğer özel kurum ve kuruluşlar yönünden de durum çok farklı değildir.

Bu itibarla da gerek yukarıda yer verilen örnekteki elektronik mağazası sahibi ile apartman yöneticisinin hukuk güvenliği gerekse de görüntü çekimi, kaydı ve muhafazası şeklindeki uygulama nedeniyle görüntü çekimine muhatap olan ve özel hayatlarına müdahale edilmesi riski altındaki insanların hukuk güvenliğinin temini ve hukukun

üstünlüğü değerleri bakımından bu gibi uygulamaların kurallarını ve uygulama usul ve esaslarını, denetimini, keza ihlal eylemleri için müeyyideleri düzenleyen mevzuat düzenlemelerinin yapılmasına ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyim.

Bu örnek dışında gerek kamu çalışanlarının gerekse özel kurum ve kuruluş çalışanlarının mesaisi sırasında sürekli kamera gözetimi altında tutulmaları gibi uygulamalarla ilgili konuda da hangi kurallarla hareket edilmesi gerektiğine bakıldığında; irdelenmesi gereken konunun, 8 saat mesaiye devam eden bir şirket çalışanının mesaisi sırasında özel hayatının söz konusu olup olmadığı konusudur. Elbette bu konuda da münhasır bir mevzuat düzenlemesi bulunmaması nedeniyle bugüne kadar mevzuattan kaynaklanan sorunların tartışılması ve bu konunun geliştirilmesi mümkün olmamış, ancak genel mahiyette özel hayata müdahale çerçevesinde cılız denebilecek bir ilgi söz konusu olmuştur. Ancak bu konu çerçevesinde de mevzuat düzenlemesine ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyim.

IV. ÖZGÜRLÜKLER VE HUKUK GÜVENLİĞİ AÇISINDAN SORUNLAR:

Vatandaşların günlük yaşam faaliyetlerini sürdürürken kimi yerlerde uyarı levhaları ile haberdar edilmek ve kimi yerlerde de hiç bir uyarı vasıtası kullanılmadan haberdar edilmeksizin onlarca kamera ile görüntülerinin kayda alınmasının, gerek kişi özgürlükleri ve gerekse de hukuk güvenliği açısından nasıl bir yaşam atmosferi yarattığı hususu ile bunun kişi üzerindeki etkilerinin önemsenmesi ve bu konuya çok özenli ve hassas yaklaşılması gerektiği kanaatindeyim. Zira devlet aygıtının en temel amacı, vatandaşlarının huzur ve refah içerisinde özgürce yaşamalarını sağlamaktır.

Bu aşamaya kadar örneklerle izah edildiği şekilde vatandaşların günlük yaşamlarında görüntülerinin bu kadar fazla kayda alınması nedeniyle yaratılan ortam ve özellikle de bu gözetleme teknolojilerindeki gelişme, İngiliz filozof ve toplum kuramcısı Jeremy Bentham'ın mahkûmların sürekli gözetlenebilmesi için 1785'te tasarladığı ve halka şeklinde inşa edilmiş birçok katta yer alan ve halkanın iç ve dış tarafında pencereleri olan hücrelerdeki mahkûmların bütün hareket-

lerinin, halka biçimindeki binanın ortasında bulunan ve mahkûmlar tarafından görülemeyen gardiyanlar tarafından gözetleme kulesinden sürekli izlenebildiği cezaevi modeli olan "Panopticon" modelindeki gözetleme ortamının[28] kısmen de olsa günlük hayatımızda uygulandığı veya George Orwel'in "Bin Dokuz Yüz Seksen Dört" romanındaki hayali Okyanusya ülkesinde bütün vatandaşların sürekli ve eş zamanlı olarak tele ekranlar vasıtasıyla Big Brother (Büyük Birader) tarafından izlenip ihlâl oluşturan davranış veya konuşmalarının görülmesi veya duyulması halinde izlemeyi sağlayan cihaz vasıtasıyla doğrudan canlı olarak ikaz edilmesi ya da ihlâlin derecesine göre çok kısa bir zamanda görevlilerin oraya ulaşarak şahsı yakalayıp götürmeleri şeklindeki ütopyasının[29] kısmen gerçekleştiği düşüncesini oluşturabilmektedir.

Son zamanlarda basına yansıyan ve çeşitli illerde Valilikler veya Büyükşehir Belediye Başkanlıklarınca alınan kararlar gereği metro, otobüs, dolmuş ve taksi dolmuş gibi toplu taşıma araçlarına kamera ve ses kayıt cihazları yerleştirilerek bu araçlarla şehir içinde yolculuk yapan tüm vatandaşların ve şoförün görüntülerinin kayıt altına alınacağı ve bu görüntülerin on-line olarak oluşturulan merkez birimlere aktarılarak bir bakıma canlı izleme yapılacağına ilişkin haberlere[30] ba-

---

28 Michel Foucault, "Hapishanenin Doğuşu", Çev.:Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara-2015, 6. Baskı, s.295-298.

29 George Orwell, "Bin Dokuz Yüz Seksen Dört", Çev.:Celâl Üster, Can Sanat Yay., İstanbul-2015, 51. Baskı, s.25-27.

30 İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığınca metro ve otobüslerin içini an be an kaydeden kamera takip sistemlerinin ardından tüm minibüs ve taksi dolmuşlara da kamera takip sistemi kurulmasına karar verildiğine ilişkin haber, "www.milliyet.com.tr/minibus-ve-dolmuslara-kamera-gundem-2425151", 03.04.2017; Hürriyet Gazetesi, 03.04.2017 tarihli nüshası, sayfa 3, sütun 1.
Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı EGO Genel Müdürlüğünün 06.01.2017 tarihinde yaptığı açıklamada, bünyelerinde bulunan tüm otobüs filosunun tamamını araç içi kamera sistemiyle donatıldığı ve otobüslerin içerisini her yönüyle rahatlıkla görebilecek açıda bulunan kamerayla kaydedilen görüntülerin on-line olarak Filo Güzergah Takip Ve Yönetim Merkezine iletildiğinin belirtildiğine ilişkin haber. "www.ego.gov.tr/tr/haber/4194/ego-otobusleri-kamera-sistemiyle-takip-altinda, 06.04.2017".
Hatay Valiliğince, Hatay Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na bir yazı gönderilerek tüm dolmuş, minibüs ve otobüslere kamera ve ses kayıt cihazı bulundurulması uygulamasına başlanması için 30.04.2017 tarihine kadar süre verildiğine ilişkin haber. "www.antakyagazetesi.com/minibus-ve-otobuslere-kamera", 06.04.2017.

kıldığında, önceki bölümlerde izah edilen diğer görüntüleme yoluyla izleme faaliyetlerine[31] ilaveten artık toplu taşıma araçlarına binen herkesin ininceye kadar görüntülerinin çekilmesi, kayıt altına alınması ve bunların yanı sıra da oluşturulan merkezlerde görevliler tarafından anlık olarak izlenmesi şeklinde yapılacak uygulamalar bu yönde düşüncenin oluşmasına elbette katkı sağlamaktadır.

Bu uygulamalarla ilgili açıklamalarda gayenin, diğer uygulamalarda olduğu gibi benzer şekilde öncelikle güvenliğin sağlanması ve bunun yanı sıra da gerektiğinde adli olayların çözümü için delil elde edilmesi olduğu ifade edilmektedir. Ancak güvenlik ve adli olayların çözümü gayesi yanında yapılacak uygulamanın özgürlükler ve hukuk güvenliği açısından yaratacağı sorunlar ve bunlarla ilgili olarak da uygulama esnasında alınacak tedbirlerden hiç bahsedilmemekte, uygulamayı yapacak kurumlar tarafından bu konu gündeme getirilmemektedir.

Oysa içinde bulunduğumuz koşullar itibariyle ülkemizde olağan beklenti haline gelen terör saldırılarının artık New York, Paris, Berlin, Londra, Moskova, Stockholm gibi başlıca dünya kentlerinde de yapılabiliyor olması karşısında git gide artan güvenlik ihtiyacı nedeniyle gelişen teknolojinin sağladığı gözetleme imkanlarından yararlanma eğilimi ve uygulaması artarken, öte yandan da bu uygulamaların yarattığı sakıncalar da tartışılmaktadır.

Kamusal alandaki aktivitelerin özel olmadığı fikrinin ancak sözlüksel anlamda bir anlam ifade ettiği, bu bağlamda da "toplum içinde ayırt edilmeme hakkının" özel hayatın gizliliğine ilişkin haklardan birisi olması gerektiği, zira bireylerin toplum içinde de rahat davranma ve bilinmeme hakkına sahip olduğu,[32] bu hakkın da bireyler açısından özgür bir hareket alanı ve böylece açık ve yaratıcı bir toplum meydana getireceği, ancak bunun olmadığı yerde kişilerin gittikçe birbirine

---

31 "Bölge Görüntüleme Sistemi", "Plaka Tanıma Sistemi", "Hız Ölçüm Sistemi", "Kırmızı Işık İhlal Sistemi" vb.

32 Ayhan Bozlak, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, Beta Yay., 2015-İstanbul, 1. Baskı, s.117-118'e atfen Alan F. Westin, Privacy And Freedom, London:Boodlay Head.

benzeyen ve sonuçta da baskıcı ve sıkıcı bir toplumun ortaya çıkacağı[33] öngörülmektedir.

Nitekim 2013 yılında "10 Aralık Dünya İnsan Hakları" günü dolayısıyla 83 ülkeden aralarında 5 Nobel ödüllü yazarın da bulunduğu toplam 530 yazarın kitlesel gözetlemeye karşı yayınladıkları "Dijital Çağda Bir Demokrasi Savunması" başlıklı Manifestoda özetle; bireyin dokunulmaz bütünlüğünün demokrasinin taşı olduğu, bu bütünlüğün bedenin ötesinde olduğu ve bütün insanların düşüncelerinde, kişisel çevrelerinde ve iletişimlerinde gözetlenmeme ve rahat bırakılma hakkının bulunduğu, kitlesel gözetleme amacı ile devletler ve şirketler tarafından teknolojik gelişmelerin kötüye kullanımı yoluyla bu temel insan hakkının içinin boşaltıldığı, keza kitlesel gözetlemelerde her bir vatandaşın potansiyel şüpheli olarak görüldüğü ve tarihi miraslardan biri olan masumiyet karinesinin yaralandığı belirtmiş ve netice olarak da herkesin demokratik vatandaşlar olarak kişisel verilerinin yasal yollardan hangi ölçüde ve kimler tarafından toplanabileceğine, saklanabileceğine ve işlenebileceğine karar verme; bu verilerin nerede saklandığı ve nasıl kullanılacağı hakkında bilgi sahibi olma; verilerin yasal olmayan biçimlerde toplanması durumunda silinmesini sağlama hakkına sahip olması talep edilmiştir.[34]

Bu manifestoda da görüldüğü üzere esasen özgürlüğü ön plana çıkaranların talebinin, güvenlik için gerekli olan görüntü tespiti faaliyetlerinin hiç yapılmaması olmadığı; ancak güvenlik için bu faaliyetler yapılır iken insan hakları çerçevesinde insana ait temel bazı hakların ihlal edilmemesine özen gösterilmesi beklenmektedir.

Bu bağlamda nasıl ki kişilerin canının, malının, din ve vicdan emniyetinin vb. maddi ve manevi varlıklarının hukuk normları ile korunmasına ilişkin duyulan inanç hukuk güveliğinin konusu ise, bu

---

33 age. s.118'e atfen Christofer Slobogin, (2007) Privacy At Risk:The New Govermant Surveillance and The Fourth Amendment, The University of Chicago Press, Chicago and London.

34 "www.hurriyet.com.tr/kultur-sanat/25322861.asp",10.04.2017; "www.bbc.com/turkce/haberler/2013/131210_yazarlar_manifesto", 10.04.2017; "technoday.com.tr/dunyanin-en-onemli-yazarlarindan-kitlesel-gozetlemeye-karşi-manifesto", 10.04.2017.

sağlanırken dokunulan "toplum içinde fark edilmeme, kişisel verilerin güvence altına alınması vb." hakların korunması da hukuk güvenliğinin konusunu oluşturduğu unutulmamalı ve her ikisi arasındaki dengenin gözetilmesi de ancak kamu otoritesi tarafından ve elbette usulüne uygun düzenlenen normlar marifetiyle özenle yapılmalıdır.

V. SONUÇ:

Günümüzde dünyanın pek çok bölgesinin ve ülkemizin içerisinde bulunduğu iç ve dış politik ve askeri koşulların yarattığı atmosfere bağlı olarak artan terör eylemlerinin, keza ekonomik ve toplumsal koşulların da tetiklediği artan suç işleme eğilimi itibariyle hem diğer ülkelerde hem de ülkemizde güvenlik ihtiyacı her geçen gün daha da artmakta ve bunun sağlanması için de kamu otoritesi tarafından teknolojik imkânlardan en üst seviyede yararlanılmaya gayret edilmektedir.

Ancak devletler tarafından bu yapılır iken elbette gerek adi suçlar yönünden gerekse de terör ve diğer örgütlü suçlar yönünden failler tarafından da gelişen teknolojilerden yararlanılmakta, hatta devletin kullandığı teknolojik imkânları bertaraf edecek bazı teknolojik gelişmeleri de kaydedebilmektedirler. Bu konu kimi zaman kısır döngü olarak da tezahür etmekte, kamu güvenliğini sağlamak yükümlülüğünde olan kamu organları ile suç organizasyonu yapanların karşılıklı hamleleri birbirini izleyebilmektedir.

Bu mücadelenin ortasında kalan sıradan vatandaşların sahip oldukları özgürlük alanları, kimi zaman kamu organları ve görevlilerince, kimi zaman da özel kurum ve kuruluşlar ya da gerçek şahıslar tarafından güvenlik kaygısı nedeniyle ihlal edilebilmektedir.

İşte bu makalede yapılan inceleme tam da böyle bir konuyu kapsamaktadır. Toplumda artan suç eğilimi karşısında hem suç işlenmesinin önlenmesi hem de işlenen suçların faillerinin tespit edilerek haklarında gerekli yasal işlemlerin yapılması ve neticede de yasaların öngördüğü cezai yaptırımların uygulanabilmesi için yukarıda detaylı olarak izah edilen teknolojik imkânlardan yararlanılmasına ihtiyaç bulunduğu kanaatindeyim. Ancak bu ihtiyacın varlığı ve gerekliliği, anılan izleme ve gözetleme faaliyetlerinin nasıl yapılacağı, sınırlarının neler olacağı, verileri kullanma ve paylaşım kuralları, verilere ulaşma

sınırları, muhafaza süre ve kuralları, verileri silmeye ilişkin süre ve kurallar, kuralları ihlal edenler için cezai müeyyideler ve en önemlisi de objektif denetim yapılması vb. çok önemli konularda münhasır mevzuat düzenlemesi yapılmasına ve bu süreçlere ilişkin tüm faaliyetlerin hukuk devleti kriterlerine uygun olarak icra edilmesine engel teşkil etmemelidir. Ancak ülkemiz de dâhil olmak üzere genelde devletler bu konuda bilinçli ihmal yolunu tercih etmekte ve bu alanı mümkün olduğunca kuralsız bırakma eğilimi göstermektedir.

Oysa Anayasa'sında hukuk devleti olduğu yazan ülkemizin yasa koyucu iradesi, Anayasa'nın bu kriteri doğrultusunda düzenlemeler yapmak yükümlülüğündedir.

Kaldı ki hali hazırda genel düzenlemelere dayanarak bu uygulamaları yaptıkları anlaşılan kamu kurumlarının ise yönetmelik gibi ikincil düzenlemelerde, en azından hukuk devleti kriterlerine ve üst normlara aykırı olmayacak şekilde yukarıda belirttiğimiz uygulamaya ilişkin bazı kural düzenlemelerini yaparak hukuk güvenliğini temin edecek adımlar atması gerekmektedir.

Burada önemli olan husus, kamu güvenliği temin edilirken mümkün olduğunca özgürlüklerin daraltılmaması ve daraltılması gereken durumlarda ise uygulamanın özgürlükleri ve hukuk güvenliğini gözeten ve koruyan içeriğe sahip mevzuatla kurallara bağlanmış şekilde yapılmasıdır. Yoksa hali hazırda uygulandığı biçimde her isteyen kişi, kurum veya kuruluşun piyasadan kolayca satın alarak ve "kamuya açık alan" nitelemesinin arkasına saklanarak istediği sayıda ve özellikte görüntü alma ve kayıt cihazlarını dilediği gibi yerleştirip arzu ettiği sürede muhafaza etmesi şeklinde kuralları belli olmayan bir başıboşluk içinde uygulamalar yapıldığını gördüğümüz bu durumun, hukuk devleti kriterlerine uyumlu olduğunu söylemek pek mümkün görülmemektedir.

Bu bağlamda hiç kimsenin sürekli izlendiğini düşünerek huzur içinde yaşaması mümkün değil iken, bir de bu uygulamaların münhasır düzenlenmiş objektif kurallara göre yapılmadığını düşündüğümüzde, hem özgürlüklerin korunması yönünden insan hakları hem de hukuk güvenliği ve bunlara bağlı olarak da hukuk devleti yönünden sorunlu bir alanla karşı karşıya olduğumuzu söyleyebiliriz.

Tüm bunların çözümlenmesi asla zor bir iş olmayıp yapılacak iş, kamu kurumları yanında üniversiteler, barolar ve sivil toplum unsurlarının da katılımı ile geniş bir tabanda konuyu tartışmaya açıp dünyadaki olumlu ve olumsuz uygulama ve gelişmelerin incelenip temel oluşturacak bir yasa taslağı ortaya konularak, bu taslak ile ilgili görüşlerin toplanıp tartışılarak belki de diğer ülkelere örnek oluşturabilecek bir yasa veya mevcut bir yasa içerisine ilave düzenleme yapılması ve müteakiben de uygulamaya ilişkin ikincil düzenlemelerle konunun geliştirilip, zaman içerisinde yapılacak gözlemler sonucunda elde edilecek sonuçlara göre gerekli değişikliklerin yapılmasıdır.

Aksi takdirde 10 Aralık Dünya İnsan Hakları Günü dolayısıyla İçişleri Bakanı tarafından yayınlanan mesajda[35] yer alan ve Türkiye'nin, bütün insanların insanca yaşam hakkını koruma noktasındaki asil duruşunu bugün olduğu gibi gelecekte de devam ettireceği yönündeki ifade, sadece mesaj içerisinde sözde kalmaya mahkûm olacaktır.

Kaynakça

Bozlak Ayhan, ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, Beta Yay., 2015-İstanbul, 1. Baskı, s.117'e atfen Alan F. Westin, Privacy And Freedom, London:Boodlay Head; s.118'e atfen Christofer Slobogin, (2007) Privacy At Risk:The New Govermant Surveillance and The Fourth Amendment, The University of Chicago Press, Chicago and London.

Foucault Michel, "Hapishanenin Doğuşu", Çev.:Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara-2015, 6. Baskı, s.295-298.

Orwell George, "Bin Dokuz Yüz Seksen Dört", Çev.:Celâl Üster, Can Sanat Yay., İstanbul-2015, 51. Baskı, s.25-27.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yay., Ankara 2004.

Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Hukuku, 6. Bası, Beta Yay., İstanbul 2004.

Yıldız Mete/Erkul R.Erdem, "Elektronik Göz Ve Türkiye'de Kameralı Hayat", "www.inet-org.tr/inetconf11/bildiri/97.pdf" (28.09.2016).

23.07.2005 tarih ve 25884 sayılı Resmi Gazete.

17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete.

26.02.2016 tarih ve 29636 sayılı Resmi Gazete.

35 İçişleri Bakanı tarafından, 10 Aralık Dünya İnsan Hakları Günü dolayısıyla yayınladığı 2016/121 numaralı mesaj, "www.icisleri.gov.tr/icisleri-bakani-suleyman-soylunun-10 aralik-insan-haklari-gunu-mesaji".

Anayasa Mahkemesi, KT:25.05.1976, E:1976/1, K:1976/28, *AYMKD*., S.14.

Yargıtay 12'inci Ceza Dairesi, 03.04.2012, 2011/7345 Esas, 2012/8936 Karar sayılı ilâmı, Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat Bilgi Bankası (20.10.2016).

TÜBİTAK Kamu Araştırmaları Destek Grubu (KAMAG), 1007-EGM-2013-01 Çağrı No'lu Doküman, "tubitak.gov.tr/sites/default/files/1007-egm-2013-01.pdf", (06.10.2016).

Jandarma Genel Komutanlığı'na 07.09.2015 tarihli, Emniyet Genel Müdürlüğü'ne 13.10.2015 tarihli gönderilen iki ayrı bilgi edinme dilekçesi.

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 05.11.2015 tarih ve 93235275-54585-54601-(91234)/114/143738 sayılı cevap yazısı.

Jandarma Genel Komutanlığı'nın 02.10.2015 tarih ve "Başvurunuz Hakkında" konulu ve bilâ sayılı cevap yazısı.

Hürriyet Ankara, "Başkente Kameralı Koruma, 1078 Göz İzliyor" başlıklı haber, 24.09.2016 tarihli nüsha, s.3.

Hürriyet Gazetesi, 03.04.2017 tarihli nüsha, sayfa 3.

İçişleri Bakanı tarafından 10 Aralık Dünya İnsan Hakları Günü dolayısıyla yayınlanan 2016/121 numaralı mesaj, "www.icisleri.gov.tr/icisleri-bakani-suleyman-soylunun-10 aralik-insan-haklari-gunu-mesaji".

"kgys.ankara.pol.tr" (15.08.2015).

"www.antalya.gov.tr/icerik/12/137/kent-guvenlik-yonetim-sistemi.html" (15.08.2015).

"www.trabzon.pol.tr/sayfalar/MOBESE.aspx" (29.09.2016).

"www.bayburt.pol.tr/Sayfalar/MOBESE.aspx" (04.10.2016).

"https://www.egm.gov.tr/documents/performans 2013.pdf" (29.09.2016).

"https://www.egm.gov.tr/EN/Pages/mobese.aspx" (29.09.2016).

"www.mobese.gen.tr/hakkinda/"(04.10.2016);www.temateknoloji.com/cozumdetay/14/Bolge-Goruntuleme-Sistemleri" (04.10.2016).

"www.eskisehir.pol.tr/Sayfalar/kgys.aspx" (04.10.2016)

"www.antalya.gov.tr/icerik/12/137/kent-guvenlik-yonetim-sistemi.html" (04.10.2016).

"www.bursa.pol.tr./Duyurular/Sayfalar/Duyuru_1.aspx" (05.10.2016).

"www.usak.pol.tr./Duyurular/Sayfalar/sehir_ici_trafik_uygulamaları.aspx" (05.10.2016).

"kgys.ankara.pol.tr/goruntuleme_sistemi.php" (05.10.2016).

"www.antalya.gov.tr/icerik/12/137/kent-guvenlik-yonetim-sistemi.html" (04.10.2016)

"www.milliyet.com.tr/minibus-ve-dolmuslara-kamera-gundem-2425151", (03.04.2017).

"www.ego.gov.tr/tr/haber/4194/ego-otobusleri-kamera-sistemiyle-takip-altinda", (06.04.2017).

"www.antakyagazetesi.com/minibus-ve-otobuslere-kamera", 06.04.2017.

"www.hurriyet.com.tr/kultur-sanat/25322861.asp",10.04.2017.

"www.bbc.com/turkce/haberler/2013/131210_yazarlar_manifesto", 10.04.2017.

"technoday.com.tr/dunyanin-en-onemli-yazarlarindan-kitlesel-gozetlemeye-karşi-manifesto", 10.04.2017.

UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE İMAL VE TİCARETİ SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK

EFFECTIVE REMORSE IN PRODUCTION AND TRADE OF DRUGS AND STIMULANTS

Meryem GÜNAY*

Özet: Etkin pişmanlık, belirli bazı suçlar bakımından fail yararına sonuçlar doğuran bir ceza hukuku kurumudur. Suçun tamamlanmasından sonra özel ceza normunda düzenlenmiş olması şartı ile uygulama alanı bulan etkin pişmanlık, fiil için öngörülen cezayı ortadan kaldırır veya azaltır.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile mücadele kapsamında, TCK'nın 192. maddesinde cezayı ortadan kaldıran ve azaltan etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. TCK'nın 192. maddesinin 1. fıkrasında cezayı kaldıran etkin pişmanlık, TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrasında ise cezada indirime yol açan etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Çalışmamızda uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarında, cezayı kaldıran ve cezada indirime yol açan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşulları ve sonuçları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Etkin Pişmanlık, Uyuşturucu Madde Ticareti, Cezayı Kaldıran Etkin Pişmanlık, Cezayı Azaltan Etkin Pişmanlık, İştirak, Suç Ortakları, Bildirim

Abstract: Effective remorse is a criminal justice institution that produces beneficial consequences for the perpetrator for certain crimes. Effective remorse, which finds its application area subject to the condition that it is regulated under the special punishment norm after completing the crime, removes or reduces the punishment foreseen in the act.

Within the scope of combating the production and trade of drugs and stimulants, effective remorse rules have been regulated in Article 192 of the Turkish Penal Code, removing and reducing punishment. In paragraph 1 of Article 192 of the Turkish Penal Code, effective remorse rules, which removes the punishment, and in the third paragraph of Article 192 of the

Turkish Penal Code, effective remorse rules, which resulted in reduction in punishment, have been included. In our study, the conditions and consequences of the implementation of effective remorse rules, which removes the punishment and that leads to reduction in punishment for the production and trade of drugs and stimulants, will be examined.

Keywords: Effective Remorse, Drug Trafficking, Effective Remorse Removing the Penalty, Effective Remorse Reducing the Penalty, Participation, Abettors, Notification

* Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi

GİRİŞ

Kanun koyucu, suç politikası gereği, belirli bazı suçlar bakımından fail yararına sonuçlar doğuran ceza hukuku kurumları öngörebilir. Bunlardan bir tanesi etkin pişmanlık kurumudur. Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra özel ceza normunda düzenlenmiş olması şartı ile uygulama alanı bulan ve cezayı azaltan ya da ortadan kaldıran bir şahsi sebeptir. Ancak etkin pişmanlık kurumu ile fiil suç olmaktan çıkmamaktadır. Sadece fiil için öngörülen ceza ortadan kalkmakta veya azalmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümler kitabında topluma karşı suçlara ilişkin üçüncü kısmın, *"kamunun sağlığına karşı suçlar"* başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları için de etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Böylelikle uyuşturucu suçları ile daha etkin mücadele edilmesi amaçlanmıştır.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile ilgili etkin pişmanlık hükümleri TCK'nın 192. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. TCK'nın 192. maddesinin 1. fıkrasında cezayı kaldıran etkin pişmanlık, TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrasında ise cezada indirime yol açan etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

Makalemizde, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarında, cezayı kaldıran ve cezada indirime yol açan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarını ve sonuçlarını ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız.

UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE İMAL VE TİCARETİ SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK

I. ETKİN PİŞMANLIK KAVRAMI

Etkin pişmanlık, 5237 sayılı TCK'da bütün suçlarda uygulanabilecek genel bir hüküm olarak değil suç politikasının önemli bir aracı olarak özel suç tipleri bağlamında istisnai bir kurum olarak düzenlenmiştir. Türk hukukunda etkin pişmanlık, "cezanın kaldırılmasını veya azaltılmasını gerektiren bir şahsi sebep" olarak ele alınmaktadır. Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra yani suçun icra hareket-

leri tamamlandıktan ve sonuç ortaya çıktıktan sonra, özel ceza normunda düzenlenmiş olması şartı ile uygulama alanı bulan ve cezayı azaltan ya da ortadan kaldıran bir şahsi sebeptir.[1] Bu halde suç ortadan kalkmamakta ya da fiil suç olmaktan çıkmamaktadır.[2]

Etkin pişmanlık, failin işlemiş olduğu fiilin hukuk düzenine aykırılığını ve gayrimeşru niteliğini etkilememekte, suç sonrası pişmanlık duyan failin işlediği fiil yine suç olarak kalmaya devam etmektedir. Bu sebeple de etkin pişmanlık ile fiilin haksızlık içeriğine etki eden hafifletici nedenler ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli haller birbirinden farklıdır. Öğretide etkin pişmanlığın işlenmekte olan bir suçtan vazgeçme anlamına geldiğini savunan yazarlar, tamamlanmış bir suçu yetkili makamlara ihbar etmek şeklinde 5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlık adıyla düzenlenen kurumun aslında "suç sonrası pişmanlığı" yansıttığını kabul etmektedirler. Buna göre, TCK suç sonrası pişmanlığa yer vermekle bir "cezalandırılabilme şartı" kabul etmiş olduğundan şartın gerçekleşmesi suçun ortadan kalkmasını değil, ihbarda bulunmasının ödülü olarak faile ceza verilmemesini sağlamaktadır.[3]

Etkin pişmanlık müessesesine 5237 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmında yer verilmemiş olup etkin pişmanlık, ikinci kısımda yer alan bir kısım suçlar açısından düzenlemiştir. Kanun koyucunun belirlemiş olduğu suçlar dışındaki suçlara etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz.[4]

Etkin pişmanlık sebebine yer verilen bazı suç tipleri açısından, cezanın bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkacağı kabul edilmiş iken

---

1 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Eylül 2016, s. 576; Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 458; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Eylül 2016, s. 439; Tellenbach, Einführung in das türkische Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2008, s. 49.

2 Fatma Karakaş Doğan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, İstanbul 2015, s. 234; Erkan Canak, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 15.

3 Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 151.

4 Hakan, Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 20. Baskı, Ankara 2017, s.299; Bollinger, Lorenz, "*Journal of Drug Issues*", summer 2004, Vol. 34 Issue 3, s. 27.

bazı suç tipleri açısından cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Etkin pişmanlığın cezayı hafifleten bir neden olarak değil, cezayı kaldıran bir şahsi sebep olarak düzenlenmiş olması halinde, etkin pişmanlık gösteren fail hakkında beraat kararına değil, "ceza verilmesine yer olmadığı" kararına hükmedilmesi gerekir. Bu durum etkin pişmanlık halinde fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkmamasının kanuni neticesidir. Etkin pişmanlığın cezayı bütünüyle kaldırıcı kişisel neden olarak düzenlendiği hallerde, CMK m. 171 uyarınca henüz soruşturma evresinde de koşullarının gerçekleşmesi şartıyla Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebileceği düzenlenmiştir.[5]

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının faillerine özgü etkin pişmanlık hükümleri TCK'nın 192. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. Maddede, uyuşturucu ticareti ve devamında kullanımı ile etkin bir mücadelenin yürütülebilmesi ve faillerin suç yolundan dönmesini sağlayabilme amaçlı, cezasızlıktan başlayarak, cezadan farklı oranlarda indirim yapılmasına kadar uzanan etkin pişmanlık hükümlere yer verilmiştir.

II. CEZAYI ORTADAN KALDIRAN ETKİN PİŞMANLIK

A) GENEL OLARAK

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına ilişkin olarak TCK'nın 192/1. maddesinde"*cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık"* hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının işlendiğinin resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu suçlara iştirak eden failin, pişmanlık gösterip diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber vermesi ve bu haber sayesinde suç ortaklarının yakalanması veya uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin ele geçirilmesi halinde artık etkin pişmanlık gösteren fail hakkında ceza verilemeyecektir.

TCK'nın 192/1. maddesi hükümlerinin fail lehine uygulanabilmesi için belirli koşulların birlikte varlığı zorunlu kılınmıştır. Ancak

---

5 Mehmet Gödekli, "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", *TAAD*, Ocak 2007, Yıl:7, Sayı:29, s. 286.

TCK'nın 192/1. maddesinin düzenleniş itibariyle karışıklığı ve madde metninde yer alan *"ve"* bağlacına farklı anlamlar yüklenmesi etkin pişmanlığın uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı konusunda tereddüt doğmasına neden olmuştur.

B) CEZAYI ORTADAN KALDIRAN ETKİN PİŞMANLIĞIN UYGULANMA KOŞULLARI

1. Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal veya Ticareti Suçuna İştirak Edilmesi

TCK'nın 192/1. maddesinin fail lehine uygulanabilmesi için ilk olarak *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları"* kenar başlığı ile TCK'nın 188. maddesinde düzenlenen suçlara, failin iştirak etmiş olması gereklidir. Çünkü madde metninde *"iştirak etmiş olan kişi"* ifadesi açıkça kullanılmıştır. Ancak, iştirakin hangi aşamada ve ne sıfatla gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur. Kişinin, fiili bizzat gerçekleştiren asıl fail veya başkasını araç olarak kullanan fail ya da azmettiren veyahut yardım eden sıfatlarıyla suça katılması yeterlidir.[6]

Failin iştirak etmesi gerekli olan uyuşturucu madde imal ve ticaretine ilişkin suç, TCK'nın 188. maddesinde sınırlı sayıda ve seçimlik hareketli olarak tek tek belirtilmiştir. Bu kapsamda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ruhsatsız olarak imali, ithali, ihracı, ülke içinde satılması, satışa arz edilmesi, başkalarına verilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması ile uyuşturucu madde üretiminde kullanılan maddenin imali, ithali, ihracı, satılması, satın alınması, sevk edilmesi, nakledilmesi veya depolanması seçimlik hareketlerinden en az birine iştirak edilmiş olmalıdır. Aksi halde fail, cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmayacaktır.

Failin, uyuşturucu madde imal ve ticareti suçunu, iştirak iradesi olmadan bireysel olarak işlemesi ve daha sonra pişmanlık göstererek kendisini ihbar etmesi ya da elindeki uyuşturucu maddeyi teslim et-

---

6 Caner Yenidünya/Zafer İçer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, TC. İstanbul Kültür Üniversitesi, 2013, Yıl:5, Sayı:38, s.14; Birsen Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 534; Canak, s.17.

mesi halinde cezayı ortadan kaldıran TCK'nın 192/1. maddesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda doktrin ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre,[7] madde metninde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna *"iştirak etmiş olmak"* etkin pişmanlık hükmünden yararlanma koşulu olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla suçun bireysel olarak işlenmesi halinde olmayan suç ortaklarının bildirilmesi söz konusu olamayacağından fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri de uygulanamayacaktır.

Diğer bir görüşe göre ise,[8] uyuşturucu madde imal ve ticareti suçunun bireysel olarak işlenmesi halinde de fail etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilecektir. Zira TCK'nın 192/1. maddesinin düzenleniş amacının henüz işlendiğinden haberdar olunmayan uyuşturucu madde imal veya ticareti suçlarının ortaya çıkarılmasıdır. Maddenin konuluş amacı ve korunmak istenen hukuki yarar dikkate alındığında metinde yer alan *"iştirak etmiş olan kişi"* ifadesi*"suça katılan tek birey"* olarak da kabul edilmelidir. Böylece iştirak iradesi olmaksızın bireysel olarak uyuşturucu ticareti suçu işledikten sonra failin kendisini ihbar etmesi veya uyuşturucu maddeyi teslim etmesi durumunda TCK'nın 192/1. maddesi uygulanabilecektir.

Yargıtay da bireysel olarak işlenen bu suçlarda fail hakkında cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği görüşündedir. Bu kapsamda Yargıtay, madde metninde yer almamasına rağmen suçu bireysel işleyen failin pişmanlık gösterip sadece kendisini ihbar etmesi ve elinde bulunan uyuşturucu maddeyi teslim etmesi veya sakladığı yeri bildirmesi durumunda da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.[9]

---

7 Murat Balcı, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları, Ankara 2011, s. 246; Yusuf Yaşar, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Temini veya Ticareti Suçları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 329.

8 Mehmet Zülfü Öner, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde İmal ve Ticareti Suçları, Ankara 2011, s. 164-165; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 653; Yenidünya/İçer, s. 16; Şahin Kurt/Ela Kurt, Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, Ankara 2007, s. 70; Doğan, s. 236.

9 "…Suç konusu esrarın kendisinde bulunduğunun bilinmediği ve hakkında herhangi bir soruşturmaya başlanılmadığı bir aşamada, başka suçtan aranan birlikte yaşadığı İcat isimli kişinin yakalandığını bildirmek için eve gelen polis memurla-

Kanaatimizce, bireysel olarak işlenen uyuşturucu madde imal ve ticareti suçlarında cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz. Çünkü maddede fail açısından bir sınırlama getirilmiş ve suçu iştirak halinde işleyenlere özgü bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin uygulanma koşulları arasında yer alan "*diğer suç ortaklarının bildirilmesi*" koşulu dikkate alındığında suçun bireysel işlenmesi durumunda, diğer suç ortaklarından bahsedilemeyeceğinden etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması da söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki bu madde, diğer suç ortaklarının yakalanması ve onların cezasız kalmamalarını sağlamaya fayda sağlayacağı düşüncesiyle getirilmiştir. Buna rağmen bireysel suç işleyen fail lehine, TCK'nın 192/1. maddesinin uygulanabileceğini ileri sürmek hem maddenin konuluş amacına hem de lafzına aykırı olacaktır.[10]

2. İştirak Edilen Suça İlişkin Bildirimde Bulunulması

TCK'nın 192/1. maddesinin fail lehine uygulanabilmesi için gerekli olan diğer bir koşul suça iştirak eden failin, diğer suç ortaklarına ve uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerlere ilişkin bildirimde bulunmasıdır. Bildirimin içeriğinde yer alan bilgiler, iştirak edilen uyuşturucu suçuyla ilgili olmalıdır. Failin iştirak etmediği başka bir suçla ilgili bilgi vermesi durumunda fail lehine etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.[11]

Bildirim, bizzat fail tarafından yapılmalıdır. Fail adına eşi, çocukları, akrabası veya akrabalık bağı bulunmayan üçüncü kişilerin, failin

---

rına suç konusu esrarı teslim ederek, kendi suçunu ortaya çıkaran sanık hakkında, TCK'nın 192/1. maddesi uyarınca cezaya hükmolunamayacağının gözetilmemesi,..", Yargıtay 10.CD., 19/11/2013 tarih, 2012/20112E, 2013/10356K.; "…kullanma maksadı dışında uyuşturucu madde bulundurduğu anlaşılan sanığın, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, kolluk görevlilerine uyuşturucu maddeyi teslim ederek kendi suçunun ortaya çıkarılmasını sağladığı anlaşılmakla; sanık hakkında TCK'nın 192/2. fıkrası yerine, aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..", Yargıtay 10.CD., 14/05/2015 tarih, 2015/1269E, 2015/678K., (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

10 Kanun maddesi, lafzına aykırı olarak yorumlanamayacağından ve bu durum Yargıtay kararları ile de düzeltilemeyeceğinden, yasal düzenleme yapılarak madde metnindeki "uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi" ifadesi" uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarını işleyen kişi" şeklinde değiştirilmelidir.

11 Elmas, s.535.

bilgisi ve rızası dâhilinde bile olsa, bildirimde bulunması kural olarak geçerli değildir. Çünkü bilgilerin fail adına verilmesi, failin gönüllüğünü ve iradesini yansıtıp yansıtmadığına dair denetleme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Ancak failin bizzat bildirimde bulunmasını engelleyecek makul bir nedenin bulunması durumunda, başkası tarafından yapılan bildirimin de geçerli olduğunun kabulü gereklidir. Örneğin, failin ağır hastalığı veya sakatlığı nedeniyle kendi rızası ve yönlendirmesiyle bir başkası vasıtasıyla bilgi verilmesi geçerli kabul edilmeli ve fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.[12]

TCK'nın 192/1. maddesinde bildirimin ne şekilde yapılacağına dair bir usul belirlenmemiştir. Bu nedenle bildirim, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ancak, bildirimin içeriğine ve zamanına yönelik ileride karşılaşılabilecek itirazların önüne geçilmesi amacıyla sözlü olarak verilen bilginin ilgili merci tarafından yazılı bir tutanağa bağlanması gerekir.

3. Bildirimin, Resmi Makamlar Suçtan Haberdar Olmadan Önce Yapılması

Failin, iştirak ettiği uyuşturucu suçuna ilişkin bilgileri içeren bildirimini, resmi makamların suçtan haberdar olmadan önce yapmış olması, TCK'nın 192/1. maddesinin uygulanabilmesinin diğer bir koşuludur. Failin, pişmanlık duygusu ve iyiniyetinin sonucu olan bildirimini, belli bir zaman diliminde yapması gereklidir. Aksi halde fail hakkında cezasızlık öngören etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz. Ancak, bu aşamadan sonra bildirimde bulunan fail, diğer koşullar da gerçekleşmişse, TCK'nın 192/3. maddesinde düzenlenen ve cezada indirim gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilir.[13]

Resmi makamların, failin iştirak ettiği suçtan ne şekilde haberdar olduğunun bir önemi yoktur. Suç, ihbar veya doğrudan doğruya öğrenilme[14] yoluyla haber alınabilir. Ancak, suçun işlendiği ihbar yoluyla

---

12 Yenidünya/İçer, s.17; Canak, s.17; Elmas, s.535; Şener Güngör/Ali Kınacı, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001, s.453.

13 Canak, s.16; Elmas, s.536.

14 Suç işlendiğinin herhangi bir kişi tarafından bildirilmesi, basında yer alması ihbar yoluyla, iletişimin tespiti, teknik ve fiziki takip, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, arama gibi soruşturma işlemleri sırasında öğrenilmesi ise doğrudan öğrenil-

haber alınmış ise, ihbarın soyut ve genel nitelikte olmaması, suça ilişkin ciddi bilgi, belge veya bulguları içermesi gerekmektedir. Tahmine veya şüpheye dayanan soyut nitelikteki ihbarlar haber alınma olarak kabul edilmemelidir.[15]

Suçun haber alınması yazılı bir belgeye dayanıyorsa bu belgenin düzenlenme tarihi suçun haber alınma tarihidir. Ancak, suçun sözlü ihbar veya yazılı olmayan doğrudan öğrenilme yoluyla haber alınması halinde, haber alınma zamanına yönelik itirazların ve tereddütlerin engellenmesi amacıyla CMK'nın 158/4-5. fıkraları uyarınca makul bir süre içerisinde haber alınma, tutanağa geçirilmelidir. Haklı nedenlerle tutanak düzenleme işlemi gerçekleştirilmemişse haber alınma tarihi her tülü delille ispatlanabilecektir.[16] Görüldüğü üzere burada önemli olan suçun haber alınması ve haber alınmanın tespit edilebilir olmasıdır. Suçun haber alınmasına rağmen somut bir işlem yapılmaması veya soruşturma başlatılmamasının bir önemi yoktur.[17]

Failin bildirimde bulunduğu sırada suçun resmi makamlar tarafından daha önceden haber alındığını bilip bilmemesi sonuca etkili değildir. Bildirimden önce resmi makamlar zaten suçtan haberdar olmuşsa ve fail resmi makamların suçtan haberdar olduğunu bilmeden bildirimde bulunmuşsa artık etkin pişmanlık hükümleri fail lehine uygulanamayacaktır. Örneğin, suçun işlendiğinin iletişimin tespiti yoluyla öğrenilmesinden sonra, bu durumu bilmeyen fail, yetkili makama başvurup bildirimde bulunursa TCK'nın 192/1. maddesi hükmünden istifade edemez.[18]

Diğer taraftan, TCK'nın 188/3. fıkrasında yer alan seçimlik hareketlerden birini işlediği haber alınan fail hakkında, bu suç nedeniyle soruşturma başlatıldığı sırada failin bildirimi nedeniyle eyleminin TCK'nın 188/1. fıkrasında yer alan seçimlik hareketler kapsamında

---

meye örnek olarak gösterilebilir.

15 Yenidünya/İçer, s.18; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem ve Diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2016, s.580.

16 Öner, s. 165; Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Baskı, Cilt 3, Ankara 2010, s. 3060.

17 Canak, s.16-17; Elmas, s.536.

18 Elmas, s. 537; Çetin Akkaya, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 468.

kaldığının anlaşılması halinde fail hakkında TCK'nın 188/3. fıkra hükmü uygulanacaktır. Çünkü fail, iştirak ettiği ve birinci fıkra kapsamında kalan suç hakkında resmi makamların henüz haberi olmadan bildirimde bulunmuştur.[19]

4. Bildirimin Resmi Makamlara Yapılması

Failin, iştirak ettiği uyuşturucu suçuna ilişkin bilgileri içeren bildirimini resmi makamlara yapmış olması da TCK'nın 192/1. maddesinin uygulanabilme koşulları arasındadır. Bildirim, TCK'nın 192/1. maddesinde"*resmi makam*" ve "*mercii*" şeklinde belirtilen kurum ve kuruluşlara yapılmadığı takdirde etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.

Cezasızlığın öngörüldüğü TCK'nın 192/1. maddesinde bildirimin "*mercie*" yapılması gerektiğinin belirtilmesine rağmen "*merciin*" neresi olduğuna dair bir açıklama yapılmamıştır. Failin bildirimi aynı zamanda bir suç ihbarı niteliğinde olması nedeniyle bildirimin de ihbarın yapılacağı mercilere yapılması gerekir. İhbarın hangi mercilere yapılacağı ise CMK'nın 158. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre ihbar, Cumhuriyet Başsavcılıklarına, kolluk makamlarına, valilik ve kaymakamlıklara, mahkemelere, elçilik ve konsolosluklara, bir kamu görevinin yürütülmesi ile ilgili olarak ilgili kurum ve kuruluş idarelerine yapılabilecektir.[20]

---

19 "Sanığın içerisinde bulunduğu minibüste yapılan arama sonucu oturduğu koltuğun altındaki poşette 1225 gram esrar bulunduğu; bu maddenin başka bir ülkeden Türkiye'ye getirildiğine ilişkin delil olmadığı aşamada sanığın suç konusu esrarı Suriye'den hakkında tefrik kararı verilen sanık Salim ile birlikte Türkiye'ye getirdiğini söyleyerek ithal suçunu kendi beyanı ile ortaya çıkardığı ve etkin pişmanlığı nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 192. maddesinin 1. fıkrası gereğince "uyuşturucu madde ithal etme" suçundan ceza verilemeyeceği, sanık hakkında TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan "uyuşturucu madde bulundurup nakletme" suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,..", Yargıtay 10.CD.,03/03/2015 tarih, 2014/11581E, 2015/24437K., (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

20 Bunun dışında TCK'nın 192/1. maddesinde bildirimin yapılacağı mercii konusunda bir sınırlandırma getirilmemesi nedeniyle, kendisine yapılan ihbarı ilgili yerlere iletmiş ya da iletmesi gereken yerleri de "mercii" kavramı içinde değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda, Adalet ve İçişleri Bakanlıkları, gemi kaptanları yetkili mercii olarak kabul edilmelidir. Bkz. Mustafa Albayrak, Notlu-Atıflı,-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 15. Baskı, Ankara 2016, s.901; Akkaya, s. 470.

5. Bildirimin, Diğer Suç Ortaklarına ve Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Saklandığı veya İmal Edildiği Yerlere İlişkin Bilgileri İçermesi

Bildirimin içeriğinde, diğer suç ortaklarına ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerlere ilişkin bilgilerin bulunması zorunluluğu da TCK'nın 192/1. maddesinin uygulanma koşullarından bir tanesidir. Suça iştirak eden fail, hem suç ortaklarına hem de uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerlere ilişkin bilgi vermelidir. Sadece suç ortaklarının veya sadece uyuşturucu maddenin saklandığı ya da imal edildiği yerlerin bildirilmesi yeterli değildir.

Failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için, hem suç ortaklarını hem de uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yeri bildirme zorunluluğu, madde metninde kullanılan *"ve"* bağlacına farklı anlamlar yüklenmesi nedeniyle beraberinde birtakım problemleri de getirmiştir. Özellikle failin bildiriminde, maddede yer alan seçimlik bilgilerden bir tanesinin bulunmasının yeterli olup olmayacağı ve bu halde de fail hakkında cezasızlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konularında doktrin ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre,[21] TCK'nın 192/1. maddesinde *"diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse"* şeklinde düzenleme yapıldığı ve bu düzenlemede *"ve"* bağlacı kullanıldığı için yalnızca diğer suç ortaklarını veya yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerlerin bildirilmesi durumunda suça iştirak eden kişi etkin pişmanlıktan faydalanamaz. Diğer suç ortakları ile birlikte ya uyuşturucu maddenin saklandığı ya da imal edildiği yerlerden bir tanesinin de bildirilmesi gereklidir.

Diğer bir görüş ise,[22] madde metninde*"diğer suç ortaklarını"* ibare-

[21] Tezcan/Erdem/Önok, s. 676; Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 111.

[22] Yaşar, s.330; Canak, s.18; Osman Yaşar/Hasan Gökcan/Tahsin Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 5398; Canak, s. 18; Hamide Zafer, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 188)", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No.2, 1.6.2007, s. 21; Doğan, s. 237; Yenidünya/İçer, s. 16; Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,

sinden sonra gelen*"ve"* bağlacının *"veya"* olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Çünkü TCK'nın 192/1. maddesinde aranan ve cezasızlığa yol açan husus, uyuşturucu madde imal ve ticaretinin daha ileri aşamalara götürülmesine ve uyuşturucu maddelerin tüketiciye ulaştırılmasına engel olma faaliyetidir. Bu nedenle belirtilen amaca hizmet eden failin, bildiriminin suç ortaklarına ya da uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerlere ilişkin seçimlik bilgilerden en az birini içermesi, diğer koşullarında varlığı halinde, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli kabul edilmelidir. Aksi durumda maddenin uygulanma imkânı son derece kısıtlanmış olacaktır.

Yargıtay, TCK'nın 192/1. maddesinde *"diğer suç ortakları"* ifadesinden sonra gelen *"ve"* ibaresini *"veya"* şeklinde kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Madde metninde*"diğer suç ortakları"*, *"uyuşturucu maddenin saklandığı yer"* veya *"uyuşturucu maddenin imal edildiği yer"* şeklinde seçimlik olarak belirtilen bilgilerden bir tanesinin bildirilmesini yeterli kabul etmektedir.[23]

Kanaatimizce, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, hem suç ortaklarının hem de uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerin bildirmesi gereklidir. Zira ceza kanunu maddeleri lafzı ve ruhu dikkate alınarak uygulanır. Ancak bazen madde metninde yer alan kelimelerin hangi anlamda kullanıldığına veya neyi ifade ettiğine dair tereddüt doğabilir. Bu durumda maddenin ifade ettiği anlam onun yorumlanmasıyla ortaya çıkarılır. Maddenin yorumlanmasında ilk hareket noktası ise, maddenin lafzıdır. Bağlayıcı olamamakla birlikte madde lafzının yorumu yapılırken maddenin gerekçesi ve kenar başlığından da faydalanılabilir. Maddenin lafzı, gerekçesi ve kenar başlığı gibi araçların kullanılmasına rağmen bir sonuca ulaşılamazsa kanunun hazırlık çalışmaları ve ceza hukukunun genel ilke-

---

Ankara, 2009, s.3936; Elmas, s.539-540.

23 "…yaralanma olayı nedeniyle tedavi olduğu Ankara Hastanesine kasten yaralama suçunun soruşturması için gelen görevli polislere sözlü beyanda bulunup, kavganın eroin nedeniyle çıktığını belirterek, evinde bulunan eroinden bahsedip eşi aracılığıyla uyuşturucu maddeyi polislere teslim ettiği, böylece resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, uyuşturucu maddeyi ve saklandığı yeri açıklayarak, suçunun ortaya çıkmasını ve uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini sağlaması nedeniyle hakkında TCK'nın 192/1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden aynı yasa maddesinin (3) nolu fıkrasının uygulanması...", Yargıtay 10.CD., 20/03/2012 tarih, 2011/24811E, 2012/6403K., (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

leri dikkate alınarak madde yorumlanabilir.[24] Bu açıklamalar doğrultusunda TCK'nın 192/1. maddesinin lafzına baktığımızda *"diğer suç ortaklarını"* ifadesinin *"uyuşturucu maddenin saklandığı yer"* ve *"uyuşturucu maddenin imal edildiği yer"* ifadelerine *"ve"* bağlacıyla bağlandığı açıkça görülmektedir. Aynı şekilde maddenin gerekçesinde de *"diğer suç ortakları"* ibaresinden sonra *"ve"* bağlacı kullanılmıştır.[25] Maddenin lafzı ile gerekçesinde yer alan *"ve"* bağlacına ve bu bağlacın ifade ettiği açık anlama rağmen, fail lehine genişletici veya düzeltici yorum yapılarak *"ve"* bağlacının *"veya"* şeklinde kabul edilmesi, maddenin lafzına ve gerekçesine açıkça aykırılık teşkil eder. Kaldı ki böyle bir yorum ve kabul aynı zamanda kanun koyucunun yerine geçmek anlamına gelir ve ceza hukukunun genel ilkeleri arasında yer alan kanunilik ilkesinin sağladığı güveni ortadan kaldırır. Bunun yerine kanun koyucu tarafından yapılacak yasal değişiklikle *"ve"* bağlacının *"veya"* şeklinde düzeltilmesi daha uygun bir çözüm olacaktır.

Failin bildiriminin, uyuşturucu imal ve ticareti suçuna iştirak eden bütün suç ortaklarını kapsaması zorunlu değildir. Çünkü failden suça iştirak eden bütün suç ortaklarını bilmesi beklenmez. Dolayısıyla suça iştirak eden ve failin bildiği, bir veya birden fazla suç ortağını bildirilmesi yeterlidir. Ayrıca failin bildirdiği ve iştirak iradeleri bulunan suç ortaklarının hangi sıfatla suça iştirak ettiğinin de bir önemi yoktur.[26] Örneğin suç ortağı olarak bildirilen kişi, fiili bizzat gerçekleştiren asıl fail veya başkasını araç olarak kullanan fail ya da azmettiren veyahut yardım eden sıfatlarıyla suça iştirak eden kişi olabilir.

Uyuşturucu maddenin *"saklandığı veya imal edildiği yerlere"* ilişkin bildirim, uyuşturucu maddenin bildirim anında bulunduğu veya imal edildiği yer hakkında bilgileri içermelidir. Yine bildirilen bilgilerin, kolluk görevlileri tarafından o yerin bulunmasını sağlayacak düzeyde

---

24 Elvan Keçelioğlu, "Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas", *TAAD*, Ekim 2012, Yıl: 3, Sayı: 11 s.98-99.

25 5237 sayılı TCK'ya temel teşkil eden "Türk Ceza Kanunu Tasarısı"nda cezasızlık gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği 257. maddesi metninin de "…resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu ve suç ortaklarını ve uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber vererek.." şeklinde olduğu ve orada da "ortaklarını" ibaresinden sonra "ve" bağlacının kullanıldığı görülmektedir. (Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm)

26 Canak, s.18; Elmas, s.540.

olması gereklidir. Bunun dışında bahse konu yerin failin kontrolü altında veya yakın-uzak ya da açık-kapalı veyahut özel mülkiyet olmasının bir etkisi yoktur.[27]

6. Verilen Bilgilerin Suç Ortaklarının Yakalanmasını veya Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddenin Ele Geçirilmesini Sağlaması

TCK'nın 192/1. maddesinin fail lehine uygulanabilmesi için son olarak verilen bilgilerin, suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini sağlaması gerekmektedir.[28] Görüldüğü üzere failin suç ortaklarını ve uyuşturucu maddenin bulunduğu veya imal edildiği yeri bildirmesi, tek başına yeterli değildir. Bu bildirim sayesinde, suç ortaklarının yakalanması veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi sonuçlarından en az birinin gerçekleşmesi zorunludur. Suç ortaklarının ve uyuşturucu maddenin saklandığı veya imal edildiği yerin bildirilmesine rağmen suç ortaklarının tespit edilememesi, yakalanamaması veya herhangi bir uyuşturucu maddenin ele geçirilememesi durumunda, fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır.

TCK'nın 192/1. maddesinde, failin bildirimine konu bilgiler ile "*yakalanma*" veya "*ele geçirilme*" neticeleri arasında illiyet bağı aranmaktadır. Bu illiyet bağının doğrudan veya dolaylı olarak kurulması, maddenin fail lehine uygulanmasına engel değildir. Örneğin failin uyuşturucu maddenin saklandığı yere ilişkin verdiği bilgiler doğrul-

---

27 Elmas, s.540-541.

28 "…sanığın, diğer sanık Ahmet'in çağırması üzerine yönetimindeki araç ile Ahmet'in bulunduğu yere geldiği, Ahmet'in elindeki çuval ve çanta ile sanığın aracına binerek hareket ettikleri, sanığın Ahmet'e ait çuval ve çantadan koku gelmesi nedeniyle esrar olduğunu anladığı ve adını Turan olarak bildiği polis memurunu telefonla arayarak ihbarda bulunması üzerine sanığın yönetimindeki aracın kolluk güçlerince durdurulduğu ve sanık Ahmet'e ait çuval ve çanta içindeki esrarın ele geçirildiği, böylece sanığın kendisi ve diğer sanık Ahmet hakkında hiçbir soruşturma ve delil bulunmadığı aşamada, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce kolluk güçlerini telefonla arayarak aracında esrar olduğunu söylemek suretiyle suçun ortaya çıkarılmasını, uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini ve suç ortağının yakalanmasını sağlaması dikkate alınarak, sanık hakkında etkin pişmanlığı nedeniyle TCK'nın 192. maddesinin 1. fıkrası ile CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerektiği…", Yargıtay 10.CD., 02.10.2015 tarih, 2015/4227E, 2015/32377K., (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

tusunda yapılan arama sırasında uyuşturucu madde ele geçirilemese bile, o yerden alınan bir parmak izi sayesinde tespit edilen kişinin evinde yapılan aramada uyuşturucu madde ele geçirilmesi halinde de fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmalıdır. Çünkü failin bildirimi ile uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi arasında dolaylı da olsa bir illiyet bağı mevcuttur.[29]

Bildirilen suç ortaklarının yakalanması etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için tek başına yeterli değildir. Yakalanan suç ortaklarının en az bir veya birkaçının bildirilen suçtan mahkûm edilmesi de gerekir. Suç ortağı olarak bildirilen kişi hakkında mahkemece beraat kararı verilmesi ve kararın kesinleşmesi halinde, etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak failin, suç ortaklarının kimlik bilgilerini bildirmesine rağmen bildirilen suç ortakları henüz yakalanamamışsa veya yakalanmış ancak kamu davası açılmamışsa ya da kamu davası açılmış, ancak kovuşturma aşaması bitirilip nihai karar verilmemişse, bu durumlarda bildirimde bulunan fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu uygulamada problem oluşturmaktadır. Suç ortaklarına ilişkin bildirilen bilgilerin içeriğine ve suç ortaklarının yakalanıp yakalanmamasın göre farklı uygulamalarla probleme çözüm bulunabilir.

Failin diğer suç ortaklarının bildirmesine ve bu bildirim doğrultusunda başlatılan soruşturma kapsamında makul bir süre (4-5 ay gibi) araştırma yapılmasına rağmen diğer suç ortaklarının yakalanamaması halinde delil durumu dikkate alınarak etkin pişmanlık gösteren fail hakkında iki şekilde uygulama yapılabilir. Birincisi, bildirilen suç ortağının kimliğinin belirlenebilir olması, fail ile bu kişi arasında failin suç atmasını gerektirir bir nedenin bulunmaması ve bu kişi yakalandığında da suçunu inkâr etse bile mevcut delillerin o kişinin mahkûmiyetine yeter derecede kuvvetli olması durumunda fail lehine etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması şeklinde olabilir. İkincisi ise, bildirilen suç ortağının kimliğinin belirlenebilir olmaması veya dosyada mevcut delillerin kişinin mahkûmiyetine yeter derecede somut ve kuvvetli olmaması durumunda fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaması şeklinde olabilir.[30]

29 Elmas, s.541; Yenidünya/İçer, s.18; Canak, s.18.
30 Zafer, s.21; Canak, s.19; Elmas, s.542.

Birinci halde fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulandıktan sonraki bir aşamada bildirilen suç ortaklarının yakalanması ve yapılan yargılama neticesinde haklarında beraat kararı verilmesi halinde lehine cezasızlık hükümleri uygulanan failin hukuki durumu ne olacaktır? Bu durumda beraat kararının gerekçesine bakılarak hareket edilmelidir. Bildirilen diğer suç ortakları hakkında *"suçu işlemedikleri"* gerekçesiyle beraat kararı verilmişse, fail lehine uygulanan etkin pişmanlık şartları da ortadan kalkmış olacaktır. Dolayısıyla fail lehine soruşturma aşamasında cezasızlık nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olamadığına dair karar yeniden ele alınarak soruşturmaya kaydedilmelidir. Ancak, kovuşturma aşamasında cezasızlık nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiş ve bu karar henüz kesinleşmemiş ise savcılık tarafından etkin pişmanlık şartlarının ortadan kalktığından bahisle aleyhe kanun yoluna başvurulmalıdır. Cezasızlık kararı kesinleşmiş ise aleyhe bozma yasağı uyarınca failin hukuki durumunda bir değişiklik yapılamayacak ve ceza verilmesine yer olmadığına dair karar geçerliliğini devam ettirecektir. Buna karşın diğer suç ortakları hakkında *"delil yokluğu"* gerekçesiyle beraat kararı verilmişse etkin pişmanlığın uygulanma koşullarının ortadan kalktığı söylenemeyeceğinden, bu durumda da fail hakkında verilen cezasızlık kararı geçerliliğini sürdürecektir.

Diğer taraftan, ikinci halde yani diğer suç ortaklarının yakalanamaması nedeniyle fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmamasına karar verilmesi ve uyuşturucu ticareti suçundan kamu davası açılmasından sonraki bir aşamada bildirilen suç ortaklarının yakalanması durumunda lehine cezasızlık hükümleri uygulanmayan failin hukuki durumu ne olacaktır? Bu durumda pişmanlık gösteren failin yargılamasını yapan mahkeme yakalanan failler hakkında kamu davası açılmasını beklemelidir. Dava açıldıktan sonra öncelikle her iki dava dosyasının birleştirilerek birlikte görülmesi sağlanmalıdır. Ancak her iki dosyanın birleşmesi olanaklı değilse bildirilen suç ortakları hakkında açılan davanın sonuçlandırılması beklenmelidir. Davanın sonucuna göre fail lehine etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verilmelidir. Buna karşın etkin pişmanlık gösteren failin bildirdiği suç ortakları yakalanmadan kendisi hakkında açılan kamu davası mahkûmiyetle sonuçlanıp kesinleştikten sonraki bir aşamada bildirilen suç ortaklarının yakalanması ve haklarında kamu davası açılması halinde ise, fail hakkında CMK'nın 311/1e. maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi hükümle-

ri uygulanmalıdır. Çünkü sonradan ortaya konulan yeni olay ve deliller sayesinde failin cezasızlığını sağlayan TCK'nın 192/1. maddesinin yeniden fail lehine uygulanma imkânı doğmaktadır.

Fail, etkin pişmanlık hükmünden faydalanma amacıyla resmi makamlara ihbarda bulunduktan sonra, suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini önlemeye yönelik davranışlarda bulunmamalıdır. Örneğin failin bildirimde bulunduğunu suç ortaklarına haber vererek suç ortaklarının kaçmasına veya uyuşturucu maddenin bulunduğu yerden kaçırılmasına neden olursa, yapılan soruşturma sonucunda suç ortakları yakalanıp uyuşturucu madde ele geçirilse dahi etkin pişmanlık hükümlerinden faydalandırılmaması gerekir.[31]

III. CEZADA İNDİRİM GEREKTİREN ETKİN PİŞMANLIK

A) GENEL OLARAK

Uyuşturucu imal ve ticareti suçu işlendiğinin resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra bu suçlara iştirak eden failin, pişmanlık gösterip suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi, TCK'nın 192/3. fıkrasında "*cezada indirim gerektiren etkin pişmanlık hali*" olarak kabul edilmiştir. Fıkraya göre kişinin etkin pişmanlık göstermesi halinde yardımın niteliğine göre verilecek cezadan belli oranda indirim yapılacaktır.

TCK'nın 192/3. maddesinde düzenlenen ve cezada indirim gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına, diğer fıkralarda öngörülen ve cezasızlık gerektiren etkin pişmanlık hükümlerine göre daha sık rastlanılmaktadır. Bunun nedeni cezadan indirim gerektiren etkin pişmanlığın, suçun haber alınmasından sonraki aşamaya ilişkin olması ve son yasal değişikliklerle[32] uyuşturucu madde ticareti suçları için öngörülen ceza miktarlarının ağırlaştırılmasıdır.[33]

---

31 Yenidünya/İçer, s. 18.

32 Özellikle 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 66. maddesiyle, TCK'nın 188. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "on yıldan az olmamak üzere" ibaresi "yirmi yıldan otuz yıla kadar" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "beş yıldan on beş yıla kadar" ibaresi "on yıldan az olmamak üzere" ve yedinci fıkrasında yer alan "dört" ibaresi "sekiz" şeklinde değiştirilerek bu suçlar için belirlenen cezaların miktarları önemli ölçüde artırılmıştır. Böylelikle genel olarak toplum yaşamına büyük zararlar veren uyuşturucu suçuyla daha etkin mücadele edilmesi amaçlanmıştır.

33 Yenidünya/İçer, s.21.

TCK'nın 192/3. fıkrası hükümlerinin fail lehine uygulanabilmesi de belirli koşulların birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır. Her şeyden önce failin, suçun haber alınmasından hüküm aşamasına kadar geçen süre içerisinde hizmet ve yardım olarak nitelendirilebilecek aktif bir davranışta bulunması gerekmektedir. Ayrıca failin ortaya koyduğu aktif davranışı, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına katkı sağlamalıdır.

B) CEZADA İNDİRİM GEREKTİREN ETKİN PİŞMANLIĞIN UYGULANMA KOŞULLARI

1. Failin, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçunu İşlemiş Olması

TCK'nın 192/3. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin fail lehine uygulanabilmesi için öncelikle, TCK'nın 188. maddesinde sınırlı sayıda ve seçimlik hareketli olarak belirtilen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından en az birinin fail tarafından işlenmiş olması gereklidir.[34]

Failin bu suçları bireysel olarak veya iştirak halinde ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlemesinin bir önemi yoktur. Kişinin, fiili bizzat gerçekleştiren asıl fail veya başkasını araç olarak kullanan fail ya da azmettiren veyahut yardım eden sıfatlarından biriyle suçu işlemesi yeterlidir.[35]

---

34 Failin işlediği suçun TCK'nın 188. maddesi kapsamında kalması gerektiği gibi etkin pişmanlık olarak kabul edilebilecek hizmet ve yardımın da bu madde kapsamında kalan suçlarla ilgili olması gereklidir. Örneğin ihbar üzerine failin evinde toz halinde esrar uyuşturucu maddesi ele geçiriliyor. Bu sırada fail pişmanlık göstererek ele geçen uyuşturucu maddesini elde ettiği ve halen ekili hint keneviri bitkileri bulunan gizli bahçesini kolluk görevlilerine gösteriyor. Burada fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaz. Çünkü failin hizmet ve yardımına konu eylemi hint keneviri ekimi ile ilgilidir ve bu eylem 5728 sayılı Kanun'un 23/5. fıkrasında "münhasıran esrar maddesi elde etmek için hint keneviri bitkisi ekmek" suçu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin hizmet ve yardımına konu aktif davranışı TCK'nın 188. maddesinde sınırlı sayıda düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları ile ilgili olmadığından fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri de uygulanamayacaktır.

35 Yenidünya/İçer, s.22.

2. İşlenen Suçun Resmi Makamlar Tarafından Haber Alınmış Olması

Cezadan indirim öngören etkin pişmanlık hükümlerinin fail lehine uygulanabilmesi için ikinci olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun işlendiğinden resmi makamların[36] haberdar olması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, fail suça ilişkin bilgilerini, suçun resmi makamlar tarafından haber alınmasından sonraki bir zaman diliminde bildirmiş olmalıdır. Suçla ilgili bilgiler bildirildiğinde, resmi makamların suçun işlendiğinden henüz haberdar olmaması halinde TCK'nın 192/3. maddesi hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak, bu durumda fail hakkında koşulları varsa cezasızlık öngörülen TCK'nın 192/1. maddesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

Resmi makamların uyuşturucu madde imal ve ticareti suçunun işlendiğinden ne şekilde haberdar olduğunun bir önemi yoktur. Resmi makamlar suçun işlendiğinden resen veya ihbar üzerine haberdar olmuş olabilir. Diğer taraftan uyuşturucu madde ticareti suçlarının şikâyete bağlı olmayan kamu adına takibi zorunlu suçlar olması nedeniyle bu suçlara ilişkin haber alınmadan önce yapılacak her türlü bildirim ihbar niteliğindedir.[37]

3.Failin Suçun Meydana Çıkmasına ve Fail veya Diğer Suç Ortaklarının Yakalanmasına Hizmet ve Yardım Etmesi

Failin, hizmet ve yardım olarak nitelendirilebilecek aktif bir davranışta bulunması, TCK'nın 192/3. maddesinde belirtilen etkin pişmanlık hükümlerinin fail lehine uygulanabilmesinin diğer bir koşuludur. Fail, "*hizmet ve yardım*" sayılabilecek aktif bir davranış sergilemelidir. Ancak, failin bu davranışı suçun meydana çıkması ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanması sonucunu doğurmaya elverişli olmalı[38]

---

36 "Resmi makamlar" kavramından hangi kurum ve kuruluşların anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalar için bknz. 4. Bildirimin Resmi Makamlara Yapılması başlığı altında yapılan açıklamalar.

37 Yenidünya/İçer, s.24.

38 "...Sanığın etkin pişmanlık uygulamasına esas alınan, kullandığı araçta uyuşturucu madde olduğunu bilmediğine, sanıklar İ. ve Ş.'ın isteği nedeniyle onlarla birlikte Van'a gittiğine ilişkin kendisini suçtan kurtarmaya yönelik 11.03.2010 tarihli anlatımındaki ayrıntılar, daha önce görevliler tarafından öğrenilmemiş olsa dahi suçun ortaya çıkmasında ya da suç ortaklarının yakalanmasında veya belirlenme-

ve meydana gelen netice ile sağlanan katkı arasında bağlantı bulunmalıdır.[39]

Suçun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım etme, failin kendi suçunun veya bir başkasının suçunun meydana çıkmasına önemli ölçüde katkı sağlaması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, failin, aleyhine yeterli delil yok iken kendi suçunu ikrar etmesi durumunda TCK'nın 192/3. maddesindeki ceza indiriminden faydalandırılması gerekmektedir.[40] Buna karşın mevcut delillere göre suçu ortaya çıkan failin ikrarı veya yapılacak aramada kolaylıkla bulunabilecek[41] uyuşturucu maddenin teslimi hizmet ve yardım olarak kabul edilmemeli ve fail hakkında bu hallerde etkin pişmanlık hükmü uygulanmamalıdır.[42]

Fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etme, uyuşturucu madde ticareti suçunun failleri veya diğer suç ortaklarının

---

sinde etkili olmayıp yardım ve hizmet niteliğinde bulunmadığı ve TCK'nın 192/3. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir...", Yargıtay CGK., 12/06/2012 tarih, 2012/10-670E. 2012/226K., (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

39 Yenidünya/İçer, s.22.

40 "...asayiş ekiplerinin şüpheli şahıs ve araçlara yönelik uygulama yaptıkları sırada parkın önünde gördükleri sanığın durumundan şüphelenerek yanına gittikleri, üzerinde suç unsuru olup olmadığını sordukları, sanığın da hakkında bir ihbar ve soruşturma bulunmadığı aşamada polis ekiplerine pantolonunun cebinde bulunan esrarı çıkarıp teslim etmek suretiyle kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım etmesi nedeniyle hakkında, TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen etkin pişmanlık hükmü gereğince cezasından indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi..", Yargıtay 10.CD. 02.12.2014 tarih, 2012/23187E. 2014/13256K.; "...aleyhinde delil bulunmadığı aşamada, yolcu olarak bindiği otobüste, oturduğu koltuktan başka bir koltuğun altında ele geçen suç konusu esrarın kendisine ait olduğunu söyleyerek, suçunun ortaya çıkmasına yardım eden sanık hakkında etkin pişmanlık nedeniyle TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...", Yargıtay 10. CD., 19.11.2014 tarih, 2013/344E. 2014/12880K. (UyapYargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

41 Ancak suça konu uyuşturucu maddenin bulunabilecek bir yerde olmasına rağmen arama sırasında kolluk görevlilerinin yeterli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle maddenin tamamının bulunamaması ve failin sonradan hizmet ve yardımda bulunarak uyuşturucu maddenin bulunmasını sağlaması halinde de lehine etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin yakalanan failin arabasında yapılan ilk aramada 12 kg uyuşturucu madde ele geçiriliyor ve fail tutuklanıyor. Soruşturma sırasında failin cezaevinden gönderdiği dilekçede arama yapılan aracın motor bölümünde 3 kg daha uyuşturucu madde olduğunu bildiriyor. Bunun üzerine araçta yeniden oto tamircisi yardımıyla yarama yapılıyor ve 3 kg daha uyuşturucu madde aracın motor bölümünde bulunuyor. Bu halde failin bildirimi hizmet ve yardım olarak değerlendirilmeli ve lehine TCK'nın 192/3. maddesi uygulanmalıdır.

42 Elmas, s.555.

açık kimlik, adres gibi ayırt edici bilgilerinin resmi makamlara verilmesi suretiyle yakalanmalarının sağlanması anlamına gelmektedir. Madde metnindeki suç ortakları kavramı geniş yorumlanmalıdır. Fail, azmettiren, yardım eden gibi sıfatlarla suçu iştirak halinde işleyen kişiler, failin uyuşturucu madde satın aldığı, sattığı veya verdiği diğer kişiler, suçla bağlantısı olan kişiler gibi henüz haber alınmamış uyuşturucu madde ticareti suçuna iştirak eden kişilerden herhangi birisi de bu kavram içinde değerlendirilmelidir.[43]

Her ne kadar madde metninde "*yakalanmasına*" hizmet ve yardım etme şeklinde düzenleme yapılmış ise de, yakalanmadan anlaşılması gereken, failin veya onunla bağlantılı olarak suç işleyenlerin ele geçirilmesi ya da kim olduklarının belirlenmesidir. Fail hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, sadece diğer suç ortakları ile ilgili gerekli bilgileri vermesi yeterli olmayıp, verdiği bilgilerin suçlama veya iftira niteliğinde olmadığının, mevcut delillere göre suç ortaklarının da atılı suçu işlediklerinin de belirlenmesi gerekir. Bu nedenle failin bildirdiği suç ortaklarının uyuşturucu ticareti suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmelidir.[44]

Failin, diğer suç ortaklarının kimlik bilgilerini veya adreslerini bilgi olarak vermemesi, soyadı, açık kimliği bilinmeyen, varlığı dahi belli olmayan kişilerin ismini diğer suç ortakları olarak vermesi halinde, bu kişiler yakalanamayacağından fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.[45] Fail, diğer suç ortaklarını soyut olarak bil-

---

43 Yaşar, s.333.

44 Bildirilen suç ortaklarının yakalanamamaları veya yakalanmaları, ancak henüz kamu davasının açılmamış olması ya da kamu davasının açılması, fakat yargılama aşaması bitirilip nihai karar verilmemiş olması veyahut yargılama neticesinde mahkûmiyet dışında suçun işlenmediği veya delil yokluğu gerekçeleriyle beraat kararı verilmesi gibi durumlarda fail lehine etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına dair farklı çözüm önerileri için bknz. 6. Verilen Bilgilerin Suç Ortaklarının Yakalanmasını veya Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddenin Ele Geçirilmesini Sağlaması başlığı altında yapılan açıklamalar.

45 "...sanık aşamalarda uyuşturucu maddeyi İstanbul'da soyadını, açık kimliğini ve adresini bilmediği Van'lı Fahrettin'den aldığını bildirmiş ise de, açık kimliği ve adresi bilinmeyen, varlığı dahi belli olmayan bu kişi hakkındaki soruşturma sonucunun beklenmesine gerek bulunmadığından, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...", Yargıtay 10. CD. 10.10.2006 tarih 2006/9262E. 2006/11348K.; "..İfadeleri arasında çelişki bulunan sanık, suçla ilgisi olduğunu söylediği kişinin açık kimliğini ve adresini de bildirmemiş; bunun sonucu olarak bildirdiği kişinin yakalanması da mümkün olmamıştır. Bu durumlar karşısında, TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrası anlamında etkin pişmanlığı bulunmadığı

dirip hiçbir delil sunmaz ise, hakkında isnatta bulunulan kişinin ikrarı olmadıkça mahkûmiyetine karar verilemeyeceğinden[46] failin etkin pişmanlık hükmünden faydalanması da mümkün olmayacaktır.[47]

Failin ortaya koyduğu yardım ve hizmetin, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına yönelik olması gereklidir. Çünkü TCK'nın 192/3. maddesi metninde *"suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına"* şeklinde ifade kullanılmıştır. Ancak burada failin hem suçun meydana çıkmasına ve hem de fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi hususu tartışmalıdır. Özellikle failin indirimden faydalanabilmesi için iki durumun birlikte gerçekleşmesinin gerekli olup olmadığı ya da sadece *"suçun ortaya çıkmasına"* veya sadece *"fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına"* yardım ve hizmet edilmesinin yeterli olup olmayacağı konularına ilişkin doktrin ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre,[48] failin sadece suçun meydana çıkmasına veya sadece suç ortaklarının yakalanmasına hizmet etmesi, hükmün uygulanabilmesi bakımından yeterlidir. Madde metninde iki koşul arasında *"ve"* bağlacı kullanılmış olsa da yapılan hizmet ve yardımın, suçun meydana çıkmasını veya suç ortaklarının yakalanmasını sağlaması halinde, fail etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilecektir. Çünkü etkin pişmanlık hükmü ile amaçlanan, kişinin gönüllü olarak gerekli bilgileri vermek suretiyle pişman olduğunu göstermesi ve bir tehlike suçu olan uyuşturucu madde ticareti suçunun önlenmesidir. Buna karşın her iki sonucun birlikte gerçekleşmesinin aranması hükmün dü-

---

halde, "suçun ortaya çıkmasına ve suç ortaklarının meydana çıkmasına hizmet ettiği" gerekçesiyle, sanığın cezasından sözü edilen fıkra uyarınca indirim yapılması, yasaya aykırı görülmüştür...", Yargıtay 10.CD. 15.06.2015 tarih, 2014/2530E. 2015/31767K. (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

46 "...Olay tutanağı ve dosya içeriğine göre sanığın pantolonundaki kabarıklık farkedilerek iç çamaşırı içinde sakladığı uyuşturucu maddelerin ele geçirilmesi ve uyuşturucu maddeyi satın aldığı kişiler olarak isimlerini verdiği Murat Yeşilçimen ve Ayşe Işık'ın sanığın iddialarını doğrulamaması karşısında, hakkında koşulları oluşmadığı halde 5237 sayılı TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrası uyarınca etkin pişmanlık hükmünün uygulanması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.", Yargıtay 10.CD. 25.11.2014 tarih, 2012/29513E. 2014/13057K. (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

47 Canak, s.20.

48 Yenidünya/İçer, s.22; Handan Yokuş Sevük, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s.229; Kurt/Kurt, s.72.

zenleniş amacına da aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay da bu görüşte olup *"ve"* bağlacını *"ya da"* bağlacı olarak yorumlanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.[49]

Diğer bir görüşe göre[50] ise, madde metninde *"ve"* bağlacı kullanıldığından, failin hizmet ve yardımı hem suçun ortaya çıkmasını, hem de fail veya suç ortaklarının yakalanmasını birlikte sağlamalıdır. Bu sonuçlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak bu durum fail lehine takdiri hafifletici neden olarak göz önünde tutulabilecektir.

Kanaatimizce, "*suçun meydana çıkarılmasına*" hizmet ve yardım edilmesi aynı zamanda failin yakalanması sonucunu da doğurur. Zira yardım ve hizmette bulunarak etkin pişmanlık gösteren kişi aynı zamanda suçun failidir ve failin etkin pişmanlık hükmünden faydalanma amacıyla kendisinin veya diğer suç ortaklarının yakalanmasının sağlanması halinde zaten suç meydana çıkmış olacaktır. Örneğin etkin pişmanlık hükmünden faydalanma amacıyla uyuşturucu maddenin bulunduğu yeri gösteren uyuşturucu madde satıcısı fail, suçun meydana çıkmasını sağlamış olacaktır. Etkin pişmanlıkta bulunan kişi aynı zamanda uyuşturucu ticareti suçunun da faili olduğundan uyuşturucu maddenin saklandığı yeri söylemesi veya göstermesiyle suçu meydana çıkarmıştır. Neticede hem suçun ortaya çıkarılması hem de failin yakalanması sağlanmıştır. Buna karşın uyuşturucu maddenin saklandığı yeri göstererek suçun meydana çıkmasını sağlayan fail hakkında, diğer suç ortaklarının bulunmaması veya bilinmemesi ihtimali de gözetildiğinde, diğer suç ortaklarını bildirmediği gerekçesi ile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması maddenin düzenleniş amacına aykırı olacaktır.

---

49 "...Suçun işlendiğinin yetkili makamlar tarafından öğrenilmesinden sonra, suçun meydana çıkmasına ya da fail ve suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi verilen cezadan indirim nedenidir..." Yargıtay CGK. 21.05.2013 tarih 2012/10-1531 E. ve 2013/254 K.; "...Failin etkin pişmanlık nedeniyle indirimden yararlanabilmesi için kendi suçunun ortaya çıkmasına ya da suç ortaklarının yakalanmasına yardım ve hizmet etmiş olması gerekmektedir. "Suç ortakları" kavramı uyuşturucu madde suçuna katılan ya da başka bir uyuşturucu madde suçu işleyen kimse olarak anlaşılmalı; "yakalanması" sözcüğü de, suç ortaklarının yakalanması ya da kim olduğunun belirlenmesi olarak kabul edilmelidir...", Yargıtay CGK, 12.06.2012 tarih 2012/10-60 E. ve 2012/226 K. (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

50 Suat Çalışkan, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013, s.469; Kurt/Kurt, s.73.

4. Yardım ve Hizmetin Gönüllü Olarak Bizzat Yapılması

Yardım ve hizmetin etkin pişmanlıktan faydalanacak kişi tarafından bizzat ve gönüllü olarak yapılması, TCK'nın 192/3. maddesinin uygulanabilmesinin diğer bir koşuludur. Ancak failin hastalığı, sakatlığı gibi bizzat başvurma imkânının fiilen olmadığı hallerde, failin bilgisi ve yönlendirmesi ile başka birisi tarafından resmi makamlara hizmet ve yardımda bulunulması halinde, fail etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilir.[51]

Failin gönüllü olarak hizmet ve yardımda bulunurken amacının *"pişmanlık"* olması gerekmez. Uyuşturucu madde ticareti suçunun cezasının alt sınırının 10 yıl olması nedeniyle fail daha az ceza alma amacıyla da hareket etmiş olabilir. Dolayısıyla failin gönüllü olarak yani hiçbir baskı altında kalmadan kendiliğinden hizmet ve yardımda bulunması, etkin pişmanlık hükmünün uygulanması için gerekli ve yeterlidir.

5. Hizmet ve Yardımın Belli Bir Zaman Dilimi İçerisinde Gerçekleştirilmesi

Failin, hizmet ve yardım olarak nitelendirilebilecek aktif davranışını belli bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirmesi, TCK'nın 192/3. maddesinin uygulanabilmesinin son koşuludur. Failin, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için hizmet ve yardım fiilini hangi zaman dilimi içinde gerçekleştirmesi gerektiği madde metninde belirtilmemiştir. Ancak TCK'nın 192/3. maddesinin gerekçesinde etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için en geç hüküm verilmeden önce hizmet ve yardımda bulunulması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

Madde gerekçesinde belirtilen *"hüküm verilmeden önce"* ibaresinden, ilk derece mahkemesince verilen ilk hükmün mü, yoksa kesinleşmiş hükmün mü anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre,[52] failin, ilk derece mahkemesinde hüküm verilinceye kadar hizmet ve yardımda bulunması gereklidir.

---

51 Güngör/Kınacı, s.586; Yenidünya/İçer, s.24; Parlar/Hatipoğlu, s.3063.

52 Balcı, s.252; Erhan Günay, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Ankara 2006, s.64; Yasemin Baba, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, İstanbul 2013, s.88; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s.3785.

İlk hükmün verilmesinden sonra kararın kesinleşmesine kadar geçecek zaman içinde hizmet ve yardım eden kişi lehine etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamalıdır. Aksinin kabulü halinde, suçlamayı en baştan kabul etmemiş failin, ilk hükmün verildiği ana kadar beraat edebileceği beklentisiyle hizmet ve yardımdan kaçınmasına olanak tanınmış olur. Kaldı ki, ilk hüküm ile cezalandırılmış bir kişinin daha sonra yapacağı hizmet ve yardımın, aldığı cezanın etkisiyle ve bunun doğurduğu baskı altında olabileceği düşünüldüğünde, maddede öngörülen "gönüllülük" koşulu da gerçekleşmemiş olacaktır. Diğer bir görüşe göre,[53] madde gerekçesinde yazılı *"hüküm"* ile ilk derece mahkemesi tarafından verilen ilk hüküm kast edilmemiştir. Mahkeme tarafından verilmiş kararın Yargıtay tarafından bozularak dosyanın ilk derece mahkemesine iade edilmesinden sonra da failin hizmet ve yardımda bulunması halinde de ceza indirimi öngören etkin pişmanlık hükmü uygulanmalıdır. Aksinin kabulü, söz konusu maddenin amacına aykırı olur.

Kanaatimizce, madde gerekçesinde yazılı *"hüküm"*den anlaşılması gereken, ilk derece mahkemesince verilen ilk hükümdür. Bu nedenle dava dosyasının Yargıtay tarafından bozulmasından sonra, fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamalıdır. Çünkü fail hakkında verilen ilk hükümle, açık bir ceza tehdidi altında kalan fail, kanunda belirtilen şartları gönüllü olarak değil, zorunluluk ve baskı altında yerine getirecektir. Üzerinde mahkûmiyet hükmü baskısı olan kişinin artık serbest iradesi ile etkin pişmanlıkta bulunması söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla fail hakkında ilk hüküm tesis edildikten sonraki aşamalarda etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması gerekir.

IV- ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

A) CEZASIZLIK ÖNGÖREN ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

Cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlığın uygulanma koşullarının tümünün birlikte gerçekleşmesi halinde, etkin pişmanlık gösteren fail hakkında soruşturma aşamasında CMK'nın 171/1. maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebilir. Burada

53 Akkaya, s.487; Elmas, s.549.

Cumhuriyet savcısı etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığını değerlendirecek ve koşulların gerçekleştiği kanaatine varması halinde takdir hakkını kullanarak cezasızlık nedeniyle kamu davasının açılmamasına karar verebilecektir. Ancak failin bildirdiği ve suça iştirak eden diğer suç ortaklarının üzerlerine atılı suçu kabul etmemeleri veya etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığı konusunda tereddüt doğması halinde artık soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmemelidir. Etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirme yetkisi esas davayı görecek mahkemeye bırakılmalıdır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı etkin pişmanlığın uygulanması hususunda tereddüte düşmesi halinde TCK'nın 192/1. maddesinin fail lehine uygulanıp uygulanamayacağının takdiri mahkemeye ait olmak üzere kamu davasını açmalıdır.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması talebiyle kamu davasının açılması veya kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık hükümlerini doğuran delillerin ortaya çıkması halinde fail hakkında CMK'nın 223/4 maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilir. Ancak sadece etkin pişmanlıkta bulunulan suçla ilgili ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Failin eylemi başka bir seçimlik hareketli uyuşturucu madde suçunu oluşturuyorsa o suçtan mahkûmiyet hükmü kurulmalıdır. Örneğin, uyuşturucu madde ithal suçundan etkin pişmanlık hükümleri uygulandığında uyuşturucu madde ithalatı suçundan ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir. Buna karşın ithal suçuna konu uyuşturucu madde aynı zamanda uyuşturucu madde nakletme suçunu da oluşturduğundan faile uyuşturucu madde nakletme suçundan ceza verilecektir.[54]

---

54 "...Sanığın içerisinde bulunduğu minibüste yapılan arama sonucu oturduğu koltuğun altındaki poşette 1225 gram esrar bulunduğu; bu maddenin başka bir ülkeden Türkiye'ye getirildiğine ilişkin delil olmadığı aşamada sanığın suç konusu esrarı Suriye'den hakkında tefrik kararı verilen sanık Salim ile birlikte Türkiye'ye getirdiğini söyleyerek ithal suçunu kendi beyanı ile ortaya çıkardığı ve etkin pişmanlığı nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 192. maddesinin 1. fıkrası gereğince "uyuşturucu madde ithal etme" suçundan ceza verilemeyeceği, sanık hakkında TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan "uyuşturucu madde bulundurup nakletme" suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğinin gözetilmemesi...", Yargıtay 10. CD. 03.03.2015 tarih, 2014/11581E. 2015/24437K. (Uyap Yargıtay Kararı Arama Otomasyonu).

B) DAHA AZ CEZA VERİLMESİNİ ÖNGÖREN ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

TCK'nın 192/3. madde hükmüne göre, gönüllü olarak suçun meydana çıkmasına ve faili veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek ceza yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısına kadar indirilecektir. Mahkemece, cezada indirim yapılmasını gerektiren oran belirlenirken, kişinin verdiği bilgilerin önemi, niteliği, doğruluğu ve suçun ortaya çıkması veya suç ortaklarının yakalanması bakımından ne oranda etkili olduğu hususları birlikte değerlendirilmelidir.[55]

SONUÇ

TCK sisteminde etkin pişmanlık, suç politikası gereği bazı suçlar açısından öngörülmüş, suç tamamlandıktan sonra cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını sağlayan şahsi sebeptir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile mücadele kapsamında, TCK.'nın 192. maddesinde cezayı ortadan kaldıran ve azaltan etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. TCK'nın 192/1. maddesi uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişinin, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber vermesi ve verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde fail hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. Bu hükümden yararlanabilecek kişiler için öngörülmüş "diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verme" koşullarının birlikte mi yerine getirilmesi gerektiği yoksa bu koşullardan birini sağlamanın yeterli mi olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Yetkili makamlara verdiği bilgiler ile suç ortaklarının yakalanmasını ya da uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlayan fail suçla mücadeleye önemli ölçüde katkı sağlayacağından, failin sadece suç ortaklarını bildirmesi veya sadece uyuşturucu maddenin saklandığı veya imal edildiği yerleri bildirmesi

[55] Yenidünya/İçer, s.21.

yeterli görülmeli ve fail etkin pişmanlık hükmünden faydalandırılmalıdır. Ancak bu yaklaşım amaca uygun olsa da, kanun metnine uygun olmadığından ve bu hususta düzeltici yorum yapılamayacağından, kanun koyucu tarafından madde metnindeki "ve" ibaresinin "ya da" olarak değiştirilmesi gerekmektedir.

TCK'nın 192/3. maddesi uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra gönüllü olarak herhangi bir baskı altında kalmaksızın, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısına kadarı indirilecektir. TCK m.192/3'de düzenlenmiş olan ve ceza indirimi öngören etkin pişmanlık hükmünde, bu hükümden yararlanabilecek kişiler için öngörülmüş "suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etme" koşullarının birlikte mi yerine getirilmesi gerektiği, yoksa bu koşullardan birini sağlamanın yeterli mi olacağı hususu da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce, madde metninde geçen "ve" bağlacı, hizmet ve yardımın, suçun meydana çıkması ile fail veya diğer suç ortaklarının yakalanması sonuçlarının ikisini birden sağlamasının gerektiğini ifade etmek amacıyla kullanılmamıştır. Çünkü etkin pişmanlık hükmünden faydalanma amacıyla fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasının sağlanması halinde zaten suç meydana çıkmış olacaktır. Madde metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da, uyuşturucu maddenin saklandığı veya imal edildiği yeri bildiren fail suçun meydana çıkmasına yardım ve hizmet etmiş olacaktır. Uyuşturucu maddenin saklandığı yeri göstererek suçun meydana çıkmasını sağlayan fail hakkında, diğer suç ortaklarının bulunmaması veya bilinmemesi ihtimali de gözetildiğinde, diğer suç ortaklarını bildirmediği gerekçesi ile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması düşünülemeyecektir.

TCK'nın 192/3. maddesinin gerekçesinde; "… etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için, bunun en geç hüküm verilmeden önce gerçekleşmesi gerekmektedir." denilmektedir. Kanaatimizce, madde gerekçesinde yazılı "hüküm"den anlaşılması gereken, ilk derece mahkemesince verilen ilk hükümdür. Bu nedenle fail hakkında Yargıtay bozma sonrası etkin pişmanlık hükmü uygulanmamalıdır. Çünkü hakkında verilen ilk hükümle, açık bir ceza tehdidi altında kalan fail, kanun-

da belirtilen şartları gönüllü olarak değil, mecburiyet ve baskı altında yerine getirecektir. Üzerinde mahkûmiyet hükmü gölgesi olan kişinin artık serbest iradesi ile etkin pişmanlıkta bulunması söz konusu olamayacağından hakkında ilk hüküm tesis edildikten sonraki aşamalarda etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması gerekir.

Kaynakça

Akkaya Çetin, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013.

Albayrak Mustafa, Notlu-Atıflı,-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 15. Baskı, Ankara 2016.

Artuk Mehmet Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Eylül 2016.

Baba Yasemin, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, İstanbul 2013.

Balcı Murat, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları, Ankara 2011.

Bollinger, Lorenz, *"Journal of Drug Issues"*, summer 2004, Vol. 34 Issue 3.

Canak Erkan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık, 2. Baskı, İstanbul 2012.

Çalışkan Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013.

Doğan Karakaş Fatma, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, İstanbul 2015.

Elmas Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. Baskı, Ankara 2017.

Gödekli Mehmet, "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", TAAD, Ocak 2007, Yıl:7, Sayı:29.

Günay Erhan, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme, Ankara 2006.

Gündel Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Ankara, 2009.

Güngör Şener/Kınacı Ali, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2016.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 20. Baskı, Ankara 2017.

Keçelioğlu Elvan, "Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas", *TAAD*, Ekim 2012, Yıl: 3, Sayı: 11.

Kurt Şahin/Kurt Ela, Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, Ankara 2007.

Öner Mehmet Zülfü, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde İmal ve Ticareti Suçları, Ankara 2011.

Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Eylül 2016.

Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan ve Diğerler, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2016.

Sevük Handan Yokuş, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007.

Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 3, 3. Baskı, Ankara 2010.

Tellenbach, Silvia, Einführung in das türkische Strafrecht, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2008.

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2016.

Yaşar Osman/Gökcan Hasan/Artuç Tahsin, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, 2. Baskı, Ankara 2014.

Yaşar Yusuf, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Temini veya Ticareti Suçları, 2. Baskı, Ankara 2015.

Yenidünya Caner/İçer Zafer, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, TC. İstanbul Kültür Üniversitesi, 2013, Yıl:5, Sayı:38.

Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015.

Zafer Hamide, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK b. 188)", İlaç

Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum No.2, 1.6.2007.

TERÖRLE BAĞLANTILI ZARARLARDAN DOLAYI İDARENİN SORUMLULUĞU

THE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION FOR THE DAMAGES ARISING FROM TERRORISM

Dilşad Çiğdem SEVER*

Özet: Danıştay kararlarında terörle bağlantılı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun bir türü olan sosyal risk ilkesi uyarınca tanınmıştır. Sosyal risk ilkesi, terörden doğan zararların idarece karşılanarak toplumsallaştırılması fikrine dayanır. Terörden doğan zararların tazmini için 2004 yılında 5233 sayılı Kanun kabul edilerek terörden doğan maddi zararlar için yargı-öncesi uyuşmazlık çözme yöntemi kabul edilmiştir. Çalışmada sosyal risk ilkesinin uygulanması ve Danıştay kararlarında Kanunun nasıl anlaşıldığı ve uygulandığı incelenmiştir. Kanunun varlığı yargı-öncesi bir idari usul olması bakımından önemli olmakla birlikte Danıştay'ın konula ilgili bazı yaklaşımları belli sorunlara yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Risk, Kusursuz Sorumluluk, Terör, 5233 sayılı Kanun

Abstract: In the decisions of the Council of State, the liability of the administration due to terrorism-related damages was recognized in accordance with the social risk principle, which is a type of strict liability. The principle of social risque depends on the idea of socialization of the damage arising from terrorism. In 2004, Law No. 5233 was adopted for the compensation of material damages arising from terrorism, which includes prejudicial dispute resolution method. In this Article, the application of the social risk principle and how the law was understood and applied in the decisions of the Council of State were examined. Although the law is important as a pre-judicial administrative procedure, some aspects of the Council of State's approach related to the issue lead to certain problems.

Keywords: Social Risque, Strict Liability, Terrorism, Law No. 5233

Giriş

İdarenin malî sorumluluğunda yaşanan gelişmelerin birinci aşaması idarenin faaliyet alanının genişlemesi ve çeşitlenmesiyle birlikte borçlar hukukundaki kusur ve illiyet bağı kavramlarının idare

* Yrd. Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

hukukuna özgü biçimde gelişmesi, ikincisi ise idarenin kusursuz sorumluluğunun genişlemesidir. Kusursuz sorumluluktaki bu genişlemenin önemli bir örneği de savaş veya kitlesel hareketlerden doğan zararların karşılanması için ortaya çıkan sosyal risk ilkesidir. Bu ilke Türkiye'de özellikle 1990'lardan itibaren terörle bağlantılı zararların tazmini talebiyle açılan davalarda gündeme gelmiştir. Bu davaların bir kısmı terörün kendisinden, bir kısmı da terörle mücadeleden ortaya çıkan zararların tazmini talebini içermektedir ve bu davaların önemli bir kısmında idarenin eylemi nedeniyle zarar doğduğunun ispatı ya da idareyle zarar arasında doğrudan illiyet bağı kurulması son derece güçtür. Buna karşılık Danıştay, idarenin hizmet kusuru bulunmaması ve idarenin eylemi ile zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağı kurulamamasına karşılık idarenin sorumlu tutulmasına olanak sağlayan sosyal risk ilkesini uygulamaya başlamıştır.

Olağanüstü hal bölge valilerinin işlemlerine karşı yargı yolunun 2003 yılına kadar kapalı olması[1] karşısında AİHM'in önüne gelen başvuru sayısının artmasıyla birlikte 17.07.2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş; sadece bu tarihten itibaren değil, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin de maddi zararlarının sulh yoluyla karşılanacağı düzenlenmiştir.

Terörün hukuki bir kavram olarak kullanımı ve tanımlanmasıyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk alanında tartışmalar bulunmakla birlikte tanım sorununa bu çalışmada yer verilmemiştir. 5233 sayılı Kanun'da doğrudan Terörle Mücadele Kanunu'ndaki tanıma[2] atıf

---

1 285 sayılı KHK'da 1990 yılında KHK'de yapılan değişiklikle 7.maddeye eklenen "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılamaz" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.2003 tarihli ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu şekilde bu kararlara karşı yargı yolu açılmıştır.

2 Bu tanıma göre terör; "cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte men-

yapılmasına karşılık Kanun'un belli maddi zararların karşılanmasını öngörmesi nedeniyle Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen tüm eylemler değil, belirtilen zararlara yol açabilecek türde eylemler bu Kanun kapsamına girebilecektir. Diğer yandan, idarenin sorumluluğu bağlamında terörün ayırt edici unsuru şiddet içeren, herhangi bir suçtan farklı olarak belli bir siyasal amaca yönelen ve belli bir örgütlülükle gerçekleştirilen eylemler olmasıdır. Mağdurların bu suçların hedefi olması kişisel bir husumetten kaynaklanmaz. Bu eylemlerde rastlantısallık ya da bir amaç doğrultusunda hedef haline gelme söz konusudur. İdare açısından terör eylemlerinden doğan sorumluluk, doğrudan idarenin eylemi olmamasına karşın toplumsal güvenliğin sağlanması şeklindeki kamu hizmetinin yeterli biçimde yerine getirilememesinden kaynaklanır. Terör eylemlerinden doğan zararlar bireysel olarak etkilerini ortaya çıkarsa da esasında toplumsal bir meseledir ve bu nedenle de doğan zararların idare tarafından karşılanarak toplumsallaştırılması hedeflenir.

Türkiye'de genel idari usul kanunu bulunmaması karşısında idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle zarar görenlerin yaptıkları başvuruların etkili biçimde sonuçlandırılması son derece güçtür. Diğer yandan, idari yargıda görülen davaların uzun sürebilmesi ve yargıya başvurmanın da belli güçlükler içermesi gibi etkenler dikkate alındığında -çeşitli eleştirilere rağmen- uyuşmazlıkların yargı-öncesi çözümü imkânı getirilmesinin hak arama özgürlüğü açısından önemli bir aşama olduğu kaydedilmelidir. Bu nedenle AİHM de İçyer kararında bu Kanuna göre yapılan başvuruların etkili bir iç hukuk yolu olduğuna ve öncelikle bu yolun tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir.[3] Buna karşılık Danıştay'ın Kanunu sosyal risk ilkesi çerçevesinde ve sadece kusursuz sorumluluk kapsamında ele alması ve hizmet kusurunu değerlendirmemesi, rücu mekanizmasının işletilmemesi, manevi

sup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir." Bu tanıma ve sonraki maddelere getirilen en önemli eleştiri tanımın şiddet içeren suçlar dışında çeşitli suçları içerebilecek bir kapsama sahip olması, eylemin kendisinden çok amacı içeren bir tanım yapılması ve amacın da çok geniş bir içeriğe sahip olmasıdır.

3 İçyer v. Türkiye, Başvuru no: 18888/02, 12.01.2006. Bu karardan sonra 1500 kadar başvuru aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Cemil Kaya, "Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:3, No:10, 2007, s.27.

tazminat talepleri konusunda yargının tutumunun değişken olabilmesi, kararlarda illiyet bağı meselesinin yeterince tartışılmaması gibi sorunlar Kanunun eleştirilmesine yol açmaktadır. Bu nedenle çalışmada Danıştay kararları ışığında 5233 sayılı Kanun'un nasıl uygulandığı ele alınacaktır. Bu yaklaşım değerlendirilirken son zamanlarda Kanunun uygulamasının daha da arttığı düşünülerek uygulamaya ilişkin muhtemel bazı sorunlara da değinilecektir.

a. Terörle Bağlantılı Zararlarda Sosyal Risk İlkesi

İdarenin mali sorumluluğu alanındaki gelişmeler kusursuz sorumluluğun borçlar hukukundan çok daha erken tarihlerde ve daha yaygın olarak tanınmasını sağlamıştır. İdarenin üstün kamu yararını gözeterek hukuka uygun kimi işlem ve eylemlerinde dahi üçüncü kişilere zarar vermesi mümkün olduğundan kusursuz sorumluluğun idare hukukunda yaygın olması olağandır. Anayasadaki düzenlemelere bakıldığında da idarenin sorumluluğunun mutlaka kusurlu olması gerekmediği anlaşılmaktdır. 1982 Anayasası'nda "idarenin resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu doğan zararlar"ı (md. 40/3), "idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlar"ı (md. 125/7), "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan zarar"ı karşılamakla yükümlü olduğu ve bu zararın daha sonra kusurlu kamu görevlisine rücu edileceği (md. 129/5) düzenlenmiştir. Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan ve "idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararların" karşılanmasına ilişkin ibare hem kusurlu, hem de kusursuz sorumluluğu içermektedir. Ancak sosyal risk ilkesi bakımından esas tartışma terör eyleminin kendisinden doğan bir zarar olduğu takdirde idarenin işlem ve eyleminden bahsedilemeyeceğinden bu tür bir zararın karşılanmasının Anayasaya aykırı olup olmayacağıdır. Bu sorun başka durumlarda da gündeme gelebilecektir: Bir felaket, salgın hastalık ya da savaş durumunda idarenin zarara uğrayanların zararını tazmin etmesine yönelik bir düzenleme ya da mahkeme kararı Anayasaya aykırı olacak mıdır? Diğer bir deyişle, ilgili hükümler idarenin sorumluluğunu sınırlandırıcı nitelikte midir?

Öncelikle Anayasadaki hükümlerin idarenin sorumluluk alanı bakımından sınırlandırıcı nitelikte olmadığını, sorumluluğun asgarî alanını ve teminat sistemi sonucunda oluşacak rücu mekanizmasını

güvence altına aldığını belirtmek gerekir.[4] İdarenin genel anlamda sorumluluğuna ilişkin 40. ve 125. maddeler ile kusurlu sorumluluğa ilişkin 129/5. hükmü idarenin sorumluluğunu güvence altına almakla birlikte sorumluluğun esas kaynağı idareye verilen anayasal ve yasal görev ve yetkilerdir. Bu bakımdan, sosyal hukuk devletine ilişkin 2. madde, devletin amaçlarına ilişkin 5. madde ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler ile bu hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için idarenin yükümlülükleri sorumluluğun esas kaynağıdır. Örneğin idarenin sağlık hizmetlerinden doğan sorumluluğu Anayasa'nın 56. maddesi ile yaşam hakkının ihlalinden doğan sorumluluğu 17. maddedeki yükümlülükleri ile ilgilidir. Diğer yandan, 1961 Anayasası'ndan önce bu maddelere benzer bir sorumluluğa ilişkin hüküm bulunmamasına karşın Şura-yı Devlet'in idari davalara bakma yetkisine dayanarak idarenin sorumluluğuna ilişkin davalara bakması da bunun sonucudur.[5] Bu nedenle, kusursuz sorumluluk ve kapsamı konusunda en önemli kaynak kusursuz sorumluluğu öngören özel yasalar ve mahkeme kararlarıdır. Türkiye'de 1950'lerden itibaren kusursuz sorumluluğa ilişkin mahkeme kararlarına[6] rastlamak mümkün olduğu gibi, 1956'dan itibaren kitle hareketleri, terör ve deprem nedeniyle devletin kusursuz sorumluluğuna ilişkin özel yasalar da çıkarılmıştır.[7]

---

4 Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zarar ifadesinin sınırlandırıcı nitelikte olduğunu ve üçüncü kişilerin eyleminden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasının anayasaya aykırı olduğunu savunanlar da mevcuttur. Örneğin Akyılmaz, Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *GÜHFD*, C.IX, S.1-2, 2005, s. 228; Gözler, İdare Hukuku C. I, Ekin Yayınları, Bursa, 2003, s. 1075-1172

5 Örneğin 2. Dünya Savaşının sonlarında İstanbul üzerinden geçen bir uçağa atılan mermilerden biri havada patlamayarak bir fabrikanın üstüne düşmüştür. Bu davada Danıştay idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir. (E. 1950/1631, K. 1952/84) Bu tür kararlarda Danıştay hakkaniyet ve adaleti dayanak göstermektedir. (Aktaran: Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE yayınları, Ankara, 1974, s. 52.) Bununla birlikte, bu dönemde açık bir hükmün yokluğu ve idari yargının daha çok yeni olması gibi etkenler sonucunda Danıştay'ın 1927'den 1961'e kadarki süreçte sorumluluk için ağır kusur aradığını belirtmek gerekir. Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 798.

6 Kusursuz sorumluluğa hükmedilen bir başka erken tarihli karar Danıştay 8. Daire'nin bir meslek kazasına ilişkin 29.05.1961 tarihli E. 1960/5827, K. 1961/2097 sayılı kararıdır. Bunu bayındırlık faaliyetleriyle ilgili 16.02.1962 tarih ve E. 1960/177, K. 1962/108 sayılı karar izlemiştir. Aktaran: Hüseyin Çelikkol, "İdarenin Objektif Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, 1985/2, s. 16.

7 Bu yasaların ilk örneği 1 Mart 1956 tarih ve 6684 sayılı "6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir'de vukubulan hâdiselerde zarar görenlerin zararlarının ödenmesi hakkında Kanun"dur. Kanuna göre "hâdiselerde zarar gören hakiki ve hükmi şa-

Borçlar hukukunda istisnai ve ancak yasal dayanakla mümkün olan kusursuz sorumluluk hali idare hukuku alanında da ikincil nitelikte bir sorumluluk olmakla birlikte mahkeme kararları aracılığıyla kusursuz sorumluluğa hükmedilmesi mümkündür. Bunun en önemli nedeni ise idarenin görev ve yetkileri ile bu görevleri yerine getirmek için kullandığı araçların özel hukuk ilişkilerinden farklılaşmasıdır.

İdare hukukunda kusursuz sorumluluğa yol açabilecek durumlar risk (tehlike) ilkesi ve kamu külfetlerinde eşitlik (fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkesi[8] olarak kabul edilmiştir. Risk ilkesi idarenin risk içeren faaliyetlerinde kusurun belirlenmesinin güçlüğü ile kusur aranmasının adalete aykırı sonuçlar doğuracağı dikkate alınarak kabul edilmiştir. Kamu külfetlerinde eşitlik ise kamu yararını gerçekleştirmek üzere yürütülen hukuka uygun bir idari faaliyetin belli kişi ya da kişilere zarar vermesi durumunda bu zararın idare aracılığıyla tüm topluma yansıtılması fikrinden doğmuştur.

Sosyal risk ilkesi Fransız idare hukukunun etkisiyle doktrinde erken tarihlerde savunulmuştur. İlk olarak savaşta zarar görenlerin zararının tazmini üzerinden ortaya atılan sosyal risk ilkesi kitlesel hareketlerden ve terörle bağlantılı olarak ortaya çıkan bir sorumluluk türüdür ve mesleki risk ilkesi gereğince kamu görevlilerinin uğradığı zararların değil, üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini fikrinden hareketle geliştirilmiştir. Bu bakımdan, sosyal risk ilkesi toplumsal kökenli olarak doğan zararların sosyalleştirilmesi, yani tüm topluma yayılması anlayışına dayanır. Çünkü kitlesel hareketler, savaş ve terör

---

hısların îcra Vekilleri Heyetince kabul edilecek esaslar Dairesinde tespit edilecek zararlarını ödemeye Hükümet mezun kılınmıştır. Ancak bu miktar 60 milyon lirayı geçemez". Benzer şekilde 28.08.1992 tarih ve 3838 sayılı "Erzincan, Gümüşhane ve Tunceli tilerinde Vuku Bulan Deprem Afeti ile Şırnak ve Çukurca'da Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Kanun"la da bir yandan deprem nedeniyle doğan zararların, diğer yandan Şırnak ve Çukurca'daki çatışmalar nedeniyle doğan zararların giderilmesi düzenlenmiştir. Olaylara özgü bu tür kanunların yanı sıra 5233 sayılı yasaya benzer biçimde 3.11.1980 tarih ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun da bunlara örnek olarak sayılabilir. Hatta Terörle Mücadele Kanunu'nda terör mağdurlarına özgü haklar tanınması da aynı anayasal tartışmalar bakımından değerlendirilebilir.

8 Onar bu ilkeyi bayındırlık işlerinden doğan zararlar ile idarenin salahiyet ve imtiyazlarından doğan zararlar olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1745.

nedeniyle ortaya çıkan zararlar diğer zararlardan farklıdır; bu tür durumlarda kusurun ispatlanması güç olabildiği gibi zarara yol açan eylemin esas failinden zararın tazmin edilme ihtimali genellikle gündeme gelmez. Diğer yandan bu zararlar aslında bireysel değil, toplumsal niteliklidir. Danıştay'ın da 1960'larda doğrudan kavramı anmaksızın toplumsal olaylardan dolayı kusursuz sorumluluğa dayandığı kararları[9] bulunmakla birlikte kavramın Danıştay tarafından yaygın biçimde kullanılmaya başlanması 1990'lara denk gelir.

Doktrinde hem genel anlamda idarenin sorumluluğu, hem de sosyal risk ilkesinin kaynağı ve dayanakları konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Gözübüyük terörle bağlantılı zararlardan doğan sorumluluğu kamu külfetlerinde eşitlik ve sosyal devlet ilkesine dayandırmakta;[10] Duran ise devlete karşı bir temel hak içermesi ve devletin bu hakkı yerine getirme ödevi olması karşısında imkân ve fırsat eşitliği ilkesinin idarenin sorumluluğunun dayanağı olduğunu kabul etmektedir.[11] Azrak da Duran'a benzer şekilde sosyal risk ilkesini Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan dayanışma ilkesi ile fırsat ve imkân eşitliğine dayandırır.[12] Kaya sosyal risk ilkesi uyarınca tazminin hak ve nesafetin, sosyal dayanışmanın ve sosyal hukuk devletinin gereği olduğunu belirtirken[13] Yaşar genel olarak sorumluluğun dayanağını "idari faaliyetlerle kamuya sağlanacak bir yarar dolayısıyla ortaya çıkan zarara, bireyin kendi aleyhine, katlanmak zorunda kalmasının yarattığı adaletsizliği ortadan kaldırmayı" amaçlayan kamu külfetlerinde eşitlik ve bu ilkenin arkaplanında yer alan adalet fikrine dayandırır.[14]

---

9 Bu yönde bilinen ilk karar 27 Mayıs 1960 tarihinde yaşanan olayları penceresinden izlerken kurşunların isabet ettiği kişinin açtığı davadır. (8. Daire, E. 1960/5862, K. 1961/2149, aktaran: Demirkol, (2), s. 23) Yine eski tarihli bir karar da bir ölüm olayı nedeniyle Gaziantep'te hükümet binasının taşlanması sırasında arabası zarar gören kişinin açtığı davanın kabul edilmesine ilişkindir. (12. Daire, E. 1969/1746, K. 1971/2478, aktaran: Demirkol (2), s. 23; Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, s. 163.)

10 Şeref Gözübüyük, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 50, s. 196.

11 Duran, Türkiye İdaresinin..., s. 17.

12 Azrak, Ali Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına göre Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980, s.141.

13 Kaya, "Avrupa Konseyi'ndeki...", s. 25.

14 Hasan Nuri Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *İÜHFM,* C.

Baktıkları uyuşmazlıkların farklılığı nedeniyle askeri idari yargı ile Danıştay'ın yaklaşımında da farklılıklar bulunmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) terörle bağlantılı olarak zarar gören kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklarda illiyet bağı görmekte ve bu tür durumlarda sosyal risk ilkesini değil, kamu külfetlerinde eşitlik ilkesini kullanarak kusursuz sorumluluğa karar vermektedir. Mahkemeye göre, kişi terörle mücadele ile görevlendirilerek mücadele sırasında zarar görmese dahi kamu görevlisi sıfatıyla hedef alındığı için illiyet bağı korunmaktadır.[15] Örneğin bir davada AYİM özel aracıyla yıllık izne giderken karayolunda öldürülen bir askerin uğradığı zarardan idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.[16] Bu davada illiyet bağına ilişkin değerlendirme bakımından bir kamu görevlisinin hedef olması ile herhangi bir yurttaşın hedef olması arasında önemli bir fark olduğunu söylemek güçtür. Her iki durumda da terör eylemi kişisel bir husumet nedeniyle gerçekleştirilmemektedir.

Dayanakları dışında sosyal risk ilkesinin ne tür bir sorumluluk olduğu konusunda da farklı yaklaşımlar vardır. Sosyal risk ilkesi doktrinde genellikle kusursuz sorumluluğun bir türü olan risk ilkesinin alt başlığı olarak incelenmektedir.[17] Buna karşılık Danıştay aynı ilkeyi kusurlu ve kusursuz sorumluluğun dışında üçüncü tür bir sorumluluk olarak ele almaktadır. Danıştay'ın sosyal risk ilkesini ayrı bir sorumluluk türü olarak ele almasının nedeni ise sosyal risk ilkesinin uygu-

---

LXVI, S.1, 2008, s. 209. Benzer görüş için bkz. Berkan Ayturan, "5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19, 2014, s. 661.

15 Çalışmanın sınırlarını aştığından AYİM kararları ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. AYİM kararları hakkında bkz. Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk...", s. 208-212.

16 AYİM, 2. Daire, 17.01.1996, E. 1995/248, K. 1996/27: "Ölüm olayının davacıların yakınının Silahlı Kuvvetlere mensup birisi olanak OHAL Bölgesinde emniyet ve asayişin sağlanmasında görevlendirilmiş olması nedeniyle bu durumu bilen teröristlerce gerçekleştirilen eylem sonucunda meydana geldiği ve Astsubay ....'ın salt ifa ettiği kamu görevi yüzünden öldürüldüğü cihetle fiil ve sonuç ilişkisinin idareye yüklenebilir özellikte olduğu değerlendirilmiştir."

17 Onar sosyal risk ilkesini içtimai hasar olarak ifade etmekte ve objektif esasa dayanan sorumluluk başlığı altında (s. 1742-1745) ele alırken Günday kusursuz sorumluluğu risk ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi başlıkları altında inceleyerek sosyal risk ilkesini risk ilkesinin alt başlığı olarak incelemektedir. (Günday, İdare Hukuku, s. 378-382) Gözler sosyal risk ilkesini Günday'ın başlıklandırması doğrultusunda risk ilkesi altında incelemekle birlikte terör eylemlerinden dolayı idarenin kusursuz sorumlu olamayacağını iddia etmektedir. (Gözler, İdare Hukuku, 2003, s. 1075-1172; İdare Hukuku Dersleri, 2015, s. 769)

lanacağı alanlarda idarenin faaliyeti ile terör bağlantılı zarar arasında bir illiyet bağı aranmamasıdır. Danıştay bunu şu şekilde açıklamaktadır: "*... nedensellik bağı idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir.* İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da, *nedensellik bağı aranmadan "sosyal risk" ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir*."[18] Danıştay bu yaklaşımdan hareketle illiyet bağı kurulabilen durumlarda sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağına karar verebilmektedir.[19]

Danıştay kararlarında terörle bağlantılı zararlarda da kusursuz sorumluluk ile sosyal riskin ayrı kategoriler olarak ele alındığı durumlar mevcuttur. Örneğin Danıştay bir polis memurunun görevi sırasında terör eylemi sonucunda öldürülmesinin 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve olayın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.[20] Diğer yandan Danıştay 5233 sayılı Kanun'da bahsedilen sorumluluk ile bu Kanundan önce içtihatla geliştirilen sosyal risk ilkesini ayrıştırma yönünde kararlar vermiştir: "*5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun "sosyal risk" ilkesinin yasalaşmış halidir. Bu nedenle, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra, meydana gelen terör eylemleri veya terörle mücadele sırasında uğranılan zararların tazmini istemiyle açılan veya açılacak davalarda, artık sosyal risk ilkesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır*."[21] Bir başka kararda da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "İdarenin kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğu yanında, Anayasanın öngördüğü sosyal hukuk devleti anlayışına

---

18 Danıştay 10. Daire, E. 1996/2383, K. 1997/41636 T. 6.11.1997. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 10. Daire, E. 1996/9012, K. 1997/6164, 25.12.1997; 10. Daire, E. 1996/10292, K. 1998/1190, 18.3.1998; 10. Daire, E. 1997/3568, K. 1999/4782, 12.10.1999; 10. Daire, E. 1999/2162, K. 2000/5120, 11.10.2000. Danıştay aynı yaklaşımı 5233 sayılı yasadan sonra da sürdürmüştür. (Makalede yararlanılan mahkeme kararlarında özel olarak kaynak belirtilmeyen kararların tamamına Kazancı İçtihat Bilgi Bankası aracılığıyla erişilmiştir.)

19 Örneğin bir polisin terörle mücadele sırasında hayatını kaybetmesine ilişkin davada "sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir." Gerekçesiyle sosyal risk ilkesine dayanılamayacağına karar vermiştir. Danıştay 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, T. 18.10.2012.

20 Danıştay 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, T. 18.10.2012.

21 Danıştay 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009.

uygun olarak ve bu temel üzerinden, kollektif sorumluluk anlayışı çerçevesinde bilimsel ve yargısal içtihatlar ile geliştirilen sosyal risk ilkesi, Anayasanın yukarıda öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir."[22]

5233 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kararlarda Kanun'un gerekçesi de dayanak olarak kullanılmaktadır.[23] Gerekçede sosyal riskin "İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı" olduğu belirtildiğinden Danıştay bu gerekçeye de sıklıkla atıf yaparak sosyal riski illiyet bağı bulunmayan özel bir sorumluluk türü olarak kabul etmektedir.

Risk ilkesi ve kamu külfetlerinde eşitlik ilkesinde idarenin kusuru olmasa da idarenin faaliyeti ile zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı aranmaktadır. Genel anlamda risk ilkesinde zarar doğrudan idarenin eylemiyle doğmamakla birlikte idarenin faaliyetiyle ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, idare hukukunda özel hukukta kabul edilen "uygun illiyet bağı"nın ötesinde, daha dolaylı bir illiyet bağı kurulabilmektedir. Özel hukuktaki anlamıyla uygun illiyet bağı, "Olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre niteliği itibariyle sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya olayın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan "sebep" ile söz konusu sonuç arasındaki bağdır".[24] Bir hukuk öznesinin sorumlu tu-

---

22 İDDGK, E. 2013/4602, K. 2014/1220, T. 26.3.2014.

23 Danıştay'ın sıkça atıf yaptığı kısım şu şekildedir: "Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan terör eylemlerine hedef olan kişiler kendi kusur ve fiilleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olarak zarar görmektedirler. ... Ortaya çıkan bu zararın paylaştırılması, toplumun diğer kesimleri ile zarara uğramış kişiler arasında fedakârlığın denkleştirilmesi, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. ... İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılanmasını kabul eden objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla da kabul edilmiştir.... Bu çerçevede yapılan çalışmalar sonunda, terör eylemlerinin ülkemizde yoğun olarak yaşandığı (olağanüstü hal ilan edilen) 19.07.1987 tarihi ile 30.11.2002 tarihi arasında, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması ... amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır."

24 Hayrettin Yıldız, "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi", *TBB Dergisi*, 2016(116), s. 141; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 314.

tulabilmesi bu tür bir illiyet bağı ile mümkün olabilecektir; illiyet bağı sorumluluğun kurulabilmesinin en önemli şartıdır ve bu bağlamda Danıştay'ın bazı kararlarında, hatta 5233 sayılı Kanun'un gerekçesinde ileri sürülen ve sosyal risk ilkesinin geçerli olduğu durumlarda illiyet bağının olmadığı iddiasının değerlendirilmesi gerekir.

İdarenin borçlar hukuku öznelerinden farklı görev ve yetkilerle donatılmış olması, yani kamu yararını gerçekleştirmek üzere hayatın çok çeşitli alanlarında kamu gücü ayrıcalıklarını içeren yetki ve yükümlülüklere sahip olması nedeniyle idarenin sorumluluğu farklı özelliklere sahiptir. İdare hukukunda kusurun özel hukuktaki gibi kişisel ve sübjektif değil, anonim ve objektif olmasındaki gibi illiyet bağındaki bağlantı da bir failin eylemi ile zarar arasındaki sübjektif ilişkide değil, kamu hizmetiyle zarar arasındadır.[25] Borçlar hukukunda beklenti sorumluluğun sınırlandırılması ve olabildiğince sınırları net biçimde çizilmesiyken idare hukuku alanında idarenin yetkilerindeki genişliğe koşut olarak sorumluluğu da artabilecektir. İdare doğrudan aktif bir eylem yürütmese de ihmali eylem olarak isimlendirilen ve idarenin yükümlülüklerini yeterince yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluk daha yaygın olarak karşımıza çıkar ve illiyet bağı idarenin yürüttüğü kamu hizmetinden kaynaklanır. İdarenin sorumluluğunda neden-sonuç bağının varlığı için zararın idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetiyle bağlantılı olmasını yeterli gören ve sorumluluğu genişletici bir yorum sosyal hukuk devleti anlayışıyla da uyumludur.[26] Aksi bir yoruma gidildiği ve illiyet bağı dar yorumlanarak özel hukukta kabul gören şekliyle uygun illiyet bağı birebir uygulanırsa örneğin bomba imha ekibinin imha etmeye çalışırken bir bombanın patlayarak zarara yol açması durumunda patlamayı önlemeye çalışan kişilerin eylemiyle zarar arasında illiyet bağı olduğu kabul edilemeyebilecektir. Yine benzer şekilde idarenin kendi yerleştirmediği bir mayının patlaması sonucunda mayını temizlememesi ya da bir elektrik kablosunun kopması nedeniyle sorumluluğundan bahsedilebilmesinin nedeni doğan bu olağandışı zararın idarece karşılanmasının zararın sosyalleştirilmesi anlamına gelmesidir. Bir davada da ilkokulda ikinci sınıf öğrencisinin gözüne kalem isabet etmesi nedeniyle gözünü kaybetmesi olayında

25 Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1972, s. 238.

26 Bu yönde bir görüş için bkz. Halim Alperen Çıtak, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, 76-80.

idarenin doğrudan bir eylemi olmamasına rağmen idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu zararı önleyememesi nedeniyle sorumlu olması gerektiğine karar verilmiştir.[27] Bu örnekler depremden doğan sorumluluk ya da iflas eden bankaların neden olduğu zararlardan idarenin de sorumlu tutulması gibi davalarla da çoğaltılabilir. Bu tür zararlara idarenin katlanması idarenin kamu hizmetleri aracılığıyla toplumsal bir işlev yerine getirmesinden kaynaklanır. Bu bakımdan idare hukukundaki illiyet bağı objektif niteliklidir ve illiyet bağındaki bağlantı noktası, idarenin sunduğu kamu hizmetidir.

İdare hukukunda illiyet bağının daha dolaylı olabilmesi sadece sosyal risk ilkesi bakımından değil, hizmet kusuru açısından da geçerlidir. Zararın doğmasına yol açanlar üçüncü kişi olmasına karşın idarenin önleme ve/veya denetleme yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğa hükmedilebilmesi de bunun örneklerindendir. İdare hukukunda kamu hizmeti ile zarar arasında dolaylı da olsa bir bağlantı bulunuyorsa, yani idarenin doğrudan eylemi olmasa ve hizmet kusuru düzeyinde bir kusurun varlığından bahsedilemiyorsa da yükümlülüklerini yeterli düzeyde yerine getirmediği kabul edilebiliyorsa illiyet bağının varlığı kabul edilebilir.

5233 sayılı Kanun'un gerekçesinde yer alan ve Danıştay tarafından da sıklıkla kullanılan "İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bu zararların, nedensellik bağı ve kusur aranmadan" ifadesi de bu bağlamda okunmak gerekir. 5233 sayılı Kanun'da kusura ilişkin kısıtlayıcı nitelikte herhangi bir hüküm bulunmamaktadır; zaten Kanunun gerekçesinde yer alan ifadelerin normun lafzını kısıtlayıcı biçimde yorumlanması ve daha önce yargı tarafından geliştirilen bir ilkeyi belirlemesi mümkün değildir. Kusursuz sorumluluğun ikincil olma niteliği nedeniyle sosyal risk kapsamına gireceği iddia edilen bir durumda öncelikle kusurlu sorumluluğun aranması gerekir. Kaldı ki, yasanın gerekçesinde yer alan "İdarenin önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği zarar" ifadesi bir hizmet kusurunun ya da Lütfi

27 8. Daire E. 2001/1439 K. 2001/2817 T. 5.6.2001. Bozma kararında bu durum şöyle ifade edilmiştir: "...idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamakla birlikte idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararlarda nedensellik bağı aranmadan zararın tazmin edilmesi gerektiğinden..."

Duran'ın isabetli biçimde ifade ettiği kusur karinesinin[28] göstergesi de olabilecektir. Yine bu ifadenin kendisi zarar ile idare/kamu hizmeti arasındaki bağlantıyı işaret etmekte ve bir illiyet bağını ortaya çıkarmaktadır. Onar da içtimai hasar olarak ifade ettiği bu durumu "idarî faaliyet ile zarar arasındaki illiyet rabıtası gibi daha dar ve teknik bir hukukî esasa değil, hukukî müsavat, hakkaniyet ve nesafet gibi daha geniş hakkaniyet esaslarına istinat ettirilir" biçiminde açıklamaktadır.[29]

Sosyal risk ilkesinin uygulanabileceği alanlarda zararı doğuran eylem aktif olarak idarenin değil, üçüncü kişilerin eylemidir. Bu ilkenin uygulanabilmesinin bir diğer koşulu da idarenin bu zararı önlemek konusundaki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğine, yani bu zararı önleyebilecekken önlemediğine ilişkin herhangi bir kanıt bulunmamasıdır. Zaten bu tür bir ihmalî eylemin varlığı durumunda hizmet kusuruna dayalı sorumluluğa gidilmesi gerekecektir.

Sosyal risk ilkesinin bir diğer özelliği de idarenin sorumluluğunun dayanağı olan eylemin ve ortaya çıkan zararın herhangi bir suçtan farklılaşan niteliğidir. Danıştay bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

"Sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır. Genel bir ifade ile "terör olayları" olarak nitelenen eylemlerin, Devlete yönelik olduğu, Anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, bu tür olaylarda zarar gören kişi ve kuruluşlara karşı kişisel husumetten kaynaklanmadığı bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen olaylar nedeniyle zarara uğrayan kişiler, kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle zarar görmektedirler. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların ise, özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp, terör olaylarını önlemekle yü-

---

28 Duran, Türkiye İdaresinin..., s. 40-46. Duran'a göre bu durumda idarenin kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekecektir; mahkeme kararlarında bulunmasa da mahkeme kararlarının uygulanmaması durumunda tazminat davası açılabileceğine ilişkin hüküm de bu karinenin bir örneği olarak anlaşılabilir.

29 Onar, İdare Hukukunun..., s. 1744.

kümlü olduğu halde önleyemeyen idarece, yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre, topluma pay edilmesi suretiyle tazmini hakkaniyet gereği olup, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir".[30]

Danıştay'ın "zarara uğrayan kişilerin kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun bir bireyi olmaları nedeniyle" zarar gördüğü ifadesi sosyal risk ilkesinin uygulanma alanının ayırt edici unsuru olmak bakımından yeterli değildir. Terörle bağlantılı zararları diğer suç tiplerinden ayıran nitelik, terör eyleminin doğrudan belirli kişi/kişilere yönelen şiddet içeren adli bir olaydan farklı olarak belli bir kişisel husumet olmaksızın ve toplumsal bir hedefe yönelen bir suç türü olmasıdır. Şiddet içeren hiçbir suçta zarara uğrayanın kusur ve eyleminden bahsetmek mümkün olmamakla birlikte terör eylemlerine hedef olan kişiler açısından başka bir durum söz konusudur. Kişi doğrudan hedef olarak seçilmiş olsa dahi terör eyleminin hedefi o kişi ya da kişilerin şahsı olmaktan öte bir siyasal amacın gerçekleştirilmesidir; yani söz konusu zarar siyasal/toplumsal bir sorunun yansımasıdır ve kişi bu soruna ilişkin bir amacın gerçekleştirilmesi için sadece toplumun üyesi olması nedeniyle hedef olabilmektedir. Bu bakımdan, devletin ve zarara uğrayan kişilerin terör eylemlerindeki konumu o toplumdaki herhangi bir suçtan farklı niteliktedir.[31]

Tüm bu farklı özelliklerine karşılık terörle bağlantılı zararlardan doğan sorumluluğun üçüncü bir sorumluluk türü olarak nitelenmesi gerekli değildir. Her ne kadar illiyet bağı konusunda diğer sorumluluk türlerinden bir farklılaşma bulunsa da illiyet bağı bulunmadan sorumluluk olamayacağından hareketle bir hizmet kurusu bulunmadığı hallerde uygulanabilecek olan sosyal risk ilkesi de bir kusursuz sorumluluk türü olarak değerlendirilmelidir. Ancak, bir zararın terörle bağlantılı olarak ortaya çıkması ve kusur bulunmaması doğrudan sosyal risk ilkesinin uygulanmasını gerektirmez. Örneğin terörle mü-

30 İDDK, E. 2015/2933, K. 2016/326.

31 Türkiye'de genel anlamda suçtan zarar görenlerin zararlarını karşılamak üzere bir yardım yapılmasını içeren bir yasa tasarısı çıkarıldığını da belirtmek gerekir. Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı "Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı" 2008'den itibaren belli aralıklarla gündeme gelmişse de meclise gelmemiştir. Tasarı için bkz. http://www.bursabarosu.org.tr/paylasim/File/dosyalar/2009/sucmagdur.pdf Tasarı hakkında bir inceleme için bkz. Fatma Karakaş Doğan, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *TBB Dergisi,* 2011 (95), s. 197-234.

cadele kapsamında idare tarafından riskli araçların kullanılması durumunda sosyal risk ilkesinden değil, risk ilkesinden bahsetmek gerekir. Buna karşılık zarar terörle mücadele kapsamında olduğu için 5233 sayılı Kanun kapsamında bir zarardır.[32] Bu durumun bir başka örneği de patlayıcı maddelerin, özellikle mayınların patlaması sonucunda uğranılan zararlardır. Terörle mücadele etmek amacıyla devlet tarafından mayın döşenmesi durumunda üçüncü kişilerin kasıtları olmaksızın bu mayınların patlaması sonucunda yaralanması durumunda da idarenin sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür. Ancak bu tür bir durumda da kusura dayalı mı, yoksa kusursuz sorumluluğun belli bir türünün mü sorumluluğa dayanak olduğu olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Eğer devletin döşediği mayınlı bir arazide yeterli işaretleme yapılmaması nedeniyle zarar ortaya çıkmışsa kusurlu sorumluluğa gidilebilecekken yine devlet tarafından döşenen bir mayınlı alanda yıllar içinde toprağın kayması nedeniyle öngörülmeyen bir arazide patlama meydana gelmişse bu durumda risk sorumluluğuna gidilebilecektir. Oysa devletin döşemediği bir mayınlı alanda yaşanan patlama nedeniyle Danıştay kusura dayalı sorumluluğa[33] ya da sosyal risk ilkesine dayanarak zararın tazminine karar verebilmektedir.[34] Ancak Danıştay'ın karar gerekçelerinden hizmet kusurunu öncelikle inceleyip incelemediği ya da hangi durumlarda doğrudan sosyal risk ilkesini uyguladığını saptamak güçtür.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, kitlesel eylemler, terör eylemleri ya da savaşla bağlantılı, yani toplumsal bağlamda oluşan zararlar bakımından kusur ya da illiyet bağının aranmasının gerek-

32 15. Daire, E. 2011/9389, K. 2015/5311, T. 17.9.2015. Kararda otomatik bombaataların deneme atışları sırasında meydana gelmesi karşısında olayın terörle mücadele kapsamında olduğu kabul edilmiş ve olay yerinde bulunan davacının kızının ölümü eşi ve çocuklarının yaralanmasından kaynaklanan zararların terörle mücadele kapsamında giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

33 Bu yönde yakın tarihli bir örnek için bkz. Danıştay 10. Daire, E. 2014/6332, K. 2016/722, 11.2.2016: "terör örgütünce yerleştirilmiş anti-tank mayınının üzerinden kamyonun geçmesi sonucunda meydana gelen patlamada ... patlama bölgesinin tehlikeli maddelerden arındırılarak güvenliğini sağlama veya güvenliği sağlanamayan bölgeye girişe uyarıcı işaretlerle engel olunması hususundaki görevini yerine getirmeyen davalı idarenin hizmet kusuru işlediği"ne karar verilmiştir.

34 Danıştay'ın hiç kusur tartışmadan sosyal risk ilkesi ve 5233 sayılı Kanun hükümlerine atıfla tazmine hükmedilmesi gerektiği yönünde kararı için bkz. Danıştay 15. Daire, E. 2011/16575, K. 2015/6073, 15.10.2015. Kararın gerekçesinden yukarıdaki karardaki durumla bu durum arasında bir farktan bahsetmek mümkün değildir.

mediği ve doğrudan sosyal risk ilkesinin uygulanacağını varsaymak doğru değildir. Kusurlu sorumluluğun aslî olması karşısında her koşulda öncelikle kusur bulunup bulunmadığı, yani idarenin bu zararı önleme ihtimali olup olmadığı, güvenlik ve istihbarat hizmetlerinin yürütülmesinde etkili hizmet verilip verilmediğinin denetlenmesi gerekir. Bu konuda Madımak otelinin yakılması, Uğur Mumcu ve Hrant Dink suikastlarına ilişkin davalar önemli birer örnektir. Madımak otelinin yakılması sırasında yeterli müdahalede bulunulmaması ve hem Uğur Mumcu, hem Hrant Dink'in hedef haline geldiği açık olmasına rağmen yeterince korunmamaları nedeniyle bu davalarda hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiştir.[35] Günday'ın da belirttiği gibi, yargının sosyal risk ilkesini nedensellik bağı bulunmayan türde bir kusursuz sorumluluk türü olarak kabul etmesi "adeta idarenin terör olayları karşısında aczine dayandırılmakta ve idareyi terörü önleyemediği halde kusura dayalı sorumluluktan soyutlamayı ve aklamayı hedeflemektedir".[36] Sosyal risk ilkesi bir kusursuz sorumluluk olarak ele alınsa dahi terörle bağlantılı tüm zararlarda sosyal risk ilkesinin uygulanacağını varsaymamak, öncelikle aslî sorumluluk türü olan kusurlu sorumluluğu değerlendirmek gerekir.

Kusursuz sorumluluğun hizmet kusurundan farklı olarak idareyi ve ilgili kamu görevlisini suçlama gibi bir değer yargısına dayanmaması nedeniyle[37] idareyle hiçbir bağlantısı bulunmayan bir kusursuz sorumluluğun varsayılması bir yandan sorumlu kamu görevlilerine rücu edilmesinin önüne geçmekte, diğer yandan da idarenin yurttaşların yaşam hakkı ile güvenlik hakkını korumak konusundaki yükümlülüklerinin daha sınırlı biçimde çizilmesine, adeta idarenin aklanmasına yol açmaktadır.

5233 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra sosyal risk ilkesinin uygulanamayacağına ilişkin görüşler ileri sürülmüşse de[38] bu

---

35 Uğur Mumcu kararı (Danıştay 10. Daire, E. 1996/10292, K. 1998/1190, 18.3.1998); Madımak kararı (Danıştay 10. Daire, E. 1996/211, K. 1996/5755, 2.10.1996) Hrant Dink'le ilgili olan Danıştay tarafından yayımlanmadığından karardan gazete haberleri aracılığıyla öğrenilmiştir. http://www.milliyet.com.tr/4-suikast-yetmedigundem-1423514/

36 Günday, İdare Hukuku, s. 381.

37 Gözübüyük, "Terör Olayları…", s. 195.

38 Bu yönde bkz. Kürşat Akça, "Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı C. 2,

görüşe de katılmaya imkân yoktur. Kimi kararlarda Danıştay'da da izlenebilecek bu yaklaşımın en önemli sorunu bu Kanunun zorunlu bir başvuru yolu olduğunu ve belli bir sorumluluk tipini öngördüğünü varsaymasıdır. Oysa 5233 sayılı Kanun alternatif bir yargı-öncesi uyuşmazlık çözme yöntemidir ve bu Kanuna göre bir başvuru yapılsa da olayın koşullarına göre hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluğa dayanılması mümkündür. Zaten Kanunun terörle mücadeleden doğan zararları da içerdiği dikkate alındığında doğrudan idarenin kusurlu eylemlerinin de bu Kanun kapsamında olacağını evleviyetle dikkate almak gerekir.

b. 5233 sayılı Kanunun Uygulanma Alanı ve Kapsamı

5233 sayılı Kanun, Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanmasını düzenlemiştir. Kanuna göre, terör veya terörle mücadeleden maddi anlamda zarar gören kişilerin olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün, her halde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmalarıyla birlikte zarar tespit komisyonlarının yapacağı değerlendirme sonucunda üzerinde anlaşacakları bir sulhname ile kişilerin maddi zararlarının karşılanması mümkündür. Kamu tüzel kişilerinin örneğin köy adına oluşan zararların talep edilmesi mümkün değildir.[39] Kanunun lafzından kamu görevlilerinin terörle bağlantılı zararları nedeniyle başvuramayacağına ilişkin sınırlandırıcı bir hüküm olmaması nedeniyle kamu görevlileri de bu kapsama girmektedir.[40] Buna karşılık Danıştay bazı kararlarında kamu görevlisinin zarara uğraması durumunda 5233 sayılı Kanunun uygulanamayacağına karar vermiştir.[41] Danıştay'ın bu yaklaşımının nedeni aşağıda da değinileceği üzere kanunu doğrudan

---

2015, s.989.

39 Bu yönde bir Danıştay kararı için bkz. 15. DAİRE, E. 2011/6719, K. 2012/11433, 21.11.2012.

40 5233 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 18. Maddesinde terörle mücadele nedeniyle zarar gören kamu görevlilerine daha önceden ödenmiş olan tazminatların hesaplanma kriterinin farklı olması durumunda mahsup edilerek başvurma imkânı açıkça düzenlenmiştir.

41 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, 18.10.2012.

sosyal risk ilkesiyle sınırlı olarak yorumlamasıdır. Sosyal riskin tanımlanmasında da toplumun bir parçası olmak nedeniyle uğranılan bir zarar olduğu fikri bulunduğundan kamu görevlilerinin uğradığı zararlar hizmet kusuru ya da kusur bulunmuyorsa da riskli bir faaliyet ise risk ilkesine, riskli faaliyet değilse kamu külfetlerinde eşitlik ilkesine dayandırılmaktadır. Oysa yargı yoluna başvurmadan sulh yoluyla tazminatı mümkün kılan ve sorumluluğun dayanağı bakımından da sınırlandırma içermeyen bu Kanundan herkesin yararlanma hakkı bulunmaktadır.

5233 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre sulh yoluyla karşılanabilecek zararlar; a) Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar, b) Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri, c) Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddî zararlardır. Zarara yol açan eylemin terör veya terörle mücadeleye ilişkin bir eylem olması yeterlidir; zarara uğrayan kişinin rastlantısal biçimde ya da hedef gözetilerek zarara uğratılması Kanunun uygulama alanı bakımından önem taşımamaktadır. Tek bir kişinin doğrudan hedef olduğu bir durum da Kanunun kapsamına girebilecektir.

Zararların tazminine ilişkin mahkeme kararlarına yansıyan ve tartışmalı olan zarar türü kişilerin malvarlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan zararlardır. Köy boşaltma olarak bilinen bu davalarda ispata ilişkin güçlüklerin yanı sıra bu zararın kapsamının ne olduğu ve kimlerin tazmin talep edilebileceği de tartışmalı olmuştur. Danıştay bir zararın varlığının kabul edilmesi için mutlaka köyün tamamen tahliye edilmiş olmasını aramakta ve bu nedenle zararın hesaplanmasında zarar görenin köyü terk etme tarihini esas almamaktadır. Danıştay'a göre bu tür başvurularda "sadece köyün tahliye edilmesinden, köye dönüşe izin verildiği tarihe kadar geçen süreçle sınırlı kalmak kaydıyla" tazmin mümkündür.[42] Mahkemenin tamamen tahliye koşulunu araması malvarlığına ulaşamamadan kaynaklanan zararlar için kanunun lafzını önemli ölçüde daraltan ve amacın gerçekleşmesini güçleştiren bir yorumdur. Diğer yandan, Danıştay malvarlığına ulaşamadığını iddia eden kişilerin mutlaka terör öncesi ikamet ediyor olmasını

42 10. Daire, E. 2008/2990, K. 2008/6284, 23.9.2008.

aramamakta, intifa ya da zilyetlik gibi bir hakkın kullanılamamasını yeterli görmektedir.[43]

Kapsama ilişkin 2. maddede ise kapsam dışında tutulan durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, devletçe başka bir şekilde karşılanan zararlar ile AİHM'de ihlal kararı ya da dostane çözüm aracılığıyla ödenen tazminatlar, terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar, kişilerin kendi kastıyla oluşan zararlar[44] Kanunun kapsamı dışındadır.

Buna karşılık, daha önce başka bir şekilde tazminat alınmış olması durumunda devam eden zararlarda 5233 sayılı Kanun'a göre başvuru yapılabilecektir. Örneğin köyü terk etmek zorunda kalma nedeniyle uğranılan zararlar için AİHM'e yapılan bir başvurunun dostane çözümle sonuçlanmasına karşın başvurunun reddine karşı açılan davada idare mahkemesi zararın sürdüğü gerekçesiyle dostane çözümün yapıldığı tarihten köye dönüşlerin başladığı tarihe kadarki zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiş, Danıştay zararın hesaplanmasında AİHM'e başvuru tarihinden köye dönüş tarihine kadarki sürenin dikkate alınması gerektiğine karar vererek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.[45] Hak arama özgürlüğüne uygun bir yorum niteliğinde olan karar sadece AİHM kararları bakımından değil, başka bir yolla yapılan tazminat ödemeleri açısından da emsal olabilecek niteliktedir ve tazminatın ödenmesinden sonra devam eden zararlar için Kanunun uygulanabilmesini sağlar.

İstisna hükmünün son fıkrasında ise Terörle Mücadele Kanunu'nun 1., 3. ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararların bu Kanun kapsamı dışında olduğu ve bu suçlardan

---

43 15. Daire, E. 2013/10027, K. 2015/7244, 9.11.2015.

44 Kişinin kastı ile oluşan zararlar ile zarar görenin kusuru kavramlarını karıştırmamak gerekir. Zarar görenin doğrudan zarar verme kastı olmaksızın zararın oluşmasına katkıda bulunan eylemi bulunması tazminat miktarının hesabında dikkate alınacak bir unsurdur. Danıştay 13 yaşındaki bir çocuğun hayvanları otlatırken bulduğu yabancı cismi evine getirerek bu cismin patlaması sonucu ölmesi olayında çocuğun ailesinin gözetim yükümlülüğüne atıfla bu duruma müterafik kusur dese de söz konusu sorumluluk kusura dayalı olmadığından ortak kusurdan bahsetmek doğru değildir. (15. Daire, E. 2011/9487, K. 2013/1480, 21.2.2013)

45 15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.

dolayı ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanuna göre işlem yapılmayacağı düzenlenmiştir. Uygulamada mahkûmlara ilişkin bu istisnanın geniş yorumlanabildiği görülmektedir. Örneğin köyü terk etmek zorunda kalmaya ilişkin bir uyuşmazlıkta başvurucunun eşinin Kanunda sayılan suçtan mahkûm olduğu gerekçesiyle talebinin reddedildiği ve idare mahkemesinin bu uygulamanın cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı verdiği anlaşılmaktadır.[46] Bir başka davada Danıştay yaralanarak zarar görenin terör örgütü "sempatizan"ı olduğuna ilişkin resmi makamlarda bilgi bulunması nedeniyle Kanunun uygulanamayacağına karar verebilmiştir.[47] Yine bir başka başvuruda terör örgütü üyelerinin sığınağı olarak kullanılan evin yıkılmasından doğan zararın bu istisnaya dayanılarak reddedildiği, ancak başvurucunun suçun manevi unsuru bulunmadığından beraat ettiği anlaşıldığından tazminat verilmesi gerektiğine karar verilmiştir.[48]

Bu tür davalarda karşımıza çıkabilen bir başka durum da ölümlü vakalarda ölen kişinin terörle bağlantısı olup olmadığının incelenmesidir. Kişiler bu durumlarda mahkûm olmadan hayatlarını kaybettiği için masumiyet karinesi gereği Kanunda mahkûmiyete ilişkin istisnanın uygulanamaması gerekir. Buna karşılık, Danıştay ölen kişinin terörle ilgili bir suç işleyip işlemediğini denetleyebilmektedir. Örneğin yasadışı bir gösteri sırasında ölen kişinin yasadışı gösteriye katılması dikkate alınarak Kanunun kapsamı dışında kaldığına hükmedilmişse de Danıştay kişinin terör örgütü üyesi olduğu ya da bir terörist saldırı-

---

46 E:2009/4014, K:2009/5294, aktaran: Yunus Çetin, "Terör Olaylarından Kaynaklanan Tazminat Davaları ve İdari Kolluk Hizmetlerinden Uğranılan Zararların Tazmini", Anayasa Mahkemesi sunum metni, (www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/.../ym.../cetinterorOlaylari.doc, son erişim tarihi: 28.2.2017)

47 15. Daire E. 2011/11 K. 2011/335 T. 22.6.2011. Kararda şu ifadeye yer verilmiştir: "hakkında, istihbari açıdan örgüt üyesi veya yandaşı (sempatizanı) olduğuna dair resmi makamlarda bilgi bulunan kişilerin, terör nedeniyle uğradığı zararların, 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini hukuken mümkün değildir".

48 15. Daire, E. 2011/9635, K. 2012/5277, 12.9.2012: "davacıya ait evin, terör örgütü üyeleri tarafından sığınak olarak kullanıldığından bahisle güvenlik kuvvetleri tarafından 18.7.1994 tarihinde yıkılması nedeniyle uğranılan zararın 5233 sayılı Kanun uyarınca tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaliyle ilgili davada DGM'nin "sanığın üzerine atılı suçu yasa dışı terör örgütünün korku ve baskısı sonucunda işlediğinin anlaşıldığı, suçun manevi unsurunun oluşmadığı" gerekçesiyle davacının beraatına karar verdiği anlaşıldığından zararının 5233 sayılı Kanun kapsamında olduğuna" karar verilmiştir.

da bulunduğuna yönelik bir belirleme olmadığından hareketle bozma kararı vermiştir.[49] Bir başka davada terör örgütüne yardım şüphesiyle gözaltına alınan kişinin gözaltındayken ölümü durumunda mahkeme bu kişinin suçu işlediği sabit olmadığından bahisle Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay, kararda ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağı bulunduğunu dikkate almıştır.[50] Diğer yandan, bir başka olayda ise Danıştay zarar görenin terör eylemine karışmasına rağmen ölüme yol açan olay bakımından değerlendirme yapmıştır. Dosyada kişi terör suçu nedeniyle yakalanmışsa da pişmanlık göstermiş ve kolluk kuvvetlerine yer gösterme sırasında hayatını kaybettiğinden zararının tazmini gerektiğine karar vermiştir.[51]

Tazminattan yararlanabilecek kişilerle ilgili bu hüküm istisna hükmü olduğundan dar yorumlanması ve ancak kişi bir ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğu takdirde bu istisna hükmünün

---

49 15. Daire, E. 2011/9484, K. 2015/5598, 1.10.2015. Her ne kadar karar tazminat ödenmesi yönündeyse de Danıştay'ın akıl yürütmesi Kanunun mahkûmiyet koşulu, yani lafzı karşısında hatalıdır.

50 15. Daire, E. 2011/9811, K. 2012/2716, 9.5.2012. Kararda idarenin bu ölümle etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesine de vurgu yapılması idarenin eylemi ile ölüm arasındaki illiyet bağı açısından bir karine olarak yorumlanabilir: "Kişilerin gözaltında bulundukları sırada hayatlarını kaybetmeleri halinde, hukuk devletinin bir gereği olarak, ölüm olayının nasıl meydana geldiğinin etkili bir şekilde araştırılması gerekir. Davacıların mirasbırakanının terör örgütüne yardım ve yataklık yaptığına ilişkin, şüpheden öte, herhangi bir mahkeme kararı bulunmadığı; ayrıca, davacıların mirasbırakanının ölümüne yönelik davalı idarece herhangi bir soruşturma ve inceleme yapılmadığı da dikkate alındığında, davacıların mirasbırakanın Mardin İl Merkez Jandarma Bölük Komutanlığı'na sorgulandığı sırada ölümünün, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği ve ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna varıldığından; davalı idare tarafından, ölüm olayının, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği dikkate alınarak…"

51 15. Daire, E. 2011/9965, K. 2012/5281, 12.9.2012: "davacıların mirasbırakanı her ne kadar önceden terör eylemlerine katılmış ise de, sorgulaması sırasında pişmanlık göstererek terör örgütünün askeri kanadına ait kamp, sığınak, konaklama ve buluşma noktalarını bildiği ve istenildiği zaman bu yerleri gösterebileceğini beyan etmesi üzerine güvenlik kuvvetlerince yer göstermek için götürüldüğü Batman İli, Kozluk İlçesi, ... Köyü'ndeki bir sığınakta yer gösterilmesi sırasında terör örgütü üyelerince önceden tuzaklanmış bombanın patlaması sonucunda hayatını kaybettiği dikkate alındığında, davacıların mirasbırakanının artık pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecek konumda, güvenlik güçlerinin denetim, gözetim ve korumasında onlara yardım ederken hayatını kaybetmiş bir kişi olarak kabulü gerekmektedir".

uygulanabilmesi gerekir. Ölen bir kişinin suç işleme niyeti ya da sempatizan olup olmadığı yönündeki idare ya da mahkeme değerlendirmeleri kanunun lafzını aşan değerlendirmelerdir. Ölen kişinin kendisinin gerçekleştirdiği terör eylemi sırasında zarar görmesi durumunda maddenin (e) bendinde yer alan ve istisna hükmünde olan kendi kastıyla oluşan zarardan bahsedilebilecektir. Yine eğer kişinin kendi kusuru zararın artmasına yol açmışsa bu durum 8. maddede öngörüldüğü şekilde zararın tespiti aşamasında dikkate alınmalıdır.

Kanunun uygulanmasındaki önemli unsurlardan biri de zararın belirlenmesi aşamasıdır. Kanuna göre, zararın belirlenmesi için her ilde zarar tazminat komisyonları kurulacaktır. Bir başkan ve altı üyeden oluşan komisyonda, komisyon başkanı sıfatıyla valinin görevlendireceği vali yardımcısı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köyişleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat yer alır. Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Komisyon, yapılan her başvuruyla ilgili çalışmalarını başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde tamamlamak zorundadır. Zorunlu hallerde bu süre komisyon kararı ve vali onayı ile üç ay daha uzatılabilecektir.

5233 sayılı Kanun'a ilişkin bir diğer tartışma da terörden kaynaklanan zararlar söz konusu olduğunda bu başvurunun tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olup olmadığıdır. İdari eylemlerden doğan zararlar bakımından gerçek anlamda bir uyuşmazlığın çıkması ve İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) anlamında dava edilebilir bir işlemin ortaya çıkması gerektiğinden idari eylemlerde bir başvuru ya da idari itirazdan değil, ön karardan bahsetmek gerekir.[52] Zorunlu idari itirazlar bir uyuşmazlık doğduktan sonra dava açılabilir bir işleme karşı dava açabilmek için gidilen bir yol iken ön karar dava açılabilmesi için tüketilmesi zorunlu bir yoldur ve bu yolun tüketilmemesi durumunda idari merci tecavüzü gündeme gelecektir.

Her ne kadar 5233 sayılı Kanun'a göre karşılanabilecek zararlar daha çok idari eylemlerden kaynaklansa da örneğin sokağa çıkma

52 Burak Öztürk, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 18-19.

yasağı kararının uygulanması nedeniyle malvarlığına erişememeden kaynaklı zararlarda bir idari işlemin uygulanması sonucunda da zarar doğması mümkündür. Bu bakımdan, 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvuru idari bir eylemle ilişkili ise bu başvuru sonucunda verilen karar ön karar niteliğinde iken idari işlemin uygulanmasından doğan bir zarar varsa bu başvuru idari itiraz niteliğinde olacaktır.

İdari işlemlerde zorunlu idari itiraz hak arama özgürlüğünün bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkına bir sınırlandırma getirdiği için yasallık ilkesi gereği ilgili Kanunda itirazın dava açmak için bir koşul olduğu açıkça yazmadığı takdirde söz konusu itirazın ihtiyari bir itiraz olduğu kabul edilmelidir.[53] Hak arama özgürlüğü bakımından özgürlük lehine yapılan bu yoruma göre, özel yasalarda belli bir sürede belli bir makama itiraz edilebileceğine ilişkin hükümler dava açmanın önünde öteleyici veya zorlaştırıcı bir engel olarak yorumlanmamalı; aksine yurttaşlar açısından yargı-öncesi çözüm yöntemi, yani bir imkân olarak yorumlanmalıdır. Diğer yandan, itiraz yolunu gösteren bu tür hükümler İYUK 11. maddesinde düzenlenen ihtiyari başvurunun yetki ve usul bakımından özel hükümler getiren özel idari usul kuralları olarak görülmelidir.[54] 5233 sayılı Kanunda İYUK hükümlerine atıf yapılan tek hüküm "Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, nihaî işlem sonucunun ilgiliye tebliğine kadar genel hüküm-

53 Öztürk de zorunlu idari itirazın hak arama özgürlüğünü sınırlamasından hareketle benzer bir yorumu yapmakta, ancak Danıştay'ın içtihadı karşısında doğrudan açık hüküm olmayan durumlarda kanunun genelinden çıkarsadığı bazı idari itirazları da zorunlu itiraz olarak incelemektedir. Bkz, Öztürk, Hak Arama..., s. 120.

54 Bu tür itiraz düzenlemelerine bakıldığında bu yolların tipik üst makam ilişkisi bulunmayan teşkilatlarda yetki bakımından ya da daha tarafsız bir itiraz incelemesi amaçlandığında özel olarak düzenlendiği görülebilecektir. Örneğin 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince yapılan itirazın Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanacağı düzenlenmiş, yani itirazı incelemeye yetkili makamın idarenin kendisi olmaması sağlanmıştır. Boğaziçi Kanunu'nun 10. maddesinde "Sahil Şeridi" ve "Öngörünüm" bölgeleri ile ilgili planlara itiraz düzenlenmiş ve belediye başkanının görüşü ile belediye meclisinin karar vereceği, yine başkan ve Boğaziçi İmar Yüksek koordinasyon kurulu kararıyla itirazın sonucunun kesinleşeceği düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nda 7. ve 8. maddelerde baroların levhaya yazılma taleplerini reddetmeleri halinde Türkiye Barolar Birliği'ne itiraz edecekleri düzenlenmiştir. Buna benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür.

lere göre dava açma sürelerini durdurur" hükmünü içeren 6. maddesinin son fıkrasıdır ve hem ön karar, hem de idari itirazlar bakımından bu Kanun ile İYUK arasında genel-özel norm ilişkisine ilişkin bir hüküm yoktur. Benzer iki düzenleme Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da vardır ve bu hükümler nedeniyle bu kurumlara yapılan başvuruların zorunlu olduğunu kabul etmek de mümkün değildir.[55] Bu nedenle, terörle bağlantılı olarak kurulan bir işlem nedeniyle zarar doğduğu takdirde genel hüküm niteliğinde olan İYUK 12. maddesi uyarınca doğrudan tam yargı davası açılması mümkündür. Ancak, zarar gören sulh yoluna başvurmak istediği takdirde dava açma süresi içinde 5233 sayılı Kanun uyarınca başvuru yapabilecektir.

Kanun kapsamında idari bir eylem söz konusu olduğunda da 5233 sayılı Kanun'un İYUK 13'de öngörülen başvuru yolunun uygulanmasını engelleyip engellemediği, yani, terörle bağlantılı bir zarar söz konusu ise mutlaka 5233 sayılı Kanun'un işletilmesinin zorunlu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanunda 5233 sayılı Kanun ile İYUK arasında genel-özel kanun ilişkisine dair bir ifade bulunmadığı gibi iki kanunda düzenlenen işlem türleri arasında bazı farklar vardır. İYUK 13'te düzenlenen ön karar zorunluluğu bir idari işlem kurulmasına ilişkinken 5233 sayılı Kanun'da yer alan sulhname aşağıda değinileceği üzere iki taraflı bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Ayrıca, 5233 sayılı Kanun'un sadece belli türde maddi zararları içermesi, hatta bu Kanuna göre ödenebilecek maddi zararlarda da belli bir sınır getirilmiş olması İYUK 13 ile 5233 sayılı Kanun'a göre yapılacak başvurunun genel hüküm-özel hüküm niteliğinde olmasını engelleyecek niteliklerdir. Zaten genel hükümlere göre dava açılamayacağının kabulü İYUK 13'teki sürenin bir yıl olması karşısında 5233 sayılı Kanun'da belirlenen başvuru süresinin altmış gün olması nedeniyle hak arama özgürlüğünde önemli bir sınırlama anlamına gelecektir; bu tür bir sınırlamanın yorum yoluyla getirilmesi ise yasallık ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Buna karşılık, Danıştay'ın 5233 sayılı Kanun'un

55 Çok benzer bir hüküm Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 17/8 maddesine göre, "Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur". Benzer şekilde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 17/3 maddesine göre, "Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur".

uygulanabileceği bir durumda maddi zararlar için genel hükümlere göre dava açılamayacağı yönünde kararları vardır.[56] Benzer şekilde, bir idare mahkemesinin genel hükümlere göre açılan davalarda 5233 sayılı Kanun uyarınca husumetin valiliğe yöneltilmesi gerektiğine ilişkin karar verdiği anlaşılmaktadır.[57] Yine Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra genel hükümlere göre açılan davalarda 5233 sayılı Kanun'un varlığı karşısında sosyal risk ilkesine dayanılarak dava açılamayacağına ilişkin kararlar verilebilmiştir.[58] Oysa ne 5233 sayılı Kanunda ne de İdari Yargılama Usulü Kanununda bir sınırlandırma olmaması nedeniyle bu yol ihtiyari bir başvuru yolu olarak kabul edilmelidir.[59] Bu Kanun kapsamına girebilecek bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda genel hükümlere göre başvuru yapılması halinde 5233 sayılı Kanun'a göre yapılmış olduğunun varsayılması ve bu Kanundaki başvuru sürelerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak başvurunun 5233 sayılı Kanun'da belirtilen altmış gün içinde yapılması halinde idarenin zımni ret süresi içerisinde sulh yolunu önermesinin önünde bir engel yoktur.

---

56 Bir davada ilk derece mahkemesi İYUK 13 uyarınca yapılan bir başvurunun reddine ilişkin davada genel hükümlere göre tazminat ödenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; Danıştay ise bozma kararında "maddi tazminat istemine dair kısmının da genel hükümlere göre değil, 5233 sayılı Kanun hükümlerine göre incelenmesi ve karara bağlanması gerekmektedir" ifadelerine yer vermiştir. Oysa genel hükümlere göre yapılacak talepleri sınırlandıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 15. Daire, E. 2012/5325, K. 2015/7807, 19.11.2015.

57 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, 18.10.2012. Karardan kamu görevlisi polisin hayatını kaybetmesine ilişkin davada "genel hükümler uyarınca İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan davada Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi'nin 18.09.2007 tarih ve E:2005/443, K:2007/1068 sayılı kararı ile maddi tazminat istemi için Batman Valiliği'ne karşı, manevi tazminat istemi için genel hükümlere göre İçişleri Bakanlığı'na karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verildiği" anlaşılmaktadır. Yani ilk derece mahkemesi uyuşmazlığın niteliğine göre 5233 sayılı kanunun doğrudan uygulanacağını varsaymıştır.

58 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009.

59 Bu noktada AİHM'in 5233 sayılı Kanundaki başvuruyu etkili bir iç hukuk yolu olarak tanımlamasının bu başvuru yolunun zorunlu olduğu anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir. İçyer kararı öncesinde verilen ihlal kararlarında 285 sayılı KHK'nin dava açılmasına engel olan hükmü nedeniyle idari yargı etkili bir denetim yolu olarak görülmemişti. Bu karara dayanak olan ve 1990 yılında KHK'de yapılan değişiklikle 7.maddeye eklenen "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılamaz" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.2003 tarihli ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Kanunun uygulanmasına ve genel hükümlerle ilişkisi açısından bir başka mesele de herhangi bir şekilde sulhname imzalanmaması durumunda ne tür bir dava açılması gerektiği sorunudur: Davacılar sulhname imzalanmamasına yönelik idari işleme karşı iptal davası açabileceği gibi, iptal talep etmeksizin tazminat talebiyle dava da açabilecektir. Bu mesele 5233 sayılı Kanun'un 1987 yılına kadar geriye yürütülmesi nedeniyle özellikle önem taşımıştır. 1992 yılında meydana gelen bir ölümle ilgili olarak 5233 sayılı Kanun'a göre yapılan bir başvuru ölüm olayının Kanun kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle taleplerinin reddine karar verilmiş ve davacıların iptal talep etmeksizin tazminat davası açması üzerine idare mahkemesi, genel hükümlere göre dava açma süresi geçtiğinden davanın reddine karar vermiş; Danıştay ise davacıların 5233 sayılı Kanun'un uygulamasında iptal ya da doğrudan tam yargı davası yoluna başvurabileceklerine ve bu nedenle dava açma süresinin geçmediğine karar vermiştir.[60]

Özellikle devam eden zararlar açısından hak arama özgürlüğüne uygun yorum yapılması ve dava açma süresini kısıtlayıcı yorum yapılmaması gerekir. Kanunun geçmişe yönelik zararlar bakımından uygulanabilmesi için son başvuru tarihi 30.05.2008 olduğu için davanın süresi içinde açılmadığına ilişkin kararı bozan Danıştay şu sonuca varmıştır: "*…davacılar tarafından 25.06.2012 tarihinde yapılan başvuru ile 1992 yılından başvurunun yapıldığı 2012 yılına kadar malvarlığına ulaşılamama nedeniyle meydana gelen zararların talep edildiği, dolayısıyla 30.05.2007 tarihinden başvurunun yapıldığı 25.06.2012 tarihine kadar malvarlığına ulaşamama nedeniyle meydana gelen zararlar için her hangi bir süre kısıtlaması bulunmadığından başvurunun süresinde olduğunun kabulü gerekmektedir.*"[61]

c. 5233 sayılı Kanunun Uygulanmasında Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk

Danıştay 5233 sayılı Kanun'u sosyal riskin "yasalaşmış hali" olarak nitelemekte ve sosyal riski de çoğu zaman illiyet bağı aranmayan özel bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirmekle birlikte, yukarıda da değinildiği üzere Kanunda sorumluluğun dayanağına ilişkin

60 10. DAİRE, E. 2006/4970, K. 2008/6644, 15.10.2008.
61 15. DAİRE, E. 2013/14215, K. 2014/3329, 30.4.2014.

herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Benzer şekilde Kanun metninde kusura ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemişken gerekçede sosyal risk ve kamu külfetlerinde eşitlik ilkesine de atıf yapılmıştır. Keza, AYİM'in terörle bağlantılı zararlara ilişkin davalarda sosyal risk değil, kamu külfetlerinde eşitlik ilkesine dayanmasının bir nedeni de budur. Danıştay kararlarında Kanunun uygulanmasında çoğu zaman kusursuz sorumluluğun varsayıldığı ve hizmet kusuru durumunda uygulanamayacağı ya da zarara uğrayan kişinin göreviyle ilgili zarar gören kamu görevlisi olması durumunda 5233 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı yönünde kararlar bulmak mümkünse de[62] Kanun'un lafzından bu tür bir yorum yapmak mümkün değildir. Kanunda sorumluluk dayanaklarını sınırlayan bir hüküm olmamasının yanı sıra idare hukuku alanında aslî ve öncelikli sorumluluğun kusurlu sorumluluk olduğu gözden kaçırılmamalıdır. İdare hukukunda kusursuz sorumluluk hali ancak hizmet kusuru bulunmayan hallerde gidilebilecek istisnai ve ikincil nitelikte bir sorumluluk türüdür. Danıştay'ın 5233 sayılı Kanun öncesi uygulamasında da ihmali yolla idarenin hizmet kusuru bulunan durumlarda terör olaylarıyla ilgili olarak kusurlu sorumluluğa gittiği kararlarına rastlamak mümkündür.[63] Diğer yandan Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen idarelerin kusurlu kamu görevlisine rücu etme yükümlülüğü düşünüldüğünde bu tür bir yorum Anayasaya da aykırı olacaktır. Zaten Kanun'un 13. maddesine 2015 yılında 6638 sayılı Kanun'la eklenen üçüncü fıkraya göre; "Devlet, ödeme nedeniyle genel hükümlere göre sorumlulara rücu eder. Bu Kanun kapsamındaki rücu istemine ilişkin zamanaşımı süreleri bir kat artırılarak uygulanır."[64] Her ne kadar değişiklik yapan kanunun gerekçesinde terörden sorumlu kişilere rücu edilme gereği

62 Genellikle bu tür davalarda 5233 sayılı Kanun hiç tartışılmadan doğrudan genel hükümlere göre karar verilmektedir. Örneğin Danıştay 10. Daire, E. 2012/5888, K. 2015/4956, 13.11.2015; Danıştay 10. Daire, E. 2003/3779, K. 2006/2510, 18.4.2006.

63 Bunun en bariz örnekleri Uğur Mumcu suikasti ve Madımak otelinin yakılması olaylarında idarenin yeterli önlemleri almamasına ilişkin kararlarıdır. Bkz. dipnot 35.

64 Aynı yönde hüküm 2004 yılında çıkarılan Terör Ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik'in 26/3. Fıkrasında zaten vardı. Zamanaşımına ilişkin hüküm ise kanunda getirilen bir yeniliktir. Bu maddede bahsedilen Borçlar Kanunu'nun 73. maddesi şöyledir: "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

belirtilmişse de[65] Kanunun sadece terör eylemleri değil, aynı zamanda terörle mücadele sırasında kolluk kuvvetleri tarafından kusurlu veya kusursuz olarak verilen zararları da içerdiği düşünüldüğünde hizmet kusuru bulunması durumunda kusurlu kamu görevlisine de kusuru oranında rücu edilmesi gerekeceği açıktır. Zaten Kanunda ya da yönetmelikte bu tür bir hüküm olmasa dahi Anayasa'nın 129/5 hükmü gereğince rücu mekanizmasının işletilmesi gerekecektir.

d. Terörle Bağlantılı Zararlarda Manevi Tazminat Talepleri

Terörle bağlantılı zararlarda kimi zaman maddi zarardan çok manevi zarar verilmektedir. Kanunun manevi tazminatı içermemesi ve terörden doğan zararlarda önemli manevi tazminatların da gündeme geldiği düşünüldüğünde bu Kanun'un uygulanması durumunda manevi tazminata ilişkin taleplerin nasıl dava edilebileceği konusu karmaşık bir hal almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de Kanunla ilgili yapılan iptal başvurusu sonucunda verdiği ret kararında vurguladığı üzere kanunda sadece maddi tazminatın düzenlenmiş olması manevi tazminat konusunda bir sınırlama anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesinin deyişiyle, Kanun "idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir".[66] Bu nedenle manevi tazminata ilişkin taleplerin 5233 sayılı Kanun'a göre genel hüküm niteliğinde olan İYUK 12. Ve 13. maddesine göre yapılması gerekir.[67] Buna göre, bir yıl ve her halde eylemden itibaren beş yıl içerisinde zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi ve bu başvurunun reddi sonucunda dava açma süresi sonunda dava açılması gerekmektedir. Bu bakımdan, 5233 sa-

---

65 Kanun tasarısındaki ilgili maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Son yıllarda meydana gelen ve terör örgütlerinin propagandasına dönüşen toplumsal olaylarda göstericiler, kamuya ve özel kişilere ait bina, araç ve mallara şuursuzca zarar vermeye, hatta yağma girişiminde bulunmaya başlamışlardır. Söz konusu zararlar Devlet tarafından karşılanmakta ve bu zararı verenlere Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde genel hükümlere göre rücu edilmektedir. Bu tür toplumsal olaylarda faillerin tespitindeki güçlükler nedeniyle rücu işlemlerinde meydana gelen gecikmelerin, bu işlemlerin zamanaşımına uğramasına meydan vermemesi bakımından madde ile 5233 sayılı Kanun kapsamındaki rücu istemine ilişkin zamanaşımı sürelerinin bir kat artırılarak uygulanması yönünde düzenleme yapılmıştır."

66 AYM, E. 2006/79, K. 2009/97, 25.6.2009, RG: 13.11.2009-27405.

67 Benzer görüş için bkz. Berkan Ayduran, "5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 676.

yılı Kanun'a göre başvuru yapılması durumunda aynı eylemden doğan maddi ve manevi zararlar bakımından farklı dayanakları olan ve başvuru süreleri de farklılaşan usuller bulunmaktadır. Oysa normal koşullarda tazminat hukukunun gereği bu iki talebin aynı dava kapsamında görülmesidir ve terörle bağlantılı zararlarda da maddi ve manevi zarar birlikte istenebilmektedir.

Diğer yandan Danıştay, sosyal risk ilkesi uyarınca talep edilen maddi ve manevi tazminatlara ilişkin davalarda sosyal risk ilkesi uygulanamayacağı, 5233 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiği gerekçesiyle bu kararları hem maddi, hem manevi tazminat bakımından bozmaktadır. Örneğin bir kararda Danıştay *"5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen terör eylemi sonucu oluşan zararın tazmini isteminden kaynaklanan uyuşmazlığın, 5233 sayılı Yasa kapsamında irdelenerek çözümlenmesi gerekirken, davacının uğradığı maddi ve manevi zararlarının sosyal risk ilkesi uyarınca ödenmesi gerektiği yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir"* sonucuna varmıştır.[68] Oysa 5233 sayılı Kanunun zorunlu bir yol olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi manevi tazminat taleplerinin genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerekir.

Danıştay bir dönem Kanunun maddi zararları kapsamasının manevi zararları dayanaksız bıraktığı şeklinde yorum yapan kararlar da verebilmiştir. Bir davada ilk derece mahkemesi *"maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile maddi tazminatın yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine; fazlaya ilişkin maddi tazminat istemi ile yasal dayanağı bulunmayan manevi tazminat isteminin reddine"* karar vermiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.[69] Yine daha erken tarihli bir kararda da hem maddi hem manevi tazminat talepli bir dava Nakdi Tazminat Kanunu uyarınca maddi zarar için yapılan ödeme nedeniyle 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılması gereken bir ödeme olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve karar onanmıştır.[70] Bu kararlarda manevi tazminata yasal dayanak aranması ya da maddi tazminata gerek kalmadığı hallerde manevi tazminata ilişkin hiç inceleme yapılmaması Kanunun lafzına ve tazminat hukukunun genel ilkelerine de aykırı bir yorumdur.

68 Danıştay 10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, 26.10.2009.
69 Danıştay 10. Daire, E. 2008/11212, K. 2009/5491, 2.6.2009.
70 Danıştay 10. Daire, E. 2006/7212, K. 2008/9199, 23.12.2008.

Bir başka kararda 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi ölen kişinin yasadışı gösteriye katılması nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında bir zarar olmadığına karar vererek hem maddi tazminatı hem manevi tazminatı reddetmiş; Danıştay manevi tazminat kısmını onamış ve diğer yandan talebin 5233 sayılı Kanun kapsamında kaldığına karar vermiştir.[71] Oysa zararın 5233 sayılı Kanun kapsamına girdiğine ilişkin değerlendirme manevi tazminat talebi bakımından da yeniden değerlendirme yapılmasını gerektirecektir. Kararın karşı oyunda da manevi tazminat yönünden de bozma kararı verilmesi gereğine işaret edilmiştir.

Aynı davayla hem 5233 sayılı Kanun doğrultusunda maddi zararın tazmini için yapılan başvurunun reddedilmesinin iptalinin, hem de genel hükümlere göre manevi tazminat talep edilmesi durumunda davalarda mahkemelerin bu iki talebi ayrı ayrı değerlendirmesi gerekir. Söz konusu başvurunun sadece 5233 sayılı Kanun'a göre yapılan bir başvuru olarak yorumlanması ve bu nedenle manevi tazminat taleplerinin reddedilmesinin hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi bir yorum, maddi tazminata ilişkin 5233 sayılı Kanun'un manevi tazminatlara ilişkin İYUK 13. madde doğrultusunda manevi zararlar için başvuru yapma hakkını ortadan kaldırdığı gibi bir sonuca götürecektir ki bu yorum Anayasaya kanunun lafzına ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararı olarak nitelenebilecek kararına da açıkça aykırıdır. Kusurlu ya da kusursuz ve terörle bağlantılı bir eylem nedeniyle ortaya çıkan zararlarda manevi zararın da karşılanması gerekir. Buna karşılık, örneğin bir davada ilk derece mahkemesinin maddi tazminat istemi için ilgili Valiliğe, manevi tazminat istemi için genel hükümlere göre İçişleri Bakanlığı'na karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği gerekçesiyle dilekçenin reddine karar verdiği ve bu nedenle davanın yenilendiği anlaşılmaktadır.[72]

---

71 Danıştay 15. Daire, E. 2011/9484, K. 2015/5598, 1.10.2015. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 15. Daire, E. 2011/7480, K. 2011/460, 4.7.2011.

72 Danıştay 15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, 18.10.2012. Danıştay söz konusu olayda kamu görevlisi görevi sırasında zarar gördüğü için illiyet bağı bulunduğuna ve zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar verdiğinden bu konu tartışılmamıştır.

Bu konu 5233 sayılı Kanun'un geçmişte oluşan maddi zararları da kapsaması nedeniyle de önem kazanmıştır. Genel hükümlere göre dava açma süresinin geçmesine karşın 5233 sayılı Kanun maddi zararlar bakımından bir istisna getirerek sulh imkânını 1987 yılına kadarki zararlara kadar götürmüştür. Yani, genel dava açma süresinin geçtiği durumlarda ancak Kanun uyarınca maddi zararlar istenebilecek, manevi zararlar bakımından ise İYUK 13'teki süreler geçtiğinden dava açılamayacaktır.[73]

Bir başka davada da Koşuyolu Parkı'ndaki patlamada oluşan maddi ve manevi zararların tazmini talebiyle yapılan başvuru sonucunda sulhnamenin kabul edilmemesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat davasının birlikte açıldığı, manevi tazminat istemi hakkında Mahkemenin, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca dilekçenin İçişleri Bakanlığına tevdiine karar verdiği; bu suretle dilekçe kendisine intikal eden İçişleri Bakanlığınca başvurunun reddedilmesi üzerine manevi tazminat davasının ayrıca açıldığı anlaşılmaktadır. Danıştay'a göre "yapılacak araştırma sonucu, olayın meydana gelmesinde idarenin kusuru saptandığı takdirde, uyuşmazlığın 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca çözümlenmesi; idarenin herhangi bir kusuru bulunmadığının tespit edilmesi halinde ise, 5233 sayılı Yasa kapsamında yalnızca "maddi" zararlarının tazmini olanaklı olduğundan, manevi tazminat istemiyle açılan davanın reddine karar verilmesi zorunlu bulunmaktadır."[74] Oysa yukarıda da değinildiği gibi, 5233 sayılı Kanun ile İYUK 13. madde arasında kusur bakımından bir fark bulunmamaktadır; her iki yasal düzenleme de kusura ya da kusursuz sorum-

---

73 İlk derece mahkemelerinden biri de bu yönde karar vererek "manevi tazminat istemine yönelik olarak, sadece maddi zararların 5233 sayılı Yasa kapsamında bulunması, buna karşılık Anayasanın 125. maddesi gereği idarenin her türlü eyleminden doğan zararı karşılama yükümlülüğü bulunması nedeniyle istemin 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği"ne karar vermişse de süre aşımından reddetmiş; bu kısım Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay 10. Daire, E. 2008/5548, K. 2008/9733, 31.12.2008. Danıştay'ın 5233 sayılı yasayı manevi tazminatı engelleyen bir şekilde yorumladığının bir göstergesi de kanundan önce oluşan zararlarda manevi tazminat taleplerini haklı görmesi ve bunu vurgulamasıdır: "Terör eylemi nedeniyle işyeri zarar gören davacı şirkete, olay ve idareye başvuru tarihinin 5233 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarih olduğu da dikkate alınarak sosyal risk ilkesi uyarınca manevi tazminat ödenmesi gerektiği..." (Danıştay 10. DAİRE, E. 2010/1399, K. 2014/3366, 26.5.2014.)

74 Danıştay 10. Daire, E. 2010/749, K. 2010/5192, 4.6.2010.

luluğa ilişkin bir ifade içermemektedir. Danıştay'ın bu yorumu 5233 sayılı Kanun'un sosyal risk ilkesiyle sınırlı bir tazminat türü olduğu ve sadece kusursuz sorumluluk olan durumlarda uygulanabileceği gibi bir varsayımı içermekte; hatta kusursuz sorumluluk durumunda manevi tazminata hükmedilemeyeceği gibi bir sonuca varmaktadır.

2014 yılında konu bir mahkemenin ısrar kararı sonucu İdari Dava Daireleri'nin önüne de gitmiştir. Terör olayı nedeniyle manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine ilişkin kararın temyiz incelemesi sonucunda 15. Daire "*olayda davalı idareye yüklenebilecek kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri bulunmadığından, uyuşmazlığın 5233 sayılı Kanun kapsamında çözümlenmesinin zorunlu olduğu, 5233 sayılı Kanun'un, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu uğranılan maddi zararların tazminini öngörmesine karşın, manevi zararların tazminini kapsamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, genel hükümlere (sosyal risk ilkesine) göre davanın kısmen kabul edilmesinde hukuki isabet görülmediği*" sonucuna vararak kararı bozmuş; İdare Mahkemesi ise ilk kararında ısrar etmiştir. Bunun üzerine İDDGK ısrar kararının onanmasına karar vermiştir. Kurula göre, "*hali hazırda terör olayları nedeniyle uğranılan manevi zararların Anayasaya dayalı olarak sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini olanaklı iken, yasama organınca, özellikle yaşam hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açar nitelikte ve manevi tazminat ödenmesini engellemek amacına yönelik böyle bir yasanın yürürlüğe konulduğu söylenemez... idare hukuku kuralları çerçevesinde Anayasaya dayalı olarak geliştirilen bir ilke uyarınca manevi zararların karşılanma olanağının içeriği itibariyle engelleyici bir hüküm taşımayan yasa ile ortadan kaldırıldığından bahsedilmesi olanaksızdır*."[75]

Bu karara karşılık, Danıştay 15. Daire Ekim 2015'te birbirine zıt iki karar verebilmiştir: 15 Ekim tarihinde verdiği kararda İDDGK kararını birebir kullanarak 5233 sayılı Kanunda manevi zararlara ilişkin hüküm bulunmaması nedeniyle manevi tazminat talebinin reddedilmesinde "hukuki isabet" bulmamış ve genel hükümlere göre manevi tazminata hükmedilebileceğine karar vermişken[76]; aynı Daire bir hafta sonra verdiği kararda 5233 sayılı Kanunun manevi tazminatı içermemesi nedeniyle manevi tazminat talebinin reddedilmesine ilişkin

75 İDDGK, E. 2013/4602, K. 2014/1220, 26.3.2014.
76 Danıştay 15. Daire, E. 2011/16575, K. 2015/6073, 15.10.2015.

ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.[77] Aynı Daire Kasım ayında içtihadını yine değiştirerek İDDGK kararındaki gerekçeyi yine birebir kullanmış ve genel hükümlere göre manevi tazminat davası açılabileceğine karar vermiş; daha sonraki bazı kararlarında da manevi tazminat taleplerinin kabul edildiği davalarda onama kararı vermiştir.[78] İDDK 2016'da verdiği yakın tarihli bir kararında da 5233 sayılı Kanun'un manevi tazminatı içermemesinin genel hükümlere göre manevi tazminat istenmesini engellemediği yönünde karar vererek bir ısrar kararını onamıştır.[79] Danıştay'ın geldiği noktada Anayasaya ve Anayasa Mahkemesi'nin de yorumuna uygun olacak şekilde 5233 sayılı Kanun'u manevi tazminat bakımından engelleyici bir hüküm olarak görmediği anlaşılmaktadır. Zarar görenlerin 5233 sayılı Kanun'a başvurmadan doğrudan İYUK 13. madde uyarınca manevi zararlarını talep etmeleri de mümkündür. Ancak sulh yoluna başvurulması halinde aynı olaydan doğan maddi ve manevi tazminat taleplerinin hem başvurunun yapılacağı makamın, hem idari başvuru sürelerinin farklı olması belli sorunlara yol açabilecektir. 5233 sayılı Kanun'a göre 60 gün içinde Valiliğe başvurmak gerekecekken İYUK 13. madde uyarınca zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde İçişleri Bakanlığı'na başvurulabilecektir. Böyle bir durumun tercih edilmesi durumunda dava açma süreleri geçmemek koşuluyla iki dava iki davalı da hasım gösterilerek bir arada açılabilecek ya da dava açma süresinin daha uzun olması nedeniyle manevi tazminat davasının sonra açılması halinde iki davanın birleştirilmesi istenebilecektir.

---

77 Danıştay 15. Daire, E. 2011/7219, K. 2015/6413, 22.10.2015. Karara muhalif kalan üye ise manevi tazminat yönünden karşı oy yazmış ve AİHM'in Aydın İçyer kararına da atıf yaptıktan sonra şu gerekçeye yer vermiştir: "Anayasa Mahkemesi'nce verilen 25.06.2009 tarih ve E:2006/79, K:2009/97 sayılı karar gerekçeleri değerlendirildiğinde, davacıların 5233 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca başvuracağı yargı yolunda manevi tazminat talep edebilecekleri açıktır."

78 Danıştay 15. Daire, E. 2015/8734, K. 2015/9227, 24.12.2015. Bu karara muhalif üye ise zararın 5233 sayılı yasayla ilgili olması nedeniyle manevi tazminatın ödenemeyeceğini gerekçe göstermiştir. Aynı yönde karar ve karşı oy içeren bir başka karar için bkz. 15. Daire, E. 2015/9499, K. 2015/9086, 23.12.2015; 15. Daire, E. 2012/8455, K. 2015/8287, 1.12.2015.

79 İDDK, E. 2015/2933, K. 2016/326, 18.02.2016. Karara karşı oy yazan üye ise kanunun hazırlanma sürecindeki komisyon raporları ve kanunun görüşmelerinde manevi tazminatın içerilmemesi ve Anayasa Mahkemesinin kanunun manevi tazminatı kapsamamasına ilişkin hükmü iptal etmemesi karşısında - Anayasanın sorumluluğa ilişkin hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararının alıntılanan açık gerekçesine rağmen- manevi tazminat istenemeyeceği sonucuna varabilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili bireysel başvurularda manevi tazminat isteminin 5233 sayılı Kanun dayanak gösterilerek reddedildiği davalarda "başvurucunun manevi tazminatı hak edip etmediğinin tartışılması gerekirken 5233 sayılı Kanun'da manevi zararların karşılanmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal" edildiğine karar vermiştir.[80]

e. Sulhnamenin Hukuki Niteliği

Özel hukukta bir alacakla ilgili uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesinin nitelenmesi daha kolay olmasına karşılık idare hukuku alanında sulh yolunun bir tarafının idare olması işlemin niteliği sorununu da beraberinde getirmektedir. Özel hukuk alanında sulh hem yargı-öncesi bir kurum, hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme nedeniyle dava sırasında da başvurulabilecek bir yoldur.[81] Mahkemede ya da mahkeme dışında yapılabilen sulh "iki tarafın aralarında var olan uyuşmazlığı karşılıklı fedakârlıkları ile tarafların kendi sorunlarını kendilerinin çözmeleri esasına dayanan bir uzlaşı" olarak tanımlanmakta ve bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.[82] Sulhu feragat ve kabulden ayıran nitelik, tek taraflı değil, iki taraflı olması ve karşılıklı fedakârlığı içermesidir ve bu nedenle sözleşme olarak nitelenmektedir. Adli yargıdan farklı olarak İYUK'ta sulhe ilişkin bir hüküm olmaması nedeniyle idari yargının alanına giren uyuşmazlıklarda sulh, yargı öncesi uyuşmazlık çözümü yöntemi olabilecektir. İdari yargıda tarafların uzlaşması ancak kısmi feragat, kısmi kabul olarak nitelenebilecektir.[83] Ancak tam yargı davasının iptal davası ile birlikte açılması durumunda feragata ilişkin sınırlandırıcı içtihat[84]

---

80 Abbas Emre Başvurusu**,** 2014/5005, 6.1.2016, R.G. 11/3/2016-29650, par. 84.

81 HMK'nın 313. maddesine göre sulh, "görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. (2) Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir. (3) Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dâhil edilebilir. **(**4) Sulh, şarta bağlı olarak da yapılabilir". Bu tür sulhu diğerlerinden ayıran, ilam niteliğinde olmasıdır.

82 Aynur Cidecigiller, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 124.

83 Cidecigiller, İdarenin..., s. 146.

84 İYUK 31. maddede HMK'ya yapılan atıf nedeniyle uygulanan feragat konusunda

karşısında idari işlemlerden kaynaklanan zararlarda dava açıldıktan sonra sulhun gerçekleşememesi de mümkündür. Buna karşılık, terörle bağlantılı zararlar söz konusu olduğunda 5233 sayılı Kanun'a göre sulhün gerçekleşmemesi durumunda dava açıldıktan sonra 659 sayılı KHK hükümleri uyarınca kısmi feragat, kısmi kabul biçiminde sulh yapılması mümkündür.

İdare hukukunda sulh özel yasaların dışında genel ve özel bütçeli idareler bakımından genel bir usul olarak 659 sayılı KHK[85] ile hem adli uyuşmazlıklar, hem idari uyuşmazlıklar açısından mümkün hale gelmiştir[86] ve idari uyuşmazlıklar bakımından sulh başvurusunun İYUK 13'te düzenlenen başvurunun yerine geçeceği düzenlenmiştir. 659 sayılı KHK'nin idari uyuşmazlıklara ilişkin 12. maddesi uyarınca idari işlemler nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin dava açma süresi içinde yapacağı başvurular ile idari eylemlerden doğan zararlar için İYUK 13. madde uyarınca yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur ve altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunlu olan sulh başvurusu sonuçlanmadan dava açılamaz. Başvuruları değerlendirecek olan hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun hazırlayacağı rapor karar vermeye yetkili mercilere sunulur; yetkili mercilerin kabulü halinde başvuru sahibine, sulh tutanağının imzalanması için en az on beş günlük süre verilir. Başvuru

---

Danıştay iptal davasının objektif niteliği nedeniyle idari yargıya özgü yorum yapmak gerektiğine ve iptal kararından sonra temyiz aşamasında feragatin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu konuda bkz. Münci Çakmak, "İdari Yargıda Davadan Feragat", *AÜHFD*, 2004, C. 53, S. 1, s. 185-194.

85 Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, RG: 2.11.2011/28103. Ancak bu kararnameden önce daha kısıtlı bir düzenleme olmakla birlikte 1943 yılında kabul edilen 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 30 ve 31. maddelerinde Danıştay'ın görüşü alınmak koşuluyla sulh yolunun mümkün olduğu belirtilmiştir. Buna göre, davaya intikal etsin veya etmesin genel bütçeye ilişkin ve miktarı 50 milyon liraya kadar olan uyuşmazlıklar hakkında Maliye Bakanı, bu miktarı aşanlarda ise Danıştay'ın da onayı gereklidir. Bu hüküm 659 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun dışında, Belediyeler Kanununun 15/k bendinde de belediyelerin vergi ve benzeri alacakları dışındaki uyuşmazlıklarında anlaşma yoluyla çözüm mümkün kılınmıştır.

86 Çalışma kapsamı dışında kaldığından 659 sayılı KHK'da düzenlenen ve adli uyuşmazlıklarda uygulanan sulh yolu incelenmemiştir.

sahibi bu süre içerisinde kabul etmediği takdirde reddetmiş sayılır. Tarafların sulh olmaları halinde imzalanan tutanak ilam hükmündedir.

2011 yılında bu genel düzenlemenin kabul edilmesiyle birlikte ortaya çıkan önemli bir soru 5233 sayılı Kanun ile 659 sayılı KHK'deki düzenlemeler arasında nasıl bir ilişki olduğudur. Öncelikle 659 sayılı KHK'deki sulh hükümleri ile 5233 sayılı Kanun hükümleri ile çatışmalı ya da birbirini ilga edecek nitelikte olmadığını belirtmek gerekir. Buna karşılık, 659 sayılı KHK genel anlamda idare ile zarar görenler arasında hak ihlalinden doğan uyuşmazlıkları içerdiğinden genel kanun niteliğindeyken 5233 sayılı Kanun terörle bağlantılı zararlara özgülenmiştir ve bu bakımdan konu bakımından özel kanun niteliğindedir. Bununla birlikte, 5233 sayılı Kanun 659 sayılı KHK ve yine genel hüküm niteliğinde olan İYUK 13'e kıyasla daha ayrıntılı düzenlemeleri içerdiğinden genel kanunların uygulanmasını gerektirecek bir durum oluşmamaktadır.[87]

5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvurunun reddi durumunda ret kararı tek taraflı bir idari işlem niteliğinde olduğu için bu ret kararına karşı idari yargıda iptal davası açılmaktadır ve bu noktada Danıştay ya da Yargıtay kararlarında bir ihtilaf yoktur. Bu işlem İYUK 13'te yer alan başvurunun reddi ile aynı niteliğe sahiptir. Buna karşılık, sulhnamenin imzalanması durumunda artık tek taraflı bir işlemden değil, sözleşmeden bahsetmek gerekir. İlk bakışta ret kararı bir idari işlem kimliğine sahip olduğuna göre bu işlemin de isteğe bağlı tek taraflı bir idari işlem olup olmayacağı düşünülebilecekse de işlemin kamu gücüne ilişkin bir unsur içermemesi ve işlemin konusunun tarafların bir tazminat alacağı konusunda anlaşmalarından ibaret olması ve bu işlemin kurulabilmesi için başvuru sahibinin kabulüne ihtiyaç olması karşısında işlemin bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir. Buna bağlı olarak da bu sözleşmenin geçerliliği konusunda özel hukuk kural ve ilkelerinin uygulanması, sulhnamenin geçersizliğe ilişkin bir iddia olması durumunda adli yargıda dava açılması gerekir.

87 659 sayılı KHK'da olup 5233 sayılı Kanun'da olmayan tek konu sulhnamenin ilam hükmünde olduğuna ilişkin düzenlemedir. Özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun uygulanabilecektir, ancak 5233 sayılı Kanun'da sulhnamenin ilam hükmünde olduğunun belirtilmemiş olması hüküm bulunmayan bir halden öte farklı iki hukuki sonuca sahip iki ayrı sulhnamenin düzenlendiğini gösterir.

Zarar gören kişinin bu tür bir iddiasını içeren bir uyuşmazlığa rastlanmamışsa da idarenin ödeme yapmaktan vazgeçtiği davalar bulunmaktadır. İdarenin ödeme yapmaktan vazgeçmesi üzerine açılan bir icra takibine karşı itirazın iptali davasında ilk derece mahkemesi görevsizlik kararı vermişken Yargıtay sulhnameyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve adli yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir.[88] Buna karşılık, olayda idarenin sulhnamenin geri alınmasına yönelik bir işleminden bahsedildiği için uyuşmazlık özgün bir niteliğe sahiptir.[89] Bu noktada şu sorunun sorulması gerekmektedir: Sulh sözleşmesi imzalandıktan sonra idarenin bu sözleşmeyi imzalama iradesini geri alması mümkün müdür? Kanımızca söz konusu olan bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna göre bu noktada idarenin bu işleminin de özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir. Sulhnamede açıkça fesih yetkisinden bahsedilmediği takdirde sözleşmeden dönme ya da iradenin sakatlanmasına yol açan bir durum (örneğin hata ya da hile) söz konusu ise sözleşmenin iptal edilebilirliğinden bahsetmek gerekir. İdarenin bir zararın tazminiyle ilgili olarak imzaladığı sözleşmede kamu gücünden bahsedilemeyeceğinden bu sözleşmede idari sözleşmelerde olduğu gibi bir fesih yetkisinden bahsedilemeyecektir.

Sulhnamenin parasal sonuçları olması ve bir tazminat alacağının tahsilinin gündeme gelmesi nedeniyle bu sulhnameye bağlı bir diğer sonuç da bu alacağın ne zaman muaccel olacağı, hangi durumlarda temerrütten bahsedilebileceği ve bu alacağa faizin nasıl işletilebileceğidir. Buna ilişkin hem Danıştay, hem Yargıtay'ın önüne gelen davalar mevcuttur.

Konuyla ilgili bir kararda idare mahkemesi 5233 sayılı Kanun'dan doğan bir alacak bakımından faiz ödeneceğine ilişkin açık bir yasa maddesi olmadığından hareketle faiz istenemeyeceğine karar vermişken Danıştay ilk derece mahkemesi kararını bozarken gerekçesinde

88 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2012/39, K. 2012/7900, 23.3.2012. Yargıtay bir başka davada da sulhnamenin bir başka kişiye temlik edilmesi üzerine temlik alan kişinin açtığı davada da sulhnamenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu kabul ederek bu davada idari yargının görevli olmadığına karar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2013/9838, K. 2013/17651, 26.6.2013.

89 Yargıtay'ın bir kararından idari yargıda bu tür davalar olduğu anlaşılmaktadır. 13. Hukuk Dairesi E. 2015/29920 K. 2015/33652 19.11.2015 (Kararda Danıştay'ın bir Dairesinin E. 2013/14218, K. 2014/4477 sayılı kararına atıf yapılmıştır, ancak bu yönde yayımlanan bir karara rastlanmamıştır.)

davacının söz konusu meblağın faiz gelirinden mahrum bırakılmasının idarenin geç ödeme yapmak suretiyle hizmet kusuru niteliğinde olduğundan bu zararın davalı idarenin işleminden doğduğu ve tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Faiz konusundaki bir başka tartışma da faizin hangi tarihten itibaren işleyeceğine ilişkindir. Danıştay'ın önüne gelen davada ilk derece mahkemesi İYUK 13. madde başvurularındaki içtihada uygun biçimde idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar vermişse de Danıştay 5233 sayılı Yasa'nın özel bir usul olması, 1987 yılına kadar geçmişe yürütülmesi ve bu uyuşmazlıkların çözülmesi için uzun bir süre öngörülmesini dikkate alınarak faiz bakımından idareye başvuru tarihinin değil; sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarihin esas alınması gerektiğine karar vermiştir.[90] Ancak Danıştay'ın daha sonraki tarihlerde verdiği ve eski kararından farklı olarak başvuru tarihinden itibaren tazminat ödenmesine ilişkin kararları onadığı kararlar da mevcuttur.[91]

Sulhnamenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan hareketle sulhnamede belirtilen meblağın geç ödenmesi nedeniyle sadece faiz taleplerine ilişkin olarak adli yargıda açılmış davalar da bulunmaktadır.[92] Yargıtay konuyla ilgili bir kararında 5233 sayılı Kanun'un 13. maddesine dayanarak, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten üç ay içerisinde karşılanacağı ve bu sürenin sonunda alacağın muaccel hale geleceğini belirtmiştir. Bu kapsamda idarenin temerrüde düşmesi için Borçlar Kanunu uyarınca temerrüt ihtarı yapılması gerekmektedir.[93] Yargıtay bir başka kararda ise "davacı taraf sulhname gereği kendisine ödenen parayı alırken faiz talebine yönelik ihtirazi kayıt koymamış, ödeme öncesinde de faize yönelik bir talep ileri sürmemiştir. Bu

90 10. Daire, E. 2008/11150, K. 2009/5084, 27.5.2009; benzer yönde bir karar 10. Daire, E. 2008/4286, K. 2008/9585, 30.12.2008.

91 15. Daire, E. 2012/2423 K. 2013/2394 T. 28.3.2013; İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2013/4602, K. 2014/1220, 26.3.2014.

92 Bu noktada bu durumun bir görev uyuşmazlığına konu olmadığını, adli ve idari yargıda açılan iki dava türünün farklı olduğunu belirtmek gerekir. İdari yargıdaki kararlar tazminatın faiziyle ödenmesine ilişkin kararlar iken adli yargıda açılanlar uzlaşılan bir tazminat alacağının sadece faizine ilişkin uyuşmazlıklardır.

93 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2014/47620, K. 2015/4444, 16.2.2015. Aynı yönde 13. Hukuk Dairesi, E. 2013/16806, K. 2013/16493, 17.6.2013; 13. Hukuk Dairesi, E. 2012/10000, K. 2012/17329, 4.7.2012.

durumda; asıl borcun ödendiği tarihte davacının faiz talep hakkı da sona erdiği halde geç ödemeden dolayı faiz hesaplanarak davalı idare aleyhine icra takibi başlatılmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır" sonucuna varmıştır.[94]

Sulhnamenin ya hep ya hiç niteliği ve belli bir miktarın üstünde tazminatı içerememesi ve bu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması karşısında zarar görenlerin bu sulhnameyi imzalamaması durumunda Danıştay'ın sulhname miktarı üzerinden yargılama gideri, avukatlık ücreti ve yasal faize hükmedilemeyeceğine karar vermesi son derece isabetsizdir.[95] Danıştay gerekçesinde davacılar tarafından kabul edilmeyen tazminat miktarı yönünden uyuşmazlığın çıkmasına davacıların sebep olması nedeniyle bu tutar yönünden yargılama gideri, avukatlık ücreti ve yasal faize ilişkin kısmın bozulmasına karar vermiştir. Oysa 5233 sayılı Kanun'un sulhnamenin kabulü halinde dava açma hakkının ortadan kalktığına ilişkin içtihatla birlikte ele alındığında sulhnamede belirlenen miktarın talepten az olması halinde bu miktarı kabul etmemeleri kişilerin hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı bir yorumdur. Danıştay'ın bu miktar bakımından "uyuşmazlığın çıkmasına davacıların sebep olması" biçimindeki gerekçesi de uyuşmazlığın ve sulhnamenin ya hep, ya hiç biçiminde oluşu karşısında kabul edilebilecek nitelikte değildir. Genel hükümlere göre dava açan bir kişi bakımından bu tür bir sınırlandırma olmazken sulh yolunu denemenin bu tür bir olumsuz sonucu olması kanunun uygulanması bakımından caydırıcı bir yorumdur ve yargı-öncesi alternatif uyuşmazlık çözme yolunu işlevsizleştirebilecektir.

f. Sulhnamenin Dava Açmaya Engel Olup Olmadığı Sorunu

Sulhnamenin temel amacı, dava açılmasından önce uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Genel anlamda sulhname imzalanması tarafların uyuşmazlığı karşılıklı irade ile sonuçlandırması anlamına gelir. İdarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıklar bakımından da 659 sayılı KHK'nin 12. maddesinde "Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz" hükmüne yer verilmiştir ve aynı zamanda sul-

94 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13540, K. 2015/13395, 23.11.2015.

95 10. Daire, E. 2009/5172, K. 2009/11183, 29.12.2009; benzer karar 15. Daire, E. 2011/10415, K. 2012/10747, 15.11.2012.

hün ilam hükmünde olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık, 5233 sayılı Kanun'nun 12. maddesi doğrudan yasak biçiminde düzenlemek yerine dava açma hakkı korunan alanı belirlemiştir. Buna göre, "Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır". 12. maddenin gerekçesinde ise; "... Hukukumuzda feragat, kabul ve sulh gibi işlemler, görülmekte olan davaları sona erdiren işlemlerdir. Sulh işlemi, dava öncesi yapılmışsa dava açılmasını engelleyici özelliktedir. Sulh işlemine rağmen dava açılırsa bu durum itiraz olarak ileri sürülebilir ve dava ortadan kaldırılır. Böylece dostane bir çözüm şekli olan sulh, bağlayıcı niteliktedir" ifadelerine yer verilmiştir. Gerçekten de sulhnamenin imzalanıp uygulanması durumunda taraflar imzaladıkları konuya ilişkin uyuşmazlığı çözmüş olmaktadır. Ancak bu noktada Kanunun sulhnamenin konusunu sadece maddi zararlarla sınırlaması nedeniyle sulhnamenin manevi zararların talep edilmesinin önünde bir engel olmadığını belirtmek gerekir. Diğer yandan 5233 sayılı Kanun'a göre ödenebilecek tazminat miktarının sınırlı tutulması bu Kanuna göre imzalanabilecek sulhnamenin niteliğini hukuk sistemindeki diğer sulh yollarından farklılaştırmaktadır.

Maddi zararlar bakımından maddede yer alan ve dava yolu açık tutulan "sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlık" teriminin anlamı dava açma hakkının kapsamı bakımından önem taşır. Bu soru özellikle uyuşmazlığın kısmî olarak çözümlenmesi ihtimalinde daha önemli hale gelmektedir. Maddenin doğrudan bir yasak/sınırlama içerecek biçimde kaleme alınmamış olması hak arama özgürlüğünün yasayla açıkça sınırlanması gereği karşısında eleştiriye açıktır. Kanunda bu sulhnamenin ilam niteliğinde olduğuna ilişkin bir ibare bulunmaması da sorunludur. Bununla birlikte, belli bir maddi zarar belirtilerek sulhname imzalanması halinde bu sulhnamenin o uyuşmazlığı sona erdirecek bir irade açıklaması olduğunun kabulü gerekir. Ancak birden fazla zarar kalemi varsa, örneğin hem yaralanma, hem malvarlığına erişememe biçiminde iki ayrı zarar varsa biriyle ilgili bir sulhname yapılması diğer zararlar bakımından dava açılmasını engellemeyecektir. Yine devam eden veya sulhname imzalandığında öngörülmesi mümkün olmayan zararlar bakımından da dava açma hakkı kullanılabilecektir. Ayrıca, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan sulhnamenin iptal edilebilirliği ya da geçersizliğine ilişkin bir iddia bulunması halinde tarafların sulhnamenin kendisine karşı adli yargıda dava açma hakkı olduğunu da belirtmek gerekir.

Danıştay da sulhname imzalanan durumlarda açılan davaları reddetmektedir. Örneğin bir davada davacı imzalanan sulhnamenin maliki olduğu taşınırlara verilen zarar ile köydeki evini kullanamamasından kaynaklı zararı kapsamadığı, evini terör olayları nedeniyle terk ettiği, taşınırlarına zarar verildiği, bu kısımlar üzerinden sulhnamenin imzalanmadığı ileri sürerek dava açmasına karşılık ilk derece mahkemesi davayı reddetmiş ve karar Danıştay tarafından onanmıştır.[96]

Danıştay başka bir kararında sulhnamede reddedilen kısmın ayrı bir zarar kalemi olması durumunda bu kısım bakımından dava açılabileceğine karar verilmiştir. Davada başvuruda yer alan zarar kalemlerinden bir kısmı ödenmişse de kişinin malvarlığına ulaşamaması nedeniyle uğradığı zarara ilişkin istemi reddedilmiştir. Karara göre, "düzenlenen sulhnamelerin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, başvuranın zararını kalemler halinde ayırarak talep etmesi ve bu talebin kısmen kabulü halinde, sulhnamenin de yalnızca komisyonca karşılanmasına karar verilen kalemleri içermesi, açıkça veya zımnen reddedilen kalemleri kapsamaması nedeniyle sulhname kapsamı dışında tutulan zarar kalemleri için ilgilinin dava açma hakkının saklı bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır".[97]

Tazminat alındıktan sonra da zararın sürmesi ya da artması mümkün olduğundan bu artan kısım için sonradan dava açılabilmesi gerekir. Doğrudan bu tür bir örneğe rastlamak mümkün olmamışsa da benzer bir durum AİHM'de dostane çözümle sonuçlanan bir köyü terk olayında yaşanmıştır. Danıştay, dostane çözüm tarihi 2001 olmasına karşılık köye dönüşlerin ancak 2003 yılında olması nedeniyle aradaki döneme ilişkin taleplerin 5233 sayılı Kanun kapsamında tazmininin gerektiğine karar vermiştir.[98]

g. Başvurularda ve Davalarda İspat Sorunu

5233 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre zarar tespit komisyonu "kamu kurum ve kuruluşlarından başvuru konusu ile ilgili her türlü bilgi ve yardımı isteyebileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarında ça-

96 15. Daire, E. 2011/9952, K. 2011/628, 6.7.2011.
97 10. Daire, E. 2008/4141, K. 2008/9584, 30.12.2008.
98 15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.

lışanları bilirkişi olarak da görevlendirebilir". Aynı maddede Komisyonun keşif yapabileceği de düzenlenmiştir. Bu bakımdan, sulhnamenin bir tarafında yer alan idare tıpkı mahkeme gibi inceleme yapma yetkileriyle donatılmıştır.

Kusursuz sorumluluğun ortaya çıkmasındaki etken bir yandan adalet ve sosyal devlet ilkesine ilişkin kaygılarken diğer yandan belli faaliyetlerde idarenin konumu nedeniyle davacıların kusuru ispatlaması çok güç olması da bir diğer etkendir. Kamu görevlilerinin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması ve bir iddianın soruşturulması konusunda yetkinin ve araçların yine idarenin elinde olması zarar gören kişilerin zararının ispat sorunu nedeniyle tazmin edilememesine yol açabilecektir. Özellikle kolluk faaliyetleri nedeniyle verilen zararlarda ispat araçlarına erişmek son derece güçtür. Bu konuda Danıştay bir kararında AİHM'in Türkiye'yle ilgili verdiği çok sayıda ihlal kararına da işaret ederek etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin illiyet bağı bakımından bir karineye yol açacağına karar vermiştir. Olayda sorgu sırasında hayatını kaybeden kişinin ölümüne ilişkin davada ilk derece mahkemesi "ölüm olayının terör ve terörle mücadele sırasında meydana geldiğine yönelik dava dosyasında herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığından" hareketle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise bu ölümün etkili biçimde soruşturulmadığını vurgulamıştır: "…sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak kapsamlı ve etkili bir soruşturma yapılmaması (ölüm olayının neden kaynaklandığının davalı idarece açıklığa kavuşturulmaması) yaşam hakkını koruma yükümlülüğü ve hukuka bağlı devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır.(...) davacıların mirasbırakanının ölümüne yönelik davalı idarece herhangi bir soruşturma ve inceleme yapılmadığı da dikkate alındığında, davacıların mirasbırakanın Mardin İl Merkez Jandarma Bölük Komutanlığı'na sorgulandığı sırada ölümünün, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği ve ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna varıldığından; davalı idare tarafından, ölüm olayının, "terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle" meydana geldiği dikkate alınarak, davacıların uğradığı zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında tazminine karar verilmesi gerekirken, başvurunun reddine

ilişkin işlem"in hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.[99] Danıştay doğrudan ifade etmese de AİHM kararlarında da izi sürülebilecek biçimde ispat yükünü terse çevirmekte ve bu şekilde bir illiyet bağı karinesi oluşturmaktadır.

Kanunun uygulanması bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun da bu zararların terörle ilgisini ya da zararın miktarını saptamaktaki güçlüktür. Bu sorun özellikle malvarlığına ulaşamamadan doğan zararlara ilişkin davalarda daha da açığa çıkar. Terörün getirdiği çatışma ortamı nedeniyle köyleri boşaltılan ya da asgari yaşam koşulları bulunmadığı için köylerini terk etmek zorunda olanların açtığı bu davalar Kanunun kabul edilmesinde de önemli bir etken olmuştur. Ancak bu davalardaki en önemli sorun bu kişilerin gerçekten terör nedeniyle mi bulundukları yeri terk ettiğinin ispatlanmasıdır. Kanunun kapsama ilişkin 2. maddesinde "güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar" kapsam dışında tutulduğundan bu ayrım bu davalar bakımından son derece önemlidir.

Danıştay yerleşim yerinde köy korucuları ve aileleri dışında köy halkından bir kısmının yaşaması halinde zararın idarece karşılanamayacağına,[100] seçimde köyde korucu dışında kişilerin oy kullanmasından hareketle "asgari güvenlik ortamının bulunduğu dikkate alındığında, kişisel güvenlik kaygıları sonucu yaşadığı köyü terk edenlerin uğradıkları zararların 5233 Sayılı Kanun kapsamında karşılanmasının olanaklı bulunmadığı"na,[101] ancak "sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği"ne[102] karar vermiştir. Danıştay'ın yaklaşımına göre malvarlığına ulaşamamadan kaynaklanan zararlarda bir yerin ulaşılabilir olmaması, yani kişisel güvenlik kaygılarını aşan düzeyde güvenli yerleşim yeri sayılmaması ancak doğrudan boşaltma kararı bulunan ya da sadece korucuların oy kullandığı veya yaşadığına ilişkin verilerin varlığı halinde mümkündür.[103] Oysa tazminat hukukunun temel

99 15. DAİRE, E. 2011/9811, K. 2012/2716, 9.5.2012.
100 15. Daire, E. 2012/10325,K. 2015/8325, 1.12.2015.
101 15. Daire, E. 2011/6271, K. 2014/9165, 4.12.2014.
102 10. Daire, E. 2008/6679, K. 2009/1227, 20.2.2009.
103 Bu yaklaşımın aynısını konuyla ilgili yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi kararlarında da görmek mümkündür. Abbas Emre Başvurusu, 2014/5005,

ilkeleri uyarınca olay temelli değerlendirme yapılmalı ve her olayın özgün koşulları değerlendirilmelidir. Köyün nüfusu ve göç oranı, o yörede yaşanan olaylar ile güvenlik tehdidinin niteliği, köyde kalan kişilerin özellikleri gibi etkenlerin her davada ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

İdari yargıda yazılılık ilkesi nedeniyle ispat araçlarının sınırlılığı ve bu araçların idarenin elinde bulunması karşısında mahkemenin re'sen tahkik ilkesi uyarınca sadece idarenin beyanlarıyla sınırlı kalmaması ve tazminat komisyonunun etkili bir inceleme yapma yükümlülüğü konusunda dikkatli davranması gerekir. Danıştay da bir kararında isabetli biçimde taşınmazlarına ulaşamama nedeniyle bir zarar meydana gelip gelmediği hususunda bir araştırma yapılmadan jandarma komutanlığının mezrada terör olayları meydana gelmediği yönündeki yazısıyla yetinilmesinin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.[104]

SONUÇ

Terörle bağlantılı olarak ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu diğer sorumluluk nedenlerinden farklı özelliklere sahiptir. Terörle bağlantılı zararlarda idare toplumsal bir işlev görerek topluma yönelen bu tehlikenin bu şiddetin mağduru haline gelmiş kişilerce karşılanması yerine zararın toplumsallaştırılmasının aracı olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu anlamda, idarenin sorumluluğunun kaynağı idarenin toplumsal güvenliği ve barışı sağlama yükümlülüğüdür. Bu yükümlülükten kaynaklanan sorumluluk kusurlu olabileceği gibi kusursuz da olabilecektir. Ancak bu noktada idare hukukunda kusurlu sorumluluğun asli ve öncelikli olarak değerlendirilmesi gereği özellikle vurgulanmalıdır.

5233 sayılı Kanun terörden veya terörle mücadeleden doğan maddi zararların karşılanabilmesi için yargı öncesi alternatif uyuşmazlık çözme yolu olarak öngörülmüş olmakla birlikte, Danıştay'ın belli konulardaki yaklaşımının Kanunun idarenin sorumluluğu bakımından etkili bir yol olmasını engellediğini ya da güçleştirdiğini söylemek

---

6.1.2016, R.G. 11.3.2016-29650, par. 41; Tahir Aytiş Başvurusu, 2013/3054, 8.5.2014, par. 45; Cemal Soğunç Başvurusu, 2013/2878, 28.5.2014, par. 27.

104 15. Daire, E. 2012/11317, K. 2015/7233, 9.11.2015.

mümkündür. Kanunun terörle mücadeleden doğan zararları da karşılamayı amaçlaması, Kanun'da sınırlandırıcı bir hüküm olmaması, hatta rücu mekanizmasına ilişkin hükümlerin varlığına rağmen Danıştay'ın bu Kanun kapsamına giren davaları doğrudan kusursuz sorumluluk olarak değerlendirmesi kanunun lafzına ve sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırı bir yaklaşımdır.

Danıştay'ın çok uzun süre bu Kanun kapsamına girebilecek uyuşmazlıklarda ancak maddi tazminat istenebilmesi nedeniyle manevi tazminat istenemeyeceği yolundaki içtihadı ancak yakın zamanlarda dönüşüme uğramıştır. Kanun'un lafzından bu tür bir sonuç çıkarılamayacağı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 yılında yayımlanan ve Kanunun manevi tazminat taleplerine ilişkin bir sınırlamayı içermediği belirten ret kararı karşısında Danıştay'ın yakın zamana kadarki tutumu Kanunun amacına aykırı bir sonuca yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili bireysel başvurularda manevi tazminat taleplerinin reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yargı kararlarındaki bir başka sorun ise bu Kanunun terörle bağlantılı bütün davalarda gidilmesi zorunlu bir yol gibi görülmesidir. Oysa düzenlenen bu yol idari yargıdaki ön karar mekanizmasından farklı olarak karşılıklı irade açıklamasına dayanan bir özel hukuk sözleşmesidir ve hem sadece maddi zararları içermesi nedeniyle kapsam, hem de tazminat sınırı olması nedeniyle miktar bakımından son derece farklıdır. Dava açmak için mutlaka bu yola gidilmesinin zorunlu olduğu açıkça Kanunda belirtilmediği gibi, İYUK 13. madde hükümlerine göre dava açılmasını engelleyici bir hüküm de yoktur.

Terörle bağlantılı zararlarda idarenin sorumluluğun idarenin toplumsal güvenlik ve huzura ilişkin kamusal işlevlerinin yerine getirilmesiyle ve insan haklarının gerçekleştirilmesi konusundaki pozitif yükümlülükleriyle bağlantısı ve bu kapsamda terörle bağlantılı zararların toplumsallaştırılması işlevi dikkate alınmalıdır. 5233 sayılı Kanun'un yorumlanmasında da sorumluluğu daraltıcı, hak arama özgürlüğünün kullanılmasını sınırlandırıcı ya da idarenin kamusal işlevlerini azaltıcı nitelikte yorum yapılmamalı, temel hak ve özgürlükleri gözeten bir yorum ve anlayış hâkim olmalıdır.

Kaynakça

Akça Kürşat, "Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 2, 2015, s. 987-1020.

Akyılmaz Bahtiyar, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *GÜHFD,* C.IX, Sy.1-2, 2005, s. 188-215.

Ayduran Berkan, "5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu", *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 653-682.

Azrak Ali Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına göre Sorumluluğu", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980.

Cidecigiller Aynur, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.

Çakmak Münci, "İdari Yargıda Davadan Feragat", *AÜHFD*, 2004, C. 53, S. 1, s. 185-194.

Çelikkol Hüseyin, "İdarenin Objektif Sorumluluğu (1)", *İzmir Barosu Dergisi,* 1985/2, s. 14-26.

Çelikkol Hüseyin, "İdarenin Objektif Sorumluluğu (2)", *İzmir Barosu Dergisi,* 1985/3, s. 16-26.

Çetin Yunus, "Terör Olaylarından Kaynaklanan Tazminat Davaları ve İdari Kolluk Hizmetlerinden Uğranılan Zararların Tazmini", Anayasa Mahkemesi sunum metni (www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/.../ym.../cetinterorOlaylari.doc, son erişim tarihi: 28.2.2017)

Çıtak Halim Alperen, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

Duran Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE yayınları, Ankara, 1974.

Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. 1, Ekin Yayınları, Bursa, 2003.

Gözübüyük Şeref, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.50, s. 193-199.

Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara, 2013.

Karakaş Doğan Fatma, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *TBB Dergisi,* 2011 (95), s. 197-234.

Kaya Cemil "Avrupa Konseyi'ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:3, No:10, 2007, s. 25-42.

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, Sevinç Matbaası, İstanbul, 1966.

Öztürk Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İtiraz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Özyörük Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1972.

Yaşar Hasan Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *İÜHFM* C. LXVI, S.1, 2008, s. 201-220.

Yıldız Hayrettin, "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi", *TBB Dergisi,* 2016(116), s.135-178.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, Abbas Emre Başvurusu, 2014/5005, 6.1.2016.

AYM, Tahir Aytiş Başvurusu**,** 2013/3054, 8.5.2014.

AYM, Cemal Soğunç Başvurusu**,** 2013/2878, 28.5.2014.

AYM, E.2003/28, K.2003/42, 22.5.2003.

AYM, E. 2006/79, K. 2009/97, 25.6.2009, RG: 13.11.2009-27405.

AİHM, İçyer v. Türkiye, Başvuru no: 18888/02, 12.01.2006.

AYİM, 2. Daire, E. 1995/248, K. 1996/27, 17.01.1996.

Danıştay Kararları

İDDGK, E. 2013/4602, K. 2014/1220, 26.3.2014.

İDDK, E. 2015/2933, K. 2016/326, 18.02.2016.

E. 1950/1631, K. 1952/84 (Aktaran Duran)

E. 1960/5827, K. 1961/2097, 29.05.1961 (Aktaran Duran)

8. Daire, E. 1960/5862, K. 1961/2149, (Aktaran: Demirkol, (2))

8. Daire, E. 2001/1439 K. 2001/2817 T. 5.6.2001.

10. Daire, E. 1996/211, K. 1996/5755, 2.10.1996.

10. Daire, E. 1996/2383, K. 1997/41636 T. 6.11.1997.

10. Daire, E. 1996/9012, K. 1997/6164, 25.12.1997.

10. Daire, E. 1996/10292, K. 1998/1190, 18.3.1998.

10. Daire, E. 1997/3568, K. 1999/4782, 12.10.1999.

10. Daire, E. 1999/2162, K. 2000/5120, 11.10.2000

10. Daire, E. 2003/3779, K. 2006/2510, 18.4.2006.

10. Daire, E. 2008/2990, K. 2008/6284, 23.9.2008.

10. Daire, E. 2006/4970, K. 2008/6644, 15.10.2008.

10. Daire, E. 2006/7212, K. 2008/9199, 23.12.2008.

10. Daire, E. 2008/4286, K. 2008/9585, 30.12.2008.

10. Daire, E. 2008/4141, K. 2008/9584, 30.12.2008.

10. Daire, E. 2008/5548, K. 2008/9733, 31.12.2008.

10. Daire, E. 2008/6679, K. 2009/1227, 20.2.2009.

10. Daire, E. 2008/11150, K. 2009/5084, 27.5.2009

10. Daire, E. 2008/11212, K. 2009/5491, 2.6.2009.

10. Daire, E. 2009/7423, K. 2009/9167, T. 26.10.2009.

10. Daire, E. 2009/5172, K. 2009/11183, 29.12.2009.

10. Daire, E. 2010/749, K. 2010/5192, 4.6.2010.

10. Daire, E. 2010/1399, K. 2014/3366, 26.5.2014.

10. Daire, E. 2012/5888, K. 2015/4956, 13.11.2015.

10. Daire, E. 2014/6332, K. 2016/722, 11.2.2016
12. Daire, E. 1969/1746, K. 1971/2478, Aktaran: Demirkol (2),
15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.
15. Daire E. 2011/11 K. 2011/335 T. 22.6.2011.
15. Daire, E. 2011/7480, K. 2011/460, 4.7.2011.
15. Daire, E. 2011/9952, K. 2011/628, 6.7.2011.
15. Daire, E. 2011/2234, K. 2011/251, 15.6.2011.
15. Daire, E. 2011/9811, K. 2012/2716, 9.5.2012.
15. Daire, E. 2011/9965, K. 2012/5281, 12.9.2012
15. Daire, E. 2011/9635, K. 2012/5277, 12.9.2012
15. Daire, E. 2012/189, K. 2012/7048, T. 18.10.2012.
15. Daire, E. 2011/10415, K. 2012/10747, 15.11.2012.
15. Daire, E. 2011/6719, K. 2012/11433, 21.11.2012.
15. Daire, E. 2011/9487, K. 2013/1480, 21.2.2013.
15. Daire, E. 2012/2423 K. 2013/2394 T. 28.3.2013.
15. Daire, E. 2013/14215, K. 2014/3329, 30.4.2014.
15. Daire, E. 2011/6271, K. 2014/9165, 4.12.2014.
15. Daire, E. 2011/9389, K. 2015/5311, T. 17.9.2015.
15. Daire, E. 2011/9484, K. 2015/5598, 1.10.2015.
15. Daire, E. 2011/16575, K. 2015/6073, 15.10.2015.
15. Daire, E. 2011/7219, K. 2015/6413, 22.10.2015.
15. Daire, E. 2012/11317, K. 2015/7233, 9.11.2015.
15. Daire, E. 2013/10027, K. 2015/7244, 9.11.2015
15. Daire, E. 2012/5325, K. 2015/7807, 19.11.2015.
15. Daire, E. 2012/8455, K. 2015/8287, 1.12.2015.
15. Daire, E. 2012/10325,K. 2015/8325, 1.12.2015.
15. Daire, E. 2015/8734, K. 2015/9227, 24.12.2015.
15. Daire, E. 2015/9499, K. 2015/9086, 23.12.2015.

Yargıtay Kararları

4. Hukuk Dairesi, E. 2014/13540, K. 2015/13395, 23.11.2015.
13. Hukuk Dairesi, E. 2012/39, K. 2012/7900, 23.3.2012.
13. Hukuk Dairesi, E. 2012/10000, K. 2012/17329, 4.7.2012.
13. Hukuk Dairesi, E. 2013/16806, K. 2013/16493, 17.6.2013.
13. Hukuk Dairesi, E. 2013/9838, K. 2013/17651, 26.6.2013.
13. Hukuk Dairesi, E. 2014/47620, K. 2015/4444, 16.2.2015.
13. Hukuk Dairesi, E. 2015/29920, K. 2015/33652, 19.11.2015.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN EROZYON SÜRECİ

Hakan PEKCANITEZ*

A. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, grubu bulunan dört siyasi partinin uzlaşması sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun yürürlüğe girmeden önce 2006 yılından itibaren tartışılmış, eleştirilmiş ve son şeklini aldıktan sonra kabul edilmiştir. Ülkemizde son yıllarda giderek artan bir oluşumun etkisiyle, diğer kanunlarda olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yürürlüğünden hemen sonra değişiklikler yapılmaya başlanmıştır.

Bir kanunun zaman içinde elbette bazı maddeleri, hatta tümü değiştirilebilir. Ancak kabulünden kısa bir süre sonra ve durum ve koşullarda çok önemli bir değişiklik olmadan bu kadar değişiklik yapılmasını haklı kılacak hiçbir sebebin olmadığını düşünüyoruz. Tesadüfen 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Usul Kanunu'nda henüz bir değişiklik yapılmamış olup 2018 yılından sonra muhtemel değişikliklerin tartışılabileceği düşünülmektedir.[1] Bunun en önemli

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bazı maddelerinde değişiklik yapılmışsa da bu değişikliklerden hiçbirisi doğrudan Federal Medeni Usul Kanunu ile ilgili değildir. Değişikliklerin tümü diğer temel kanunlarda yapılan değişikler nedeniyle gerçekleşmiştir. Örneğin Medeni Kanun'da yapılan değişiklik sebebiyle 69. maddenin 2. paragrafı değiştirilmiştir. Keza 1.5.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile 160. maddede avukatların sır saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak Federal Kanun'da yapılan değişikliğe uyum sağlanmak istenmiştir. 1.1.2017 tarihinde yürürlüğe giren iki değişiklik de başka kanunlarda yapılan değişikliklerin sonucudur. Örneğin bu değişikliklerden birisi İsviçre Medeni Kanunu'nda nafaka ile ilgili hükümlerin değiştirilmesi nedeniyle yapılmıştır. Keza Armaların Korunması Hakkında Kanun nedeniyle yetkili mahkeme ile ilgili 1.1.2017 tarihinde yürürlüğe giren bir değişiklik gerçekleşmiştir. Böylelikle 1.1.2017 tarihinden sonra kabul edilen ve değişiklik yapılan Kanun sayısı beştir. Henüz İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'yla ilgili doğrudan yapılmış bir değişiklik olmadığı gibi, Kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılması amacıyla kurulmuş bir komisyon da bulunmamaktadır (D. Staehelin Zivilprozessordnung Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs und Nebengesetze, 6. Auflage, 2016 Basel, s. XVII-XVIII).

sebebi yeni kanunun uygulamasının tam olarak görülebilmesi, doktrinde tartışılması ve uygulamanın içtihatlarla bazı konularda çözüm bulmasına izin verilmesidir.

Daha önceki usul kanunumuz olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yaklaşık doksan yıl içinde otuz değişiklik yapıldığı söylenerek bu değişikliklerin çokluğundan söz edilirken, yeni Kanunumuzla ilgili 2011 yılından bu yana, yani altı yıl içinde on dört değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler 90 yılda yapılan değişikliklerin neredeyse yarısına tekabül etmektedir.

Kanun yaparken olduğu gibi, mevcut hükümleri değiştirilirken, değişiklik önerileri yeteri kadar düşünülmeli, değerlendirilmeli ve tartışılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili yapılan değişikliklerin hiçbirisi bu tür tartışma imkânı sağlanmadan kabul edilmiştir. Yine bu değişiklikler son yıllarda oldukça yaygın olarak kullanılan ve kanun yapma tekniğine uygun olmayan "*torba kanun*"larla gerçekleştirilmiştir. Bunun başka bir sonucu da değişikliklerin takip edilmesinin son derece zorlaşmasıdır.

Uygulayıcılar 2011 tarihinden bu yana bir taraftan Hukuk Muhakemeleri Kanunu yanında yeni Türk Borçlar Kanunu ve yeni Türk Ticaret Kanunu hükümlerini öğrenirken, diğer taraftan kanunlardaki sürekli yapılan değişiklikleri ve yeni kanunları takip etmek zorunda kalmaktadır. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması ile yapılan sürekli kanun değişiklikleri, uygulamayı işin içinden çıkılması zor bir duruma sokmuştur. Henüz altı yıl gibi bir süre geçmesine rağmen sürekli yapılan değişiklikler sonunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistematiği bozulmuş ve bu kanunla kabul edilen pek çok önemli ilke zedelenmiştir. Sürekli yap-boz şeklinde gerçekleşen değişiklikler birbirini izlemektedir. Bu değişikliklerin bir olumsuz sonucu da içtihatların oluşması, boşlukların doldurulması gibi uygulamaların gelişmesine izin vermemesidir. Her mahkemenin kararlarına karşı gidilebilecek ayrı bir istinaf, ayrı bir temyiz süresinin mevcudiyeti yanında, bu süreler zaman zaman değiştirilmektedir. Yine kanundaki parasal sınırlar her yıl arttırılmakta, adeta bu suretle hak kayıplarının artmasına neden olunmaktadır. İşin bir başka kötü tarafı da kanun değişikliklerinin olumsuz sonuçlarından ders çıkarılması yerine, hız kesilmemekte, sürekli yeni öneriler gündeme gelmekte ve oluşturulan komisyonlarla yeni değişikliklerin yapılması amaçlanmaktadır.

Duruşmaya çıkan hâkim o gün vereceği karara karşı istinaf yoluna gidilip gidilemeyeceğini kestirmekte zorlanmaktadır. Halen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre kanun yollarına başvurulduğu düşünüldüğünde, eski Kanuna göre ayrı, yeni Kanuna göre ayrı kanun yolu süreleri gündeme gelmektedir. Yeni kanuna göre olsa da iş mahkemesi ise ayrı, icra mahkemesi ise ayrı ve hukuk mahkemesi ise ayrı parasal sınırlar uygulanmaktadır.[2] Parasal sınırlar bilinip her yıl yeniden değerleme oranı ile çarparak yeni yıldan itibaren bulunacak tutarın kanunda belirtilen küsuratı değerlendirilerek bulunacak tutara göre hukuka uygun işlem yapmak mümkün olabilmektedir.[3] Örneğin 2017 yılı için senetle ispat zorunluluğu 2590; istinaf sınırı 3110; temyiz sınırı 41.530; temyizde duruşma sınırı 62.290 liradır. Bir öğrenciye dahi senetle ispat sınırının bu yıl neden 2590 lira olduğu ancak bu tutarın her yıl değişeceği, bunun takip edilmesi gerektiği izah edilebilir değildir. Hukuk devletine, hukuk güvenliğine aykırı biçimde küsuratlı ve her yıl değişen parasal sınırların; 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukuk güvenliğine aykırı olması, uygulamada hak kayıplarına neden olması ve karmaşa yaratması nedeniyle, her yıl arttırılması uygulamasından vazgeçilmiştir. Bunun bir başka sebebi de artık enflasyonun ve para değerindeki kayıpların eskiden olduğu gibi çok yüksek olmamasıdır.

Dava açarken temyiz sınırını 40.000 lira olarak görüp dava açan bir kişi, hüküm verildiği tarihte parasal sınırların artışı nedeniyle o sırada temyiz sınırı olan 41.530 liranın altında kaldığından, aleyhine verilen hükmü temyiz edememektedir. Bu sürprizler tereddütsüz hak kayıplarına neden olmaktadır.

Anayasa ile teminat altına alınan ilkelerden birisi de hukukî güvenlik ilkesidir. Bu ilke gereğince bugün açtığınız dava sonunda ve-

---

2 2017 yılı için istinaf sınırı hukuk mahkemelerinde ve iş mahkemelerinde 3110 TL (HMK m. 341, 5521 s. Kanun m. 8) iken, bu sınır icra mahkemelerinde 7260 TL'dir (İİK m. 363). Temyiz sınırı hukuk mahkemelerinde ve iş mahkemelerinde 41.530 TL (HMK m. 362, 5521 s. Kanun m. 8) iken, bu sınır icra mahkemelerinde 40.000 TL'dir (İİK m. 364).

3 Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesine göre her yıl tespit ve ilan edilecek yeniden değerleme oranına göre parasal sınırlar arttırılacaktır. Ancak 6763 sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek Madde 1 uyarınca her takvim yılı başından itibaren yeniden değerleme oranı uygulanarak belirlenen bu parasal sınırın on Türk lirasını aşmayan kısımlarının dikkate alınmaması öngörülmüştür.

rilen hükme karşı istinaf ya da temyize başvurup başvuramayacağınızı bilebilmelisiniz ve güvenebilmelisiniz. Sürekli değişen mevzuat, sürekli değişen parasal sınırlar ve süreler, hukukî güvenlik ilkesini zedelemekte, hak ihlâllerine neden olmaktadır.[4] Birkaç yıl sonra uygulamada bu parasal sınırların içinden çıkılamayacak, çeşitli listelerle bu parasal sınırlarda hata yapılmamaya gayret edilecektir.

Yargılamanın hızlandırılması denilince kanundaki sürelerin kısaltılması ilk akla gelen olmaktadır. Hâlbuki mahkemelerdeki duruşmalar dört beş ay gibi aralıklarla yapılabilmektedir. Duruşmalarda ayrılan zaman ise beş on dakika ile sınırlıdır. Yılda bir dosya için ayrılan süre toplam on, on beş dakikadır. Bu uygulama ortada iken, sürekli kanun değişiklikleri ile uğraşmak yıllardır yapılagelen beyhude çalışmalardır.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişiklikler

1. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu değiştiren ilk torba Kanun, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundur. 31.03.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Kanunla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yapılan değişiklikler şöyledir:

"*m. 28: 12.1.2011* tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 369 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan "*yirmibin" ibareleri "altmışbin" olarak değiştirilmiştir*".

Bu düzenleme ile Yargıtay'ın istinaf incelemesinden sonra başvurulacak olan temyizdeki duruşma sınırı, yirmi bin liradan, altmış bin liraya çıkarılmıştır. Dikkat edilirse 2011 yılında henüz bölge adliye mahkemeleri göreve başlamadığı ve 369. maddeye göre temyiz yoluna başvuru imkânı bulunmadığı hâlde, bu değişiklik gerçekleşmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarihinde göreve başladığı düşünülürse, oldukça erken yapılan bir değişikliktir. Muhtemelen

[4] H. Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 66 ("Pekcanıtez Usûl").

istinaf sonrası başvurulacak temyiz aşamasında Yargıtay'ın duruşma yapma zorunluluğu azaltılmak istenmiştir. Yapılan değişikliğin zamanlaması son derece isabetsizdir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından beş yıl önce bulunan duruşma sınırının hangi bilimsel ya da istatistiki bilgiye göre belirlendiği bilinmemektedir.

Aynı Kanun'un 29. maddesiyle yapılan diğer değişiklik ise **şöyledir:**

"*12.1.2011* tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 370 inci maddesinin ikinci fıkrası, *18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 436 ncı* maddesinin ikinci fıkrası ve 1086 sayılı Kanunun *26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 16 ncı* maddesi ile değiştirilmeden önceki 438 inci maddesinin yedinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Temyiz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde Yargıtay, kararı düzelterek onayabilir. Esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz."

Bu hüküm hâkimin takdir yetkisine ilişkin kararının düzeltilerek onanmasını düzenlemekte ise de, asıl olarak Yargıtay'ın takdir yetkisi konusundaki önceki uygulamasını sınırlamak amacıyla getirilmiştir. Nitekim Yargıtay ilk derece mahkemesinin takdir ettiği manevi tazminat miktarını çok bularak daha aza karar vermek suretiyle düzelterek onama kararı verebilmekte idi. Örneğin:

"*Hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın* ağırlığı*, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez.*

Bu ilkeler gözetildiğinde davacı eş için 60.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken 75.000,00 TL manevi tazminat takdir olunması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

*Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasın*ı gerektirmediğinden *HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır."*[5]

"Mahkemece maddi tazminat istemin kabulüne manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş ise de manevi tazminatın takdirinde yanılgıya düşülmüştür.

Olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, davacının duyduğu elem ve ızdırabın *derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, 26.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimine ve hak ve nesafet kurallarına göre, davacı için 5.000 YTL manevi tazminat yerine 7.000 YTL manevi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden H.U.M.K.'nun 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır."[6]

Bu kararın karşı oy yazısı bu tür düzelterek onama kararlarının aslında hukuka aykırı olduğunu çok güzel ve isabetli biçimde açıklamaktadır.[7] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6217 sayılı Kanun'la

---

5 21. HD. 5.2.2009, 10321/1547 (Kazancı İçtihat Bankası).

6 21. HD. 24.5.2007, 763/8564 (Kazancı İçtihat Bankası).

7 "Düzelterek Onama yönündeki çoğunluk görüşüne aşağıdaki nedenlerle karşıyım:
1- Yüksek Mahkeme, bir inceleme mahkemesidir. Hüküm mahkemesi değildir. Denetim makamı, temel olarak hükmü bozma veya onama ile yetkilidir. Düzelterek Onama, istisnai bir yetkidir. İstisnai yetkiler yorumla genişletilemez. Manevi tazminatta düzelterek onama yetkisi genel olarak başvurulan bir yetki değildir. Nitekim dairemizin önceki uygulaması ve diğer tazminat dairelerinin uygulamaları manevi tazminatta düzelterek onama yetkisini işletme biçiminde olmamıştır. İstikrarlı uygulamada bu şekilde teşekkül etmiştir.
2- Manevi tazminatı takdir hakkı, hüküm mahkeme s inindir (BK.45.47.49 ve MK. 24). Yasa koyucunun bu yetkiyi alt mahkemeye vermesinin temel nedeni alt mahkemenin hukukun yanında vakıaları değerlendiren bir mahkeme oluşudur. Yargı makamlarından olaya ve maddi delillere en yakın olan organ alt mahkemedir. Manevi tazminat çoğunlukla olayların takdirinden kaynaklanan bir tazminat şeklidir. Yüksek Mahkeme elbette alt mahkemenin takdirini inceleyebilecektir. Ancak alt mahkemenin yerine geçerek takdiri bizzat kendisi yapamayacaktır.
3- Düzelterek onama Prof. Kuru'nun isabetle vurguladığı gibi hukuk kuralının uygulanmasında hata edilmiş olması ön şartına bağlıdır. Yeniden yargılamayı gerektirmemek gerekli ve fakat yeterli olmayan bir şarttır. Takdir hakkının az veya çok kullanılması bir hukuk hatası anlamına gelmez. Bu bir tercih meselesidir.
4- 3 nolu gerekçemin doğal uzantısı, bu tür bir uygulamanın hâkimin direnme

370. maddesinde yapılan değişiklik ile bu tür düzelterek onama kararı verilmesi yasaklanmıştır.[8]

---

hakkını ve bozma aleyhinde olan tarafın direnmeyi isteme imkânım ortadan kaldırmaktadır. Usul dengesi, HUMK. 438 hükmü yanlış yorumlanarak bozulmaktadır.

5- Düzeltilen miktar ile hükmedilen miktar arasında büyük bir fark yoktur. Özellikle enflasyonun para değerini hızlı bir şekilde çökertmesi karşısında her ikisi arasındaki fark önemsenemez. Takdir ve hakkaniyet hukuku terimiyle, Yargıtay'ın müdahalesini haklı kılacak fahiş bir hata yoktur. Bu yönden düzelterek onama gerekçesinin hakkaniyet ve hak temelinde de dayanağı bulunmamaktadır. Daha ötesi olayın niteliğine, manevi tazminatın amacına ve para değerinin azaltıcı karakterine göre hükmedilen tazminat dahi azdır. Ne var ki davacı temyizi olmaksızın Yüksek Mahkemenin böyle bir gerekçe ile davacı lehine dokunma hakkı yoktur.

6- Çağımızın hukuk anlayışında manevi tazminatın belirlenmesinde keyfilikle: eşitsizlikler aşılmakta, ortak ve somut bir ölçü bulmak gerektiği kabul görmektedir Kimilerine göre manevi tazminat acı ve üzüntüyü giderme ve öfkeyi yatıştırma parasıdır Yargıtay'ın 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında benimsenen ve dairemizin çoğu kararında yenilenen bu görüş, eski çağların öç almayı önlemek ve toplumda; huzur ve barışı sağlamak adına konulan kısas kuralını ve uzantısı olan "diyet" uygulamasın çağrıştırmaktadır. Dünyada hiçbir aletin dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntünün bunalımın ve sıkıntının manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması akla uygun olmadığı gibi aynı zamanda sakıncalıdır. Bu olumsuzluğu aşmada alınması gereken ölçülerin neler olması lazım geldiği noktasında; şu saptamalarda bulunmayı uygun görmekteyiz.

Manevi tazminatın, maddi tazminat ödenmesinin imkânsızlığı durumunda tamamlayıcı ve denkleştirici işlemini göz ardı etmemek gerekir. Hiç maluliyet olmasa bile, bedensel zarara uğrayan kişinin manevi tazminat isteyebileceğini artık Yargıtay'da benimsemiştir. Öyleyse manevi tazminatın acı, üzüntü, öfke, kin gibi duygusal işleminden arındırılıp maddi tazminatın yetersiz kaldığı durumlarda onun eksiğini ve açığını kapatıcı, zarar denkleştirici somut gerçekçi ve toplumsal bir işlevinin olduğuna inanmaktayız. Ayrıca "sosyal ve ekonomik durum ölçütü" zengine daha çok, yoksula daha az manevi tazminat ödenmesin amaçlayan bir anlayışın izlenimini vermektedir. Oysa kişilerin onuru, saygınlığı, kişilik ve yaşam haklan, bedensel bütünlükleri onların varlıklı veya yoksul, mevki ve makam sahibi veya sıradan yurttaş oluşlarına göre değerlendirilmemeli, cana gelen zarar için manevi tazminat miktarı belirlenirken de, zengin-yoksul, maddeci-emekçi, şehirli-köylü eğitimli-eğitimsiz, ayrımı yapılmadan, zararın azlığına çokluğuna, haksız eylemin ve hukuk; aykırılığın niteliğine, kusurun ve sorumluluğun derecesine göre değerlendirme yapılmalı hüküm altına alınacak manevi tazminat, maddi tazminatı tamamlayıcı ve zarar veren caydırıcı bir işlev görmelidir. Giderek vardığımız bu sonuç YHGK.'nın 23.06.2004 gün ve E: 2004/13-291, K: 2004/370 sayılı kararı ile de desteklenmektedir. Bu anlayış bir bakıma da Anayasamızın 10.maddesinde ifadesini bulan "eşitlik ilkesi" ne de uygun düşecektir Yukarıda açıkladığını nedenlerle manevi tazminatın çokluğu gerekçesine dayalı olarak miktarın azaltılması suretiyle hükmün düzeltilerek onanması yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılmamaktayım."

8 Ayrıca bkz. M. Özekes, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2318; B. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 737-738 ("İstinaf Sistemine Göre Usul"); E. Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara 2017, s. 3299-3300 ("Şerh").

Değiştirerek veya düzelterek onama kararı verilmesini gerektiren hâllerde bozma sebebi oluşmayacaktır. Örneğin ilk derece mahkemesinin davanın açılmamış sayılması kararı yerine, davayı reddetmesi hâlinde bu karar düzeltilerek onanabilir. Tarafların kimlikleriyle hesap veya diğer yanlışlıklar bozma sebebi sayılmamalıdır (HMK m. 370/3).

Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek ve düzeltilerek onanır (HMK m. 370/4).

"*2-)Mahkemece, davalı A... İletişim Hizmetleri A.Ş. Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davanın reddedilmesi sebebiyle davalı A... İletişim Hizmetleri A.Ş. Genel Müdürlüğü lehine hükmedilen vekalet ücretinin davacılardan tahsili gerekirken, davalı … Bank A.* Ş'den tahsiline karar verilmesi hatalı olup, kararın açıklanan sebeple davalı …. *Bank A.Ş. yararına bozulmasına karar verilmesi gerekmekte ise de; yapılan yanlışlığın yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediği anlaşılmakla, HUMK'un 438/7.maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir."*[9]

"*Bilindiği üzere, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297/2. maddesi uyarınca, hüküm sonucu kısmında; istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiği gibi, hâkimin doğru sicil oluşturma görevi nedeniyle de her bir taşınmaz bakımından infazda tereddüt yaratmayacak biçimde hüküm oluşturulması gereklidir."*[10]

"*3-) Mahkemece, asıl alacak miktarı olan 2.800,00-TL üzerinden icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerekirken işlemiş faizi de kapsayacak şekilde toplam 4.484,60-TL üzerinden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. Ne var ki yapılan bu yanlışlıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden karar*ın düzeltilerek onanması HMK.*'nın 370/2. maddesi hükmü gereğidir".*[11]

"*2-)Mahkemece 04.04.2012 tarihli oturumda keşif ara kararı ile birlikte bilirkişi masrafı olarak toplam 2.500,00 TL ve keşif masrafının davalı tarafça mahkeme veznesine yatırılması karar verilmiştir. Davalı vekilince 17.04.2012*

---

9 11. HD. 19.03.2013, 5819/5360 (Kazancı İçtihat Bankası).
10 1. HD. 24.03.2015, 18433/4153 (Kazancı İçtihat Bankası).
11 13. HD. 12.02.2015, 146/3835 (Kazancı İçtihat Bankası).

tarihli 15051 sıra numaralı tahsilat makbuzu ile 2.500,00 TL bilirkişi ücreti ve 17.04.2012 tarihli 15715 sıra numaralı sayman mutemet alındısı ile 148,55 TL keşif masrafı yatırıldığı halde, hüküm kurulurken davacı tarafından yapılan yargılama giderlerine bu masraflar dâhil edilmeden hüküm kurulması gerekirken, davalı tarafından yapılan bu yargılama gideri davacı tarafça yapılmışçasına bilirkişi ücreti toplamı 2.500,00 TL ve 148,55 TL keşif masrafının da davacının yargılama giderlerine dâhil edilerek toplam 3.399,85 TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekir ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi yollaması ile HUMK'un 438/VII. maddesi gereği düzeltilerek onanması gerekmiştir".[12]

"*Davacı dava dilekçesinde ve duruşmada, nizalı parselin Saim ile birlikte satın almak istemişlerse de bazı anlaşmazlıklar olduğundan davalının kendi adına satın alması ondan sonra payını kendisine aktarması yolunda anlaştıklarını, davalının ise, bu anlaşmaya uymadığını ileri sürmüştür. Davacı izaleyi şuyuu sonunda davalıya yapılan satışın geçersizliğini iddia etmemiştir. Kendi aralarındaki anlaşma gereğince davacıya payının aktarılması yolunda verilecek karar yenilik doğurucu (ihdasi) bir nitelik taşır. Bu itibarla mahkemenin Tapulama Kanunu'nun 47. maddesine dayanarak görevsizlik kararı vermesi isabetlidir; ancak, olayın ihalenin feshi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu durumda görevli mahkeme o yer asliye mahkemesi alacağından dosyanın görevli Lüleburgaz Asliye Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmek gerekirken ihalenin feshinden vesaireden söz edilerek sulh hukuk mahkemesine tevdiine karar verilmiş olması isabetsiz ise de bu yanlışlığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirmediğinden, hüküm fıkrasında yer alan (Lüleburgaz Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevi içinde aldığından davanın görev yönünden reddine, hükmün kesinleşmesinden sonra görevli Lüleburgaz Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine) sözlerinin çıkarılarak yerine (Lüleburgaz Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevi içinde olduğundan dava dilekçesinin görev yönünden reddine hükmün kesinleşmesinden sonra dosyanın görevli Lüleburgaz Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine) sözlerinin yazılması suretiyle hükmün düzeltilerek (ONANMASINA), 766 Sayılı Tapulama Kanununun 74. maddesi uyarınca 10 lira onama ilam harcının temyiz edenden alınmasına 18.12.1980 gününde oybirliğiyle karar verildi.*[13]"

12 15. HD. 31.03.2015, 3220/1647 (Kazancı İçtihat Bankası).
13 7. HD. 18.12.1980, 12780/13941 (Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtay'ın takdir yetkisinin keyfî ya da açıkça hukuka aykırı olması hâlinde yapacağı müdahale[14] yerine, takdir yetkisini bizzat kullanması isabetli değildir. Zira delillerle doğrudan ilgili olmayan Yargıtay'ın bu tür kararları hukuka uygun değildir. Aslında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da (HUMK m.438) Yargıtay'ın takdir hakkına ilişkin düzelterek onama kararı vermesi kabul edilmemekte idi.[15]

Aynı Kanun'un 30. maddesiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na geçici 3. madde eklenmiştir. Bu madde de şu şekildedir:

"*GEÇİCİ MADDE 3 – (1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004* tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, *Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır."

Geçici 3. maddenin ilk fıkrası ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilân edilecek göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı öngörülmüştür. Adalet Bakanlığı, 7 Ka-

---

14 B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001, s. 4537 ("Hukuk Muhakemeleri Usulü"); K. Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 275 vd.; N. M. Berkin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 49; Ansay S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 343 vd.; R. Akcan, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 33.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sivrihisarlı Ö., Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 109 vd. Ayrıca bkz. Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3299-3300.

sım 2015 tarihinde, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarihinde tüm yurtta göreve başlayacağını ilân etmiştir.[16] Ancak ilginç olan bölge adiye mahkemeleri önce dokuz ilde ardından 15 ilde kurulmuş daha sonra ise yedi ilde göreve başlayabilmiştir.[17] Daha sonra iki bölge adliye mahkemesinin göreve başlamasıyla bu sayı tekrar dokuza çıkarılmıştır.[18] Bölge adliye mahkemelerinin sayısında yaşanan bu karmaşa, bu mahkemelerin kuruluşu ile göreve başlaması arasında geçen on iki yıl içinde ciddi bir çalışma yapılmamasının bir sonucudur. Geçen zaman içinde hâkim açığı nedeniyle bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayamadığı gerekçe olarak ileri sürülmüşse de bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması yaklaşık 4000 civarında hâkimin görevden uzaklaştırılması zamanına denk gelmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 2011 yılında yürürlüğe girerken bölge adliye mahkemelerinin de aynı tarihte göreve başlayacağı kabul edilmişti. Ancak Kanun'un kabulünden ve fakat henüz yürürlüğe girmesinden önce bunun mümkün olamayacağının görülmesi üzerine, geçici 3. madde ile eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427 ilâ 454 maddelerinin uygulanacağına ilişkin hüküm kabul edilmiştir. Aslında kanun yoluna ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun maddelerine yapılan atfın doğru olarak belirtildiği kuşkuludur. Zira Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki temyiz ve karar düzeltme hükümlerinin uygulanmasına devam edileceğine ilişkin atıf doğru ise de yargılamanın iadesine ilişkin hükümler bakımından da eski Kanun hükümlerine (445-454) atıf yapılması isabetli olmamıştır.[19] Nitekim Yargıtay yargılamanın iadesi hakkında eski Kanun ile yeni Kanun hükümlerini de uygulamıştır.[20] Böyle bir geçici maddenin Kanun'un

16 RG 7 Kasım 2015, S. 29525.
17 RG 1 Mart 2016, S. 29640.
18 RG 5 Ağustos 2017, S. 30145.
19 Kuru bu atfı maddî hata olarak nitelemiştir. Çünkü HUMK m. 445-m. 454 hükümlerinin temyiz ile bir ilgisi yoktur (Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 788, dn. 1/a). Ayrıca bkz. Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3739; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2349; Yılmaz Z., 6100 sayılı Kanunun (HMK) Geçici 3. maddesinin Uygulamada Yol Açtığı Sorunlar ve Tereddütler Üzerine Bazı Değerlendirmeler, *MİHDER* 2014/I, C. 10, S. 27, s. 47 vd.
20 Yargıtay 14. HD, 25.10.2011, 10354/12652 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay

kabulünden sonra eklenmesi, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla ilgili ciddi bir planlamanın ve hazırlığın yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi yeni bir kanun, istinaf sistemine göre hazırlanmış ve kabul edilmişken, istinaf mahkemelerinin göreve başlamasının hiç düşünülmemiş olması, amacın sadece yeni bir kanun yapmak olmasıyla ilgilidir.

Geçici maddenin üçüncü fıkrası ile Kanun'da bölge adliye mahkemelerine görev verilen hâllerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanun'un bu Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf kanun yolunu öngördüğü hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki temyize ilişkin hükümlerin uygulanacağı anlamına gelmektedir. Bu hükmün sonucu olarak ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yolu olarak temyiz yoluna başvurulması gerekirken ve Yargıtay bunu bir süre uyguladıktan sonra, muhtemelen iş yükü nedeniyle ve pek de inandırıcı olmayan gerekçelerle ve en önemlisi bir oy farkla, ihtiyatî tedbirlere karşı temyiz yolunu kapatmıştır.[21]

2. 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu ile Yapılan Değişiklikler

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 35. madde ile yapılan değişiklik aşağıdaki gibidir:

" MADDE 35 – (1) 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine "Hakemlik" ibaresinden sonra gelmek üzere "arabuluculuk," ibaresi eklenmiştir.

(2) 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun; a) 137 nci maddesinin birinci fıkrasına "sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere

---

HGK, 6.02.2013, 8-604/199 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s. 59-61.

21 Yargıtay İBK, 21.02.2014, 2013/1 E., 2014/1 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Bu konuda ayrıca bkz. Umar B., Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı, *DEÜHFD* 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 510 vd.; Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3559-3561; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2490-2491; Başözen A., Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.I, Ankara 2015, s. 463 vd.; Sarısözen M. S., İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı, *DEÜHFD* 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. II, İzmir 2015, s. 1321 vd.

"veya arabuluculuğa" ibaresi, b) 140 ıncı *maddesinin ikinci fıkrasına "sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa", üçüncü fıkrasına "sulh" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuk" ibaresi, c) 320 nci maddesinin ikinci fıkrasına "tarafları sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa" ibaresi, eklenmiştir."*

Bu değişiklik yapılmasaydı dahi özel kanun olan Arabuluculuk Kanunu ile hâkimin sulh ile birlikte arabuluculuk konusunda tarafları teşvik etmesi söz konusu olacaktı. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu husus ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir.[22]

3. İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

30.04.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan (S. 28633) 6459 sayılı **İnsan Hakları** ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adli yardıma ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Bu maddeler şu şekildedir:

MADDE 22 – 12.1.2011 **tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak" ibaresi "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" şeklinde değiştirilmiştir.**

MADDE 23 – 6100 sayılı Kanunun 337 nci **maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiş ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.**

"Ancak, talep hâlinde inceleme duruşmalı olarak yapılır. Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilir."

"(2) Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı

22 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 1293-1295, s. 2825; Atalı M, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2102. Ayrıca bkz. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 287; Yılmaz, Şerh, C. 2, s. 1971.

daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. **İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir."**

MADDE 24 – 6100 sayılı Kanunun 339 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(2) Adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemeden muaf tutulmasına karar verebilir."

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlanması aşamasında ekonomik krizin izleri sürdüğünden adli yardım konusunda reform yerine mevcut hükümlerin yenilenmesi yoluna gidilmiştir. Bu değişiklikler bir ölçüde daha isabetli hükümler taşımakta ise de, çağdaş hukuk sistemlerindeki adli yardıma ilişkin hükümlere yaklaşılamamıştır.

4. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Bu değişiklik 17.04.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6460 sayılı Kanun'la yapılmıştır. Bu değişikliğe göre;

MADDE 1 – 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 373 üncü maddesinin beşinci fıkrasından, *18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 439 uncu maddesinin beşinci fıkrasından ve 1086 sayılı Kanunun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 16 ncı* maddesi ile değiştirilmeden önceki 429 uncu maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

"Davanın esastan reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi, her hâlde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır."

Bir davada mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu usul işle-

mi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hakka, usûlî müktesep (usûle ilişkin kazanılmış) hak denir.[23]

Usûlî müktesep hak çeşitlerinden birisi, yerel mahkemenin Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile doğar. Yargıtay'ın bozma kararına uyulması ile aslında iki tür usûle ilişkin kazanılmış hak doğar. Bunlardan ilki, Yargıtay'ın bozma kararına yerel mahkemece uyması ile bozma kapsamı doğrultusunda inceleme yapmak zorunluluğu doğar. İkinci olarak, bozma kapsamı dışında kalan hususlar hakkında yerel mahkemece inceleme yapılamaz ve karar verilemez. Bozma kapsamı dışında kalan hususlar adeta kesinleşir.[24]

Usûlî müktesep hak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda da düzenlenmemiş içtihadı birleştirme kararları ile kabul edilmiştir. Gerek 1959 ve gerekse 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararları, ilk derece mahkemelerinin, bozmaya uyması üzerine yeniden yapacakları yargılamalarda, iradî olarak uydukları veya kanunen uymak zorunda kaldıkları Yargıtay bozma ilâmları ile bağlı bulundukları kuralını benimsemiştir.

1959 gün ve 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı bozma kapsamı dışında kalan hususların kesinleşeceğine ilişkindir. Nitekim bu karara göre:

"*… Temyizce bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozma kararının bozma sebeplerinin* şümulu dışında kal-

---

23 Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, s.4737; Kuru, Usuli Müktesep Hak, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.395 vd.; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 740; N. Turhan, Kazanılmış Hak Kavramı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bu Konu ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, *Yargıtay Dergisi*, 1992/4, s.461 vd.; M. Tuluay, Usule İlişkin Kazanılmış Hak, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1984/2, s.61 vd.; Akgündüz G./Saltık S., Usul Hukukunda Kazanılmış Hak, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 1993/2, s.165 vd.; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2187;Şavata Tanverdi B., Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1993.

24 Ayrıca bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, s. 4739 vd.; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 741-744; B. Kuru/R. Arslan /E.Yılmaz, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 629 vd.; Umar B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1071-1076 ("Şerh"); Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3341 vd.; Özekes, Pekcanıtez Usûl, 2187 vd.; Postacıoğlu İ.E./Altay S., Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, s. 926 vd.; Ş.L. Görgün, Medenî Usûl Hukuku 5. Baskı, Ankara 2016, s. 623; Karslı A., Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 743-744.

mış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir hükümdür. Bir cihetin bozma kararının şümulu dışında kalması da iki şekilde olabilir. Ya o cihet, açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş fakat dairece itiraz reddedilmiştir, *yahutta onu hedef tutan bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen dosyanın Temyiz Dairesince incelendiği sırada dosyada bulunan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet Dairece bozma sebebi sayılmamıştır. Her iki halde de o konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemece uyulmuş olması, taraflardan biri lehine usuli bir müktesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme, ne de Temyiz Mahkemesi halele uğratabilir. Zira usulü müktesep hakkın tanınması da* âmme *intizamı düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır…*".[25] Bu içtihadı birleştirme kararı ile usûlî müktesep hak oluştuktan sonra, bu hakka yerel mahkeme kadar Yargıtay'ın da uymak zorunda olduğu açıkça vurgulanmıştır.

1960 tarih ve 21/9 sayılı içtihadı birleştirme kararında ise, usûlî kazanılmış hakkın, hükmün dayandığı bazı konuların Yargıtay Dairesinin bozma kararının şümulu dışında kalarak kesinleşmesi ile meydana gelen şeklinin yanı sıra, ikinci bir şekli daha olduğu kabul edilmiştir. Nitekim bu içtihadı birleştirme kararına göre:

"… I- Bir mahkemenin Temyiz Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar verme mükellefiyeti meydana gelir ve bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün bozmada gösterilen esaslara aykırı bulunması, usule aykırıdır ve bozma sebebidir;… Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usulî müktesep hak yahut usule ait müktesep hak denilmektedir…".[26] 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre, ilk derece mahkemelerinin, bozmaya uymadan sonra yeniden yapacakları yargılamada, iradî olarak uydukları veya kanunen uymak zorunda kaldıkları bozma kararları ile bağlı oldukları kabul edilmiştir. 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararında, ilk derece mahkemesinin, bozmadan sonra yapacağı yargı-

25 İBK, 04.02.1959 tarih ve 13 E. 5 K sayılı kararı (RG 28.04.1959, S.10193)
26 İBK, 09.05.1960 tarih, 21 Esas, 9 Karar sayılı kararı (RG. 28.06.1960, S.10537).

lamada, bozma ilâmında gösterilen şekilde araştırma ve inceleme yaparak, yine bu ilâmda belirtilen hukuki esaslar gereğince karar vermek zorunda olduğu belirtilerek; Yargıtay'ın bozduğu kısımlar hakkında dermeyan ettiği her türlü hukukî değerlendirmenin de bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Usûlî müktesep hak usûl hukukunun dayandığı vazgeçilmez, ana temellerinden biridir.[27] Bu nedenle usûlî müktesep hakkı ne mahkeme ne de Yargıtay ihlâl edebilir. Çünkü usûlî müktesep hak kamu düzeni ile tanınmış bir müessesedir. Yargıtay da istikrar bulan kararlarında bu hususu tekrarlamıştır.

Ancak içtihadı birleştirme kararlarıyla kabul edilmiş usûlî müktesep hakkın istisnaları yine Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Yargıtay usûlî müktesep hak kurumunu kabul ettikten sonra, ilk yıllarda;

- *yeni bir içtihadı birleştirme kararı,*[28]
- *görev*[29]ve
- *yeni bir kanun kabul edilmesi*[30]) usûlî müktesep hakkın istisnası olarak kabul ederken, daha sonraki yıllarda bu istisnaları genişletmiş;
- *maddi hata,*[31]
- *hak* düşürücü sürenin geçmiş olması,[32]
- *davada re'sen* göz önünde tutulması gereken hususlara aykırılık[33] *ve*
- *kamu* düzenine aykırılık[34] hâlinde usûlî kazanılmış haktan söz edilemeyeceğini kabul etmiştir.[35]

---

27 HGK, 22.11.1995, 13/570-1013 (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, s.4748 vd.).

28 İBK, 9.5.1960, 21/9 (Kazancı İçtihat Bankası)

29 İBK 4.2.1959, 13/5 (Kazancı İçtihat Bankası)

30 7. HD. 26.12.1968, 7418/9187 (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, s.4783 dn770)

31 HGK, 24.01.2007, 4-16/25 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); HGK, 29.05.2002, 15-286/454 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, s. 4798 vd.; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 745; Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3356-3357.

32 HGK, 18.01.2012, 2-610/1 (Kazancı İçtihat Bankası).

33 HGK, 18.01.2012, 2-610/1 (Kazancı İçtihat Bankası).

34 HGK, 03.02.2010, 4-40/54 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

35 Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, s. 4771 vd.; Kuru, İstinafa Göre Usul, s. 744-746; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 631-632; Umar, Şerh, s. 1074-1079; Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3354-3357; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2191 vd.; Postacıoğlu/Altay, s. 935 vd.; Görgün, s. 623; Karslı, s. 744-745.

Buradan hareketle şu sonuca varabiliriz: Yargıtay bir taraftan içtihatlara güven ve istikrar amacıyla kabul ettiği usûlî müktesep hakka, yine aynı amaçla istisnalar kabul ederek, kamu düzenine aykırılık veya temel haklara aykırılık gibi hâllerde katı uygulamadan kaçınmaktadır. Çünkü ancak böyle bir uygulama sayesinde gerçekten içtihatlara güven sağlanabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm ile Yargıtay Dairesinin iki bozma kararı arasındaki çelişkinin giderilmesi ve temyiz incelemesi yetkisi Hukuk Genel Kuruluna verilmiştir. Böylelikle aynı Yargıtay Dairesinin birbiriyle çelişen kararlarının Hukuk Genel Kurulunda inceleme yapılarak giderilmesi amaçlanmıştır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılacak incelemenin asıl amacının "usûlî müktesep hakka aykırılığın giderilmesi ve böylelikle usûlî müktesep hakkın korunmasının amaçlandığı" ifade edilmiştir. Nitekim gerekçeye göre;

"Dairenin birinci kesin bozmasından sonra dönmesi(2. Kez bozması) üzerine alt mahkemece verilen kararın yargı yolu denetiminin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılması, ikinci kesin bozmaları gereklilik sınırlarına indirecek bir hukuk disiplinini de berberinde getirir. Sözgelimi, birinci bozmadan dönme formülü olarak sıkça kullanılan "maddi hata" gerekçesinin somut olay bağlamında realizasyonu, görüş ve içtihat farkı mı? Farklı delil değerlendirilmesi mi? Bu bağlamda usule ilişkin kazanılmış hakkın ihlali mi? Yoksa usule ilişkin kazanılmış hakkın istisnası olan ve tipik tarifine uygun maddi hata mı? Sorularının ele alan bir yaklaşımla Hukuk Genel Kurulunca gerçekleştirilecektir. Nitekim benzeri olaylarda ikinci kesin bozmaya karşı direnme kararlarının temyizinde Yargıtay Hukuk genel Kurulunca aynı realizasyon yapılmaktadır. Model bu yönüyle, usuli kazanılmış hak durumunda tereddütlere yol açması bir yana, onu pekiştirmektedir."[36]

Adalet Komisyonu raporundan da görüldüğü gibi, HUMK m.429/4'e göre yapılacak temyiz incelemesinde öncelikle usûlî müktesep hak esas alınarak iki zıt bozma kararından hangisinin doğru olduğu tespit edilecektir. Böylelikle kamu düzeni amacıyla kabul edilmiş

[36] Bkz. Adalet Komisyonunun 01.04.2013 tarih ve 1/750 Esas; Karar No: 18 sayılı Raporu, Sıra Sayısı 444, s.28.

olan usûlî müktesep hak korunmuş olacaktır. Bu yöndeki amaç Komisyon Raporunun daha sonraki sayfalarında da tekrarlanmıştır:

*" Vurgulanmalıdır ki, yeni sistem, birinci veya ikinci kesin bozma kararı lehine bir doğruluk veya kesinlik karinesi ihdas etmemektedir. Başta usuli kazanılmış hak olmak üzere, hukuk ve somut olay ekseninde iki zıt bozma kararı*ndan hangisinin uygun olduğuna *yahut bunların dışında başka bir çözüm seçeneğinin bulunup bulunmadığına- üçüncü defa özel daire değil-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu karar verebilecektir. Bu model üçüncü kararların türlerine bakılmaksızın temyizen incelenmesi yönünden direnme kararlarındaki rejimi bu kararlara da bir tür teşmil etmektedir.*

Sonuç olarak değişiklik ile inşa edilen mekanizma, bir bütün olarak, içtihat hukukunun gelişimine; yargıya ve kararlarına güvenin artmasına hizmet edecektir. Bu yolla, denetim mahkemeleri yönünden adil yargılanma hakkının normatif zemini takviye edilmiş olmaktadır (AİHS. m. 6, Any. m. 36). Esasen benzeri mekanizmalar, yargılama hukukumuzda mevcuttur [Dosyanın bozma üzerine Yargıtay tarafından başka alt mahkemeye gönderilebilmesi (HUMK. m. 429, HUMK., m. 373/1) yargılamanın yenilenmesi halinde, hüküm-hakiminin dosyaya (davaya) bakamaması (CMK. m. 23) gibi].

Bu gerekçelere karşı olarak, yeni düzenlemenin hukuk güvenliğini yok edeceği, usuli hak kurumunu örseleyeceği, içtihat istikrarı için tehlike oluşturacağı ileri sürülmüştür. Aynı görüşler, alt ve esas komisyon raporlarına düşülen muhalefet şerhlerinde de dile getirilmektedir. Yukarıda ortaya konduğu üzere yeni düzenleme, tam da bu görüşlerde ortaya konan semptomları bertaraf edecek yapı özelliğini taşımaktadır.[37] *"*

Yukarıdaki gerekçelere bakıldığında getirilen bu düzenleme ile usûlî müktesep hakkın korunmak istendiği açıkça vurgulanmaktadır.

5. Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6462 sayılı Kanun 25.04.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan "*sakatlık*" ibaresi,

37 Bkz. Adalet Komisyonunun 01.04.2013 tarih ve 1/750 Esas; Karar No: 18 sayılı Raporu, Sıra Sayısı 444, s.29.

"engellilik" olarak değiştirilmiştir. Nitekim bu Kanun'daki 81. madde şöyledir:

" 81) 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun;

a) 172 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "sakatlık" ibaresi "engellilik",

b) 235 inci maddesinin başlığında yer alan "özürlülerin" ibaresi "engellilerin", birinci fıkrasında yer alan "özürlü" ibaresi "engelli",

c) 259 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "özürlü" ibaresi "engelli",

… şeklinde *değiştirilmiştir".*

6. Yargı Hizmetleri İle İlgili Olarak Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6494 sayılı Kanun 27.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler şöyledir:

MADDE 30 – 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 102 *nci* maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

"MADDE 102 – (1) Adli tatil, her yıl yirmi temmuzda başlar, otuz bir ağustosta sona erer. Yeni adli yıl bir eylülde başlar."

Maddenin değiştirilmesinden önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 102. maddesi şöyle idi:

"Adli tatil, her yıl, bir ağustosta başlar, beş eylülde sona erer."

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda adli tatil 175. maddede düzenlemiş idi ve süre 45 gündü. Nitekim 175. maddeye göre;

"Her sene bilumum mahkemeler ağustosun birinden eylülün beşine kadar tatil olunur."

1086 sayılı Kanun'da 5219 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle adli tatil süresi kısaltılmıştır. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 175. maddesine göre

"Her sene bilumum mahkemeler Ağustosun birinden Eylülün beşine kadar tatil olunur."

Adli tatille ilgili son yapılan değişikliğin gerekçesine bakıldığında;

"*1930'lu yılların başında tarım toplumunun imkânları eskisine göre değişmişse de, nüfusumuzun önemli bir kısmı hala kırsalda oturmakta ve tar*ımla uğraşmaktadır. Ayrıca ü*lkemizin iklim şartlarına göre, tüm kamu kurumlarında olduğu üzere, yargı mensupları da tatil ihtiyaçlarını karşılamak için genellikle yaz aylarını tercih etektedirler. İdeal olan delilleri toplayan ve onlarla doğrudan temasta bulunan hâkimin karar vermesidir. Hâkimin veya taraf vekilinin öngörülemeyecek bir zamanda değil, önceden kanunla belirlenmiş olan dönemde tatile çıkması, davaların daha sağlıklı şekilde sonuçlandırılabilmesini sağlayacaktır*" denilmiştir.

2004 yılından bu yana adli tatille ilgili yapılan değişikliklere baktığımızda değişen adli tatil tarihleri şöyledir:

- *20 Temmuz - 5 Eylül (HUMK m. 175. maddesi)*
- *1 Ağustos - 5 Eylül (HUMK m. 175'in 5219 sayılı Kanun'la 2004 yılında yapılan değişiklik)*
- *1 Ağustos - 5 Eylül (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 102. maddesi-2011)*
- *20 Temmuz - 31 Ağustos (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2013 tarihinde değiştirilmiş hâli)*

Yukarıdaki değişikliklere bakıldığında sürelerle ne kadar kolay oynandığı ve ne kadar kolay kanun değiştirildiği bir kez daha görülmektedir. Maalesef her seferinde azaltılan daha sonra tekrar ilave edilen üç beş günlük süreler yargının hızlanmasında hiçbir olumlu etki yaratmamaktadır. Buna rağmen adli tatilin amacını bilmeyen bazı kişilerce adli tatilin başlı başına yargının gecikme sebeplerinden birisi olduğu ileri sürülmektedir. Yine adli tatilin günümüz koşullarına uygun olmadığı, bunun 1930'lu yılların tarım toplumuna özgü olduğu söylenmektedir. Hâlbuki yargının düzen içinde tatil yapabilmesi için her ülkede benzer bir uygulama bulunmaktadır.[38] Hatta adli tatil bazı Akdeniz ülkelerinde 45 günden daha uzundur. Adli tatil süresi içinde sona eren süreler, adli tatilden sonra uzatıldığından, adli tatil tarihlerinin sürekli değişmesi, uygulamada bu değişikliklerin fark edilmeyip hak kaybına neden olmak dışında hiçbir yararı olmamıştır.

[38] Ayrıca bkz. H. Taş Korkmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Adlî Tatil ve Adlî Tatil Kurumuna Eleştirel Bir Bakış, *MİHDER* 2013/I, C. 9, S. 24, s. 33 vd.

Yeni düzenlemede dikkat çeken husus adli tatilin otuz bir Ağustosta sona ereceği yazıldıktan sonra, adli yılın bir Eylülde başlayacağının ayrıca yazılmış olmasıdır. Otuz bir Ağustosta sona eren adli tatilden sonra 1 Eylülde adli yılın başlayacağı tereddütsüzdür. Açık söylemek gerekirse, ilkokul çocuklarına ev ödevi yazdırılırken yanlış anlamalarını önlemek için aynı hususun tekrar edilmesine benzer bir kanun hükmünün mevcudiyeti düşündürücüdür. Zira hukuk bilgisi bakımından bunun anlaşılamayacağı, karıştırılacağı düşünülerek bu gereksiz cümlenin eklenmesi maalesef kanun yapma konusunda gelinen noktayı göstermektedir.

7. Yargıtay Kanunu İle Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

6644 sayılı Kanun 01.04.2015 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklere göre;

"*MADDE 3 – 12.1.2011* tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 47 *nci* maddesinin birinci *fıkrası* aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(1) Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz.

MADDE 4 – 6100 sayılı Kanun'un 109 uncu maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır."

Bu düzenlemenin getirilme nedenlerinden birisi de Yargıtay üyelerinin sayısında kısa süre içinde yapılan artış olmuştur. Nitekim Yargıtay üye sayısı önce 250'den 387'ye, daha sonra yeni bir Kanun'la 516'ya çıkarılmış, ardından Yüksek Yargıda Düzenlemeler İçeren Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile **üye sayısının** 516'dan 200'e düşürülmesi kabul edilmiştir. Bu

konudaki artış ve daha sonra üye sayısının tekrar azaltılması istikrarsızlığın bir göstergesidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulünden sonra Yargıtay üye sayısının 516'ya kadar arttırılması sonunda Yargıtay üyeleri hakkında Hukuk Genel Kurulunda açılacak sorumluluk davası bakımından zorluklar yaşanmıştır. Örneğin Hukuk Genel Kurulunun 47 üyeden oluşması gerektiğinden, bu kadar kalabalık toplu mahkemelerin doğru olarak çalışması mümkün olamamaktaydı. Hukuk Genel Kurulunun kararlarına karşı temyizen başvurulan Yargıtay Büyük Genel Kurulun toplanma ve karar yeter sayısı ise dünyada eşi benzeri görülmeyen toplu mahkeme sayısına ulaşmıştı. Daha sonra yapılan değişikliklerle üye sayısı azaltılmış ise de Hukuk Genel Kurulunun toplanma ve karar yeter sayısının, toplu bir mahkemede olması gereken üye sayısının çok üzerinde olması nedeniyle, yapılan değişiklik ile Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesi olarak görevli mahkeme kabul edilmiştir. Hukukta yapılan bir değişikliğin pek çok alanı ilgilendirmesi, bu değişikliklerin daha titiz, daha dikkatli ve daha düşünülüp tartışılarak yapılmasını gerektirmektedir. Birkaç yıl içinde yapılan bu değişiklik ve sayılarla oynanarak çözüm arayışı da, kanun yapma konusundaki bir başka başarısızlık örneğidir.

8. Danıştay Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6723 sayılı Kanun 01.07.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik şöyledir:

"*MADDE 34- 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan" ibaresi "verilen" şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.*

Bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez."

Geçici m. 3'ün değiştirilmeden önceki hâli, istinaf mahkemesine başvuru ile ilgili diğer kanunlardaki zaman itibariyle uygulama hükümleriyle çeliştiği için, 1 Temmuz 2016 tarihinde kabul edilen ve Hükümet Gerekçesinde "uygulamada yaşanabilecek karışıklıkların önlenmesi amacı" vurgulanan 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 34 ile değişiklik yapılmıştır. Ancak 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğü, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016'ya yetişememiş, 23 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazete'de ilan edilerek yürürlüğe girmiştir. Geçici m. 3'ün eleştiriye açık ilk hâlinin 20, 21 ve 22 Temmuz 2016 olmak üzere 3 gün yürürlükte kalması, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016 tarihinden kısa bir süre önce verilmiş kararlara karşı 1086 sayılı Kanun'a göre doğrudan temyiz mi, yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre istinaf denetiminin mi yapılacağı konusunda tereddüde sebep olmuş, bu çerçevede kanun yoluna başvuru süresi ile parasal sınırın ne olacağına dair belirsizliği daha da derinleştirmiştir. Ancak tereddüt etmeden 20, 21 ve 22 Temmuz'da eski geçici 3. madde hükmü; 23 Temmuzdan sonra ise Geçici 3. madde hükmünün değiştirilmiş hâli uygulanacaktır[39]. Şüphesiz kararı veren mahkemeye göre farklı hükümlerin uygulanmasına 6723 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile son verilmesi ve ortak bir yürürlük maddesinin getirilmesi daha isabetli olurdu.[40]

Maddeyle, uygulamada yaşanabilecek karışıklıkların önlenmesi amacıyla kararın tabi olacağı kanun yolunun tespitinde karar tarihi esas alınacağı gerekçede belirtilmektedir. Böylece istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen kararlar hakkında istinaf usulü uygulanmayacak, bu mahkemelerin faaliyete geçmesinden sonra verilen kararlar ise istinaf kanun yoluna tabi olacaktır.[41]

Aslında bu düzenleme yeterli olmasına rağmen bir fıkra olarak eski kanun yoluna tabi dosyaların istinaf mahkemelerine gönderilemeyeceği eklenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde "*…oluşabilecek tereddütlerin önüne geçilebilmesi amacıyla istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen kararlara ilişkin dosyaların Yargıtay tarafından istinaf mahkemelerine gönderilemeyeceği vurgulanmaktadır*" denilmiştir. Kanaatimce böyle bir ihtimal açık düzenleme nedeniyle mümkün değilse

---

39 Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s. 62; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2164. Karş. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 750-752; R. Arslan /E. Yılmaz /S. Taşpınar Ayvaz, Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, s. 578, dn. 3.

40 Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Pekcanıtez /E. Erişir, Medenî Yargıda İstinafa İlişkin Hükümlerin Zaman İtibariyle Uygulanması, AÜHFD, 65 (4) 2016, s. 3617 vd.

41 Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 750-752; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 577-578, s. 581-582; Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3233; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s. 62 vd.; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2161 vd.

de, her ihtimale karşı bu fıkranın kabulünde bir sakınca görülmemiştir. Bu değişiklik kanun koyucunun uygulamaya çok da fazla güven duymamasının bir sonucu olarak da değerlendirilebilir.

9. Bilirkişilik Kanunu

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 03.11.2016 tarihinde kabul edilmiştir. (RG 24 Kasım 2016, S.29898). Bilirkişilik Kanunu'nun 49. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda aşağıdaki değişiklik yapılmıştır:

MADDE 49- 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266 ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez."

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi bu değişiklikten önce

"Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz." biçimindeydi. Yapılan değişiklik ile bu fıkraya "**genel bilgi ve tecrübeyle**" ibaresi ilâve edilmiştir. Kanaatimce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan en lüzumsuz değişikliklerden birisi Bilirkişilik Kanunu ile yapılmış olanıdır. Uygulamada sanki bu ibarenin bulunmaması nedeniyle sık sık hukukî konularda bilirkişiye başvuruluyormuş gibi bu gereksiz ilave yapılmıştır. Keza bu fıkradan sonra eklenen fıkra bilinenin tekrarlanmasıdır. Zaten 266. maddenin ilk iki cümlesinden hukuk alanı dışında başka bir uzmanlığı olmayan kişilerin bilirkişilik yapamayacağı açıktır. Aksini düşünmek mümkün değildir. Buna rağmen hukuk alanı dışında başka bir uzmanlığı olmayan kişilerin bilirkişilik yapamayacağını söylemek, aksi düşünülemeyecek kadar açık olan bir hususun gereksiz yere kanuna yazılmasıdır. Bugüne kadar gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukukî konularda bilirkişilik yapılamayacağı açıkça ya-

zılı olduğu hâlde, uygulamada hiç tereddüt etmeden üniversitelerdeki araştırma görevlilerinden, profesörlere; avukatlardan icra memurlarına, emekli hâkimlerden genel olarak hukukçulara kadar hukuk alanı dışında başka bir uzmanlığı olmayan kişilere bilirkişilik yaptırılmıştır. Bundan sonra da bu uygulamaya devam edilecektir. Nitekim Bilirkişilik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bir yıla yakın bir süre geçmiş olmasına rağmen, özellikle büyük şehirlerde göreve başlamış olan bölge adliye mahkemelerinin herhangi birisinin bilirkişi listesine bakıldığında, başka bir uzmanlığı olmayan avukatların, üniversite öğretim üyelerinin hukukî konularda bilirkişi listesinde yer aldığı aleni olarak görülmektedir. Hatta bu kişilerin uzmanlık alanları, tüketici hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, ticaret hukuku, borçlar hukuku, fikri haklar ve medeni hukuk olarak açıkça yazılıdır. O hâlde kanun yapmak değil, kanunu uygulayabilmek önemlidir. Ancak bir başka vahim olan nokta, kanuna aykırılığın bölge adliye mahkemeleri tarafından sürdürülmesidir.

Bilirkişilik Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler aşağıda toplu olarak gösterildikten sonra değerlendirme yapılacaktır:

MADDE 50- 6100 sayılı Kanun'un 268 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"*MADDE 268- (1) Bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alan kişiler arasından seçilir. Ancak kendi bölge listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden de görevlendirme yapılabilir.*

(2) Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurullarının listelerinden; burada da bulunmaması hâlinde, Bilirkişilik Kanununun 10 uncu maddesinin (ç), (d) ve (e) bentleri hariç birinci fıkrasında yer alan şartları da taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir.

(3) Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Ancak kamu

görevlilerine, bağlı bulundukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez."

MADDE 51- 6100 sayılı Kanun'un 269 uncu maddesinin ikinci fıkrasına "uygulanır" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve durum bilirkişilik bölge kuruluna bildirilir" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 52- 6100 sayılı Kanun'un 271 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "bilirkişilere," ibaresinden sonra gelmek üzere "bilirkişilik bölge kurulu veya bulunduğu yer" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 53- 6100 sayılı Kanun'un 274 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"*Ayrıca hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, bilirkişiye ücret ve masraf adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına karar verilebilir ve gerekçesi gösterilerek gerekli yaptırımların uygulanması bilirkişilik bölge kurulundan talep edilir.*"

MADDE 54- 6100 sayılı Kanun'un 279 uncu maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"(*4) Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz*."

Ülkemizde bilirkişilik kurumu uzun yıllardır çeşitli yönlerden sorunları barındıran ve bir türlü çözülememiş bir kurumdur. Bu sorunun gerçekten çözümü isteniyorsa, öncelikle bu kurumun sebep olduğu sorunların ve nedenlerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu Kanun'dan da açıkça görüldüğü gibi, sorunun nedenleri tam olarak tespit edilmeden ve en önemlisi giderilmeden sadece bir kanun yaparak bu soruna çözüm aranmaya çalışılmıştır. Asıl sorunlar çözülmeden yürürlüğe konulmuş olan Kanun hükümleri, sorunları çözmeye yönelik başarısız kalmaya mahkûm birer nakıs teşebbüs örneğidir.

Bilirkişi sorunu öncelikle uygulamadaki **iş yükünden** kaynaklanmaktadır. Bu iş yükü azaltılmadığı sürece bilirkişilikle ilgili düzenlemeler uygulamaya olumlu bir katkı sağlamayacaktır. İş yükü çok olan hâkimler dosyayı adeta karar vermek üzere bilirkişiye vermekte ve

bilirkişilerin cevaplaması gereken sorular da kendilerine sorulmayarak dosya hakkında karar vermeleri beklenmektedir. Bilirkişi de dosya hakkında hâkimin söylemesi gereken kararı vermekte ve raporunun altına lütfen "*Takdir yüce mahkemeye ait olmak üzere arz olunur*" diyerek karar taslağı oluşturulmaktadır.

Bilirkişi kurumu hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda mevcut hükümler uygulanmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre "*Mahkeme tarafların görüşünü almak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, aşağıda belirtilen hususlara yer vermek zorundadır.*" denilmiş (m.273) ise de, bu hüküm uygulamaya hiç yansımamış, Yargıtay da verdiği kararlarında bu hükmün uygulanması konusunda yol gösterici, zorlayıcı olmamıştır. Dosya bilirkişiye hiçbir soru hazırlanmadan verilmekte ve bilirkişilerin dosya hakkında karar vermesi beklenmektedir.[42] Bu konuda daha da vahim olan husus, bilirkişiye başvurulduğunda artık bir bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi zorunlu hâle gelmekte ve hâkim hükme esas olabilecek denetime elverişli bir rapor alıncaya kadar bilirkişi raporu almaya devam etmektedir. Çünkü Yargıtay hâkimin bilirkişi raporunun aksine karar veremeyeceği ve yine çelişkili bilirkişi raporlarından çelişkinin giderilmesi için mutlaka yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği görüşündedir.[43]

Hukukî konularda bilirkişilik yapılamayacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda üç kez tekrarlanmıştır [HMK m.266, 1 (iki kez), 279, 4 (üçüncü kez)]. Buna rağmen uygulamada hiç tereddüt edilmeden tüm davalarda bu yasaklayıcı hükme rağmen hukukî konularda bilirkişilik yapılabilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra hukukî konularda bilirkişilik yapılamayacağına ilişkin hükümler nedeniyle ilk derece mahkemeleri çekinerek hukukçuları "*sözleşme uzmanı*" "*fikri haklar uzmanı*" gibi adlandırdıktan son-

---

42 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 444; O. Atalay, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1936; S. Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, C. 1, Ankara 2016, s. 926-927 ("Usûl"); Karslı, s. 565.

43 3. HD., 27.01.2015, 9060/1467 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca bkz. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 422; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 433-434; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 449; Tanrıver, Usûl, s. 936 vd.; Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 1943-1944; Öztek S., Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2015, s. 1609 vd.; Görgün, s. 523; Karslı, s. 571; Postacıoğlu/Altay, s. 735-737; B: Toraman, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Ankara 2017, s. 653 vd. Karş. Umar, Şerh, s. 798.

ra, hukukî konularda bilirkişilik yapılmasının Yargıtay tarafından çok fazla bozma sebebi yapılmaması sebebiyle, eski hâliyle uygulanmaya devam etmiştir.[44] Bugün uygulamada en basit hukuk bilgisi ile çözülebilecek konularda bilirkişiye başvurulmaktadır. Açıkça kanuna aykırı davranılmakta ve bunun herhangi bir yaptırımı olmamaktadır.

Hukukî konularda bilirkişiye başvurulmasının en önemli nedeni dava sayısının çok olması ise de uygulamada dava sayısına bakılmadan kolaylıkla hukukî konularda bilirkişiye başvurulmaktadır. Bunun bir sebebi de hâkimlerin uzman olmayışıdır. Tıpta sadece dahiliye alanında onlarca anabilim dalı oluşmuş iken, hukukta gerek avukatlar ve gerekse hâkimler hiçbir uzmanlığa sahip olmadan mesleklerini sürdürmektedirler. Yıllarca savcılık yapmış olan bir kişi, icra mahkemesine hâkim olabilmekte veya ağır ceza mahkemesi başkanı, asliye ticaret mahkemesine hâkim olarak atanabilmektedir. Mahkemenin adı uzmanlık gerektiren bir mahkeme olmasına karşılık, bu mahkemede görev yapan hâkim uzman olmadığı için, bilmediği bir alanda ister istemez bilirkişiye başvurmaktadır. İcra mahkemesi hâkimi en basit sıra cetveli ile ilgili uyuşmazlık hakkında mutlaka bilirkişiye başvurmaktadır. İcra mahkemesi hâkiminin başvurduğu bilirkişi icra memuru dahi olabilmektedir. Keza asliye hukuk hâkimi sözleşmenin haklı sebeple feshi için açılan davada feshin haklı olup olmadığını bilirkişiye çözdürmektedir. Bilirkişiye başvurmak uygulamada bir uyuşmazlık çözüm biçimi hâline gelmiştir. Taraflar arasındaki dilekçe değişiminden sonra; beşer dakikalık birkaç duruşmadan sonra dosya bilirkişiye havale edilmekte ve gerçekte hiçbir tahkikat yapılmadan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmektedir. Bugün asliye ticaret mahkemelerinin bilirkişiye başvuru oranı yüzde seksenin üzerindedir. Bu oran hiçbir Avrupa ülkesinde görülmemektedir. Şimdi bu ve bunun gibi sorunlar çözülmeden sırf bir bilirkişilik kanunu ile tüm sorunlar nasıl çözülecektir? Bizim yeni bir kanuna değil, mevcut kanunları uygulayabilmeye ihtiyacımız bulunmaktadır.

---

44 Tanrıver de, Yargıtay'ın hukukî konularda bilirkişiye başvurulması hususundaki esnek tutumunun hâkimleri bu hususta özendirdiğini ve teşvik ettiğini ifade etmiştir. Tanrıver, bu sorunun çözümü için hukukî konularda bilirkişiye başvurulmasının mutlak bir bozma sebebi olarak düzenlenmesini önermektedir. (S. Tanrıver,, Medenî Yargıda Bilirkişilik, Ankara 2016, s. 44 ("Bilirkişilik"); Tanrıver, Usûl, s. 891-892). Ayrıca bkz. B. Toraman, Yeni Bilirkişilik Kanunu, *MİHDER* 2017/I, C. 13, S. 36, s. 58 ("Bilirkişilik Kanunu"). Karş. Görgün, s. 512.

Kanunda yer alan *"Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz"* hükmü (Bilirkişilik Kanunu m.3/3) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinin bir tekrarıdır. Bu yöndeki hüküm yıllardır usul kanunlarımızda yer almasına rağmen, giderek artan şekilde hukukî konularda bilirkişiye başvurulmaktadır. O hâlde kanun yaparak, ya da yeni bir hüküm ekleyerek hukukî konularda bilirkişiye başvurulması önlenememektedir ve önlenemeyecektir. Bu düzenleme, uygulaması olmayan metruk bir hükmün tekrarıdır. Asıl sorun çözülmeden bu konuda bir sonuç alınmayacaktır. Bunu yıllardır bildiğimiz hâlde yeniden yeni bir kanun ile engellemeye çalışıyoruz.

Temel ilkeler başlığını taşıyan 3. maddede yer alan hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan hükümlerin tekrarı niteliğindedir. Her şeyden önce kanun yapma tekniği bakımından, mevzuatta mevcut olan hükümlerin başka kanunlarda da tekrarlanması hatalı ve lüzumsuzdur. Bu özensizliği diğer kanunlarda da görmek mümkündür. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetkili mahkeme hakkında yer alan genel kural (HMK m.6), özel hüküm yoksa her davanın davalının yerleşim yerinde açılabilmesini öngörür. Bu yönde hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda mevcut iken, Medeni Kanunda bu genel kural farklı maddelerde 16 kez gereksiz biçimde tekrarlanmıştır. Üstelik İsviçre'de federal yapı nedeniyle Medeni Kanunda yer alan bu hükümler, daha sonra Federal Usul Kanunu'na alınmış ve Medeni Kanundan çıkarılmıştır. Biz ise yeni Medeni Kanunumuzda genel yetkiyle ilgili tekrarı muhafaza ettik.

Bilirkişilik Kanunu'nda yer verilen ilkeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda zaten yer almaktadır. Şimdi bir kez daha bu ilkeleri başka bir kanunda tekrarlarsak nasıl bir fayda sağlayabiliriz?

Bu maddenin 7. fıkrasında *"aynı konuda bir kez rapor alınması esastır"* denilmektedir. Aynı konuda rapor veren bilirkişi doğru ve isabetli bir rapor verememişse, elbette aynı konuda ikinci bir rapor alınacaktır. Bu hâkimin takdirindedir.[45] Bu konuda nasıl esas olarak bir hüküm getirilebilir? Keza Yargıtay bilirkişi raporları arasında çelişki varsa mut-

[45] S. Tanrıver,, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, *TBBD* 2015/119, s. 236 ("Bilirkişilik Kanunu Tasarısı").

laka yeni bir bilirkişi raporu alınması görüşündedir.[46] Hâl böyle iken bu hükmü kanuna koymanın hiçbir anlamı bulunmamaktadır.

Bilirkişilik Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan "*Bilirkişilik Danışma Kurulu*", karmaşık bir yapı olmak yanında, Adalet Bakanlığı'nın hâkim olduğu bir kurul biçiminde düzenlenmiştir. Kurulun yapısı, bilirkişiliğin temel ilkesi olarak belirtilen tarafsızlık ve objektiflik ile bağdaşmamaktadır.[47] Yakın zamandaki vahim sonuçlar yaratan yargılamalardan sonuç çıkararak, bu kurulun gerçekten bağımsız bir kurul olması sağlanmalıdır. Yargının en önemli unsuru olan avukatları temsilen Barolar Birliğinden sadece bir kişi kurula seçilirken, yürütme organı olan Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak Müsteşar yanında; Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürü; Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürü; Adalet Bakanlığı tarafından Adli Tıp Kurumunda görev yapanlar arasından seçilen bir kişi; Bilim ve Teknoloji Bakanlığı'ndan bir kişi; İç İşleri Bakanlığı tarafından bir kişiden oluşan kurulun başkanlığını Adalet Bakanlığı Müsteşarı yapmaktadır. Bu kurulun bilirkişi listesini oluşturduğu, bilirkişilerin listeden çıkarabileceği ve hâkimlerin bu liste dışından bilirkişi seçememesi düşünülürse, bilirkişiliğin tarafsız ve objektif olarak yerine getirilmesi bakımından vahim sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu uygulamanın adil yargılanma hakkı ve adalete erişim bakımından da İnsan Hakları Sözleşmesine ve Anayasaya aykırılık teşkil edeceği kanısındayım. Bu konuda bilirkişilik bölge kurulları oluşturulabilir. Ancak bu kurul adalet komisyonu başkanlığında bölge adliye mahkemeleri bünyesinde oluşturulabilir ve yılda bir kez bu kurullar genel bir toplantı yapıp sorunları tartışabilir. Adalet Bakanlığı bünyesinde daire başkanlığının oluşması gereksiz ve sakıncalıdır.

Bilirkişilik, Bilirkişilik Kanunu ile artık bir meslek hâline getirilmiştir.[48] Sicile kayıtlı olanlar bu mesleği yürütebilecek, buna karşılık uzman olmasına karşılık listede yer almayan kişilere bu imkân kapatılacaktır. Bu hâkimler bakımından da bir sınırlama getirmektedir. Neden bir hâkim uzman olduğuna emin olduğu bir kişiyi bilirkişi olarak atayamasın? Mutlaka Adalet Bakanlığı Müsteşarının başkanı olduğu

46 3. HD., 27.01.2015, 9060/1467 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

47 Ayrıca bkz. Tanrıver, Bilirkişilik Kanunu Tasarısı, s. 228-229; Toraman, Bilirkişilik Kanunu, s. 58.

48 Bilirkişiliğin bir meslek olarak düzenlenmesine yönelik eleştiriler için bkz. Tanrıver, Bilirkişilik Kanunu Tasarısı, s. 228.

kurulun belirlediği bilirkişiler arasından mı bilirkişi seçmelidir? Bu Anayasadaki hâkim bağımsızlığı ile hâkimlere kimsenin emir ve talimat verememesi ile bağdaşır mı? Kaldı ki uygulamada görülen sorunlar bilirkişilerin bir sicilden seçilip, seçilmemesinden mi kaynaklanmaktadır?

Bilirkişi hem hukuk hem de ceza davalarında son derece önemli bir delildir. Bu delilin sadece belirli kişiler arasından seçimi taraflar için de önemli bir sınırlama sayılmaktadır.

Bilirkişiler için tespit edilecek ücret Daire Başkanlığı tarafından belirlenecektir. Bu ücret bilirkişilerin görev almasını azaltacak kadar düşük olursa, hiç kimse kendi isteğiyle bu listede yer almayacaktır. Genellikle işi gücü olmayan ya da emekliler sicile kayıtlı olmak isteyeceklerdir. Listede yer alanlar bilirkişilik konusunda tekel hakkına sahip olduğundan çok ciddi bir konuma gelmiş olacaklardır. Bu bilirkişilerle ilgili ciddi sıkıntılara yol açacak niteliktedir.

Madde 6 yer alan "*Bilirkişilik Daire Başkanlığı*" da gereksiz bir yapıdır. Böyle bir daireye başkanın yanı sıra yeteri kadar tetkik hâkimi görevlendirilecektir. Böyle bir görev Adalet Bakanlığının görevi olmadığı gibi, Adalet Bakanlığına da bırakılmamalıdır. Adalet Bakanının emir verdiği daire başkanlığı, neden bilirkişilerin uzmanlık alanlarını belirleyen, eğitim kurumlarına izin veren, bilirkişiliğe kabul koşullarını tespit eden bir kurum olsun?

Bilirkişiliğe kabul şartları başlığını taşıyan 10. madde ilginçtir. Bilirkişiliğe kabul şartları arasında "*Bilirkişilik temel eğitimini tamamlamak*" gibi garip bir düzenleme bulunmaktadır. Bu konuda bir istisna da getirilmediğine göre uzun yıllardır mesleğinde başarılı olan bir uzman, eğitim almamışsa bilirkişilik yapamayacaktır. Örneğin Orta Doğu Üniversitesi Kimya Fakültesi profesörü eğitim almadığından ve yine sicile kayıtlı olmadığından bilirkişilik yapamayacaktır. Buna karşılık sicile kayıtlı olanlar belli saati geçmemek şartıyla bilirkişilik yaparak para kazanacak ve bu bir meslek hâline gelecektir. Hâkim bilirkişiye uzmanlığı ile ilgili cevaplaması gereken soruyu sorar, bilirkişi de uzmanlığı sayesinde bu sorunun cevabını verir. Bunun ayrıca nasıl bir eğitimi olabilir? Bilirkişi zaten alanında uzmandır. Eksik olan hangi hususta eğitime tabi olacaktır? Hâkim kanunu doğru uygular ve bilirkişilerin cevaplaması gereken soruları açık ve net şekilde sorarsa bilir-

kişi de uzmanlığı ile ilgili bu sorulara ilişkin bir rapor hazırlayabilir. Bunun için bilirkişinin ayrıca eğitime tabi tutulması gerekmez.

Bilirkişiler uygulamada yazılı rapor vermekte hiçbir şekilde duruşmaya davet edilerek tarafların sorularını cevaplamaları istenilmemektedir. Bu ise bilirkişi raporunun gerçekten yargılamada tartışılamamasına neden olmaktadır. Gerek hâkim gerekse tarafların bilirkişi raporundan tatmin olabilmeleri için bilirkişinin mutlaka duruşmaya davet edilerek rapor hakkındaki sorularını sorabilmelidirler. Ancak duruşmalar 5-10 dakikalık aralarla yapıldığından, bilirkişiye doğrudan soru sorabilmek imkânı bulunmamaktadır.

49. maddede önerilen değişiklik de ilginçtir. 6100 sayılı Kanun'un 266. maddesinin birinci fıkrasına hukukî konularda bilirkişilik yapılamaz denildikten sonra, hukuk öğrenimi dışında bir uzmanlığa sahip olmadıkça hukukçular bilirkişi olarak görevlendirilemez denilmesi ve aynı hususun, aynı maddenin, aynı fıkrasında iki kez tekrarlanması hukuk öğrencilerine dahi anlatımda zorluk yaratacak ölçüde gereksiz bir tekrardır. Ancak anlaşılması daha zor olan husus bu kadar açık kanun hükmüne rağmen uygulamada bölge adliye mahkemelerinin bilirkişi listesinde hâlâ hukukçulara yer verilmesidir.

6100 sayılı Kanun'un 279. maddesinin dördüncü fıkrasının değiştirilmesine ilişkin 54. madde bu maddenin 4. fıkrasının değiştirilmesini haklı kılacak hiçbir yenilik getirmemektedir. Yukarıda da belirttiğim gibi hâkim bilirkişinin uzman olarak cevaplaması gereken hususları belirtirse zaten bilirkişi gereksiz açıklamalar yapmayacaktır. Bu işin özü bilirkişiye incelemesi, değerlendirmesi ve cevaplaması gereken soruların açık ve net biçimde sorulmasıdır Ancak dosya okunmadan bilirkişiye verildiğinden, bu soruların sorulması mümkün olmamaktadır. Açık söylemek gerekirse bu rahatlığı da iş yüküyle açıklamak kabul edilebilir olmamalıdır.

10. maddenin 4 fıkrasında hukukçuların bilirkişi siciline kaydedilemeyeceği belirtilmiştir. Hâkimler gerçekten alanlarında uzman olur ve iş yükleri de makul hâle getirilirse bu kendiliğinden çözülecektir.[49] Bu konuda mutlaka belirtmem gereken bir husus da Hukuk Muhakemeleri Kanunu taslağının gerekçesinde bu kanunun başarı ile uygula-

[49] Ayrıca bkz. Tanrıver, Bilirkişilik, s. 45; Toraman, Bilirkişilik Kanunu, s. 81.

nabilmesi için mutlaka hâkim yardımcılığı sistemine geçmenin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Maalesef bu husus gerekçeden çıkarıldıktan sonra ele alınmamıştır.

Bilirkişilik sicili, bilirkişilik kurumuna hiçbir katkı sağlamayacaktır. Tekrar belirtmem gerekirse, uygulamadaki sorunumuz bilirkişilerin sicilde yer alıp almamasıyla ilgili değildir. Asıl sorunların ne olduğu ise bilindiği hâlde sadece kanun yapmak cazip gelmektedir.

10. Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun

6758 sayılı Kanun 10.11.2016 tarihinde Resmi gazetede yayımlanmıştır.

Bu Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda yapılan değişiklik şöyledir:

MADDE 18- 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun *344 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "başvuru harcı" ibaresi "başvuru için gerekli harçlar" şeklinde değiştirilmiştir.*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344. maddesinde yapılan değişiklikten önce mevcut olan "İstinaf kanun yoluna başvuru harcı ve" ibaresi TBMM Adalet Komisyonunda verilen önerge ile kabul edilerek değiştirilmiş idi. Harçlar Kanunu'na göre istinaf başvurusunda başvuru harcı yanında (Harçlar Kanunu 1 sayılı Tarife A I 3) maktu harç da alınmaktadır (Harçlar Kanunun 1 sayılı Tarife A IV e). Maddede yapılan değişiklik ile her iki harcın alınması konusundaki tereddüt ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

11. Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Dair Kanun

6763 sayılı Kanun 24.11.2016 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili gibi görünüyorsa da, torba Kanun olması sebebiyle daha sonraki bazı kanunlar ifadesi akla gelebilecek tüm kanunları içermektedir. Nitekim Kanunun 41. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'yla ilgili bir değişiklik yer almaktadır.

MADDE 41- 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341 inci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan "*binbeşyüz" ibareleri "üç bin" şeklinde değiştirilmiş ve ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.*

"Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir."

Bu değişiklik ile istinaf sınırı binbeşyüz liradan üçbin liraya çıkarılmıştır. Yani istinaf sınırı % 100 arttırılmıştır. Böylelikle 3000 liraya kadar olan hükümlerin verildiği anda kesinleşmesi sağlanmıştır. Ülkemizde asgari ücretin 3000 liranın yarısı kadar olduğu düşünülürse, istinaf sınırının bu kadar yükseltilmesi isabetli ve adaletli olmamıştır.

Eklenen fıkra ile manevi tazminat davalarında verilen hükümler bakımından miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir. 3000 liralık sınır bakımından sadece manevi tazminat taleplerinin istisna tutulması tartışılabilir bir değişikliktir.

Temyiz sınırı da 42. madde ile yirmibeş bin liradan kırkbin liraya yükseltilmiştir.

"*MADDE 42*- 6100 sayılı Kanunun 362 *nci* maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrasında yer alan *"yirmibeşbin" ibareleri "kırk bin" şeklinde değiştirilmiştir."*

Temyiz sınırı bakımından yapılan artış da oldukça yüksek olup, bu değişiklikler hiçbir bilimsel çalışmanın ürünü değildir. Sadece daha az dosyanın istinaf veya temyize gidebilmesi amaçlanmıştır.

Herhangi bir tartışma yapılmadan yürürlüğe giren bir başka değişiklik 43. madde ile yapılmıştır. Bu maddeye göre;

"*MADDE 43*- 6100 sayılı Kanunun 373 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır." ibaresi "kararına direnilen dairece yapılır. Direnme kararı öncelikle incelenir. Daire, direnme kararını yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderir." şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun yolunun en önemli unsuru incelemenin bir başka mahkeme tarafından yapılabilmesidir.[50] Daha önce tüm direnme kararları

50 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2158.

Hukuk Genel Kuruluna gönderilirken, bundan vazgeçilerek direnme kararının daha önce bozma kararı vermiş olan aynı daireye gönderilmesi anlamsızdır. Zira kendisine gelen dosyayı tekrar inceleyecek olan dairenin, yakın bir zamanda vermiş olduğu kararında ısrar etmeyerek yeni bir karar vermesi muhtemel değildir. Böyle olunca dosyanın; önce temyiz incelemesi yapmış olan daireye, onun kabul etmemesi üzerine Hukuk Genel Kuruluna gönderilecek olması, sadece zaman kaybına neden olabilecektir.

Eski Kanun yoluna tabi olan dosyalar bakımından da aşağıdaki değişiklik ile benzer bir düzenleme yapılmıştır:

MADDE 45- 6100 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"*GEÇİCİ MADDE 4- (1) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlarla ilgili Yargıtay hukuk daireleri tarafından verilen bozma kararları üzerine mahkemelerce verilen direnme kararları, kararına direnilen daireye gönderilir.*

(2) Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda bulunan dosyalar, kararına direnilen daireye gönderilir.

(3) Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda bulunan ve 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun geçici 2 *nci* maddesi uyarınca ilgili daire tarafından incelenen dosyalar, kararına direnilen daireye yeniden gönderilmez.

(4) Daire, mümkün olan en kısa sürede direnme kararını inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderir."

Aşağıdaki düzenleme ile parasal sınırların her yıl arttırılmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Böylelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile terkedilen parasal sınırların her yıl artmasıyla ilgili yanlışa geri dönülmüştür.

MADDE 44- 6100 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

"*Parasal sınırların artırılması*

EK MADDE 1- (1) 200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için *4.1.1961* tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanır. *Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz.*

(2) 200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır."

Bu değişiklik, bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'daki iş yükünün azaltılması yerine, hak kayıplarına sebep olmak dışında hiçbir yararı olmayan bir değişikliktir. Parasal sınırların her yıl ilân edilen yeniden değerleme oranına göre arttırılmasına Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile son verilmişti.

6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 44. maddesi ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na ek madde(EK 1) eklenerek hem miktarları arttırılan istinaf ve temyiz parasal sınırları (HMK m.341, 362) hem de senetle ispat sınırı (HMK m.200) arttırılmıştır. Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesine göre her yıl tespit ve ilan edilecek yeniden değerleme oranına göre parasal sınırlar arttırılacaktır. 2016 yılı için yeniden değerleme oranı % 3.83 olarak tespit ve ilan edildiğinden, senetle ispat ve senede karşı tanıkla ispat yasağına ilişkin parasal sınır 2500 x %3.83= 95.75+2500 = 2595 lira olarak belirlenmiştir. Ancak 6763 sayılı Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen Ek Madde 1 uyarınca her takvim yılı başından itibaren yeniden değerleme oranı uygulanarak belirlenen bu parasal sınırın on Türk lirasını aşmayan kısımlarının dikkate alınmaması öngörülmüştür. Buna göre, maddedeki parasal sınır, 2017 yılı için 2590 TL olarak belirlenmiştir. Bu parasal sınırlar her yıl belirlenecek yeniden değerleme oranına göre arttırıldığından, 2018 yılında tekrar artacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte 25.000 lira olarak belirenmiş olan temyiz sınırı 6763 sayılı Kanun ile 40.000 liraya yükseltilmiş, ardından 6763 sayılı Kanun'la yeniden değerleme oranına göre 40.000

% 3.83 = 1532 + 40.000 = 41532 lira olarak belirlenmiştir. 2017 yılında 41.530 lira olan temyiz sınırı 2018 yılında yeniden artacaktır. Böylelikle dava açan kişi dava sonunda verilen hükme karşı istinaf ya da temyize başvurup başvuramayacağından emin olmayacaktır. Parasal sınırlardaki her yıl yapılacak olan artışa ilişkin düzenleme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, kanun yoluna ilişkin hükümleri bakımından uygulanmaya devam etmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki temyiz hükümleri bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce verilen hükümler bakımından yürürlükte kalmaya devam ettiğinden bu hükümlerdeki parasal sınırların arttırılmasına ilişkin düzenlemenin uygulanmasına devam edilecektir. Geçici m. 3'te parasal sınır artışının hukukî temeli olan 5236 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile eklenen Ek madde 4'e değinilmemesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 450'nin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tamamını yürürlükten kaldırması karşısında, ilk bakışta Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki temyiz ve temyizde duruşma ve karar düzeltme sınırının artık arttırılmayacağı, 2011 yılı için yapılan son güncellemenin bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar dikkate alınacağı düşünülebilir. Ancak geçici m. 3'ün lafzı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Ek madde 4'ü de içine alacak genişliktedir. Gerçekten *"1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümleri"* ifadesi ile yalnız 427 ilâ 454. maddeler değil, temyiz kanun yoluna ilişkin tüm hükümler kastedilmektedir. Yalnız anılan hükümlerde değil, Usul Kanunu'nun tamamında muhtelif temyiz hükümleri mevcuttur. Örneğin, hâkimin reddi prosedüründe kanun yolları Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 43 ve 44'te özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca geçici m. 3'ün sevkedilmesinin asıl sebebi, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar önceki kanun yolu sisteminin aynen muhafaza edilmesidir. Temyiz ve karar düzeltme yargılamasını, önceki Kanun'a, bu yargılamaya başvuru koşulu niteliğindeki parasal sınırları yeni Kanun'a tâbi kılacak bir ayrımın kanun koyucunun iradesinden açıkça anlaşılabilmesi gerekir. Böyle açık bir iradenin yokluğunda, geçici m. 3 ile tüm önceki kanun yolu hükümlerini yürürlükte bırakmak amaçlanmış olmalıdır.

Bu konuda benzer bir uygulama daha önce 5236 sayılı Kanun döneminde karar düzeltme yoluna başvurulması aşamasında da yaşanmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanun'a eklenen

Ek 4. maddesine göre görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispat ve sulh mahkemesindeki taksim davasında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin parasal sınırlar her yılbaşından geçerli olmak üzere yeniden belirleme oranına göre arttırılırken, Ek 4. maddede karar düzeltmeye ilişkin hiçbir hüküm yer almamıştır. Bunun nedeni de bu Ek 4. Madde düzenlenirken istinaf mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte karar düzeltme yolunun kalkacağı düşüncesidir. Ancak istinaf mahkemeleri göreve başlayamadığından ve eski kanun yolu hükümlerinin uygulanmasına devam edildiğinden, karar düzeltme aşamasında da parasal sınırlar Yargıtay tarafından arttırılmıştır. 26.09.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı Kanun bugüne kadar tereddütsüz olarak açıkça atıf yapmadığı hâlde karar düzeltme aşamasında da uygulanmıştır. Nitekim 2017 yılı için karar düzeltme sınırı 13900 liradır. O hâlde yedi yıldır Ek 4. Madde ile atıf yapılmadığı hâlde karar düzeltme için parasal sınırlar uygulanabilmektedir. Kanaatimce bunun önemli bir nedeni yapılan atıfların lafzen değil, kanun koyucunun amacına uygun şekilde yorumlanıp anlaşılmasıdır. Böyle olunca kanun koyucunun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümlerindeki parasal sınırların her yıl artmasını düşünmediği bu nedenle Ek 4. Maddeyi muhafaza etmediği söylenemez. Bunun nedeni, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulünden sonra bölge adliye mahkemelerinin göreve başlayamayacağı yönünde oluşan kanaatten sonra, geçici maddeler Adalet Bakanlığı bürokratları tarafından acele ile hazırlanmış olmasıdır.

12. Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

7035 sayılı Kanun 20.07.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler şöyledir:

"MADDE 27- 6100 *sayılı Kanunun 302 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

(5) Kanun yollarından geçmek suretiyle kesinleşen kararların kesinleşme kaydı ile kesinleşme kaydı yapılan kararların yerine getirilmesi için gerekli bildirimler de ilk derece mahkemesince yapılır."

Bir yönetmelik hükmü ile yapılabilecek değişiklik Kanun'a fıkra eklenerek yapılmıştır.

"*MADDE 28-* 6100 *sayılı Kanunun 352 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"MADDE 352- (1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda aşağıdaki durumlardan birinin tespiti hâlinde öncelikle gerekli karar verilir:

a) İncelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli olması

b) Kararın kesin olması

c) Başvurunun süresi içinde yapılmaması

ç) Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi

d) Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi

(2) Ön inceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır ve ön inceleme sonunda karar heyetçe verilir.

(3) Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır."

Bu aslında her hâkimin bilmesi gereken bir sıralamanın gereksiz yere kanuna eklenmesinin bir sonucudur.

"*MADDE 29-* 6100 sayılı Kanunun 353 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan "veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması" ibaresi ile bendin (5) numaralı alt bendinde yer alan ", merci tayinine" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

"*MADDE 30-* 6100 sayılı Kanunun 359 uncu maddesinin başlığına "ve tebliği" ibaresi ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir."

"(3) Temyizi kabil olmayan kararlar, ilk derece mahkemesi tarafından; temyizi kabil olan kararlar ise bölge adliye mahkemesi tarafından tebliğe çıkarılır."

Maalesef bu yöndeki düzenlemenin Yönetmelikte yapılması uygun olabilirse de bu husus kanuna eklenmiştir.

"*MADDE 31*- 6100 sayılı Kanunun 361 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir ay" ibaresi "iki hafta" şeklinde değiştirilmiştir".

Hukukumuzda sırf süreler kısaltılarak yargılamanın hızlandırılacağının zannedilmesiyle ilgili pek çok başarısız tecrübe edinilmiştir. Örneğin 4389 sayılı Bankacılık Kanunu hazırlanırken, bu Kanun'dan doğan uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözülebilmesi için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki seri yargılama usulünün uygulanması kabul edilmiştir. Ancak kısa bir süre sonra adı seri olan bu yargılama usulünün hiçbir şekilde seri yargılama sağlamadığı görülmüştür. Özellikle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından açılan davalarda onlarca klasörden oluşan dosya ekleri nedeniyle aslında yedi gün olan cevap süresi birkaç aya kadar uzatılmıştır. Keza cevaba cevap veya ikinci cevap süresi de beş gün olarak öngörülmüş olsa da, bu süreler de uzatılarak sadece dilekçeler değişimi ancak bir yıllık süre içinde tamamlanabilmiştir.

7035 sayılı Kanun ile yapılan değişik sonucu istinaf mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı gidilebilecek olan temyiz kanun yoluna ait bir aylık sürenin iki haftaya indirilmesi sağlanmıştır. Bu hüküm de sürelerin kolaylıkla değiştirilebilmesinin son örneğidir. Bu değişiklik ile Yargıtay'da senelerce bekleyen dosyalara çözüm bulunamazken, temyiz süresi iki hafta kısaltılarak yargılamanın hızlanması amaçlanmış olabilir. Bölge adliye mahkemelerinin kararından sonra hak arama konusunda son olarak başvurulacak olan temyiz kanun yolu ile hazırlanacak dilekçenin daha uygun bir zamanda hazırlanmasının sağlanması yargılamanın gecikmesi olarak değerlendirilemez. Bu konuda temyiz incelemesinin tarafların dilekçelerindeki taleplerle bağlı olmaksızın Yargıtay'ca kendiliğinden yapılabileceği de bir karşı gerekçe olamaz. Bozma ya da onama yönündeki sebeplerin temyiz dilekçesinde açıkça gösterilmesi ve yine karşı tarafın da aynı süre içinde cevap vermesinin bir aylık süre içinde uygun olacağı kabul edilmiştir. Uygulaması henüz bir yıl olmayan bu hükmün gerçekten yargılamayı geciktirmesi gibi bir sonucu doğmadan değiştirilmesi isabetli olmamıştır.

Bir aylık temyiz süresi Hükümetin teklif ettiği taslakta on beş gün iken, Adalet Komisyonu tarafından sürelerin hafta ve ay olarak düzel-

tilmesi sırasında uzatılmıştır. Gerekçe olarak da;

"Tasarının 365 inci maddesinde, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğinden itibaren temyiz için başvurulması için gereken onbeş günlük süre, Komisyonumuzca temyiz dilekçesi yazmanın zorluğu dikkate alınarak, kısa bir süre olarak değerlendirildiğinden bir aya çıkarılmış ve madde teselsül nedeniyle 367 inci madde olarak kabul edilmiştir." denilmiştir.

Geçici 1. madde ile temyiz süresinin iki haftaya indirilmesine ilişkin hükmün zaman itibariyle uygulanması Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararlar için kabul edilmiştir.

"*GEÇİCİ MADDE 1*- (1) Bu Kanunla, 5271 sayılı Kanunun 291 inci maddesi ile 6100 sayılı Kanunun 361 inci maddesinde temyiz sürelerine ilişkin olarak yapılan değişiklikler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte ve sonrasında verilen kararlar hakkında uygulanır."

"*MADDE 32*- 6100 sayılı Kanunun 362 *nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin başına "Kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davaları hariç olmak üzere" ibaresi eklenmiştir.*

Bu hükümle sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen kararların temyiz edilemeyeceğine genel kurala bir istisna getirilmiş ve kira ilişkisinden doğan ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz edilebilen alacak davalarının temyiz edilebilir olduğu kabul edilmiştir.

"*MADDE 33*- 6100 sayılı *Kanunun 363 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"(1) İlk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur."

Bu değişiklik ile ilk derece mahkemesi kararına karşı gidilen istinaf incelemesi sonunda istinaf mahkemesi tarafından verilen kararın

temyiz incelemesinden geçmemesi üzerine kanun yararına temyize gidilebilmesi önlenmiştir.

13. 694 sayılı KHK ile Yapılan Değişiklik (RG 25.08.2017, S. 30165)

694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "(ç), (d) ve (e)" ibaresi "(d), (e) ve (f)" şeklinde değiştirilmiştir. Bunun sebebi Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesine 05.06.2017 tarihli ve 691 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir bent eklenmesidir. Bu sırada teselsül ettirilmeyen bu bentler 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmıştır.

14. Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

6545 sayılı Kanun 18.06.2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Aslında bu Kanun'la Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda doğrudan bir değişiklik yapılmamış görünmektedir. Ancak bu Kanun'la daha önce toplu mahkeme iken tek hâkimli mahkeme hâline getirilen asliye ticaret mahkemelerinin yeniden toplu mahkeme hâline getirilmesi sağlanmış ve fakat bazı davalara tek hâkimli olarak bakabilmesi de kabul edilmiştir. Asliye ticaret mahkemelerinin hangi dava ve işlere toplu mahkeme olarak bakacağı düzenlenirken; hem Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tahkimde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması kabul edilmiştir.

MADDE 45 – 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin *Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve mülga üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.*

"Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir."

"Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın;

……..

4. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve *21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine* yönelik davalara,

ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bu fıkrada belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Başkan ve üye hâkimler arasında dağılıma ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir."

Böylelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkimde görevli mahkeme olarak öngörülen bölge adliye mahkemesinin görevli olması sona ermiş (HMK m.410) ve asliye ticaret mahkemesi görevli hâle getirilmiştir.[51]Henüz bölge adliye mahkemesinin göreve başlamasından önce yapılan bu değişikliğin makul bir amacı yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğünden henüz üç yıl geçmiş ve bölge adliye mahkemeleri henüz göreve başlamamışken yapılan değişiklik tahkime ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistemine aykırıdır. Zira tahkimde hakemlerin verdikleri kararlara karşı açılabilecek iptal davası, artık bölge adliye mahkemesi yerine asliye ticaret mahkemesinde açılacağından, iptal davası sonunda verilen karar karşı önce isti-

51 Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 949; H. Pekcanıtez/A.Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2626 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 776, dn. 17. Yılmaz, tahkimde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğunu ifade etmiş, ancak istinaf mahkemelerinin henüz faaliyete geçmediği dönem bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmenin uygun olacağını belirtmiştir (Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3624, s. 3685). Ayrıca bkz., Görgün, s. 706; İ. Özbay, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, *DEÜHFD* 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 807-808.

naf ardından temyiz yoluna başvurulabilecektir.[52] Böylelikle tahkime mahkemelerin müdahalesi daha da artacak ve hakem kararları bir mahkeme kararından farklı kanun yolu denetimine tabi olmayacaktır. Bu ise tahkime yapılacak başvuruları caydıracak, engelleyecek bir düzenlemedir. Aynı düzenleme Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da yapılarak bu Kanun'un tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanmasının tercih edilmemesi sonucunu doğurmuştur. Zira hakem kararından sonra önce asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılacak, ardından istinaf mahkemesine ve daha sonra da temyize başvurulacaktır. Bütün bu kanun yolları tüketildikten sonra kararın kesinleşmesi üzerine icra edilebilirliği için mahkemeye müracaat edilecek ve oradan alınacak kararla birlikte ancak ilâmlı icra takibine başvurulabilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin taraflarca uyuşmazlığın çözümünde kabul edilmesi engellenmek istenilse idi ancak bu kadar ileri giden bir düzenleme yapılabilirdi. Bir taraftan tahkimin gelişmesi uyuşmazlıkların bu yolla çözümü istenirken, diğer taraftan bu tür düzenlemeler yapılması anlaşılabilir değildir. Bir süre önce toplu mahkeme iken tek hâkimli mahkeme hâline getirilen asliye ticaret mahkemelerinin, kısa bir süre sonra yeniden toplu mahkeme hâline getirilmesi yap-boz uygulamasının bir örneğidir. Üstelik ülkemizde hâkim açığından söz edilirken ve en önemlisi artık bölge adliye mahkemelerinde zaten üç hâkim tarafından toplu mahkeme olarak inceleme yapılması mümkün iken, ilk derece mahkemesinin dahi toplu mahkeme olması kanaatimce isabetli değildir Ayrıca asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak birçok il ya da ilçede kurulamamış olması da adaletin eşit olarak uygulanması konusunda ciddi bir eksiklik oluşturmaktadır.

Tahkim hükümlerinin özel bir usul olması bu konuda tahkim yargılaması aşamasında başvurulacak görevli mahkemenin de uzman olmasını gerektirmektedir. Bu amaçla bazı ülkelerde olduğu gibi istinaf mahkemesinin tahkimde görevli mahkeme olması kabul edilmiştir. Ancak bu yöndeki düzenlemenin bir diğer nedeni de; bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı sadece temyiz kanun yoluna başvuru-

52 Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl, s. 2626 vd. Karş. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 951.

labilmesidir. Zira iptal davası ile mahkemelerin vermiş oldukları kararlardan farklı olarak hakem kararları ancak Kanun'da sayılan sınırlı hâllerde iptal edilebilmektedir.[53] Bu sınırlı inceleme sonunda verilen karardan sonra kanun yolu olarak temyize başvurulması yeterli bir kanun yolu denetimini sağlamaktadır.

Bu değişiklik bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla, asliye ticaret mahkemelerinden verilen kararlara karşı önce istinaf ve ardından temyize başvurulması yönünde tartışmalara neden olmaktadır. Hâlbuki bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yapması hâlinde, bu mahkemenin vereceği karara karşı sadece temyize başvurulabilecekti. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 439. maddesinin 6. fıkrasına göre, "İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasının durdurmaz" denilmiştir. Bu durumda Milletlerarası Tahkim Kanunu'yla ilgili tartışma olan, yani asliye ticaret mahkemelerinin tahkimle ilgili kararlarına karşı istinafa başvurulmadan doğrudan temyize gidilip gidilemeyeceği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen tahkim bakımından da geçerli olacaktır.[54]

Kanaatimce asliye ticaret mahkemelerinden verilen tahkimle ilgili kararlara karşı önce bölge adliye mahkemesine başvurulması ve ardından temyize gidilmesi, verilen kararların kesinleşme süresini uzatacak ve aynı zamanda gereksiz masraf yapılmasını da neden olacaktır. Bu uzun süreç tahkimin amacına da aykırı olacaktır. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünü kararlaştırılan taraflar, hakemlerin kararından sonra önce asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açacak, daha sonra bölge adliye mahkemesinde istinaf yoluna başvuracak ve ardından temyize gidecektir. Bu tahammül edilemeyecek kadar uzun

---

53 Yılmaz, Şerh, C. 3, s. 3686, Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl, s. 2734; Görgün, s. 707.

54 M. Aygün, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu, *MİHDER* 2007, C. 3, S. 8, s.677; T. Akkaya, Medeni Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s.109-110; Karş. S. Taşpınar Ayvaz, İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Ankara 2008 ("İstinaftan Sonraki Temyiz"), s.157.

bir zaman alacaktır. İptal davası ile tahkimin sonunda verilen kararların devlet mahkemeleri tarafından sınırlı bir denetime tabi tutulması amaçlanırken, bu denetim sonunda verilen kararlara karşı hem istinaf, hem de temyize başvurulması gereksizdir. Aksi takdirde tahkim yoluna başvurulurken, tahkimin olumlu yönleri ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca istinaf yoluna başvurulduğunda, iptal davası sonunda verilen hüküm bölge adliye mahkemesinde kaldırılarak yeniden bir yargılama yapılırsa, daha fazla bir zaman kaybına ve masrafa neden olacaktır.[55] Bu nedenlerle iptal davasının açılacağı asliye ticaret mahkemelerinden verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulmalıdır.[56]

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi bu görüşü kabul ederek tahkimde asliye ticaret mahkemesi tarafından iptal davası hakkında verilen karara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir.

"Eldeki uyuşmazlıkta çözüme kavuşturulması gereken iki husus vardır. Bunlar hakem kararlarının iptali davalarında görevli mahkemenin neresi olduğu, buradan hareketle verilen kararın istinaf mı yoksa temyize mi tabi olduğudur. HMK 410. maddesi açıktır. "Tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir". HMK'nın yürürlüğünden sonra henüz bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmediği dönemde *HMK'nın bu hükmü tahkim davalarında görevli mahkemeyi belirlemek sorunlar yaratmış-*

55 Taşpınar Ayvaz, bu maddenin hatalı olarak kaleme alındığını ve maddede sayılmayan tahkime ilişkin hususlarda görevli mahkemenin tespitinde tereddütler olabileceğini ifade etmiş ancak kanun koyucunun iç ve milletlerarası tahkimle ilgili hususları ticarî iş/dava saymak istediğini belirterek tahkimle ilgili olarak mahkemeye başvurulması gereken tüm hususlarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak için MTK m.3 ve HMK m. 410 hükümlerinin yürürlüğüne son verilmesi gerektiğini belirtmiştir (S. Taşpınar Ayvaz, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, *DEÜHFD* 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 478 vd.). Özbay/Korucu, bu hükümle beraber HMK m. 410'da "görevli mahkeme bölge adliye mahkemesidir" şeklindeki düzenlemenin zımni olarak mülga olduğunu ifade etmiştir (İ. Özbay /Y. Korucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Ankara 2016,s. 15).

56 Pekcanıtez/Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl, s. 2625 vd.; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2281.Ayrıca bkz. Kuru, İstinaf Sistemine Göre Usul, s. 951. Milletlerarası Tahkim Kanununda verilen kararlar bakımından aynı yönde: Akkaya, s.110.

tır. 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı kanunla 5235 sayılı kanunun m.5. III/4'e eklenen hükümle HMK ve MTK'ya göre yapılan tahkim yargılamasında iptal davalarına ticaret mahkemelerinde *heyetli olarak görülüp sonuçlandırılacağı belirtilmiştir. Bu kanun hükmünün istinaf mahkemelerinin faaliyette olmadığı dönemde asliye ticaret mahkemelerinin iç işleyişini düzenleyen ve HMK'nın 410. maddesinin uygulanmasını ortadan kaldırmayan bir düzenleme olduğunu iddia edenler olduğu gibi, kanunun yazılış tekniği ve uygulanmasına ilişkin ayrık bir hüküm bulunmaması nedeniyle hakem yargılamalarında asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu belirleyen bir kanun hükmü olduğu, artık hakem kararlarının iptali davalarında bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak görev yapmasının mümkün bulunmadığını belirten görüşler çoğunluktadır (Prof. Dr. Baki Kuru, İstinaf Mahkemesine göre yazılmış Medeni Usul Hukuku, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Medeni Usul Hukuku Cilt II, Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz tahkimde görevli mahkeme Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez Armağanı). 6545 sayılı kanunla 5235 sayılı kanuna eklenen hüküm incelendiğinde bazı tereddütler uyandırmakla birlikte bu kanun hükmünün istinaf mahkemelerinin faaliyette olmadığı dönemde uygulanacağına dair geçici bir hüküm bulunmadığı göz önüne alındığında tahkim yargılamasında görevli mahkemenin heyetli asliye ticaret mahkemeleri olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemenin hakem kararlarının iptali davalarında bölge adliye mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin kararında isabet bulunmamaktadır. Bu durumda da ikinci mesele olan ilk derece mahkemesinin eldeki kararı 20.07.2016 tarihinden sonra verilmiş olması nedeniyle istinaf edilmeden Yargıtay denetimine tabi tutulup tutulmayacağı çözüme kavuşturulmalıdır. HMK'da istinaf edilmeden temyize tabi olan bir karar türü yoktur. Atlamalı temyiz olarak da adlandırılan bu yol kabul edilmiş değildir. Hakem kararlarının iptali davalarında Asliye Ticaret Mahkemelerin görevli olduğunun kabul edilmesi nedeniyle HMK 439/6 fıkrasının halen uygulanabilir olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü HMK'nın sistemi tahkim yargılamasının ilk derece mahkemesi olarak Bölge Adliye Mahkemelerinin görevli olması üzerine kurgulanmıştır. HMK'da atlamalı temyizin kabul edilmemiş olması, yeni düzenlemeye göre tahkim yargılamasında Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli kabul edilmesi nedeniyle HMK'nın 439/6 maddesinin de uygulanmasının mümkün bulunmaması kabulünden yola çıkıldığında hakem kararlarının iptaline ilişkin kararlar önce istinaf edilmeli, istinaf kararlarına karşı da temyiz yoluna başvurulmalıdır. Ancak HMK 410. maddesi gerekçesi incelendiğinde tahkim yargılamasında*

B.A.M'nin ilk derece mahkemesi olarak tercih edilmesinde "sürat ve uzmanlaşma" nın ön planda tutulduğu görülmektedir. Tahkime ilişkin kararların önce istinaf sonra temyize tabi tutulması, kararların kesinleşme süresini uzatacaktır. Bu; kanun koyucunun amacına aykırı olduğu gibi tarafların tahkime başvurmasını da engelleyecektir. HMK 444. maddesi "bu kısımda (tahkim) düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça bu kanunun diğer hükümleri uygulanmaz" denmektedir. Bu maddenin gerekçesi; "Tahkim sözleşmesel bir kurum olmakla birlikte büyük ölçüde yargılama usulünü düzenler. Ancak tahkimin amacı ve niteliği gereği, bu usul mahkemelerin tabi olduğu yargılama usulünden farklıdır ve farklı olmalıdır" şeklindedir. Bu gerçekten de açıkça anlaşıldığı gibi tahkim yargılaması farklı olmalıdır, basit hızlı ve az masraflı olması halinde taraflar tahkime müracaat eder. HMK'nın genel sistemi içinde tahkim kararlarının iptaline ilişkin kararlar önce istinaf sonra temyize gidecek olursa sürecin uzayacak ve kanun koyucunun amacının tersine bir sonuç çıkacaktır. Bu durumda, hakem kararlarının iptaline ilişkin görev 6545 sayılı kanunla 5235 sayılı kanunda yapılan değişiklik Asliye Ticaret Mahkemesine bırakılmış ise de bu kararlara karşı istinaf yoluna gitmeden doğrudan temyize gidilebilmelidir. Prof. Dr. Baki Kuru ve Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez bu görüşü kabul etmişlerdir. Dairemizce Asliye Ticaret Mahkemesince verilen hakem kararlarının iptaline ilişkin kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği, davacı tarafın istinaf başvurusu dilekçesi de temyiz dilekçesi olarak kabul edilip kararın temyiz incelemesi yapılmıştır." [57]

Bununla birlikte Yargıtay'ın diğer dairelerinden ne yönde karar verileceği bilinmemektedir. Aynı görüş paylaşılmazsa, farklı dairelerden farklı kanun yollarına başvuru söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Mevcut kanunlarda tartışma yapılmadan acele ile ve torba kanun içinde kabul edilerek yapılan değişiklikler, bu değişiklikler ile getirilmek istenilen faydadan çok daha zarar vermektedir. Yapılan değişiklikler kanunlara güvensizlik yaratmak yanında, uygulama tarafından takip edilemeyecek hale gelmektedir.

Değişiklikler fayda sağlamayınca yeni değişiklik yapmak gereği ortaya çıkmaktadır.

---

[57] 23. HD, 11.05.2017, 1040/1433 (Yayımlanmamıştır).

Hukukun boşluklarının hâkimler tarafından zaman içinde doldurulmasına izin verilmelidir.

Yargıtay kararlarıyla içtihat oluşumuna izin verilmeli süre tanınmalıdır.

Yönetmelikle düzenlenmesine dahi gerek olmayan değişikliklerden vazgeçilmelidir.

Mevcut iş yükü ve alışkanlıklar değiştirilmediği sürece davaların hızlanması amacıyla yapılan değişikliklerin bir fayda sağlamadığı görülmeli ve vazgeçilmelidir.

MTK VE HMK'YA GÖRE TAHKİM DOSYASI VE HAKEM KARARININ SAKLANMASI

REPOSITING ARBITRATION FILE AND ARBITRAL AWARD IN ACCORDANCE WITH THE INTERNATIONAL ARBITRATION LAW AND THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Ali YEŞİLIRMAK*

Özet: Hakem kararının ve tahkim dosyasının saklanması hususu tahkime ilişkin temel kanunlarımızda yer alan bir hususdur. Ancak konu doktrinde ve yargı kararlarında ayrıntılı incelenmemiştir. Özellikle hangi hakem kararlarının saklanması gerektiği ve saklama başvurusunun nereye, nasıl yapılacağı ve başvuruda dikkat edilmesi gereken hususlara cevap vermek amaçlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Tahkim Dosyasının Saklanması, Hakem Kararının Saklanması, Saklamak İçin Mahkemeye Sunma Zorunluluğu, Hakem Kararı ve Tahkim Dosyasının Saklanması İçin Başvurulacak Merci, Hakem Kararı Ve Tahkim Dosyasının Saklamasına İlişkin Dilekçe

Abstract: Reposition of arbitral award and of arbitration file are issues dealth with in the laws mainly dealing with arbitration. However, the reposition issue is not elaborated in scholarly opinions and court decisions. It is aimed at examining arbitration decisions that should be reposited, the place to which the request for resposition should be made, the means of making the request, and the contents of the request.

Keywords: Reposition of Arbitration File; Resposition of Arbitral Award, Requirement for Submission of Arbitral Award and Arbitration File, the Competent Authority for Reposition of Arbitration File and Arbitral Award, Contents of the Petition for Application for Reposition

1. Giriş

Tahkime gidilen uyuşmazlıkların tamamı hakkında hakem veya hakem kurulu (kısaca "hakem") tarafından karar verildikten sonra tahkim dosyası ve nihai hakem kararı kural olarak hakemin kendisi veya tahkim kurumsal ise tahkim kurumu tarafından saklanır. Aslında uluslararası tahkimde hakem kararı verildikten sonra hem hakem

* Doç. Dr.

hem de tahkim kurumu tarafından tahkim dosyası yok edilir ve sadece hakem kararı saklanır. Tahkim dosyasının yok edilmesi tahkimde gizliliğin korunması amacına hizmet eder.

Tahkim yeri Türkiye olan tahkimde tahkim ister 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (MTK) göre yapılsın isterse 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre yapılsın tahkimin kurumsal ya da arızî yani ad hoc olup olmadığına bakılmaksızın tahkim dosyasının ve hakem kararının saklanması mahkemeden de istenebilir. Tahkim dosyası ve hakem kararının saklanması MTK'ya göre ihtiyari iken yani taraf talebine bağlanmış iken HMK'ya göre zorunludur.

Makalenin amacı tahkim dosyası ile birlikte hangi hakem kararlarının saklanması gerektiği ve saklama başvurusunun nereye nasıl yapılacağı ve başvuruda dikkate edilmesi gereken hususları açıklamaktır.

2. Tahkim Dosyası ve Hakem Kararlarının Saklanmasına ilişkin Yasal Düzenlemeler

Yukarıda belirtildiği gibi tahkim dosyası ve hakem kararının saklanması MTK'ya veya HMK'ya göre istenebilir. MTK'nın 15A/4. maddesine göre:

"Taraflar, giderini ödemek koşuluyla hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini isteyebilir. Bu durumda karar ve dava dosyası, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından asliye hukuk mahkemesine sunulur ve mahkemece kalemde saklanır."

HMK'nın 436/3. maddesine göre:

"Hakem kararı, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilir; ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır."

Her iki kanunun uygulanabilmesi için tahkim yerinin Türkiye olması yeterlidir. Tahkimin kurumsal veya ad hoc olması arasında saklama hükümlerinin uygulanması için bir fark yoktur. Zira kanunların uygulama alanları ve saklama hükümlerinin amacı ve lafzı dikkate alındığında bu sonuca ulaşılır (MTK m. 1-2; HMK. m. 407). Zira hakem kararının saklanmasına ilişkin kanun hükümleri yedek hukuk

kuralı niteliğinde değildir. MTK açısından talep olması durumunda, HMK açısından ise zorunlu olarak tahkim dosyası ve hakem kararının saklanması gereklidir. Ayrıca amaç mahkemeler tarafından kararın saklanmasını sağlamaktır. Bu şekilde hakem kararının icrası gerektiğinde, tahkimin yapıldığı ve nihai hakem kararının verildiğinin kolaylıkla tespiti sağlanmış olacaktır. Bu durum da hukuki güvenliğin sağlanmasına yardımcı olacaktır.

3. Hangi Hakem Kararlarının Saklanması İstenebilir?

Hakem, yargılama süresince çeşitli kararlar verebilir. Bu kararlar genel olarak çözülmesi istenilen uyuşmazlıkların bir kısmına veya tamamına ilişkin olabileceği gibi yargılamanın devamını sağlayan usulî kararlar da olabilir. Usulî kararlar örneğin yargılamanın nasıl yapılacağına, duruşmanın hangi tarihte yapılacağına, duruşmada tanıkların ve bilirkişilerin nasıl dinleneceğine ya da tahkim masraf ve ücretleri gibi yargılamanın usulî yönlerine ilişkin olabilir. Nihai hakem kararları ise uyuşmazlık konusunun bir kısmına veya tamamını nihai olarak çözümleyen kararlardır. Nihai hakem kararı, tahkimde görülen esasa ilişkin uyuşmazlıkların bir kısmını çözüyor ise kısmi nihai hakem kararıdır (partial award veya interim award). Nihai hakem kararı uyuşmazlık konusuna ilişkin maddi sorunların tamamını çözüyor ise nihai hakem kararı veya hakem kararı (final award) olarak nitelendirilir.

Mahkeme tarafından saklanacak hakem kararları, nihai hakem kararlarıdır. Usulî kararlar mahkeme tarafından saklanmak zorunda değildir. Kısmi nihai hakem kararının saklanması hangi aşamada istenebilir sorusu ile karşılaşılabilir. Bu konuda bir ayrıma gitmek gerekir. Kısmi nihai hakem kararından sonra nihai hakem kararı verilecek ise kısmi nihai hakem kararının saklanması nihai hakem kararının saklanması ile birlikte istenmelidir. Ancak kısmi nihai hakem kararı yargılamayı sonlandırıyor ise bu durumda sadece bu kararın saklanması karar verildikten hemen sonra istenmelidir. Kısmi nihai hakem kararı örneğin yetkisizliğe ilişkin ise veya kısmi nihai hakem kararının verilmesini takiben herhangi bir sebeple yargılamaya devam edilmeyecek ise kısmi nihai hakem kararının saklanması mahkemeden istenebilir.

4. Tahkim Dosyasının Saklanması Gerekli Midir?

Hem MTK hem de HMK'da hakem kararı ile birlikte tahkim dosyasının da saklanmak üzere mahkemeye verilmesi hususu yer almaktadır. Hakem kararının saklanmasındaki amaç karara resmiyet kazandırmak iken tahkim dosyasında aynı amacın varlığından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca, tahkim dosyasının saklanmak üzere mahkemeye sunulması tahkim davasının görülmesi ile ilgili gizliğin ihlaline sebebiyet verebilecek bir hususdur. Bu kuralın getirilmesindeki amaç gerçekte bir tahkim yargılamasının olduğunun ortaya konulması ile hakem kararının icrası için gerektiğinde dosyadaki diğer bilgi ve belgelere bakılabilecek olmasıdır.

Tahkim dosyasının saklanmasının bir başka sakıncası ise, bu şekilde temyiz incelemesinde dosyanın da incelenmesi ve içerik denetimi yasağının bu şekilde delinmesi olabilir. Zira iptal kararına ilişkin inceleme yapmak için Yargıtay hakem kararı yanında temyiz dosyasını da incelemeye almaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi uluslararası tahkimde sadece hakem kararı saklanır; dosyaya ait diğer belgeler ya ilgilisine iade edilir ya da yok edilir. Yani tahkim dosyası ise saklanmaz. Bu yaklaşımın sebebi tahkim yargılamasına ilişkin gizliliği korumaktır. Zira tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararının icrası istenebilir. Hakem kararının düzeltilmesi veya tavzihi de ancak belirli sürelerde hakemden istenebilir. Bu süreler geçtikten sonra tahkim dosyasına bir ihtiyaç yoktur; artık hakem kararının icrası verilen karara göre ve onunla sınırlı olmak üzere yapılabilir. Belki ad hoc tahkim açısından fiilen bir tahkimin yapıldığının ortaya konması açısından tahkim dosyası önem arz edebilir. Ancak bu durumda da hakemlerin kim olduğu hakem kararında belli olduğu için gerekir ise kendileri çağrılıp kararın icrasına ilişkin yargılamada tahkim yapılıp yapılmadığı konusunda kendileri dinlenebilir.

5. Tahkim Dosyası ve Hakem Kararının Saklanması için Mahkemeye Sunulması Zorunlu Mudur?

Hakem kararının verilip taraflara tebliğinden sonra mahkemeye saklanması için verilmesi hususu hakem için MTK açısından taraf talebine bağlı iken HMK açısından talebe bağlı olmayan bir zorunluluktur. Gerçekten de MTK'nın 15A/4. maddesine göre hakem kararının saklanması hususu fıkranın ilk cümlesinde açıkça taraf talebine bağ-

lanmıştır. Buna karşılık HMK'nın 436/3. maddesine göre herhangi bir taraf talebi olmaksızın hakemin verilen kararı saklanması için mahkemeye sunması zorunlu tutulmuştur. Bu zorunluluğun tarafları hakem veya hakem kurulunun tamamıdır. Yani zorunluluk sadece kurul halinde karar verilmiş ise kurul başkanına ait değildir. Bu husus yukarıda belirtilen hükümlerde "hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından" denilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Bu aynı zamanda hakem kurulu başkanı dışında herhangi bir üye tarafından da saklama talebinde bulunulabileceğini ortaya koymaktadır.

Hakemin tahkim dosyası ve hakem kararını mahkemeye verme zorunluluğuna uymamasının bir müeyyidesi var mıdır? Bu zorunluluk hakem için bir yükümlülüğü ifade eder. Kanun, hakeme bu yükümlülüğü yüklemiş ancak yükümlülüğe uyulmamasının müeyyidesini belirtmemiştir. Elbette hakemden bu yükümlülüğe uyması beklenir. Nitekim uygulamada hakemler bu yükümlülüğe genel olarak uymaktadır. Ancak yükümlülüğün yerine getirmekten kaçınılması bir zarara sebebiyet verir ise elbette hakemin borçlar hukukunun genel hükümlerine göre zarardan sorumluluğu yoluna gidilebilir. Sorumluluk yoluna gidilmeden önce hakeme bir ihtar çekip yükümlülük hatırlatılması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin zarara sebebiyet vereceğinin bildirilmesi yerinde olacaktır. Zira hakem tarafında kötüniyet olmadıkça böyle bir ihtarın, yükümlülüğün yerine getirilmesine sebebiyet vermesi beklenir.

Kararın saklanması için yapılacak başvuruya ilişkin bir süre MTK ve HMK hükümlerinde yer almamaktadır. Bu durumda hakem kararının verildikten sonra makul bir zamanda ve herhalde hakem kararının zamanaşımı süresi içinde saklanması için başvuru yapılması gerektiği düşünülebilir. Hakem kararları için zaman aşımı süresi 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156/2. maddesinde yer almaktadır:

"Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır."

6. Tahkim Dosyasının ve Hakem Kararının Saklanması için Başvuru Yapılacak Merci, Yapılan Başvurunun Niteliği ve Saklama Dilekçesinin İçeriği

Tahkim dosyasının ve hakem kararının saklanması talebinde bulunacak hakem, mahkemeye başvurmalıdır. MTK'da mahkeme açıkça

asliye hukuk mahkemesi olarak belirtilmektedir. HMK'da ise kararın mahkemeye gönderileceği belirtilmiştir. Her iki hüküm açısından da başvuru asliye ticaret mahkemesine yapılmalıdır. Zira 6545 sayılı Kanun'la Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen düzenleme ile asliye ticaret mahkemeleri tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak belirlenmiştir (m. 45/4). Saklama başvurusuna ilişkin yetkili mahkeme ise HMK açısından tahkim yeri mahkemesidir (HMK, m. 410). MTK açışından yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesidir (MTK m. 3/1).

Mahkemeye yapılacak başvuru çekişmesiz yargı işidir. Zira saklama başvurusunda taraf olmaz; başvuru hasımsız yapılır. Tahkim davasının tarafları saklama başvurusunun ancak ilgilileri olabilir. Mahkeme talebi değişik iş kaydına alır. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin (Yönetmelik) 171. maddesine göre hukuk mahkemelerinde hakem kararları saklama kaydı tutulur. Bu kayıt, Yönetmeliğin 196/1. maddesine göre, HMK'nın 436/3. maddesine uyarınca mahkemece saklanacak hakem kararlarına ilişkin bilgilerin tutulduğu kayıttır. Yönetmeliğin 196/2. maddesine göre kayıt, sıra numarası, kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları, tarafların varsa kanuni temsilcileri ile vekillerin ad ve soyadları, T.C. kimlik numarası, davanın konusu, nihai karar ve tarihi ile düşünceler sütunlarından oluşur.

Saklamaya ilişkin talep üzerine mahkeme maktu başvuru harcı alır. Başvuru ile birlikte mahkeme tebligata ilişkin de bir kısım gider avansı da almaktadır.

Başvuru üzerine dilekçe talebin ilgililerine yani tahkim davasının taraflarına tebliğ edilmelidir. İlgililer başvuruya itiraz edebilir. Ancak itiraz konusu saklama talebinin kendisidir. İlgililer, örneğin, böyle bir tahkimin yapılmadığını ileri sürebilir. Bu aşamada kural olarak nihai hakem kararının iptali istenemez. Zira hakem kararı verilip taraflara tebliğ edildikten sonra iptal istemi için kanunda belirtilen süre işlemeye başlar. Bu süre geçtikten sonra ilgililerin saklama talebi üzerine iptal isteminde bulunmaları iptal süresinin geçmiş olması durumunda

kabul edilemez. Zira iptal için başvuru süresi hak düşürücü bir süredir. Saklama talebi düşmüş olan hakkın yeniden doğmasına sebebiyet vermez. Ancak, hakem kararı ilgililere tebliğ edilmemiş, saklama talebi ile bu tebligat yapılmış ise elbette hakem kararının iptali süresi mahkemenin yapacağı tebliğ üzerine başlamaktadır.

Saklama talebinde bulunması yararlı olacak hususlar:

- Tahkim sözleşmesi veya şartının içeriği ve bu şartın yer aldığı sözleşmenin başlık, tarih ve tarafları,
- kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları,
- İlgililerin (yani tahkim davasının taraflarının) ad ve soyadları/unvanları, adresleri,
- hakemin T.C. kimlik numarası,
- tahkim davasının konusu,
- nihai hakem kararının tarihi ve kararın tebliğ tarihi.

Dilekçeye hakem kararının aslı ve tahkim dosyasının bir kopyası da eklenmelidir.

7. Saklanan Tahkim Dosyası ve Hakem Kararına İlişkin Bazı Hususlar

Uygulamada hakem kararlarının saklanmasına ilişkin dosya, ilgilileri dışında 3. kişilere avukat dahi olsa incelenmek üzere gösterilmemektedir. Bu doğru bir yaklaşımdır. Zira tahkimin nisbiliği ve tahkimde gizlilik ilkesi gereği dosya içeriği bilgiler sadece tahkimin taraflarını ve saklama talebinin ilgililerini ilgilendirir. Aksi halde tahkimin gizliliğinin bir anlamı kalmaz.

Yine uygulamada mahkeme dosyadan hakem kararının örneği alınmak istendiğinde aslı gibidir şerhi düşmemektedir. Bunun sebebi, hakem kararı veya tahkim dosyasındaki herhangi bir belgenin mahkeme sürecinde sunulmuş bir belge veya oluşturulmuş bir karar olmamasıdır. Ancak özellikle hakem kararının kopyası istendiğinde mahkeme dosyada saklanan kararının bir sureti olduğunu gösterir kayıtla kopya vermelidir. Zira örneğin hakem kararının kaybolması durumunda kararın onaylı bir nüshasını, hakemlere ulaşma imkânı da mevcut değilse, alma imkânı olamayacaktır. Mahkeme saklanmak üzere tevdi edilmesi

sebebiyle tahkim dosyasını ve hakem kararını bir üst yazı ile kapatmaktadır. Hakem kararının bir kopyasının kurumsal tahkimde ilgili kurumdan ad hoc tahkimde ise hakemden istenmesi mümkündür.

8. Sonuç

Tahkim dosyasının ve hakem kararının saklanması mahkemeden istenebilir. Bu talebin amacı, özellikle hakem kararına resmiyet kazandırmak ve kararın saklanmasını sağlamaktır. Tahkim dosyasının saklanması için belirtilen bu amaçların varlığı söz konusu değildir. Uluslararası tahkim uygulamaları ve bu uygulamaların temelindeki gizlilik ilkesi göz önünde tutularak yapılacak kanun değişikliğinde tahkim dosyasının saklanması kanun metinlerinden çıkarılmalıdır. Özellikle ad hoc tahkimde bu amaç önemlidir. Zira kurumsal tahkimde hakem kararı genelde kurum tarafından saklanmaktadır. Saklama talebinde bulunacak olan hakem kurulu başkan veya üyelerinden herhangi biridir. MTK tahkiminde saklama için taraf talebi üzerine başvuru yapılması gerekirken HMK tahkiminde herhangi bir taraf talebi olmasa bile saklama başvurusu yapılmalıdır. Saklama talebi yukarıda belirtilen hususlar dikkat edilerek yapılmalıdır; talep üzerine mahkeme Yönetmelik'te belirtilen hususları içermelidir. Saklanan tahkim dosyası ve hakem kararı ilgililer dışında üçüncü kişilere gösterilmemelidir. Hakem kararının onaylı bir nüshası, tahkim kurumundan, hakemden veya mahkemeden temin edilebilmelidir.

Kaynakça

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, Vedat, İstanbul 2016

Ekşi Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013

Kalpsüz Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2010

Karadaş İzzet, 6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017

Nomer Ergin/Ekşi Nuray/Öztekin Gelgel Günseli, Milletlerarası Tahkim, C. I, 5. Bası, İstanbul 2016

Özsunay Ergun, "Tahkim Yargılamasında Mahremiyet", İBD, C. 78, S. 2004/2, s. 541 vd.

Pekcanıtez Hakan/Yeşilırmak Ali, Tahkim, Pekcanıtez Usûl - Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017

Yeşilırmak Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011

Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013

ÜREME HAKKINA İLİŞKİN TIBBİ MÜDAHALELERDE RIZA

CONSENT IN MEDICAL INTERVENTIONS RELATED TO REPRODUCTIVE RIGHT

Remzi DEMİR*

Özet: Kişilerin çocuk sahibi olmak ve soyunu sürdürmek istemesi yani üreme hakkı, temel ve doğal haklardandır. Türk Medeni Kanunu'nda ve Biyotıp Sözleşmesi'nde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve bunların sonuçları hakkında doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları dar ve geniş anlamda ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında, çiftlerin çocuk özlemini dindirmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler amaçlanmaktadır. Geniş anlamda ÜYTE ile çiftlerin çocuk sahibi yapılmasının yanında kişilerden üreme hücreleri veya dokularının alınması ve saklanması da girmektedir. Hukukumuzda heterolog döllenme, yani evli çiftler dışında üçüncü bir kişiye ait sperm ya da yumurta kullanılması olanak dışıdır. Heterolog döllenme yasağı aynı zamanda Biyotıp Sözleşmesi'nde vurgulanan "ayrımcılık yasağı ilkesi" ve evrensel nitelikteki kanun önünde eşitlik ilkeleri ile çelişmektedir. Bu konuyla ilgili düzenlemenin mutlaka kapsamlı ve bağımsız bir kanun ile yapılması gerekir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında tıbbi müdahaleden yararlanabilecek evli çiftlerin ikisinin de rızası baş koşuldur. Bu kuralın ayrıksı durumu, tıbbi zorunluluk hallerinde tek bir kişinin üreme hücreleri veya gonad dokularının saklanması halleridir. Hukukumuzda gebeliğin isteyerek ya da tıbbi zorunluluklar nedeniyle sonlandırılması ile suç sonucu oluşan gebelik halinde gebeliğin sona erdirilmesi olmak üzere üç çeşit gebeliğin sonlandırılması hali mevcuttur. Her üç halde de gebe kadının rızası mutlaka gereklidir. Ancak veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izne gerek duyulmaz.

Anahtar Kelimeler: Üreme Hakkı, Üreme Hücreleri, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları, Tıbbi Müdahale, Rıza, Döllenme, Gebelik

Abstract: To have children and to continue one's bloodline, that is to say, reproductive rights are among basic and natural rights. In Turkish Civil Code and the Biomedicine Agreement, there are no direct regulations related to assisted-reproduction treatment methods and their results. Assisted-reproduction treatment methods are divided into two scopes - narrow and wide meanings. In narrow

* Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı

meaning of assisted-reproduction treatment methods, medical interventions which aim to satisfy the longing for children of couples are targeted. The wide meaning of assisted-reproduction treatment methods, besides having couples to have children, includes taking and keeping reproductive cells and tissues which are taken from these couples. In our laws, heterologous impregnation, that is to say, using sperms or ovaries which belong to a third person other than the married couple is impossible. Heterologous impregnation prohibition also contradicts with the 'prohibition of discrimination principle' which is emphasized in the Biomedicine Agreement and with the universal equal protection of law principle. The regulations related to this subject should definitely be made with a comprehensive and independent law.

In Assisted-Reproduction Treatment Applications, receiving the consent of two of the married couples which may benefit from medical intervention is the main condition. The pathological condition of this rule is the conditions of storing reproductive cells or gonad tissues of only one person in medically obligatory conditions. In our laws, there are three types of terminating pregnancies such as terminating by mother's will or due to medical complications or terminating pregnancy in case of pregnancy which occurred as a result of a crime. In all these three conditions, the consent of the pregnant woman is definitely required. However, in case of taking permissions from her guardian or from the court of peace requires some time or in case of emergency which threaten her life or one of her vital organs if it is not intervened immediately, no permission is required.

Keywords: Reproductive Right, Reproductive Cells, Assisted-Reproduction Treatment Applications, Medical Intervention, Consent, Impregnation, Pregnancy

I. ÜREME HAKKI

İnsan, diğer canlılardan ayrı olarak yalnızca biyolojik varlığı olan bir canlı olmayıp, aynı zamanda psikolojik varlığı olan bir canlı türüdür. Bu sebeple kişi maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkı kazandığında " insan doğası " kavramı ortaya çıkmaktadır. İnsan haklarıysa, kişilerin maddi ve manevi temel gereksinimlerini karşılayan araçlar olma özelliğini insanın ahlaki doğasından almaktadır.[1] Evrensel nitelikteki bu gerçekliğin ulusal ve Uluslararası hukuksal düzenlemelere konu oluşturduğu bilinen bir gerçekliktir.

[1] Mehmet Ali Zengin, Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012,s.107

Anayasamızın 17. maddesine göre, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Kişilerin çocuk sahibi olmak ve soyunu sürdürmek istemesi yani üreme hakkı, temel ve doğal haklardandır. Üreme sağlığı aynı zamanda, insanların tatmin edici ve güvenli bir cinsel yaşamlarının olması, üreme yeteneğine sahip olmaları, üreme yeteneklerini kullanmada karar verme özgürlüğüne sahip olmaları demektir. Üreme sistemi, işlevleri ve süreci ile ilgili sadece hastalık ve sakatlığın olmaması değil, tüm bunlara ilişkin bedensel, düşünsel ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin olmasıdır.

Üreme hakkı, bireylerin ve karşı cinsten kişilerin yapacakları çocukların sayısı ve doğum aralığına kendi özgür iradeleriyle ve sorumluluk alarak karar verebilmeleri, bunun için gerekli bilgiye ve sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri sırasında, herhangi bir baskı, şiddet ya da ayrımcılıkla karşılaşmamaları olarak ifade edilmektedir. [2]

Üreme hakkının birden çok boyutları bulunmaktadır. Üreme haklarının bazı boyutları, yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi bireyin bedensel varlığına ve fikir alanına ilişkin "bireysel hak ve özgürlükler" ile bağlantılıdır. Üreme haklarının bazı boyutları da eğitim, sağlık, örgütlenme hakkı gibi "sosyal haklar" ile bağlantılıdır. Üreme haklarının bazı boyutları, bireylerin, çocukların sayısı ve aralığına karar vermelerine devlet tarafından güvence sağlanması istemlerini barındırır.[3]

Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan[4] olan üreme hakkını kişinin, diğer kişilere ya da devlete karşı bir istem konusu olarak ileri sürmesi mümkün değildir. Aynı şekilde üreme hakkının temel niteliği, kişinin vücut bütünlüğünün kendi biyololojik maddeleri üzerindeki mutlak tasarruf yetkisi ile sınırlıdır. Kişinin üremeye yarayan organ ve etkinliklerine müdahale hukuka aykırıdır. Kişinin rızası ile bu faaliyetlerine müdahale edilebilir. Zira kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı kişili-

---

2 Emel Badur, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017, s.: 179

3 Recep Doğan, " Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları " *TBB Dergisi*, s. 127, Ankara, 2016, s. 78

4 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015, s.82

ği kapsamındadır. Bu nedenle kişinin üreme hakkı saygı gösterilmesi gereken değerlerinden biridir.[5]

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin yaşam hakkının korunmasına ilişkin 3, özel hayatın ve aile yaşamının korunmasına ilişkin 12, evlenme hakkı ve özgürlüğüne ilişkin 16, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğüne ilişkin 18, ifade özgürlüğüne ilişkin 19, tıbbi bakım ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ilişkin 25 ve eğitim hakkına ilişkin 26'ncı maddeleri, üreme hakkının hayata geçirilmesinde göz önünde bulundurulması ve uygulanması gereken temel hakları belirlemektedir.

Yargıtay en son verdiği kararlardan birinde, cinsel-üreme işlevlerinin olumsuz etkilendiği toplu sünnet töreninden dolayı davalı belediyenin tazminat sorumluluğunun bulunduğunu ve manevi tazminatın bu olay sonucu yaşanan elem ve kederle orantılı olması gerektiğinden bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bu karara[6] göre;

"Davacılar vekili, davacılardan .....'in 1996 yılında 5 yaşında iken davalı ..... Belediyesi'nin organize ettiği toplu sünnet töreni ile sünnet edildiğini, birlikte davacı olan anne babanın ilk zamanlarda çocuğun gelişiminin devam etmesi nedeniyle yapılan hatayı ve sonuçlarını anlayamadıklarını, yıllar sonra operasyonun yanlış yapıldığını anlayabildiklerini, yapılan muayenelerde sünnet operasyonu sırasında kesilmemesi gerekli bağın da kesildiğini, delik açıldığını, sünnetin bariz bir şekilde yanlış yapıldığını ve bu durumun ciddi olumsuz sonuçları olduğunun tespit edildiğini, çocuğun yanlış sünnet nedeniyle idrarını normal olarak yapamadığını, idrarını yanlışlıkla bağın kesilmesi neticesinde oluşan delik yoluyla yapabildiğini, bu problemin giderilmesi için birçok kez ameliyata maruz kaldığını ancak problemin tekrar nüksettiğini, Mahir'in ergenlik çağına girmesi ile birlikte cinsel-üreme fonksiyonlarını da olumsuz etkilediğinin anlaşıldığını, bu durumun çocuk sahibi olmasını ve cinsel yaşamını doğrudan ve olumsuz şekilde etkilediğini, sünnet operasyonunu gerçekleştiren davalı belediyenin gerekli sağlık koşullarını oluşturmaksızın, yeterli tetkikler yaptırmak-

5 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s.164

6 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22.03.2017 tarih ve 2015/39403 Esas, 2017/3511 Karar sayılı kararı

sızın ve organizasyon için yeterli sayıda ehil doktor temin etmeksizin böyle bir sünnet organizasyonu gerçekleştirmesi nedeniyle kusurlu olduğunu, operasyonu gerçekleştiren doktorun ise mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kusurlu olduğunu ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacı tarafın manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılara ayrı ayrı ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, davacı tarafın maddi tazminat talebinin vazgeçme nedeni ile reddine, karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, davalı belediyenin toplu sünnet organizasyonu sırasında yapılan sünnet işleminin hatalı yapıldığı iddiasına dayalı manevi tazminat isteğine ilişkin olup, mahkemece manevi tazminat yönünden istemin kısmen kabulüne, anne ve baba için ayrı ayrı 12.500,00TL'şer, çocuk için 50.000,00TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmişse de, 22.6.1966 tarihli 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, manevi tazminat tutarını etkileyen özel hal ve şartlar belirtilmiş olup, manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, amacı, mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması da değildir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, hâkim manevi tazminat miktarını belirlerken Türk Medeni Kanunu' nun 4. maddesi gereğince hak ve nesafet ilkeleriyle bağlı kalmalı, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesini, istek sahibinin toplumdaki yerini, kişiliğini, hassasiyet derecesini gözetmelidir. Takdir edilecek manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalı, ne var ki mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması amaç edinilmediğinden zenginleşme aracı da olmamalıdır. Dava konusu olayın gelişimi ve yukarıda belirtilen il-

keler gözetilerek, mahkemece hükmedilen tazminat miktarının eylem ve dava tarihi itibariyle, iktisadi ve ekonomik koşullar, paranın satın alma gücü ile somut olayın özellikleri de değerlendirildiğinde, hükmedilen miktarın fahiş olduğunun kabulü gerekir. O halde yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda takdir edilecek daha makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."

Üreme hakkının, özel hayatın gizliliği hakkı ile sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır. Yapay döllenme yönteminde, kocası üreme yeteneğine sahip olmayan veya genetik riskler taşıyan kadının döl yatağına anonim bir bağışçıdan alınan eşey hücresiyle oluşturulan bir zigot yerleştirilmektedir. Böyle bir yöntemin gizliliği, donörü, çocuğu ve kadını baskı ve utanma duygusundan koruyacaktır.[7] Donörün olası bir yasal sorumluluktan ve miras hukukundan kaynaklanan şahıs varlığı ya da malvarlığı yitimlerinden kurtulması da özel hayatın gizliliği ilkesi[8] ile üreme hakkının örtüşmesinin sonucudur.

II. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ UYGULAMALARI

Biyotıp Sözleşmesi[9]'nin " genetik teşhise yönelik testler " başlıklı 12. maddesinde," genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir" denilmek suretiyle, genetik testlerin sadece sağlık amaçlı olarak ya da sağlık amaçlı bilimsel araştırma ve uygun genetik danışmada bulunmak koşuluyla yapılması öngörülmüştür.

Biyotıp Sözleşmesi'nde cinsiyet seçimini yasaklayan 14. maddesine göre, cinsiyetle ilgili ciddî bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni döllenme

---

7 Mehmet Ali Zengin, a.g.e,s.: 267

8 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s.178

9 Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 5013 sayılı Kanun

tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır. Ayrıca Sözleşme'nin 18. maddesinde, hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Ancak aynı maddesinin ikinci fıkrasında, salt araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaklanmıştır.

Hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de Biyotıp Sözleşmesi'nde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve bunların sonuçları hakkında doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin en yakın düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun m. 23/3. maddesidir. Bu düzenlemeye göre;

"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."

Bu hükmün geniş yorumlanmasıyla, insan üreme hücreleri olan yumurta ve spermin alınması, aşılanması ve naklinin olanaklı olduğu sonucuna ulaşılabilir.[10]Biyolojik madde kavramı, canlı organizmaları oluşturan, organ, doku ve hücreler ile bu organizma tarafından üretilen salgı ve atıklara verilen genel adlandırmadır. Bu açıdan bakıldığında, beyin, lenf dokusu, yumurta, ter, idrar ve saç gibi materyaller biyolojik madde olarak tanımlanmaktadır.[11] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 4/ğ maddesinde üremeye yardımcı tedavi yönteminin tanımı verilmiştir. Bu hükme göre;

"Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE): Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar" olarak belirtilmiştir.

10 Emel Badur, a.g.e, s.184

11 Arif Barış Özbilen ., İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011, s. 8

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları üreme hakkını ve üreme sağlığını doğrudan etkileyen ilkelerdir. Temel hak niteliğindeki üreme hakkının kullanılmasında, hukuksal ve moral değerler kadar toplum sağlığını ve kamu düzenini ilgilendiren yönler de bulunduğundan, kişilerin yeğlemesine bırakılacak ya da kendi başlarına karar verebilecekleri bir alan olmayan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları hakkında yönetmelik yerine yasal bir düzenleme zorunluluktur. Almanya, İsviçre, İngiliz hukuklarında bu konu bağımsız ve kendi başına var olan kanunlarla, güncel bilimsel ve teknolojik değişimlere uygun olarak yasalaştırılmıştır.[12]

Türk Medeni Kanunu'nun soybağına ilişkin hükümlerinde ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik hükümlerinde üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve embriyo aktarımından doğabilecek sonuçlara yer verilmemiştir. Türk Medeni Kanunu m. 282/1 'de, " çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur" denilmek suretiyle, çocuk ile ana arasında soybağının kurulabilmesi için, çocuğun soybağıyla bağlanacağı kadın tarafından doğurulduğunun saptanması yeterlidir.

Çocuğun soybağını değiştirme eylemi kanun koyucu tarafından suç olarak benimsenmiş ve Türk Ceza Kanunu m. 231'de cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu hükme göre, bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi ile özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Yargıtay konuyla ilgili en son verdiği bir kararında, çocuğun soybağını değiştirme eyleminin sadece TCK m. 231'de yer alan suçu oluşturacağını, ayrıca sanığın resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı da cezalandırılmaması gerektiğini isabetle işaret etmiştir. Bu karara[13] göre:

"Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.09.2015 gün ve 2015/412 Esas, 2015/286 Karar sayılı ilamında açıklandığı üzere; sanığın, resmi nikahlı olmayan eşinden doğan çocuğunu, resmi nikahlı

12 Emel Badur, a.g.e., s.. 182

13 Yargıtay 21. Ceza Dairesi'nin 07.03.2017 tarih ve 2015/10164 Esas, 2017/1154 Karar sayılı kararı

eşi M.....'den doğmuş gibi 28.07.2011 tarihinde doğum bildirimi formu düzenlettirip, aynı anda nüfusa tescil ettirerek, nüfus cüzdanı çıkarmaktan ibaret eyleminin, sanığın doğrudan nüfus müdürlüğüne müracaat ederek yalan beyanda bulunmak suretiyle ve salt bu beyanına istinaden nüfusa kaydının yapılması, nüfusa kayıt sırasında herhangi bir başka sahte belgenin kullanılmamış olması karşısında, eyleminin kül halinde 5237 sayılı TCK'nın 231. maddesindeki soybağını değiştirme suçu kapsamında kaldığı gözetilmeden ayrıca resmi belgede sahtecilik suçunu da oluşturduğundan bahisle yazılı şekilde hükümler kurulması bozmayı gerektirir."

A. BAŞLICA ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ UYGULAMALARI

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları (ÜYTE) dar ve geniş anlamda ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda ÜYTE uygulamalarında, çiftlerin çocuk özlemini dindirmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler amaçlanmaktadır.[14] Erkek ve kadın üreme hücrelerinin bir araya getirilerek kadının gebe kalmasının sağlanması aynı zamanda yapay döllenme olarak da adlandırılmaktadır.[15] Erkeğe ait spermin, bazı tıbbi metotlar kullanılarak kadının rahmine, döl yoluna ya da yumurta kanalına enjekte edilerek döllenmenin kadın vücudunda gerçekleştirilmesidir. Buradaki tıbbi yöntemler ile üremeye yardımcı tedavi uygulamaları kastedilmektedir.[16]

Özellikle II. Dünya Savaşı ve Kore Savaşı'nda uygulanmaya başlandığı için savaş döllenmesi olarak adlandırılan geniş anlamda ÜYTE uygulamalarında, cinsel ilişki olmaksızın erkek tarafından alınan sperm ile kadına ait yumurta yapay yollarla döllendirilmektedir.[17] Ölümden önce kadının yumurtalıklarından ya da erkeğin sperminden, hücresel dondurma yöntemiyle yapay döllenmeyi gerçekleştiren üreme hücresi fenni koşullarda korunabilir. Özellikle evli kocanın

14 Emel Badur, a.g.e., s. 188
15 Emel Badur, a.g.e, s. 187
16 Cemile Turgut, Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016,s.4
17 Cemile Turgut, a.g.e.,s.3

ölümünden sonra, yine kocanın dondurulmuş üreme hücresiyle, sağ kalan kadının üreme hücresinin laboratuvar ortamında döllendirilerek sağlanan embriyonun sağ kalan kadının döl yoluna ya da kanalına enjekte edilmesi üzerine doğan çocuğun soybağı baba yönünden sorunlar oluşturmaktadır.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te yer alan m. 20/5 hükmüne göre;

"Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir."

Koca öldükten sonra imha edilmesi gerektiği halde yönetmeliğe aykırı olarak imha edilmeyen dondurulmuş üreme hücresiyle ya da embriyoyla denenecek hiçbir yapay döllenme uğraşısında babalık karinesinden söz edilemez. Zira kocanın ölüm anı, laboratuvar aşamasında embriyonun oluşmasına rastlasa bile, sağ kalan eşin döl yatağına tutunma gerçekleşmediğinden babalık karinesi yerine Türk Medeni Kanunu'nun 301. maddesinde yer alan dava yoluyla babalık hükmünün kurulması gerekir. Sağ kalan eşin, ölen kocasının sağlığında temin olunmuş ve dondurulmuş spermi ile eşinin ölümünden sonra doğurması sonucunda, biyolojik babanın mirasçıları hasım gösterilerek açılacak dava ile elde edilecek babalık hükmüyle ölen baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulacaktır.[18] Bu hükme göre;

[18] Özlem Tüzüner, Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri, İstanbul, 2016,s.65; Burcu Kalkan Oğuztürk, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul, 2011,s. 387

"Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılarına karşı açılır. Babalık davası, Cumhuriyet savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyıma; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir."

Ölümden sonra yapay döllenme üzerine bu tür gerçekleşen bir doğum sonucunda açılan davada, biyolojik babalık iddiasının ispat yükü sadece ölen kocanın sağlığında muhafaza altına aldırdığı üreme hücresinin o öldükten sonra sağ kalan eş tarafından yapay döllenmede bizzat kullanıldığı bağlamındadır. Böylelikle biyolojik baba gerektiği gibi kanıtlanırsa yargıç, baba yönünden soybağını ölen kocayla çocuk arasında kurar. Dikkat çekmek istediğimiz bir husus ise babalık davası yoluyla bu tür istemler karşılanırsa, MÖHUK m. 16 hükmü sebebiyle ülkemizde babalık davasıyla soybağı kurmanın önü açılır. Bu nedenle yasa koyucunun Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te yer alan m. 20/5 düzenlemesinde benimsediği imha emri kadük kalabilir.[19]

Kaldı ki, Yargıtay bir kararında[20] yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olmanın babalığa etkisinin soybağının reddi davası ile de olanaklı olduğunu belirtmiştir. Bu karara göre;

" Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle Türk Medeni Kanunu 286/2. madde uyarınca çocuğun da soybağının reddi davası açma hakkının mevcut olduğuna; ergin olmayan çocuğun açtığı davada çocuğun yasal temsilcileriyle menfaatinin çelişki içinde olacağının varsayım olarak gözetilmesi gerektiğine ve bu nedenle çocuğa yasal temsilcileri dışında bir kayyım atanması sağlanarak davanın yürütülmesinin bir dava şartı olmasına; çocuğun soybağının reddi davası açma hakkının mutlak olup, hukuksal yarar kısıtlamasına tabi tutulamayacağına; yapay döllenme (embriyo transferi) yoluyla çocuk sahibi olmanın babalığa etkisinin açılabilecek soybağının reddi davası içinde değerlendirilebilecektir."

---

19 Özlem Tüzüner, a.g.e.,s. 90,Turgut Cemile, a.g.e.,s..31

20 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27.09.2011 tarih ve 2010/21723 Esas, 2011/14142 Karar sayılı kararı

B. TÜRK HUKUKU'NDA İZİN VERİLEN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ UYGULAMALARI

Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri hakkında yönetmelik dışında, yazılı bir hukuk kaynağı bulunmamaktadır. Yönetmelik gereğince, hukuka uygun ÜYTE yöntemleri için aranan koşullar, homolog döllenme ile karşı cinsteki çiftlerin çocuk sahibi olamamalarıdır. Ayrıca yönetmelik gereğince, bu uygulamanın yönetmelikte nitel ve nicel özellikleri belirlenen bir ÜYTE merkezinde, birim sorumlusu olabilecek yeterliliğe sahip bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca üreme hücreleri[21] ve gonad dokusunun saklanmasına da yönetmelik tarafından izin verilmektedir.

1. Homolog Döllenme

ÜYTE sağlık hizmeti sadece evli çiftlere sunulmaktadır. Homolog döllenmede, evli çiftler arasında herhangi bir nedenle cinsel birleşmenin gerçekleşememesi halinde kocanın üreme hücreleri, tıbbi yöntemlerle alınarak eşinin üreme organına aktarılmakta ya da eşlerin üreme hücreleri dış ortamda döllendirilerek kadının rahmine enjekte edilmektedir. Bu tür döllenme, kişilerin üreme yönünden var olan rahatsızlıklarının tedavi edilmesi ve ayrıca çocuk sahibi olmayan çiftlerin maruz kalabileceği psikolojik olumsuzlukların giderilmesi açısından hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak benimsenmektedir.[22]Evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücrelerini kullanmaları zorunlu olduğundan, evlilik akti olmaksızın birlikte yaşayan ve sadece çocuk sahibi olabilmek için yapay döllenme yapılmasına yönetmelik cevaz vermemektedir.

Hukukumuzda heterolog döllenme, yani evli çiftler dışında üçüncü bir kişiye ait sperm ya da yumurta kullanılması olanak dışıdır.[23]Öğretide isabet bulunan bir görüşe[24] göre, evli olmayan kişilerden yazılı rızaya dayanarak, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve aktarılmasına dair Türk Medeni Kanunu'nun 23/3. maddesine göre tanınan hakka yönetmelikle engel olunmaması

21 Arif Barış Özbilen, a.g.e., s. 27 vd.
22 Cemile Turgut, a.g.e.,s.27
23 Cemile Turgut, a.g.e.,s.37
24 Emel Badur, a.g.e., s.196

gerekir. Gerçekten de, kanunlar arasındaki hiyerarşiye göre yönetmelik, kanuna aykırı olamaz. Kaldı ki, Anayasamızın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik ilkesi", 2. maddede yer alan devletin " … sosyal hukuk devleti" niteliğinin bir yansımasıdır. Hukuk devletinde, aynı koşulları taşıyan kişiler yasa önünde eşittir. Nasıl ki evli çiftler üreme hakkına sahip ise, bekâr çiftlerin de anne baba olma hakları vardır.

Heterolog döllenme yasağı aynı zamanda Biyotıp Sözleşmesi'nde vurgulanan evrensel ve genel nitelik taşıyan " ayrımcılık yasağı ilkesi" ile de çelişmektedir. Yumurta, sperm ve embriyo bağışı ya da taşıyıcı annelik gibi çocuk özlemini dindirici insan onuru ile bağdaşan uygulamaların, anne ve baba adaylarının açık yazılı rızasıyla sağlanabilmesi, kişilerin medeni haline göre yapılan ayrımcılığa da son verecektir. Yönetmelikteki yasağın katı biçimde uygulanması sağlık turizminin[25] bir türevi olan üreme turizmini de tetikleyecektir.

2. Çiftin Çocuk Sahibi Olamaması

Hukukumuza göre ÜYTE uygulamasına çocuk sahibi olamayan evli çiftler başvurabilir. Olmazsa olmaz bu koşul ÜYTE Yönetmeliği'nin 1. maddesinde " Amaç" başlığı altında açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye göre:

"Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir."

En az 1 yıl herhangi bir korunma yöntemi uygulanmaksızın haftada 2-3 kere girilen cinsel ilişkiye rağmen gebelik elde edilmemesi "infertilite" yani kısırlık olarak adlandırılmaktadır. İnfertilite sorunu yaşayan çiftlere de "infertil (kısır)" denir. Özellikle kadının çalışmadığı, geleneksel aile yapısındaki çiftlerde balayında gebe kalma hayali kuran çok genç çift vardır. Çocuğun ailenin geçimi ve işleri için önemli olduğu, kırsal alanda ise sadece çocuk sahibi olmak için evlenen kadın

25 Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.271

ve erkekler azımsanamayacak kadar çoktur. Bizim toplumumuz gibi çocuk sahibi olmanın ayrıcalık ve prestij olarak görüldüğü toplumlarda ise infertilite neredeyse hayati bir öneme sahiptir.[26]

Çocuk sahibi olamayan evli çiftler için izin verilen ÜYTE uygulamalarından tutukluluk ya da hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan kişiler ile aralarında mekânsal mesafe bulunan doğal yollarla üreme yeteneğine sahip olduğu halde çocuk sahibi olamayanlar, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanamayacaktır.[27]

3. Üreme Hücresi ve Gonad Dokusu Saklanması

ÜYTE Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, tıbbi zorunluluklar dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre erkeklerde hangi hallerde tıbbi zorunluluk koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı "numerus clauses " yoluyla birer birer sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre:

"Erkeklerde üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbî zorunluluk

halleri şunlardır;

a) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde,

b) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,

c) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (testislerin alınması

ve benzeri) öncesinde,

ç) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda"

Yönetmeliğin 20/ 3 maddesinde de kadınlarda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbi zorunluluk halleri sınırlayıcı sayımla belirtilmiştir. Bu haller:

"a) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,

---

26 www.jinekolognet.com/infertilite.asp,e.t. 23.08.2017 saat: 23.49

27 Emel Badur, a.g.e., s.198

b) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde,

c) Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi durumu"

Yönetmelikte üreme hücresi ve gonad dokusu saklanması serbestisine izin verilen tıbbi zorunluluk hallerinin hem erkekler hem de kadınlar yönünden ayrı ayrı ve sınırlayıcı biçimde sayılması konuya verilen önemi göstermektedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelik yerine kanunla yapılması yerinde olacaktır.

C. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ UYGULAMALARINA RIZA

Hukuk düzenimize göre, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında[28] bu tıbbi müdahaleden yararlanabilecek evli çiftlerin ikisinin de rızası baş koşuldur. Bu kuralın ayrıksı durumu, tıbbi zorunluluk hallerinde tek bir kişinin üreme hücreleri veya gonad dokularının saklanması halleridir. ÜYTE Yönetmeliği'nin 20/2-3. maddesinde sayılan tıbbi zorunluluklardan birinin ya da bir kaçının gerçekleşmesi durumunda, dokusu alınacak ve saklanılacak kişinin yazılı rızası yeterlidir. Bu yazılı rızanın bağlı bulunduğu formalite Yönetmeliğin 19/2 maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

"ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-8'deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerekir. Eşlerin nüfus cüzdanı ve evlilik cüzdanı asılları görülmek suretiyle fotokopileri ve fotoğrafları alınır. Bu belgelerin kişilere ait olup olmadığı kontrol edilerek işlemlere başlanır."

Bu maddede belirtilen Ek-8'deki form doldurulduktan sonra evli çiftin her ikisi ve ünite sorumlusu tarafından imzalanır. Onam formu tedavinin uygulanmasından bir gün önce çiftlere verilir. Böylelikle onam formunun okunarak üzerinde düşünüp karar verilmesi sağla-

[28] Mehmet Emin Özgül, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010,s.132

nır. İşlem yapılmadan önce de, form merkez görevlisi tarafından sözlü adaylara okunarak, adayların el yazısıyla üremeye yardımcı tedavi uygulaması konusunda yeterli olarak bilgilendirildiklerinin yazılması ve rıza formunun imzalanması ile yazılı rıza elde edilir.

Yönetmeliğin 19/4. maddesine göre rıza açıklamasına dair başka formların da doldurulması gerekir. Bunlar merkezlerde embriyo saklama işlemlerinde Ek-9, çözme işlemlerinde Ek-10 ve imha işlemlerinde Ek-11'deki form; gonad dokusu/hücreleri saklama işlemlerinde Ek-12, çözme işlemlerinde Ek-13 ve imha işlemlerinde Ek-14'deki formlardır.

Eşlerden birden fazla embriyo alınması halinde uygulanacak prosedür Yönetmeliğin 20/5. maddesinde adım adım tarif edilmiştir. Buna göre:

"Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir."

III. GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ VE STERİLİZASYON

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon konusu düzenlenmiştir. Kanun'un amacı ilk maddesinde, "….nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemek" olarak belirtilmiştir.[29]

Aynı Kanun'un 2/1. maddesinde, nüfus planlamasının tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre: "Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir.

[29] Mehmet Emin Özgül, a.g.e., s. 125

Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır.

Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Bu Kanun'un öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz."

Kanun koyucu, bu düzenlemeyle nüfus planlamasını sadece nüfus artış hızının azaltılması olarak görmüştür. Kanun'un 1983 yılında yürürlüğe girdiği dikkate alındığında sosyal, kültürel ve ekonomik sorunların kaynağı olarak görülen nüfus artışının önlenmesinin devletin gözetim ve denetimi altına alınması demokratik liberal toplum düzeni ile bağdaşmamaktadır. Ancak bu gerçekliğin neden, sonuç ve çözüm önerileri çalışmamız kapsamında değildir.

Kanun'un 5/ 4. maddesinde acil müdahale halleri ile çıkarılması gereken tüzükte hangi hususların düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hükme göre;

"Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir" Bu tüzük 18.12.1983 tarihinde " Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük" olarak hukuk dünyasına kazandırılmıştır.

Kadın Doğum Hastalıkları Uzmanı olan doktor sanığın Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre gerekli onayları almadan tüp ligasyonu yaparak görevini ihmal ettiğinden bahisle cezalandırılması için açılan kamu davası sonucunda yerel mahkeme tarafından verilen beraat kararını, Yargıtay şu gerekçeyle bozmuştur. Bu karara[30] göre:

" ..... Doğumevi'nde kadın doğum uzmanı doktor olarak gö-

[30] Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 04.04.2017 tarih ve 2015/10129 Esas, 2017/1263 Karar sayılı kararı

rev yapan sanığın, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'ne aykırı hareket ederek sezeryan yöntemiyle doğumunu gerçekleştirdiği katılan ..... ve eşinin onayını almadan katılanın tüplerini bağlamak (tüp ligasyonu) suretiyle kısırlaştırarak görevini ihmal ettiği iddia edilen olayda, sanık tarafından yapılan işlemin kısırlaştırma niteliğinde olup olmadığı, yapılan bu işlem sebebiyle katılanın çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip etmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırma ve yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirir."

Yargıtay bu kararı ile operasyon için kadın ve eşinin onayının alınarak katılanın tüplerini bağlamak (tüp ligasyonu) suretiyle kısırlaştırmanın yapılmasını, yapılan bu işlem sebebiyle de katılanın çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip edilmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında verdiği önemi gözler önüne sermiştir.

A. GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ

Gebeliğin sona erdirilmesi için, gebe kadının rahim tahliyesine yönelik rızası tek başına yeterli değildir. Zira bir tarafta vücut tamlığı üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak isteyen gebe kadın, öte yanda henüz sağ ve tam doğum gerçekleşmediği için kişi sıfatını kazanamamış cenin bulunmaktadır. Bu sebeple Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da gebeliğin değişik yöntemlerle sona erdirilmesinde farklı gebelik süreleri belirlenmiştir. Ancak kanun koyucu, gebeliğin doğal yolla ya da üremeye yardımcı tedavi yöntemleri aracılığıyla olup olmadığı hakkında bir fark gözetmemiştir.

Hukukumuzda gebeliğin isteyerek ya da tıbbi zorunluluklar nedeniyle sonlandırılması ile suç sonucu oluşan gebelik halinde gebeliğin sona erdirilmesi olmak üzere üç çeşit gebeliğin sonlandırılması hali mevcuttur. Son hal Türk Ceza Kanunu'nun 99/6. maddesinde düzenlenmiştir. Hekim her üç durumda da tıbben gerekli incelemeleri yapıp,

gebeliğin sonlandırılmasının gebe kadının sağlığı açısından sakıncalı olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür.[31]

1. Kavram

Gebeliğin ilk sekiz haftasında cenine embriyo denir. Bu sürenin tamamlanmasından doğuma kadar geçen zaman zarfı ise fetüs olarak adlandırılır.[32] Fetüs esasen tıp bilimine ait olan bir kavramdır.[33] Fetüs geçici bir süre annesinin bedeninde ve onunla birlikte yaşadıktan sonra döllenmiş yumurta uygun koşullar sağlanması halinde insan olma potansiyeline sahiptir.[34] Abortus ya da düşük, fetüsün ana rahmi dışında yaşama yeteneğini kazanmadan gebeliğin sonlanması ya da sonlandırılmasıdır. Kendiliğinden düşük, fetüse dış bir müdahale olmaksızın gebeliğin sona ermesi, isteyerek düşük ise bir müdahaleyle gebeliğin sonlandırılmasıdır. Rahim tahliyesi de ana rahminde bulunan ceninin tıbbi müdahaleyle ana rahminden alınarak doğumun engellenmesidir.[35]

Yargıtay bir kararında düşük sonucunda gebelik ürününün uzun süre atılmadan içeride kalması durumunda anne adayının hayatını tehdit edebilecek durumlar oluşturabildiği, bu nedenle missed abortus oluşan gebelerde tıbbi tahliye uygulandığı, tahliye işlemi esnasında embriyomum bazen içerde kalabildiğinden bahisle sağlık çalışanlarına kusur verilemeyeceğini bildirmiştir, Bu karara[36] göre:

" Tüm dosya kapsamının incelenmesinden olayda kusuru bulunanların tespiti amacıyla yazılan yazılar sonucunda Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 04.01.2016 tarihli ve 24 karar sayılı raporunda, "İntrauterin embriyonun canlılığını kaybetmesine rağmen olayın bir kanama ve düşük ile sonuçlanmaması durumu missed abortus olarak tanımlandığı, gebelik ürününün uzun süre atılmadan içerde kalması

31 Emel Badur, a.g.e., s.211
32 İsmail Dölen, "Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük Nedir?", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 31
33 Müslüm Üye, "Ceninin Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının ", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 42
34 Ahmet Acıduman, "Tıp Etiği Açısından Kürtaj", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 23
35 Emel Badur, a.g.e., s.211
36 Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2017/1238 Esas, 2017/2538 Karar sayılı kararı

durumunda anne adayının hayatını tehdit edebilecek durumlar oluşturabildiği, bu nedenle missed abortus oluşan gebelerde tıbbi tahliye uygulandığı, tahliye işlemi esnasında embriyomum bazen içeride kalabildiği, bu nedenle tekrardan küretaj işlemi uygulanmak zorunda kalınabildiği, aynı zamanda kürtaj işlemi sonrasında rahimde yapışıklıklar (Asherman Sendromu) oluşabildiği, bu yapışıklıklara bağlı sekonder infertilite gelişebildiğinin tıbben bilindiği, kişide küretaj işlemi sonrası ortaya çıkan tabloların bu tür işlemlerden sonra her türlü özene rağmen oluşabilen her hangi bir tıbbi kusur ya da ihmal izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirildiği, kişiye konulan tanı ve yapılan işlemlerin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olduğu, kişinin tedavisinde görev alan sağlık çalışanlarına atfı kabil kusur tespit edilmediği anlaşılmıştır."

Türk Medeni Kanunu m. 287'de, "kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer" denilmek suretiyle fetüsün kişiliğini kazanması tam doğum ve sağ doğum koşularının birlikte gerçekleşmesi ile mümkündür. Tam doğum, ana rahmindeki çocuğun, anasının bedeninden tamamıyla ayrılarak bağımsız bir varlık haline gelmesidir. Sağ doğum ise çocuğun annesinin vücudundan ayrıldıktan sonra bir an bile olsa annesinden bağımsız yaşamasıdır.[37] Aynı Kanun'un 28/2. maddesine göre, çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Böylelikle fetüsün kişiliğini geçmişe etkili olarak kazanması, fetüsün mal varlığı ve şahıs varlığı haklarında, hakkın doğumu ve tarihi bakımından çeşitli koruma alanları sağlar.

2. Türleri

Gebeliğin kadının isteğine bağlı olarak sona erdirilmesi,[38] Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 5/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir."

37 Müslüm Üye, "a.g.m., s. 46
38 Mehmet Emin Özgül, a.g.e.,s.126

Kanun koyucu, gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması için, gebeliğin onuncu haftayı geçmemesini ve gebeliğin sonlandırılmasının kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca bulunmamasını şart koşmuştur. Bu iki koşul birlikte gerçekleşmezse istek üzerine gebelik sonlandırılamaz. Bu hüküm, Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nün 3. maddesi ile pekiştirilmiştir. Rahim tahliyesinin koşullarını ve rahim tahliyesine ehil kişilerin tanımlandığı bu hükme göre:

"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.

Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.

Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler."

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5/2 maddesinde, tıbbi gereklilikler sebebiyle gebeliğin sona erdirilmesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

"Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icap ettiren gerekçeleri, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur."

Annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı haller, Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nün 2 nolu listesinde sayılmıştır. Bu listede

gebe kadının ruh sağlığına dair tehlikelere ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık Alman ve İsviçre Ceza Kanunu hükümlerinde kadının psikolojik sağlığı da gebeliğin sonlandırılmasında, gebelik süresinin sınırı olmaksızın hekimin gerekli görmesi halinde olanaklı olduğu kabul edilmiştir.[39]

Dava konusu olayda, davacı annenin karnındaki çocukta bulunan anomalilerin ikili ve üçlü testler ile tespit edilemeyeceği, bu tür anomalilerin gebeliğin 18-24 haftaları arasında görülmesinin beklendiği, gebe davacı Zeynep Yeniçeri'nin davalı hastane diğer davalı doktor tarafından muayene edilip ultrasonografik tetkiklerin yapıldığı tarihlerdeki gebelik süresi dikkate alındığında, çocukta var olan anomalinin görülmesi gerekmesine rağmen davalı doktorun bu anomaliyi tespit edemediği ve bu haliyle tıp kurallarına aykırı davranıldığı dosya kapsamından ve alınan Adli Tıp Kurumu raporundan anlaşılmaktadır. Hal böyle olmakla beraber durumun tespit edilmesi gereken tarih ve bebekte var olan fiziksel eksikliklerin 2857 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle hükme bağlanan gebeliğin sona erdirilmesi (kürtaj-tahliye) için gerekli koşullara sahip olup olmadığının kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Anılan kanun gebeliğin onuncu haftasına kadar istek üzerine kürtaj (tahliye) yapılabileceği, gebelik süresinin on haftadan fazla olması halinde ise gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekli raporları ile kürtaj yapılabileceği hükme bağlanmış olup, bu hususun tespiti ise tamamen teknik bir konu olduğundan, hekimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve birikim ile tespiti mümkün olmadığından bu hususta konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması zorunludur. Yargıtay en son uygulamasında bu yönlere titizlikle özen gösterilmesini vurgulamıştır. Bu karara[40] göre:

"Dava konusu olayda, davalı doktorun kendisine müracaat ve ultrasonografik muayene de dâhil muayene edildiği tarihte davacı anne-

39 Emel Badur, a.g.e., s.214

40 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22.03.2017 tarih ve 2015/38727 Esas, 2017/3509 Karar sayılı kararı

nin karnında bulunan çocuğun fiziksel açıdan sakat olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermediği ve var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkânının olması halinde özen borcuna aykırı davranmaları nedeniyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının 2857 sayılı yasanın 5. maddesinde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir.

Hamileliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın 2857 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde ise, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan direkt olarak zarar gören şahsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde küçük çocuk içinde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi de zorunludur."

Ülkemizde kadına karşı fiziksel, cinsel ve duygusal şiddetin geldiği ürkütücü aşama duyarlı yurttaşları tedirgin etmektedir. Cinsel saldırı ve istismar suçlarında, mağdur kadının onuru, kimliği, insanlığı ve cinsel özgürlüğü örselenmekte, bir de mağduru olduğu suç neticesinde gebeliğin oluşması acıların en büyüğü olabilmektedir. Tecavüzcüyle evlenmekten beter olan, tecavüzcüden bir canı bedeninde taşıyan mağdurenin bu çocuktan kurtulma istemine saygı duyulmalıdır. Kanun koyucu bu problemin çözümüne Türk Ceza Kanunu'nun 99/6. maddesinde yer vermiştir. Bu maddeye göre:

"Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir."

Somut ve yaşanmış bir olayın kendisine intikal etmesi üzerine Yerel Mahkeme, "15 yaşından küçük bir çocuğun 4,5 aylık hamileliğinin hastane ortamında sonlandırılması gerektiği halde gelişi güzel muayene odasında gerçekleştirilmesini hukuka ve tıp kurallarına aykırı bulmuştur. Kararın gerekçesinde TCK'nın 99/6. fıkrasında süresi 20 haftayı geçmemek şartıyla kadının rızası ile gebeliğe son verdirebilmek açısından bu gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Tüm bu nedenlerle sanıkların hiç bir savunmasına itibar edilmeksizin sanık doktorun ve mağdurenin babası olan diğer sanığın mahkûmiyetine karar vermiştir. Yargıtay ise mahkûmiyet kararını bozmuştur. Bu karara[41] göre:

" ..... anılan eylem nedeniyle hamile kalan mağdurenin çocuk düşürtme suçu işlendiği sırada on beş haftalık gebe olduğu nazara alındığında, sanıklar haklarında 5237 sayılı TCK'nın 99/6. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirir."

3. Gebeliğin Sona Erdirilmesinde Rıza Sorunları

Kanun koyucu gebeliğin yukarıda yasal dayanaklarıyla izah edilen her üç türünde de gebe kadının rızasını zorunlu öge olarak kabul etmiştir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6/1. maddesinde, bu husus emredici hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

"5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz."

Kanun'un 6/2. maddesinde "4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir." demek suretiyle eşin rızası zorunlu kılınmıştır. Bilindiği üzere evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası karine olarak kocadır. Nüfus

41 Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 27.02.2017 tarih ve 2014/6532Esas, 2017/965 Karar sayılı kararı

Planlaması Hakkında Kanun'da rahim tahliyesi için kadının kocasının rızasının aranması da bu sebebe dayanır. Hâlbuki evli kadının doğmamış çocuğunun babası başka bir erkek olabileceği gibi, başka birinden gebe kalan bir kadının, gebelik süresinde evlenmesi ya da ülkemize getirilmiş ve oturma izni alınabilmesi için formalite gereği evlendirilmiş seks işçisinin istemediği gebelik hallerinde, rahim tahliyesi için çocuğun babası yerine kocanın rızasının aranması uygulamada zorluklara neden olmaktadır.[42] Bu nedenle yasa koyucunun rıza hükümlerinde değişikliğe gitmesi zorunluluğu kaçınılmazdır.

Aynı Kanun'un 6/3. maddesi gereğince, veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde iznin gerekmediği vurgulanmıştır. Haklı bir neden olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasına rıza vermekten kaçınan eşle ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 195/1. maddesinin kıyasen uygulanarak eşlerin ayrı ayrı ya da birlikte başvurarak hâkimin müdahalesini talep etmeleri mümkündür.

B. Sterilizasyon

Sterilazasyona ilişkin tıbbi müdahale, kişinin bizzat tasarruf edebildiği değerlerine yöneliktir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4/1. maddesinde sterilizasyon "... bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale" olarak tanımlanmıştır. Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nün 2/c maddesinde ise erkeklerde vazektominin, kadınlarda ise tüpligasyonun sterilizasyon yöntemi olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Her iki yöntemde de erkeklerde sperm kanalları, kadınlarda yumurtanın bağlanıp, yumurtayla spermin birleşmesi engellenmektedir.[43]

Sterilizasyon, gebeliğin sonlandırılmasının aksine, başka bir yararın gözetilmesi gerekmeyen tıbbi müdahalelerdendir. Kişi evlat sahibi olsun ya da olmasın hatta bir aile sahibi olmasına da gerek duyulmaksızın sterilizasyona karar verebilir. Çünkü Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4/2. maddesine göre, sterilizasyon ameliyatının, tıbbi

42 Emel Badur, a.g.e., s.223
43 Mehmet Emin Özgül, a.g.e., s.122

sakınca olmaması şartına bağlı olarak reşit kişinin isteği üzerine yapılacağını açıkça belirtilmiştir. Maddede 18 yaşından büyük olunması yer almadığından dolayı kişinin mahkeme kararıyla ya da evlenmeyle ergin kılınmasının bir önemi yoktur. Bu iki halde de kazanılan ergenlik, sterilizasyon ameliyatına rıza gösterebilmek için yeterlidir.

Sterilizasyon için gerekli rızanın Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nün 13/2 ve 15. maddelerinde aranan izin belgesinin usulüne uygun biçimde doldurularak verilmesi gerekir. Tüzüğün 15. maddesine göre:

"İzin belgeleri, 13 üncü maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır."

Tüzüğün 13/2. maddesine göre evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır. Hekimin sterilizasyona ilişkin rızanın alınmasından önce, sterilizasyonun sonuçları hakkında ayrıntılı bir açıklamada bulunması gerekir. Çünkü bu ameliyatın kişiyi üreme hakkını kullanmaktan sürekli olarak alıkoyduğu, geri dönüş yüzdesinin düşük olduğu ve buna karşın çok küçük bir oran dâhilinde çocuk sahibi olunabileceği gibi ayrıntılı izahatın da izin belgesinden önce istemde bulunan kişiye anlatılmalıdır.

SONUÇ

Üreme hakkı, bireylerin ve karşı cinsten kişilerin yapacakları çocukların sayısı ve doğum aralığına kendi özgür iradeleriyle ve sorumluluk alarak karar verebilmeleri, bunun için gerekli bilgiye ve sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri sırasında, herhangi bir baskı, şiddet ya da ayrımcılıkla karşılaşmamaları olarak ifade edilmektedir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan üreme hakkını kişinin, diğer kişilere ya da devlete karşı bir istem konusu olarak ileri sürmesi mümkün değildir. Aynı şekilde üreme hakkının temel niteliği, kişinin vücut bütünlüğünün kendi biyolojik maddeleri üzerindeki mutlak tasarruf yetkisi ile sınırlıdır. Kişinin üremeye yarayan organ ve etkinliklerine müdahale hukuka aykırıdır. Kişinin rızası ile bu faaliyetlerine müdahale edilebilir.

Biyotıp Sözleşmesi'nin "genetik teşhise yönelik testler" başlıklı 12. maddesinde," genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir" denilmek suretiyle, genetik testlerin sadece sağlık amaçlı olarak ya da sağlık amaçlı bilimsel araştırma ve uygun genetik danışmada bulunmak koşuluyla yapılması öngörülmüştür.

Hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de Biyotıp Sözleşmesi'nde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve bunların sonuçları hakkında doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin en yakın düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun 23/3. maddesidir. Bu düzenlemeye göre "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz." Bu hükmün geniş yorumlanmasıyla, insan üreme hücreleri olan yumurta ve spermin alınması, aşılanması ve naklinin olanaklı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Biyolojik madde kavramı, canlı organizmaları oluşturan, organ, doku ve hücreler ile bu organizma tarafından üretilen salgı ve atıklara verilen genel adlandırmadır. Bu açıdan bakıldığında, beyin, lenf dokusu, yumurta, ter, idrar ve saç gibi materyaller biyolojik madde olarak tanımlanmaktadır.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları üreme hakkını ve üreme sağlığını doğrudan etkileyen ilkelerdir. Temel hak niteliğindeki üreme hakkının kullanılmasında, hukuksal ve moral değerler kadar toplum sağlığını ve kamu düzenini ilgilendiren yönler de bulunduğundan, kişilerin yeğlemesine bırakılacak ya da kendi başlarına karar verebilecekleri bir alan olmayan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları hakkında yönetmelik yerine yasal bir düzenleme zorunluluktur. Almanya, İsviçre, İngiliz hukuklarında bu konu bağımsız ve kendi başına var olan kanunlarla, güncel bilimsel ve teknolojik değişimlere uygun olarak yasalaştırılmıştır.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları (ÜYTE) dar ve geniş anlamda ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda ÜYTE uygulamaların-

da, çiftlerin çocuk özlemini dindirmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler amaçlanmaktadır. Özellikle II. Dünya Savaşı ve Kore Savaşı'nda uygulanmaya başlandığı için savaş döllenmesi olarak adlandırılan geniş anlamda ÜYTE uygulamalarında, cinsel ilişki olmaksızın erkek tarafından alınan sperm ile kadına ait yumurta yapay yollarla döllendirilmektedir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Hakkındaki Yönetmelik gereğince, hukuka uygun ÜYTE yöntemleri için aranan koşullar, homolog döllenme ile karşı cinsteki çiftlerin çocuk sahibi olamamalarıdır. Ayrıca yönetmelik gereğince, bu uygulamanın yönetmelikte nitel ve nicel özellikleri belirlenen bir ÜYTE merkezinde, birim sorumlusu olabilecek yeterliliğe sahip bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından gerçekleştirilmesi gerekir.

Hukukumuzda heterolog döllenme, yani evli çiftler dışında üçüncü bir kişiye ait sperm ya da yumurta kullanılması olanak dışıdır. Evli olmayan kişilerden yazılı rızaya dayanarak, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve aktarılmasına dair Türk Medeni Kanunu'nun 23/3. maddesine göre tanınan hakka yönetmelikle engel olunmaması gerekir. Gerçekten de, kanunlar arasındaki hiyerarşiye göre yönetmelik, kanuna aykırı olamaz. Kaldı ki, Anayasamızın 10. maddesinde yer alan " kanun önünde eşitlik ilkesi", 2. maddede yer alan devletin " … sosyal hukuk devleti" niteliğinin bir yansımasıdır. Hukuk devletinde, aynı koşulları taşıyan kişiler yasa önünde eşittir. Nasıl ki evli çiftler üreme hakkına sahip ise, bekâr çiftlerin de anne baba olma hakları vardır. Ayrıca heterolog döllenme yasağı aynı zamanda Biyotıp Sözleşmesi'nde vurgulanan "ayrımcılık yasağı ilkesi" ile de çelişmektedir.

Çocuk sahibi olamayan evli çiftler için izin verilen ÜYTE uygulamalarından tutukluluk ya da hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan kişiler ile aralarında mekânsal mesafe bulunan doğal yollarla üreme yeteneğine sahip olduğu halde çocuk sahibi olamayanlar üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanamayacaktır.

ÜYTE Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, tıbbi zorunluluklar dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre erkeklerde, üçüncü

fıkrasına göre kadınlarda hangi hallerde tıbbi zorunluluk koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı "numerus clauses " yoluyla birer birer sayılmıştır.

Hukuk düzenimize göre, ÜYTE uygulamalarında bu tıbbi müdahaleden yararlanabilecek evli çiftlerin ikisinin de rızası baş koşuldur. Bu kuralın ayrıksı durumu, tıbbi zorunluluk hallerinde tek bir kişinin üreme hücreleri veya gonad dokularının saklanması halleridir.

Hukukumuzda gebeliğin isteyerek ya da tıbbi zorunluluklar nedeniyle sonlandırılması ile suç sonucu oluşan gebelik halinde gebeliğin sona erdirilmesi olmak üzere üç çeşit gebeliğin sonlandırılması hali mevcuttur. Bortus ya da düşük, fetüsün ana rahmi dışında yaşama yeteneğini kazanmadan gebeliğin sonlanması ya da sonlandırılmasıdır. Kendiliğinden düşük, fetüse dış bir müdahale olmaksızın gebeliğin sona ermesi, isteyerek düşük ise bir müdahaleyle gebeliğin sonlandırılmasıdır. Rahim tahliyesi de ana rahminde bulunan ceninin tıbbi müdahaleyle ana rahminden alınarak doğumun engellenmesidir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6/1 maddesinde, bu husus emredici hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz."

Sterilazasyona ilişkin tıbbi müdahale, kişinin bizzat tasarruf edebildiği değerlerine yöneliktir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4/1. maddesinde sterilizasyon "... bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale" olarak tanımlanmıştır. Hekimin sterilizasyona ilişkin rızanın alınmasından önce, sterilizasyonun sonuçları hakkında ayrıntılı bir açıklamada bulunması gerekir. Çünkü bu ameliyatın kişiyi üreme hakkını kullanmaktan sürekli olarak alıkoyduğu, geri dönüş yüzdesinin düşük olduğu ve buna karşın çok küçük bir oran dâhilinde çocuk sahibi olunabileceği gibi ayrıntılı izahatın da izin belgesinden önce istemde bulunan kişiye anlatılması gerekir.

Kaynakça

Acıduman Ahmet, "Tıp Etiği Açısından Kürtaj", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 17-35.

Badur Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, 2017.

Doğan Recep, "Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları" *TBB Dergisi*, S. 127, Ankara, 2016, s. 73-120.

Dölen İsmail, "Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük Nedir?", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 35-41.

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015 .

Oğuztürk Burcu K., Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul, 2011.

Özbilen Arif B., İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011.

Özgül Mehmet E., Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010.

Turgut Cemile, Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016

Tüzüner Özlem, Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri, İstanbul, 2016

Üye Müslüm, "Ceninin Vücut Bütünlüğü Üzerindeki Kişilik Haklarının ", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 41-59.

Zengin Mehmet A., Biyoloji Uygulamaları Ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara, 2012

UYAP Yargıtay Karar Arama

www.jinekolognet.com/infertilite.asp,e.t. 23.08.2017 saat: 23.49

İŞTİRAK NAFAKASININ BELİRLENMESİYLE İLGİLİ SEÇİLMİŞ YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF SELECTED SUPREME COURT OF APPEALS DECISIONS CONCERNING THE DETERMINATION OF PARTICIPATION ALIMONY

Ebru CEYLAN*

Özet: İştirak nafakası, velayet hakkı kendisine bırakılmayan eşin velayet hakkı verilen eşe çocuğun bakımı ve eğitim giderleri için mali gücü oranında yaptığı katkıdır. İştirak nafakası, hukuki niteliği bakımından bir bakım nafakasıdır. İştirak nafakasının kapsamı, tarafların nafaka miktarı konusunda anlaşmaları ile veya anlaşma yok ise hâkim tarafından belirlenir. Hâkimin iştirak nafakasını belirlerken göz önüne alacağı ölçütler, çocuğun ihtiyaçları, anne ve babanın hayat koşulları ve anne ve babanın ödeme güçleri ve çocuğun gelirleridir. Yargıtay kararlarında iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünün hangi durumlarda doğduğu, hangi durumlarda doğmadığı konusunda yol gösterici ilkeler görülmektedir. İştirak nafakasının başlangıcı boşanma kararının kesinleştiği tarihtir. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava ile iştirak nafakasının istenmesi halinde dava tarihinden itibaren geçerli olarak hükme bağlanır. İştirak nafakası özelliği gereği "irat" şeklinde karara bağlanır. Türk hukukunda iştirak nafakasının taraflar arasında yapılacak anlaşmayla toptan ödenmesi konusunda bir hüküm yoktur. Bu nedenle sadece "irat" şeklinde ödeneceği esası geçerlidir. Tarafların durumlarında veya hayat şartlarında boşanma kararından sonra çeşitli değişiklikler söz konusu olabilir. Bu nedenle iştirak nafakasının yeniden belirlenmesi ihtiyacı doğabilir.

Anahtar kelimeler: İştirak Nafakası, Çocuk, Evlilik Birliği, Boşanma, Yargıtay Kararları

Abstract: Participation alimony is a contribution that has to be given by the spouse who does not have parental right to the spouse who has the parental right for education and care of the child at the rate of financial power. Participation alimony is a maintenance alimony in terms of its legal nature. The scope of the partnership alimony is determined by the parties reaching agreements on the amount of alimony or by the judge if there is no agreement. The criteria that the judge will take into consideration when deciding the participation alimony are the needs of the child, the ability to pay and life conditions of the parents and the incomes of the child.

* Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ebruceylan@aydin.edu.tr

In the decisions of the Supreme Court of Appeals, there are guiding principles that reveal some circumstances in which if the obligation to pay participation alimony arises or not. The beginning of the participation alimony is the date when the divorce decree becomes final. After the decision of divorce has been finalized, if the participation alimony is demanded by a separate case, the case shall be adjudicated as from the date of the case. Participation alimony is decided in the form of "monthly payment" in accordance with its special nature. There is no provision in Turkish law for lump sum payment of the participation alimony by an agreement with parties. For this reason participation alimony should be paid only monthly. There may be various changes in the circumstances or in the life conditions of the parties after the decision of divorce. For this reason, the need may arise to re-determine the participation alimony.

Keywords: Participation Alimony, Child, Marriage Union, Divorce, Supreme Court Decisions

Giriş

Türk Medeni Kanunu aile içinde anne, baba ve çocuk ilişkilerinden hareket ederken öncelikle çocuğun yüksek yararı ilkesine dayanmıştır. Anne ve babanın çocuğu eğitme ve yetiştirme görevleri evlilik ilişkileri devam ederken de evlilik ilişkileri sona erdiğinde de geçerlidir. Boşanma davası açıldığında hâkim çocuğun bakımı ve korunması için geçici önlemleri almalıdır (TMK.m.169). Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde çocuğun velayeti anne veya babadan birine veya vasiye bırakılır. Boşanma davası sonrasında çocuğun ruhsal, düşünsel ve fiziksel gelişmesinin sağlanması için gerekli masrafları karşılama görevini TMK.,anne ve babaya vermiştir. TMK. m. 327-334 hükümleri arasında çocukların bakımı ve eğitimi giderlerinin karşılanması ile ilgili hükümler düzenlenmiştir.

Uluslararası alanda Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 27 hükmünde çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı olduğu, bu sorumluluğun sahip oldukları olanaklar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun anne ve babasına ve bakımını üstlenecek diğer kişilere ait olduğu belirtilmiştir. Devlet de olanakları ölçüsünde anne ve babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere bu hakkının kullanılmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alacaktır.

İştirak Nafakası hükümlerinin kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun hükümlerinde bugüne kadar çeşitli değişiklikler ya-

pılmıştır. İsviçre Hukukunda "Çocuğun Nafakasına İlişkin Medeni Kanun ve Diğer Kanun hükümlerinde Değişiklik Getiren Ön Tasarı hazırlanmıştır. İsviçre Federal Meclisi, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan bu Ön Tasarıyı 4.6.2012 tarihinde kamu kurumlarının görüşlerine açmıştır ve bu süre 7.11.2012 'de sona ermiştir. Bu Ön Tasarıda çocuğun nafaka talebinin yeri, miktarı ve ifasıyla ilgili değişikliklere yer verilmiştir. Bu Ön Tasarıda çocuğun yararı prensibinden hareket edilmiştir. [1]

Bugün İsviçre'de yürürlükte olan hükümlerin bir kısmı 25 Haziran 1976 tarihli Federal Kanun ile 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra bu hükümlerin bir kısmı 7 Kasım 1994 tarihli Kanun ile 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe giren hükümlerle değiştirilmiştir. Bu hükümlerin bir kısmıyla ilgili en son değişiklik ise 20 Mart 2015 tarihli Çocuğun nafakasıyla ilgili Federal Kanun'la olmuştur ve yeni hükümler 1.1.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1. İştirak Nafakasının Amacı, Hukuki Niteliği ve Özellikleri

İştirak nafakası, velayet hakkı kendisine bırakılmayan eşin velayet hakkı verilen eşe çocuğun bakımı ve eğitim için giderleri için mali gücü oranında yaptığı katkıdır.[2] Bu katkı, TMK. m. 182/II hükmünde şöyle belirtilmiştir : "Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır."

İştirak nafakası, hukuki niteliği bakımından bir bakım nafakasıdır.[3] Nafaka alacağı, takas edilemez, haczedilemez ve üzerinde rehin tesis edilemez.[4]

---

1 *Adana Barosu'nda 6 Mayıs 2017 tarihinde "Yargıtay Kararları Işığında Boşanma ve Velayet Davaları" isimli konferansta sunulan kararların derlemesinden yararlanılarak bu makale çalışması yapılmıştır.
Ali Haydar Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Önemli Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.15, S.1, s.107 vd.

2 [redacted]

4 Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratikte Boşanma Yargılaması Hukuku, C. II, Ankara 2009, s.1157.

Evlilik birliğinde eşlerin çocukların bakımına ve yetiştirilmesine birlikte özen göstermek yükümlülüğü vardır. Bu özen yükümlülüğünün çocuğun yüksek yararına uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir.[5] Çocuğun yüksek yararından anlaşılması gereken çocuğun bedensel, duygusal, zihinsel ve sosyal gelişim bakımlarından öncelikli olmasını gösteren geniş anlaşılması gereken bir kavramdır.[6] Bu kavram, çocuğun aile içinde anne ve baba ile menfaatlerinin çatışması halinde öncelikli olarak çocuğun yararlarının korunmasını hedefler. Eşler, boşanmadan sonra çocuklar eşlerden birine bırakıldığı için ayrı olarak bu yükümlülüğü ifa etmek zorundadır. [7]

İştirak nafakasının kapsamına anne veya babanın çocuğun tedbir nafakasındaki gibi bütün masraflarına katılması girmez, sadece hâkimin takdir edeceği orandaki masraflarla yükümlülük söz konusudur.[8]

2. İştirak Nafakası Davasında Usul Hükümleri

TMK. m. 329 hükmüne göre iştirak nafakası davasında davacı olma hakkı, küçüğe fiilen bakan anne ve babaya; ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hallerde atanacak kayyıma veya vasiye ve ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe tanınmıştır. İştirak nafakası isteme hakkı, velayetin fiilen kullanılmasına bağlı bir hak olduğu için, çocuğun velayeti kendisine verilen taraftır.[9] Bu maddenin gerekçesinde ayırtım gücüne sahip olan küçüğün nafaka istemesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Küçüğe fiilen bakan anne ve baba diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir. Anne ve baba evli değilse anne ile çocuk arasında soybağı doğumla kurulduğundan velayet anneye aittir. Bu nedenle annenin davacı veya davalı olmasında bir sorun yaşanmaz. Baba bakımından ise baba ile çocuk arasında soybağı kurulduktan sonra baba

5 Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", Prof. Dr. Şener Akyol 'a Armağan, İstanbul 2011, s. 3.

6 Abik, s.3.

[redacted]

9 Bozovalı, s.148; Ceylan, s.177.

nafaka davasının davacısı veya davalısı olacaktır.[10] Kayyım, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için TMK. m. 329/II hükmündeki durumlarda kayyım atanır, bu davayı kayyım açabilir. Vasi, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için TMK.m.329/II hükmü gereği vasi atanır, bu davayı vasi açabilir.

Velayetin kaldırılması halinde, anne ve babanın çocuğun eğitim giderlerini ödeme güçleri olmadığı için yerine getirmeleri mümkün değil ise, bu giderleri Devlet karşılar (TMK. m. 350/II). Bu nedenle anne ve baba ödeme güçlerine kavuştuklarında Devlet de anne ve babaya rücu ederek iştirak nafakası davası açabilir. Özel yasalara göre çocuğa bakan kurumlar da çocukla ilgili anne ve babaya karşı nafaka davası açabilir .[11]

İştirak nafakası davasında davalı olma hakkı, küçüğe fiilen bakamayan anne ve babaya; velayet hakkı kendisine verilmeyen anne veya babaya; ayırtım gücüne sahip olmayan küçüğe atanan vasi veya kayyım tarafından açılan davada küçüğün anne ve babasına; ayırtım gücüne sahip küçük tarafından açılan davada küçüğün anne veya babası veya davacının dava ettiği davalıya aittir. Devlet veya çocuğa bakan kurum tarafından açılan davada anne, baba veya nafaka ile yükümlü olanlar davalıdır.[12]

Görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair K. m. 4 hükmüne göre 7421 sayılı TMK. 3. kısım hariç olmak üzere 2. Kitabı konusu olan aile hukukundan doğan dava ve işlerle ilgili olarak 20.04.2004 tarihinden sonra Aile Mahkemesidir, Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde görevli Asliye Hukuk Mahkemesidir.[13] Yetkili mahkeme, boşanma davasında iştirak nafakası talep edilmiş ise, boşanma davasına bakmakla yetkili olan mahkemedir, bu mahkeme eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesi veya eşlerin davadan önce son altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir (TMK. m.168).Burada boşanma davalarında yet-

10 Ömer Uğur Gençcan, Velayet Hukuku, Ankara 2015, s.352.

11 [redacted]

12 Ceylan, s.177, 178.

13 [redacted]

kili mahkemeyi seçme imkânı kesin yetki kuralı öngörülmemiştir.[14] Bağımsız olarak açılan iştirak nafakası davasında TMK.m.177 hükmü gereği nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

İştirak nafakası istemine ilişkin bir davada mahkemenin basit yargılama usulüne tabi olduğu gerekçesiyle dosya üzerinde inceleme neticesinde bir karar vermesi nedeniyle davalı taraf temyiz etmiştir. Y. 3. HD. T.10.09.2015 E.2015/5980 K.2015/13972 sayılı kararında [15] dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda davanın esasına yönelik karar verilip verilemeyeceği hususu incelenmiştir. HMK. m. 27 hükmüne göre davanın tarafları kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Her ne kadar HMK. m. 320 /I hükmünde tarafların duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar vereceği belirtilmiş ise de bunun ancak ön inceleme aşamasında ve mümkün olan hallerde olduğu belirtilmiştir. HMK. m. 137 hükmünde dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılacağı, ön incelemede dava şartlarının ve ilk itirazların inceleneceği, uyuşmazlık konuları tam olarak belirlenip, hazırlık işlemleri ile tarafların serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onların sulhe teşvik edileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez. Dosya üzerinden karar verilmesi mümkün olan ön inceleme işlemleri dava şartları ve ilk itirazlardır. Hâlbuki mahkemece dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra öncelikle dosya üzerinden dava şartları ve ilk itirazların incelenerek olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi; dosya üzerinden karar verilemeyen dava şartları ile ilk itirazlar hakkında karar verilmek ve diğer ön inceleme işlemlerini yapmak üzere tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesi, ön inceleme duruşmasında gerekli usul işlemleri yapıldıktan sonra gerekli görülmesi halinde tahkikat duruşmasına geçilerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmediğinden kanımızca *isabetli olarak mahkemenin kararını Y. 3. HD. bozmuştur.*

Y.2. HD. T.02.06.2011 E.2010/8242 K.2011/9737 sayılı kararında[16] iştirak nafakasının boşanmanın fer'ilerinden olup harç gerekmeden boşanma ve ayrılık davasının her aşamasında yazılı veya sözlü olarak talep edilebileceği gibi talep olmasa bile hâkim tarafından kendili-

14 Gençcan, Usul, s.132; Gençcan, Velayet, s.351.
15 *Legal Hukuk Dergisi,* C.14, S.157/Yıl: 2016, s.324-325.
16

ğinden dikkate alınması gereklidir. Dava dilekçesinde talep olmadığı halde sonradan iştirak nafakası istenmesi davanın veya talebin genişletilmesi niteliğinde olmayıp, istenmesi hatta artırılması için ıslaha da gerek yoktur. "*Kanımızca Y. 2. HD. bu kararında boşanma davası sırasında ve boşanmadan sonra iştirak nafakası istenebileceğini isabetli olarak vurgulanmıştır.* Boşanma davasından sonra açılacak velayet davasında talebe gerek olup olmadığı konusunda YHGK. 'nun 24.09.2008 tarihli 2008/2-539 E. Ve 2008/559 K. sayılı kararında[17] "velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır." hükmünü içermektedir. Ancak bu hüküm boşanma davasıyla birlikte velayetin düzenlenmesi hali için geçerli olup boşanma davasından sonra açılan davalarda eğer istem yoksa veya açıkça istenmediği belirtilmiş ise iştirak nafakasına re 'sen hükmedilmez. (HUMK. m.72, 74)". Bu YHGK. Kararına göre boşanma davası sonrasında açılan velayet davasında açıkça iştirak nafakası talebinde bulunulması gerektiği düzenlenmiştir. Velayet davasının amacı dikkate alındığında çocuğun velayetinin anne veya babadan kimde kalacağının belirlenmesi olduğundan mahkemenin re 'sen nafakaya hükmetmesi kanımızca da gerekmemektedir.

Nafaka davası açılınca hâkim dava süresince gerekli olan önlemleri davacının istemi üzerine alabilir (TMK. m. 332/I).

Anne ve babanın nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmezler ise veya kaçma hazırlığı içindeyseler veya mallarını gelişigüzel harcadıkları veya heba ettikleri kabul edilebilirse hâkim gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına veya gerektiğinde diğer önlemlerin alınmasına karar verebilir (TMK. m. 334).

İştirak nafakası kamu düzeni ile ilgili olduğundan önceden feragati mümkün değildir. Y. 3. HD. T.13.09.2010 E. 2010/9685 K. 2010/13957 sayılı kararında [18] "Boşanma davası sırasında annenin, velayeti altında bulunan küçüğün menfaatine aykırı olarak ve henüz tahakkuk etme-

17 Yağmur Ünsal," Nafaka Çeşitleri", *İstanbul Barosu Dergisi,* C.90, 2016/5, s.212.

18 Sıla Tuna, "Boşanmanın Mali Sonuçlarından İştirak ve Yoksulluk Nafakası", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89 2015/3 s.300 dn.21.

miş (doğmamış bir alacaktan) iştirak nafakasından feragati geçersizdir. Feragate ilişkin beyanı, küçüğün ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakayı kapsamaz. İştirak nafakası her an doğup işleyen haklardandır". Anlaşmalı boşanma sırasında velayet hakkı kendisine bırakılan eşin, o zaman iştirak nafakası istememesi sonradan istemesine engel değildir. [19]

Aile hukukunu ilgilendiren konulardaki uyuşmazlıkların çoğalması nedeniyle, aile mahkemelerinin iş yükü artmıştır. Bu durumda alternatif uyuşmazlık çözüm metotlarından biri olan arabuluculuğa olan ilgiyi dünyada ve ülkemizde artırmıştır.[20] Aile arabuluculuğu kapsamına alınan velayet ve boşanma ile ilgili konular, bizim hukukumuz yönünden tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri alanlar olmadığı kabul edilmektedir.[21]

Dünyada ise aile uyuşmazlıklarında dava yoluna gidilmesinin aile sorunlarının çözümünü zorlaştırdığı düşüncesi nedeniyle arabuluculuk yolu etkili olmaktadır.[22] Avrupa 'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 'nin Aile Arabuluculuğu Hakkında R (98) 1 sayılı Kararı aile ilişkilerinin korunması için, ailede uzlaşma sağlanmasının önemini vurgulamıştır.

Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar, boşanan aileler arasındaki karşılıklı ilişkilerin devam etmesinde etkili olduğu, bu anlaşmaların, taraflar arasındaki anlaşmazlıkları azalttığı ve çocuklarla aileler arasındaki iletişimin devamında yararlı olduğu düşünülmektedir. Aileler, kendi kararlarını verebilen ailelerin, bu anlaşmalara uyuma olasılığı daha yüksek görülmektedir. Ailelerce karşılıklı anlaşma yoluyla verilen kararların uzun süre uygulanabileceği ve çocukların menfaatlerini koruyabileceği ileri sürülmektedir.[23]

---

19 Tuna, s. 300 dn. 22 (Y. 2.HD. 06.11.1992 – 11099/10953; YHGK. 01.12.1993 – 2-566/772).

20 Cem Özcan, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, S. 9, Haziran 2017, s.384.

21 Huriye Reyhan Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Uygulanabilirliği ", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* 2015, sayı:23, s.60.

22 Mustafa Özbek, " Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, 2005, s.77 vd.

23 Özbek, s.77 vd.

3. İştirak Nafakasının Belirlenme Esasları

İştirak nafakasının kapsamı, tarafların nafaka miktarı konusunda anlaşmaları ile veya anlaşma yok ise hâkim tarafından TMK. m. 330 hükmündeki esaslara göre belirlenir. Bu hükme göre, hâkimin iştirak nafakasını belirlerken göz önüne alacağı ölçütler, çocuğun ihtiyaçları, anne ve babanın hayat koşulları ve anne ve babanın ödeme güçleri ve çocuğun gelirleridir.

TMK. m. 330 hükmüne karşılık gelen ancak daha farklı olan İsviçre hukukunda İMK. m. 285 hükmüne [24] göre " *İştirak nafakası, çocuğun ihtiyaçları, ana ve babanın mali durumu, çocuğun malvarlığı ve gelirleri dikkate alınır.*

Ana ve baba ile üçüncü kişilerin çocuğun yükümlülüğünü karşılamalarını garanti eden bir nafakadır.

İştirak nafakasının miktarı önceden *hâkim tarafından belirlenebilir.* Hâkim *ödeme vadelerini belirler*". Bu hükümde iştirak nafakasının hesaplanmasının nasıl olacağı açıklanmamıştır, nafakanın belirlenmesinde göz önüne alınacak esaslar yanında indirimine etkili olan etkenler de belirtilmiştir.[25]

Uygun olan güvenceleri nafaka yükümlüsünün ekonomik ve sosyal şartlarına göre hâkim belirler. Bu güvence kişisel veya ayni bir güvence olabilir.[26] Diğer güvenceler, belirli bir miktar paranın bir banka hesabına depo edilmesi olabilir.[27]

İştirak nafakasına hükmedilebilmesi için tarafların istemde bulunmasına gerek yoktur. Taraflar, istemde bulunmasa da, hâkim re'sen iştirak nafakasına hükmedecektir.[28] Nafaka miktarı da hâkim tarafından serbestçe belirlenir. Ancak hâkim bu anlaşmayı göz ardı ederek, boşanma ve ayrılığın çocuklar ile ilgili sonuçlarını re'sen düzenleyebilir. HUAK. m.1/II uyarınca, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda arabuluculuk mümkün olduğundan ve bo-

[24] Bu hüküm, 20 Mart 2015 tarihli Federal Kanun ile değiştirilip 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
[25] Ceylan, s.180.
[26] Sevgi Usta, Velayet Hukuku, İstanbul 2015, s.259.
[27] Gençcan, Velayet, s.357.

şanma ve ayrılığın çocuklara ilişkin sonuçları, arabuluculuğa elverişli değildir. Zira bunlar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan değildir. Çocuk, kendi haklarını koruyamayacak bir konumdadır. Ana ve babanın anlaşarak çocuğa zarar verebilecek bir anlaşmaya varabilmeleri mümkündür. Bu sebeple velâyetin hangi eşe bırakılacağı, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının ne şekilde kullanılacağı ve iştirak nafakasına ilişkin uyuşmazlıklara arabuluculuk yöntemi ile çözüm bulunması mümkün değildir .[29]

a. Tarafların Nafaka Miktarı Konusunda Anlaşmaları

Tarafların anlaşmasıyla iştirak nafakası belirlenebilir. Taraflar, boşanma davalarında iştirak nafakasının miktarı, artırma oranı, süresi, hangi cins para ile ödeneceği konusunda serbestçe anlaşabilirler.[30]

İsviçre Hukukunda İMK. m. 287-288 hükümlerinde periyodik ve toptan ödemeler başlığı altında anlaşmayla nafakanın belirlenmesi düzenlenmiştir.[31] İştirak nafakasının periyodik ödenmesi İMK .m. 287 hükmünde şöyle düzenlenmiştir:

"İştirak nafakasıyla ilgili *anlaşmalarda vesayet makamının (çocuk esirgeme makamı) anlaşmayı onaylaması ili çocuk anlaşmayla bağlanmaktadır.*

Tarafların anlaşmalarıyla belirlenen iştirak nafakası değiştirilebilir. Ancak tarafların yaptığı değişikliğin vesayet makamının onaylamasına ihtiyacı olmamalıdır.

Tarafların yaptıkları anlaşma yargılama sırasında yapılmışsa anlaşmayı onaylamada hâkim yetkilidir. "

İştirak nafakasının toptan olarak ödenmesi İMK.m.288 hükmünde[32] şöyle düzenlenmiştir:

"Çocuğun yararı gerektiriyor ise *taraflar iştirak nafakasının toptan ödeneceğine karar verebilirler.*

---

29 Kaplan Güler Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014, s. 167; Uyumaz, Alper/ Kemal Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 17, S. 1, 2015, s. 157.

30 Usta, s.256.

31 Ceylan, s.181.

32 Bu hüküm, 20 Mart 2015 tarihli Federal Kanun ile değiştirilip 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Tarafların yaptıkları anlaşmayı vesayet makamı veya hâkim onaylamış ise veya onların belirledikleri nafaka toptan re 'sen ödenmiş ise bu anlaşma çocuğu bağlamaktadır."

İsviçre Hukukunda iştirak nafakasıyla ilgili anlaşmalar, nafaka borçlusu ana-baba ile çocuk arasında yapılmaktadır.[33] İştirak nafakasının anlaşmayla belirlenmesinde vesayet makamının onayının aranmasının sebebi çocuğun menfaatlerinin korunması içindir. Hâkim, tarafların anlaşmasını hakkaniyete uygun bulmaz ise onaylamayacaktır. Eğer ortak velayeti ana ve baba kullanacaklar ise her birinin ödeyeceği iştirak nafakası miktarının anlaşmada bulunması gereklidir.[34]

b. Taraflar Arasında Anlaşma Olmaması Halinde Hakimin Nafaka Miktarını Belirlemesi

İştirak nafakasının miktarını etkileyen unsurlar, çocuğun kişiliğine bağlı ve anne ve babayla ilgili unsurlardır. Çocuğun kişiliğine bağlı unsurlar, çocuğun yaşı, sağlık durumu, eğitimi ile ilgili şartlar ve mali durumudur. Anne ve babaya ilişkin unsurlar, anne ve babanın sosyal durumu, ödeme gücü, ödeme gücüne sahip olmaması durumunda çocuklara fiilen bakmış olup olmamasıdır.[35]

İştirak nafakasının kapsamına çocuğun bedensel ve zihinsel gelişimi için gereken her değer girdiği, çocuğun sadece giyimi, yiyecek giderleri değil, çocuğun kültürel ihtiyaçlarının da önemli olduğu, tedavi masrafları, iş kurma parası da girmektedir.[36]

Yargıtay kararlarında iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünün hangi durumlarda doğduğu hangi durumlarda olmadığı konusunda yol gösterici ilkeler görülmektedir. İştirak nafakasına hükmedilmeyen durumlara örnek olan kararlardaki gerekçeler, mali gücü olmayan eşin bu yükümlülüğü olmadığı[37], lehine yoksulluk nafakası takdir edilen eşin iştirak nafakası ile sorumlu tutulamayacağı [38], kendisi yoksul

---

33 C. Hegnauer,/Ph Meier, Droit Suisse de la filiation et de la famille, 4. éd . Berne 1998, s.142.
34 Ceylan, s.181.
35 Akyüz, s.229; Ünsal, s.213.
36 Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017, s.245.
37 Y. 2. HD. T.11.12.2014 E. 2014/14461 K.2014/25529 sayılı kararı (Ömer Uğur Gençcan, Aile Mahkemeleri Davaları, 2. Bası, Ankara 2017, s.547.)
38 Y. 2. HD. T. 09.05.2011 E.2010/7445 K.2011/7958 (Gençcan, Aile, s.553).

olan ana veya babanın iştirak nafakası ile sorumlu tutulamayacağı[39], babanın gücünü aşar şekilde nafaka yükümlülüğü olmadığı[40], müşterek çocuk ile genetik baba arasında hukuki bağ kurulmadan mahkemece genetik baba aleyhine nafaka hükmedilmeyeceği yönündedir.

İsviçre Hukukunda İsviçre Federal Mahkemesi iştirak nafakasının miktarını belirlerken kural olarak nafaka yükümlüsünün gerçek gelirini dikkate almaktadır, nafaka ödeyecek kişinin gerçek gelirinden daha fazla kazanabilmesi durumunda gerçek gelir kriteri yerine fiktif bir gelir belirlemektedir.[41]

4. İştirak Nafakasının Süresi, Ödenme Şekli ve Faiz

İştirak nafakasının başlangıcı boşanma kararının kesinleştiği tarihtir.[42] Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava ile iştirak nafakasının istenmesi halinde dava tarihinden itibaren geçerli olarak hükme bağlanır.[43]

İştirak nafakasının süresi, TMK. m. 328 (İMK.m.277) hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre anne ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Ancak bu kural mutlak bir kural değildir. Çocuk, edindiği meslek ve sanatı ile kendisini geçindirebiliyorsa veya elde ettiği sanatla, meslekle kendisini geçindirmesi mümkün olabilecek bir durum söz konusu olabilirse, iştirak nafakası yükümlünün istemi üzerine çocuk erginliğe ermeden kesilebilir.[44]

Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyor ise kural olarak anne ve baba durum ve koşullara göre eğitimi sona erene kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür. İştirak nafakası henüz reşit olmamış çocuk için bağlanabilecek bir nafaka olduğundan, iştirak nafakası alan çocuk artık reşit olduğu için iştirak nafakasını alamayacaktır. Bu durumda anne veya babalarından yardım nafakası talep etme imkânları vardır. Yargıtay'ın kararlarında da bu yönde eğilim olduğu görülmektedir.[45]

---

39 Y. 2. HD. T. 11.10.2011 E.2011/15700 K. 2011/15460 (Gençcan, Aile, s.555).
40 Y. 3. HD. T. 21.12.2006 E.2006/16359 K.2006/18199 (Gençcan, Aile, s.557).
41 Ceylan, s. 183 dn.1030 (ATF 6 Temmuz 2003, http: // wwwsrv.bger.ch/)
42 Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, C. II, Ankara 1988, s.1969.
43 Yalçınkaya/Kaleli, s.1863.
44 Tuna, s.299.
45 Y. 3. HD E. 2004/2886 ve K. 2004/2859 sayılı bir kararında "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 328/1 inci maddesine göre; babanın çocuğuna bakma mükel-

TMK.m.330 /II hükmüne göre iştirak nafakası, her ay "peşin" ödenir. Ancak hâkim istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir (TMK. m. 330/III). Burada alacaklının mağduriyetinin önlenmesi için enflasyona karşı önlem olarak hâkimin gelecek yıllarda yapılacak artırım oranıyla ilgili karar verilmesi imkânı kabul edilmiştir.[46]

İştirak nafakası özelliği gereği "irat" şeklinde karara bağlanır. Türk hukukunda iştirak nafakasının taraflar arasında yapılacak anlaşmayla toptan ödenmesi konusunda bir hüküm yoktur, bu nedenle sadece irat şeklinde ödeneceği esası geçerlidir. Oysa İMK.m.288/I hükmünde çocuğun yararı varsa istisnai olarak toptan ödenebilir. Öztan'a[47] göre TMK.'da toptan ödenebileceğine ilişkin bir düzenleme yoksa da çocuğun yararı var ise ve toptan ödemenin meblağın uygun olması koşuluyla olabileceği kanısındadır. Özellikle toptan ödemenin anne ve babanın gelirinin belirsiz olduğu durumlarda veya malvarlıklarını tüketebileceklerinden kaygı duyuluyor ise veya anne babanın yurtdışına yerleşme veya anne ve babanın ölümünün yakın olduğu ihtimallerde çocuk lehine olduğu düşüncesine dayanılmaktadır. Anne ve babanın kazancının iyi olması halinde ise toptan nafakanın ödenmesinin çocuğun aleyhine olduğunu düşünülmektedir.

İştirak nafakasına dava tarihinden hüküm tarihine kadar faiz yürütülemez, faiz iştirak nafakasıyla ilgili kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.[48]

---

lefiyeti onun reşit olmasıyla sona erer. Küçük reşit olduktan sonra da eğitimine devam ediyorsa (TMK.'nın 328/2nci maddesi) bu takdirde; kendisi yeni bir dava açarak yardım nafakası talebinde bulunabilir. Dolayısıyla küçüğün reşit olduğu tarihte hükmedilen iştirak nafakası kanun gereği kendiliğinden sona ereceğinden, hükümde ayrıca belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır." (Ünsal, s.214 dn.13) Yargıtay 12. HD. E.2005/12338 ve K. 2005/16008 sayılı kararında "MK.'nın 328/2nci maddesi gereğince; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve babanın eğitim sonuna kadar çocuğa bakma görevi için yapılacak ödemeye veya MK.'nın 364 üncü maddesinde öngörülen yardım nafakasına hükmedilmeden sona eren iştirak nafakasının yorum yoluyla sürdürülmesi mümkün değildir. Burada, "ilam hükmünü ortadan kaldırmak" değil, "uygulama sahasını saptamak" söz konusudur. O halde, şikâyetin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir." (Ünsal, s.214 dn.14).

46 [redacted]

47 Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s.1051.

48 Y. 2. HD. T.05.06.1997 E.1997/519 K.1997/6469 (Özuğur, s.189).

5. İştirak Nafakası Miktarının Durumun Değişmesi Halinde Yeniden Belirlenmesi

Tarafların durumlarında veya hayat şartlarında boşanma kararından sonra çeşitli değişiklikler söz konusu olabilir. Bu nedenle iştirak nafakasının yeniden belirlenmesi ihtiyacı doğar.[49] TMK.m.331 hükmüne göre hâkim durumun değişmesi halinde istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya nafakayı kaldırır.

İştirak nafakasının yeniden belirlenmesi için dava açılması durumunda çocuğun ihtiyaçlarına, eğitim durumuna, çocuğun yaşına ve anne ve babanın gelir durumuna göre nafakanın yeniden belirlenmesi gerekir, çocuğun gelir elde etmesi halinde anne ve babanın ekonomik durumlarına göre istem halinde nafaka kaldırılabilir. [50]

a. İştirak Nafakasının Artırılması İle İlgili Yargıtay Kararları

Yargıtay kararlarında iştirak nafakası miktarının artırılması hakkında TMK. m.4 hükmü gereği hakkaniyet ilkesi gözetilerek karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Y. 3. HD. T.30.11.2016 E. 2016/9413 K.2016/13704 sayılı kararında,[51] davacı vekili tarafların… 4. Aile Mahkemesi'nin 2011/430 E. 2012/63 karar sayılı ilamı ile boşandıklarını, 18.10.2005 doğumlu müşterek çocuğun velayetinin davacıya verildiğini ve lehine 250 TL iştirak nafakasını bağlandığını, 2012 yılında hükmedilen bu nafakanın günün ekonomik koşulları ve müşterek çocuğun büyümesi ve ihtiyaçlarının artması sonucu yetersiz kaldığını ileri sürerek aylık 750 TL ye iştirak nafakasının artırılmasını istediği ve Mahkemenin, 09.09.2015 tarihinden itibaren iştirak nafakasını 300 TL'ye çıkarılması kararı verdiği belirtilmiştir. Yargıtay 3. HD. önüne gelen davayla ilgili bu olayı değerlendirirken tarafların sosyal ekonomik durum araştırması yapmıştır. Davacının özel sektörde çalıştığı ve aylık olarak 2.200 TL maaş aldığı, kira ödediği, davalının ise fabrikada işçi olarak çalıştığı ve aylık 2.200 TL maaş aldığı ve kira ödediği tespit edilmiştir. Boşanmaya ilişkin davanın tarihinin 13.05.2011 olması nedeniyle, bu davanın açıldığı ta-

---

49 Turgut Akıntürk /Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2016, s.317.

50 Akıntürk/Ateş, s.318.

51 (www.kazanci.com.tr)

rihte itibariyle arada 4 yıl geçmesi nedeniyle müşterek çocuğun büyümesi ve ihtiyaçlarının artması karşısında nafaka miktarının düşük kaldığı kanısına varılmıştır. Bu nedenle en azından TÜİK 'in yayınladığı ÜFE artış oranında iştirak nafakasının artırılmasına karar verilmesi gerekirken, düşük artırıma karar verilmesi nedeniyle mahkemenin kararı bozulmuştur. *Kanımızca* Y. 3. HD. T.30.11.2016 E. 2016/9413 K.2016/13704 sayılı kararı isabetli olup, nafaka miktarının artırılmasında etkili olan en önemli faktörler, çocuğun büyümesi ve bu nedenle ihtiyaçlarının artması ve paranın değer kaybetmesi nedeniyle ortaya çıkan fark nedeniyledir.

Y. 3. HD. T.24.11.2016 E. 2016/9012 K.2016/13366 sayılı kararında[52] davacı, tarafların… Aile Mahkemesi'nin 2010/296-273 E. K. sayılı kararı ile boşandıklarını, boşanma sonucunda müşterek çocuğun velayetinin davacıya bırakıldığını ve lehine 250 TL iştirak nafakası hükmedildiğini, aradan geçen sürede değişen ekonomik koşullar, çocuğun büyümesi ve ihtiyaçlarının artması nedeniyle nafakanın yetersiz kaldığını ileri sürerek aylık 2000 TL'ye artırılmasını istemiştir. Mahkemece iştirak nafakasının 750 TL'ye artırılmasına karar verilmiştir. Yargıtay önüne gelen davayla ilgili kararında, somut belgelerden tarafların anlaşmalı boşandıkları 29.03.2007 doğumlu müşterek çocuğun velayetinin anneye bırakıldığı ve aylık 250 TL'ye hükmedildiği, kararın temyiz edilmeden 09.12.2013 tarihinde kesinleştiği, davacı kadının 19.04.2012 'de yeniden evlendiği, 03.09.2013 doğumlu bir çocuğunun olduğu, davalının da 06.02.2011 tarihinde yeniden evlendiği 11.05.2012 ve 17.12.2013 tarihli iki çocuğu olduğu, davacı kadının ev hanımı olduğu, çalışmadığı, geçimini eşinin sağladığı, davalı babanın ise… Mobilya Rize şubesinin şirket ortağı olduğu, gelirinin değişik olduğu, babasına ait evde oturduğunun tespit edilmiştir. Yargıtay kararında, Mahkemenin nafaka yükümlüsü davalı babanın gelir durumu yeterli araştırma yapmadığını, davalı babayı ödemede zorlamayacak şekilde çocuğun ihtiyaçları dikkate alınarak TMK. m. 4 hükmündeki hakkaniyet ilkesine uygun olarak arttırmaya karar verilmediğini belirtmiştir. *Kanımızca davalı babanın gelir durumunun net olarak tespit edilmemesi nedeniyle isabetli olarak mahkemenin kararı bozulmuştur.*

52 (www.kazanci.com.tr)

Y.3. HD. T.03.11.2016 E.2016/8687 K.2016/12427 sayılı kararında[53] davacı vekili .. 11.07.2006 tarihli kararı ile müşterek çocuk lehine olan iştirak nafakasının aylık 120 TL'ye çıkarıldığını aradan 9 yıl geçtiğinden paranın satın alma gücünün azaldığını, çocuğun lisede okuduğunu, ihtiyaçlarının arttığını, nafakanın yetersiz kaldığını ileri sürerek 400 TL'ye çıkarılmasını istemiştir. Mahkemece davalının ekonomik ve sosyal durumunda nafaka artırımını gerektirir önemli bir değişiklik olmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Yargıtay önüne gelen davayla ilgili kararında, mahkemenin çocuğun büyümesinin, eğitiminin devam etmesinin, ihtiyaçları artırdığını dikkate alarak davalı babayı zorlamayacak şekilde TMK. m. 4 'deki hakkaniyet ilkesine göre davacı annenin de katkısı düşünülerek dengeyi sağlayacak bir miktar iştirak nafakası artışına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. *Kanımızca, isabetli olarak paranın satın alma gücünün yıllar içinde azaldığının ve çocuğun zamanla ihtiyaçlarının daha da artacağı unsurları nedeniyle Y.3. HD*. İsabetli *olarak mahkemenin kararı bozulmuştur.*

Y. 3. HD. T. 27.10.2016 E.2016/8868 K.2016/12192 sayılı kararında,[54] davacı tarafların 24.04.2014 tarih ve 2014/376-398 E. K. sayılı ilamı ile boşandıklarını, çocuk lehine 150 TL iştirak nafakası bağlandığını, çocuğun ihtiyaçlarının artması nedeniyle nafakanın 750 TL'ye çıkarılmasını istemiştir. Mahkemece, nafakanın artırılarak dava tarihinden itibaren 750 TL'nin davalıdan tahsiline, nafakanın TEFE-TÜFE oranında artırılmasına karar verilmiştir. Tarafların 29.04.2014 tarihinde anlaşmalı olarak boşandıklarını, 2008 doğumlu müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verildiğini ve karar ile iştirak nafakasının 150 TL belirlendiğini, temyiz edilmeden 29.04.2014 tarihinde kararın kesinleştiği, eldeki davanın 05.05.2015 tarihinde açıldığı, davacı kadının ev hanımı olduğu, çalışmadığı, babasının evinde oturduğu, müşterek çocuğun ilkokul 1 . sınıfta okuduğu, davalı babanın simitçilik yaparak asgari ücret aldığı, babasının evinde oturduğu bilgileri dosyada vardır. Yargıtay, önüne gelen davayla ilgili kararında, mahkemenin davalı baba hakkında davalının geliriyle ilgili tam ve sağlıklı araştırma yapmadığını, nafakanın takdir edildiği tarih ile eldeki dava arasında geçen süre, müşterek çocuğun yaşı, eğitim durumu, ihtiyaçları ile babayı ödemede

53 (www.kazanci.com.tr)
54 (www.kazanci.com.tr)

zorlamayacak şekilde nafakaya karar vermediğinden kararı bozmuştur. *Kanımızca Y. 3. HD., mahkemenin davalı babanın ekonomik durumunu yeterince araştırmaması nedeniyle isabetli olarak mahkemenin kararını bozmuştur.*

Y.3. HD. T.04.03.2015 E.2014/17403 K.2015/3510 sayılı kararında,[55] davacı vekili tarafların boşandıklarını, müşterek çocuğun velayetinin davacıya verildiğini, aylık 150 TL iştirak nafakasına hükmedildiğini, davacının çocuğun ihtiyaçlarını karşılamakta zorlandığını, şu an 9 yaşında olan çocuğun 4 yaşından beri A tipi otizm epilepsi rahatsızlığı ile annesi ile birlikte mücadele verdiğini, nafakanın 850 TL'ye yükseltilmesini istemiştir. Mahkemece, iştirak nafakası 200 TL olmasına karar verilmiştir. Dosya kapsamında tarafların 19.09.2011 tarihinde boşandıkları, 14.03.2004 doğumlu çocuğun velayetinin davacı anneye verildiği, 22.05.2014 tarihinde nafakanın 200 TL 'ye yükseltilme kararı verildiğini, davalı babanın serbest meslek erbabı olup camcılık yaptığı, çocuğun hastalığı nedeniyle tedavi gördüğü ve bu tedavinin özel bakım gerektirdiği, çocuğun öğrenci olduğu görülmüştür. Yargıtay, önüne gelen davayla ilgili kararında, mahkemenin takdir ettiği nafaka miktarını hakkaniyet ilkesine göre uygun bulmamıştır. *Kanımızca da Y. 3. HD., isabetli olarak çocuğun özel durumu gereği tedavi masraflarının ve yaşının büyümesi nedeniyle ihtiyaçlarının artması nedeniyle mahkemenin kararını bozmuştur.*

Y. 3. HD. T.12.03.2015 E.2015/437 K.2015/4063 sayılı kararında,[56] davacı vekili, çocuk için 300 TL olan nafakanın yetersiz kaldığı iddiasıyla 1200 TL 'ye yükseltilmesini istemiştir. Mahkemece, iştirak nafakasının 1300 TL'ye çıkarılmasına ve her yıl TÜFE oranında artırılmasına karar verilmiş, hükmün davalı vekilince temyizi üzerine talebi aşan şekilde karar verilmesi doğru bulunmadığından 21.05.2014 gün ve 2014/107 -7897 sayılı kararı ile bozulmuştur. Bunun üzerine Mahkeme 1200 TL'ye nafakanın yükseltilmesine ve her yıl TÜFE oranında artırılmasına karar verilmiştir. Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay önüne gelmiştir. Dosya kapsamından, davacının mühendis olduğu 2800 TL maaş aldığı, 725 TL kira ödediği, yarı hisseli daire ve bir otomobili bulunduğu, davalının ise proje subayı olduğu 3150

55 (www.kazanci.com.tr)
56 (www.kazanci.com.tr)

TL maaş aldığı, lojmanda oturduğu, 235 TL kira, 150 TL yakıt parası ödediği, kredi borcu olduğu, müşterek çocuğun 9 yaşında olduğu ve devlet okulunda okuduğu anlaşılmıştır. Davalı nafaka miktarı olan 300 TL dışında da harcamaları olduğunu, nafaka dâhil toplam 1500 TL harcama yaptığını ileri sürmüştür. Yargıtay, önüne gelen davayla ilgili kararında, mahkemenin takdir ettiği nafaka miktarını fazla bulduğundan hakkaniyet ilkesine göre uygun bulmamıştır. Kanımızca da Y. 3. HD. bu kararında davacı annenin çalışması nedeniyle ve davalının müşterek çocuk için yaptığı harcamalarda nafaka miktarının belirleyici olmadığı düşüncesiyle bu sonuca varmıştır.

Y.3. HD. T.10.09.2015 E.2015/4648 K.2015/13921 sayılı kararında [57] davacı vekili davalı ile davacının... Mahkemenin 17.03.2011 tarih 2010/872 E.2011/329 K. sayılı ilamıyla boşandıklarını, anneye 200 TL yoksulluk nafakası verildiği çocukların velayetinin anneye verildiği, çocuklar için 200 TL nafaka miktarının yetersiz kaldığından her biri için 500TL olmasını talep etmiştir. Mahkeme çocukların nafaka bedelini 230 TL ye çıkarmıştır. Somut olayda müşterek çocukların 2000 ve 2004 doğumlu olup eğitim çağında oldukları, davalı babanın işçi olduğu, aylık gelirinin 2400 TL olduğu 620 TL kira ödediği görülmüştür. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği, günün ekonomik koşulları, müşterek çocukların yaşı ve ihtiyaçları, iştirak nafakasının hükmedilen tarih ile bu davanın açıldığı tarih arasındaki süre dikkate alındığında mahkemece takdir edilen bedelin az olduğu, davalı babanın geliri ile orantılı olacak şekilde TMK.m.4 'deki hakkaniyet ilkesine göre uygun bir nafakaya hükmedilmemesi nedeniyle mahkemenin kararını bozmuştur. *Kanımızca Y. 3. HD. 'nin bozma gerekçesi çocukların eğitim masraflarını dikkate aldığından isabetlidir.*

Y.3. HD. T.08.02.2016 E.2015/19441 K.2016/1191 sayılı kararında [58] " davacı... Mahkemenin 2011/377 E. 2012/116 sayılı ilamıyla velayetin kendisinde olan çocuk için iştirak nafakasının 290 TL hükmedildiğini, davalının *340 TL ödemeye devam ettiğini ancak yetersiz kaldığını iddiayla 700* TL'ye *yükseltilmesini istemiştir. Mahkeme nafakanın artırılmasının reddine karar vermiştir. So*mut olayda çocuğun yaşının büyümesi eğitiminin devam etmesi, ihtiyaçlarının artması nedeniyle babayı ödemede

[57] [redacted]

zorlamayacak şekilde nafaka miktarının takdir edilmemesi nedeniyle mahkemenin kararını bozmuştur. *Kanımızca Y. 3. HD. 'nin bozma gerekçesi çocukların eğitim masraflarını dikkate aldığından isabetlidir.*

Y.3. HD. T.20.10.2011 E.2011/11045 K.2011/16055 sayılı kararında[59] davacı vekili, tarafların boşandığını, velayeti davalı anneye verilen çocuğun 4 ay annede kaldığını, daha sonra bakamayacağını söyleyince davacının yanına alarak bakmaya başladığını ve 6 yıl boyunca davacı baktıktan sonra davalının çocuğu şu anda tekrar yanına alarak birikmiş nafaka borçları için icra takibi başlatıldığını 4500 TL tahsilat yapılmış olduğunu belirterek borçlu olmadığının tespitini ve 4500 TL' nin istirdaden tahsilini ileri sürmüştür. Davalı cevabında 6 yıl boyunca nafaka istemeyişinin davaya dayanak gösterilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkeme, velayetin halen davalı annede olduğunu, bu nedenle babanın iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini, hükmedilen nafakaların ödenmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Boşanma kararında çocuk için aylık 30 TL nafaka *ödenmesine karar verilmiştir. Y.3. HD.* mahkemenin kararını iştirak nafakasının velayetin eylemli olarak kullanılmasına bağlı olan bir alacak olduğunu, velayet hakkını eylemli olarak kullanmayan anne veya babanın diğerinden hükmedilen iştirak nafakasının ödenmesini isteyemeyeceği gerekçesiyle mahkemenin kararını bozmuştur. *Kanımızca Y. 3. HD. bu kararında isabetli olarak iştirak nafakasının velayet hakkının kullanılmasına bağlı bir alacak olduğu gerekçesiyle velayet hakkını uzun süre kullanmayan annenin bu hakkına dayanarak iştirak nafakasını talep etmesinin dürüstlük kuralına uymadığına karar vermiştir.*

b. İştirak Nafakasının Azaltılmasıyla İlgili Yargıtay Kararları

YHGK. T.02.06.2010 E.2010/3-288 K.2010/297 sayılı kararında davanın iştirak nafakası azaltılması istemine ilişkin olduğu, tarafların 11.01.2007 tarihinde anlaşmalı olarak boşandıkları, anlaşma protokolünde davalı eşe tazminat ödenmesi, ziynet verilmesi, taşınmaz devredilmesi ve ayrıca küçük çocukları için aylık 125 'er TL iştirak nafakasının, her yıl Ocak ayından itibaren %30 oranında artırılması, enflasyonun %30 unun üzerinde gerçekleşmesi halinde enflasyon oranında artış yapılmasının kararlaştırıldığı, boşanma tarihi itibariyle

[59] *Legal Hukuk Dergisi,* C.10 S.113, Yıl: 2012, s.232-233.

özel şirkette muhasebe sorumlusu olarak aylık 200 Tl ücretle çalışan davacının ekonomik kriz nedeniyle işine son verilmiş olduğu, daha sonra özel bir firmada asgari ücretle iş hayatına devam ettiği, nafakanın 211 TL'ye toplamda iki çocuk nedeniyle 422 TL'ye çıkmış olduğu belirtilmiştir. Mahkemece davacının istemi kabul edilmiştir. TMK. m. 331 hükmüne göre durumun değişmesi veya hakkaniyetin bunu gerektirmesi halinde nafaka miktarının yeniden belirlenebileceği düzenlenmiştir. Nafaka iradının tarafların yaptığı sözleşmeyle belirlenmesi halinde dahi ancak şartları varsa azaltılabileceği, aksi düşüncenin güven ilkesine aykırı olacağı, sözleşmeyle kararlaştırılmış olan ve hâkimin onayından geçmiş olan iradın aradan çok az zaman geçmesinden sonra indirilmesi talebi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyabileceği, sırf boşanmayı sağlamak için bilerek ve isteyerek mali gücünün üzerinde bir yükümlülüğü protokolle üstlenen kişinin sonradan bu yükümlülüğün azaltılması yönünde talepte bulunmasının dürüstlük ilkesiyle ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Somut olayda ise davacının boşanma protokolü ile çocukları için iştirak nafakası ve artış oranını içinde bulunduğu ekonomik koşullar itibariyle öngörüp kabul ettiği, daha sonra önceki işinden ayrılıp daha düşük ücretle çalıştığı vs. gerekçesiyle %30 artış oranının azaltılmasını istediği bu istemin haklı olduğuna ilişkin bir başka delil bulunmadığından uyarlama koşullarının oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle HGK 'da benimsenen Özel Daire kararına uyulması gerekirken önceki kararda mahkemenin direnmesi usul ve yasaya aykırı bulunarak direnme kararı bozulmuştur. *Kanımızca nafaka miktarının azaltılmasının uyarlama şartları somut olayda gerçekleşmediğinden YHGK. 'un verdiği bu karar isabetlidir.*

YHGK. T.27.05.2015 E.2013/3-2273 K.2015/1436 sayılı kararında[60] boşanma kararıyla velayeti anneye verilen müşterek çocuk için protokol gereği 250 TL iştirak nafakasına ve nafakanın her yıl %20 artırılmasına hükmedildiği, geçen 6 yıllık sürede nafakanın 622 TL'ye ulaştığı, ancak davacının gelirinin aynı oranda artmadığı gibi yeniden evlendiği, kira ve aidat ödediği, artışın devamı halinde nafakanın maaşını geçeceğini belirterek aylık 950 TL'ye indirilmesi ve artışın her yıl yasıl faiz oranında yapılmasına karar verilmesini istemiştir. Somut olayda davacının boşanmadan sonra yeniden evlendiği, zabıtaca

60 (www.kazanci.com.tr).

yapılan araştırmaya göre işçi olduğu ve 1600 TL maaş aldığı, 700 TL kira ödediği, davalının da işçi olduğu 1400 TL maaş aldığı, üzerine kayıtlı evde oturduğu, küçüğün ilkokul 4. Sınıfta ve devlet okulunda okuduğu anlaşılmıştır. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasındaki denge sonradan şartların olağanüstü değişmesi nedeniyle taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulmuşsa, taraflar artık o sözleşmeyle bağlı tutulmazlar, değişen şartlar karşısında MK. m. 2 'den yararlanarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesini isteyebilirler. Mahkeme, davacının gelir durumu ve yaşam standardında nafaka miktarı ile artış oranını sözleşmeyle kararlaştırdıkları tarihten bu yana öngörülmeyen bir olumsuzluk meydana gelmediği, küçüğün ekonomik durumunun nafakaya ihtiyaç duymayacak veya ödenenden daha az nafakaya ihtiyaç duyacak kadar olumlu yönde değiştiği kanıtlanamadığından davayı reddetmiştir. *YHGK.* İse *mahkemenin önceki kararında direnmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu, nafaka* yükümlüsü davacının gelir durumunu dikkate alarak nafakanın miktarının yüksek olduğunu düşünerek kanımızca isabetli olarak karar vermiştir.

Y.3. HD. T.28.11.2016 E.2016/18321 K. 2016/13538 sayılı kararında[61] belirtilen bilgilere göre anlaşmalı boşanma sonucunda iştirak ve yoksulluk nafakasının indirilmesi istemine ilişkin bir dava olduğu, tarafların yaptıkları protokol gereği .. mahkemenin 18.07.2014 tarih ve 2014/577 E.2014/611 K. sayılı kararı ile TMK. m. 166/III gereği anlaşmalı boşandıkları, protokol ile ödenecek nafaka miktarının kararlaştırılmış olduğu ve bu anlaşma mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına uygun bulunmuş ve verilen karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Bu protokol ile müşterek çocuğa 700 TL iştirak nafakası ve davalı için aylık 300 TL yoksulluk nafakası hükmedilmiştir. Davacı baba boşanma sonrasında ekonomik durumunun olumsuz değiştiğini, iflas ettiğini, sonra askere gitmek zorunda kaldığını bu nedenle nafaka miktarlarının 100 TL 'ye indirilmesini istemiştir. Davalı ise davacının kötüniyetli olduğunu ileri sürmüştür. Davacının sosyal ve ekonomik durumunda boşanma ilamının kesinleşme tarihi olan 13.01.2015 tarihi ile bu davanın açıldığı tarih ile davanın açıldığı tarih olan 20.03.2015 tarihleri arasındaki yaklaşık 2 aylık sürede olağanüstü bir değişiklik olduğunun kabul edilemeyeceğini ileri sürerek davanın reddine karar

61 (www.kazanci.com.tr).

vermesi gerekirken kabul ettiğinden mahkemenin kararını Y. 3. HD. bozmuştur. *Kanımızca, Y. 3. HD. 'nin bu kararı, iştirak nafakasının indirilmesi için tarafların durumlarında önemli değişikliğin olması gerektiğinde, böyle bir değişikliğin olduğu ispatlanamadığından isabetlidir.*

Y. 3. HD. T.25.10.2011 E.2011/11620 K.2011/16461 sayılı kararında [62] davacının anlaşmalı boşanmayla kabul edilen 150 TL yoksulluk ve müşterek 2 çocuk için 50 TL'den 100 TL iştirak nafakasının her yıl Temmuz ayında %50 artış şartının kaldırılması veya nafakaların 100 TL indirilmesinin talep edildiği belirtilmiştir. TMK. m. 331 hükmüne göre durumun değişmesi halinde hâkim, istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya nafakayı kaldırır. BK.m.19 ve m. 20. hükümlerine aykırı bulunmayan karşılıklı sözleşmede edimler arasındaki denge umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulursa sözleşme koşullarının değişen maddi koşullara uyarlanması gerektiği, tarafların mali durumlarının değişmesinin iradın artırılmasını veya azaltılmasını gerektirdiği belirtilmiştir. Somut olayda boşanma sürecinde davalının ev hanımı olduğu, davacının emekli olduğu, sonradan deri ticareti yaptığı, ancak iflas ettiği, yeniden evlendiği, bu evlilikten bir çocuğu olduğu dikkate alınarak mahkemenin nafakanın azaltılması gerekirken davayı reddetmesi nedeniyle mahkemenin kararını Y. 3. HD. bozmuştur. *Kanımızca taraflardan davacının mali durumunun bozulması nedeniyle nafaka miktarının azaltılması isabetli olmuştur.*

Y. 3. HD. T.02.10. 2012 E.2012/14248 K.2012/20466 sayılı kararında[63] tarafların 13.10.201 tarihinde anlaşmalı olarak boşandıkları, protokol gereği müşterek çocuklara 750 'şer TL iştirak nafakasının her çocuk için 150 'şer TL indirilmesi talep edildiği, mahkemenin, davayı kısmen kabul ederek G isimli çocuk için 300 TL'ye, E. İsimli çocuk için 250 TL'ye indirilmesine hükmettiğini, somut olayda boşanma üzerinden henüz 1 yıl geçmemiş olup dava tarihi itibariyle davacının ekonomik durumunda önemli ölçüde bir değişikliğin gerçekleştiğinin kanıtlanmamış olduğu, mahkemenin bu konuyu tartışmadan eksik inceleme yaptığı belirtilmiştir. Bu davada sözleşmeyle kararlaştırılması ve hâkim tarafından onaylanmış olan iradın aradan çok az bir zaman geçtikten sonra indirilmesi talebinde bulunmanın hakkın kötüye kul-

62 (www.kazanci.com.tr).
63 (www.kazanci.com.tr).

lanılması niteliğinde olduğu, sırf boşanmayı sağlamak için bilerek ve isteyerek mali gücünün üstünde bir yükümlülüğü protokolle üstlenen kişinin sonradan bu yükümlülüğün kaldırılması veya azaltılması yönünde talepte bulunmasının dürüstlük ile bağdaşmayacağı üzerinde durulmuştur. *Kanımızca davacının indirim talebinin hakkı kötüye kullanma niteliği taşıdığından ve ekonomik durumunda indirim yapılmasını gerektirecek bir değişiklik olduğu kanıtlanamadığından Y. 3. HD. isabetli olarak mahkemenin kararını bozmuştur.*

c. İştirak Nafakasının Kaldırılmasıyla İlgili Yargıtay Kararları

Y.3. HD. T.13.03.2015 E. 2014/18015 K.2015/4123 sayılı kararında[64] davacı vekilinin davalının özel hastanede çalışmaya başladığı, gelir elde etmesi nedeniyle nafakaya ihtiyacı kalmadığını ileri sürerek aylık 200 TL olan iştirak nafakasının kaldırılmasını talep ettiği, davalı vekili davalının eğitimini sürdürdüğünü, davacı aleyhine yardım nafakası davası açtığı, mahkemenin nafakanın kaldırılmasına karar verdiği bilgileri bulunmaktadır. Buradaki uyuşmazlık, iştirak nafakası almakta iken ergin olan çocuğun eğitiminin devam ediyor olması halinde babanın nafaka yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği ile eğitimin devam etmesi nedeniyle ihtiyacın devam edip etmediğidir. Y. 3. HD., bu davada davalının 23.02.2012 tarihinde kendiliğinden nafakanın TMK.m.328/I hükmüne göre nafaka borcu ergin olması halinde kendiliğinden sona erdiğini belirterek mahkemenin kararını bozmuştur. *Kanımızca bu davada TMK.m.328 /II hükmünde belirtilen "*çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyor ise anne ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür.*" hükmünün de dikkate alınarak değerlendirme yapılması daha isabetli bir sonuç doğurabilirdi. Bu kararda sadece çocuğun ergin olunca nafaka borcunun sona erdiği üzerinde durulmuştur.*

Y. 3. HD. T.22.09.2016 E.2016/303 K.2016/11162 sayılı kararında davacının, davalı ile boşandıklarını, müşterek çocukları için 450 TL nafakaya hükmedildiğini, çocuğun kreş masraflarını ve diğer masraflarını ödediğini, çocuğun okula başlayacağını, kendisinin 2 aydır işsiz olduğunu ve nafakayı ödeyemeyecek durumda olduğunu belirterek

64 (www.kazanci.com.tr).

nafakanın kaldırılmasını olmazsa 150 TL'ye indirilmesini istediği, davalı vekilinin cevabında ise davacının halen ödemediği birikmiş nafakalar bulunduğu, davalının asgari ücretle çocuğuna bakmaya çalıştığı belirttiği bilgileri vardır. Mahkeme, tarafların 06.09.2011 tarihinde anlaşmalı boşandıklarını, müşterek çocuk nafakaya hükmedilmediği,, daha sonra annenin açtığı dava sonucu 10.04.2013 tarihinde 450 TL tedbir ve iştirak nafakasına hükmedildiğini, ancak kararın tebliği edildiği, ancak işbu davanın açıldığı tarihte kesinleşmediği gerekçesiyle davacının davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Somut olayda annenin açtığı iştirak nafakası davasının 20.03.2012 tarihinde olduğu, bu davanın ise 01.09.2014 tarihinde açıldığı anlaşıldığından nafakanın kaldırılması istenen dönem itibariyle nafaka alacaklısı çocuğun yaşı, ihtiyaçları ile anne ve babanın sosyal ve ekonomik durumları değerlendirilmeden talebin reddedilmesini Y. *3. HD. kanımızca isabetli olarak bu kararı bozmuştur.*

Sonuç

Çocuğun velayet veya bakım hakkına sahip olmayanın nafaka ödeme yükümlülüğü olan iştirak nafakası velayete bağlı değil, anne ve baba olmaya bağlı bir yükümlülüktür. İştirak nafakası, çocuk aile içindeki zayıf durumu nedeniyle çocuğun korunması düşüncesiyle çocuğun lehine düzenlenmesi gereken bir alacaktır.

İştirak nafakası davasında davacı olma hakkı, küçüğe fiilen bakan anne ve babaya; ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hallerde atanacak kayyıma veya vasiye ve ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe tanınmıştır. İştirak nafakası isteme hakkı, velayetin fiilen kullanılmasına bağlı bir hak olduğu için, çocuğun velayeti kendisine verilen taraftır. İştirak nafakası davasında davalı olma hakkı, küçüğe fiilen bakamayan anne ve babaya; velayet hakkı kendisine verilmeyen anne veya babaya; ayırtım gücüne sahip olmayan küçüğe atanan vasi veya kayyım tarafından açılan davada küçüğün anne ve babasına; ayırtım gücüne sahip küçük tarafından açılan davada küçüğün anne veya babası veya davacının dava ettiği davalıya aittir. Boşanma davalarında yetkili mahkemeyi seçme imkânı kesin yetki kuralı öngörülmemiştir. Bağımsız olarak açılan iştirak nafakası davasında TMK. m. 177 hükmü gereği nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

İştirak nafakasının miktarının belirlenmesinde çocuğun ihtiyaçları, anne ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri yanında çocuğun gelirleri de önemli rol oynar. Çocuk için belirlenecek nafakanın çocuğun konut, giyecek, yiyecek, eğitim, öğretim, tatil, dinlenme, sağlık ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek tutarda olması gerekir. Anne ve babanın yüksek bir hayat standardına sahip olması halinde çocuğun ihtiyaçlarının kapsamı genişlerken, anne ve babanın maddi imkânlarının yetersiz olması halinde daha dar bir kapsam söz konusu olacaktır.

İştirak nafakasının miktarının belirlenmesinde taraflar serbestçe anlaşma yapabilirler. Bu anlaşmanın geçerli olması için hâkim tarafından onaylanması gereklidir. Tarafların nafakayla ilgili anlaşma yapmadıkları durumda hâkim iştirak nafakası miktarını hakkaniyet ilkesine göre takdir eder. Anne ve babanın iştirak nafakası borcu kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Ancak çocuk ergin olması halinde eğitimi devam ediyor ise durum ve koşullara göre eğitimi sona erene kadar anne ve baba çocuğa bakmakla yükümlüdür. İştirak nafakası miktarının düzenli, peşin ve basit bir usul ile ödenmesi halinde çocuğun yararı sağlanacaktır.

Boşanma kararıyla birlikte hükmedilen veya ayrı olarak da istenebilen iştirak nafakası tarafların durumlarında değişiklik olması halinde veya hayat şartlarının değişmesi halinde yeniden belirlenebilir. Nafaka alacaklısı, enflasyon sebebiyle nafaka miktarının artırılması gerektiğini veya nafaka yükümlüsü gelirinin azaldığını ileri sürerek nafakanın azaltılmasını isteyebilir.

Kaynakça

Abik Yıldız, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı ", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan 2011, s. 1-75.

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2016.

Akyüz Emine, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000.

Baktır Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000.

Bozovalı Haluk, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.

Ceylan Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006.

Dural Mustafa /Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2016.

Gençcan Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara 2015. (atıf şekli: Gençcan, Velayet)

Gençcan Ömer Uğur, Aile Hukuk Davaları, Ankara 2017. (atıf şekli: Gençcan, Aile)

Gençcan Ömer Uğur, Boşanma Usul Hukuku, Ankara 2016.(Gençcan, Usul)

Hegnauer C. /Meier, Ph.; Droit Suisse de la filiation et de la famille, 4. éd . Berne 1998.

Feyzioğlu Feyzi N., Aile Hukuku, İstanbul 1986.

Kaplan Güler Beyhan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014.

Karaca Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, İstanbul 2015.

Kılıçoğlu Ahmet, Medeni Kanunumuzun Aile, Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

Oğuzman Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998.

Özbek Mustafa, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı ", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, 2005, s.71-102.

Özcan Cem, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, S. 9, Haziran 2017, s. 383-396.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.

Özuğur Ali İhsan, Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemelerine Göre Gerekçeli-Açıklamalı-Nafaka Hukuku, 3. Baskı Ankara 2004.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017.

Tuna Sıla, "Boşanmanın Mali Sonuçlarından İştirak ve Yoksulluk Nafakası", İstanbul Barosu *Dergisi,* C. 89 2015/3, s.291-303.

Usta, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2015.

Uyumaz, Alper/Erdoğan Kemal, " Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları ", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.: 17, S. 1, 2015, s. 119-169.

Ünsal Yağmur, Nafaka Çeşitleri, İstanbul *Barosu Dergisi*, C.90, 2016/5, s.204-223.

Tutumlu Mehmet Akif, Teorik ve Pratikte Boşanma Yargılaması Hukuku, C. II, Ankara 2009.

Yağcıoğlu Ali Haydar, " İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Önemli Yenilikler ", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.15, S.1, s.107-135.

Yalçınkaya, Namık /Kaleli, Şakir, Yeni Boşanma Hukuku, C. II, Ankara 1988.

ANA VE BABANIN ÇOCUĞUN MALLARI ÜZERİNDEKİ KULLANMA HAKKI

PARENTS' RIGHT TO USE CHILD'S PROPERTY

Vildan GÖKKAYA*

Özet: Çocuk; miras, bağışlama, şahsi çalışması gibi hukuki işlem veya olaylar sonucu malvarlığına sahip olabilir. Malvarlığına sahip olan çocuğun malvarlığı, ana ve babası tarafından kullanılabilir. Bu kullanım onlara kanun tarafından verilmiş bir haktır. Kullanma hakkı ana ve babanın velayete sahip olması ile ilişkilidir. Ancak kullanma hakkı ve velayet ilişkisi sıkı bir ilişki değildir. Bu yüzden ana ve baba velayeti kusurları sebebiyle kaybetmedikçe kullanma hakkına sahip olur. Kusurları sebebiyle velayeti kaybetmeleri hakkı sona erdirir. Ana, babanın veya çocuğun ölümü, gaipliği kullanma hakkını sona erdirir. Çocuk ergin olduğunda da kullanma hakkı sona erer.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Malları, Çocuk Mallarının Kullanılması, Kullanma Hakkı, Kullanma Hakkı Dışındaki Serbest Mallar, Kullanma Hakkının Sona Ermesi

Abstract: Child can have properties as a result of legal transactions or events. For instance inheritance, donation, his/ her occupational work. His/ her parents can use properties of the child. This right is given by Turkish Civil Code. The right to use child's properties is related to custody, but this relation is not strong. As long as custody isn't taken from parents because of their faults, they have the right to use child's properties. If the custody is taken from parents because of their faults, this right will end. This right also finishes with the death of parents or child, or the absence of one of them. In addition this right of usage finishes, when child completes the age of eighteen, in other words, the legal age of majority.

Keywords: Child's Property, the Use of Child's Properties, the Right of Usage, Independent Properties out of The Right of Usage, Termination of The Right of Usage

GİRİŞ

Kullanma hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun[1] çocuk malları ayırımında bulunan 354. maddesinde yer almıştır. Bu madde ile ana ve babaya çocuklarının malvarlığı üzerinde kullanma hakkı tanınmıştır.

* Avukat, İstanbul Barosu

1 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Yayımlandığı R. Gazete Tarihi: 8.12.2001 Sayı: 24607, Yayımlandığı Düstur: Tertip:5 Cilt, 41.

Eski medeni kanunumuz[2] kullanma hakkına değil istifade hakkına yer vermiş ancak madde metninde ana ve babanın çocuk malları üzerinde intifa hakkı olduğunu belirtmiştir. Bu durum hakkın istifade mi yoksa intifa mı olduğu hususunda doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Yürürlükteki medeni kanunumuz ise 354. maddesinde kullanma hakkına yer vererek bu tartışmalara son vermiştir. Ana ve babaya tanınan kullanma hakkının temelinde yönetim yetkisinde olduğu gibi velayet vardır. Ancak kullanma hakkı ile velayet arasında yönetim yetkisinde olduğu kadar sıkı bir ilişki yoktur. Ana ve baba çocuğun velayetini kusurlarından ileri gelen bir sebep sonucu kaybetmedikçe kullanma hakkından faydalanmaya devam ederler. Ana ve babanın çocuğun malvarlığı üzerinde sahip oldukları kullanma hakkı aile bireylerinin birbirine destek olma yükümlülüğünden ileri gelmektedir. Çalışmamız kapsamında ana ve babanın çocuğun malvarlığı üzerinde sahip oldukları kullanma hakkının hukukî niteliğine, hükümlerine, kullanma hakkına tabi çocuk malvarlığına ve kullanma hakkının mevcut olmadığı çocuk malvarlığına değindikten sonra son olarak hakkın sona ermesine değinecek ve çalışmamıza son vereceğiz.

A. Kullanma Hakkının Hukukî Niteliği

MK 354. maddesinde, "*kullanma hakkı*" yan başlığı altında ana ve babanın sahip oldukları velayet kusurları sebebiyle kaldırılmadıkça, çocuğun[3] malvarlığını[4] kullanabilecekleri belirtilmiş ve ana babanın çocuğun malvarlığına ilişkin yönetim yetkisinin yanında onlara kullanma hakkı da tanınmıştır. Ana ve babaya çocuğun malvarlığı üzerinde kullanma hakkı tanınmasının temelinde aile dayanışması fikri yatmakta olup, kullanma hakkı ana ve babaya çocuğun malvarlığını yönetmeleri, çocuğa bakmaları, onun eğitim giderlerini üstlenmeleri-

---

2 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi, Kanun Numarası: 743, Kabul Tarihi: 17.02.1926, Yayımladığı Resmi Gazete, Tarihi: 04.04.1926, Yayımladığı Resmi Gazete Sayısı: 339.

3 Konumuz bakımından çocuk ergin olmayan yaş küçüğünü ifade etmektedir. Ergin çocuğun ana ve babanın velayeti altına konulmuş olması hali konumuzun dışındadır.

4 Çocuk malları terimi çalışmamız bakımından çocuğun sahip olduğu taşınır, taşınmaz malları, toplu paraları ifade ederken, çocuk mallarının geliri bu mallardan elde edilen parasal edimleri ifade edecektir. Çocuğun malvarlığı terimini ise çocuğun sahip olduğu tüm malları kapsar şekilde kullanacağız.

nin karşılığı olarak tanınmış bir haktır.[5] Çocuğun malvarlığının yönetilmesi hususunda her türlü çaba ve dikkati gösteren ana ve babaya tanınmış olan bu hakkın temelinde, ana ve babanın malvarlığına sahip çocuğa bakıp eğitmesinin bir karşılığı olarak onun da ailesinin yüküne omuz vermesi, üzerine düşeni yapması ve aile birliğinin, yani sadece kendisinin değil ana, baba ve kardeşlerden oluşan bütün ailenin, külfetlerine katılmasının insanî ve doğal olduğu görüşü yatmaktadır.[6] Aile içerisinde bu şekilde yardımlaşmaların olması hayatın olağan akışına uygun olup ailenin bakmış olduğu çocukları bir servete sahipken ana, baba ve çocuğun maddi olarak zorlanmalarına göz yummak hayat akışı içerisinde gerçek olmayacaktır.

---

5 Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010. s. 416; Emine Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 2000. s. 261; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2015. s. 1175; Nurettin Gürsel, "Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı" *Adalet Dergisi* S.7, s. 972-994, 1949. s. 984; Serdar Çelikel, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. s. 52; Ali Naim, İnan, Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968. s. 136; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul 2015. s. 426; Pierre Tuor, Çev. Cemil Artus, İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Ankara 1956. s. 249; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1989. s. 254; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku C.2 Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1965. s. 380; Ferit Saymen/Halid Elbir, Türk Medeni Hukuku c.3 Aile Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul 1957. s. 382; Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1998. s. 284; Ömer Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanım Hakkı", *İÜHFM*, C. LXXI, S.1, s. 1355-1364, İstanbul 2013. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021532/1023020311, Erişim Tarihi (E.T. olarak kısaltılacaktır.) 01. 02. 2017. s. 1356; Mehmet Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", Prof. Dr. Fikret Eren' e Armağan, Ankara 2006. S. 118. Aksi yönde Şakir Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumûlü, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1970. s. *70* "ana babanın çocuğa bakması, terbiye etmesi ve her bakımdan itina göstermesi hukukî vazifeden ziyade içtimaî, fıtretin âmir bulunduğu, tabiî hukukun icap ettirdiği ahlâkî bir vazifedir. Binaenaleyh, intifa hakkını ana babanın bu vazifenin ivazı addetmeye imkân yoktur; vesayetteki ücret, velayette olmaz."; K. Nuri Turanboy, "Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı," Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.2, Turhan Kitabevi, s. 2123-2139, Ankara 2010. s. 2124: "Anne ve babanın çocuk mallarını yönetmesi ve yararlanması arasında karşılık ilişkisi olduğunu ifade etmek doğru olmaz."

6 August Egger, Çev. Tahir Çağa, Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949. s. 160; Ali Bozer, "Ana Baba Yanında Yaşayan Küçüğün Kazancı MK md. 283/1(295/1)", *Adalet Dergisi,* S.12, F.3, 1952. s. 1420- 1429. s. 1420.

Kanun koyucunun da aile birliği içerisindeki ilişkileri gözeterek kanunda yer verdiği kullanma hakkı, EMK' nın *"istifade hakkı"* yan başlığı altındaki 280. maddesinde *"Ana babanın velayeti, taksirleri hasebiyle, kendilerinden nez olunmadıkça; rüştüne kadar çocuğun emvalinden intifa hakları vardır."* şeklinde yer almıştır. Eski kanun zamanında kanun koyucunun madde yan başlığında *"istifade hakkı"*, madde metninde ise *"intifa hakkı"* terimlerini tercih etmesi doktrinde hakkın niteliğine ilişkin tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalara göre bazı yazarlar maddenin metninde yer alan intifa teriminin mehaz kanunun çevrilmesi esnasında yapılan bir çeviri hatası olduğunu ve eşya hukukunun benimsediği anlamda bir intifa hakkının var olmadığını, madde metninde bahsedilen intifa hakkının ana ve babaya çocuğun malvarlığından yararlanma imkânı veren, kendine özgü niteliklere sahip olan, aile hukukundan doğan bir mutlak hak olduğunu belirtmekteydi.[7] Bazı yazarlar ise bu hakkın bir intifa hakkı olduğunu ifade ediyordu.[8] Bu hakkın intifa hakkı olmayıp istifade hakkı olduğuna ilişkin tartışmalarda istifade ve intifa hakkının ne olduğuna, arasındaki farklara değinilmiş; maddedeki tutarsızlık hakkın hukukî niteliğine ilişkin tartışmalara yol açmıştır.[9]

---

7 Kemaleddin Birsen, Medeni Hukuk Dersleri, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1959. s. 187; Köprülü/Kaneti, s. 254; Velidedeoğlu, s. 379; Saymen/Elbir, s. 383; Oğuzman/ Dural, s. 284; Samim Gönensay, Medeni Hukuk C.2 Aile Hukuku, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940. s. 75; Gürsel, s. 984.

8 Berki, s. 68: "Hakkın intifa hakkı olduğunu aşağıdaki gerekçeler doğrulamaya bizce kâfidir. 1- Metinde intifa hakkı tabiri geçmektedir. Bir maddenin her şeyden evvel metnindeki lafızları nazara alınır, matlablar genellikle metinden dahi sayılmaz. Kanunun lafzı madde metinlerindeki kelime, ibare ve cümlelerden ibarettir. Böyle olunca, metni bırakarak matlabdaki kelime ve ibarelerle hükme temayül etmek Medeni Kanunun 1. maddesindeki hükümle de telif edilemez. 2-Hukukda istifade hakkı namiyle bir hak yoktur. Ancak istimal hakkı vardır. Matlab ise, istimal kelimesini kullanmamıştır. Mülkiyet hakkı, sahibine üç hak verir: kullanma, intifa ve tasarruf. İntifa hakkı ise, kanunda ve mukavelede aksine sarahat yoksa kullanma ve nemalanma hakkını ifade eder. Yani amiyane ifadesiyle tasarruf hakkı müstesna olmak üzere mülkiyetin bahşettiği kullanma ve nemalanmadan istifade yetkisi verir. 3-Çocuk mallarıyla ilgili madde metinlerinin hepsinde intifa kelimesi geçmektedir. Mesela 280. maddeden başka, 282, 286, 288 inci madde metinlerinde istifade hakkından değil, hep intifa hakkından bahsolunmuştur. Şu halde 280. maddenin matlabı yanlış yazılmıştır, intifa şeklinde anlaşılmak lazımdır. 4- Nihayet, ana babanın mesuliyetinden bahseden 288. madde ana babanın intifa hakkı sahibi gibi mesul olacağını açıkça ifade ediyor. Şu halde, ana babanın çocuk malları üzerindeki hakkının mahiyeti intifa hakkıdır; öyle olmasa idi intifa hakkı sahibi gibi mesuliyetleri cihetine gidilemezdi. Verilen bu dört delilin 280. Madde matlabındaki istifade kelimesinin yersiz olduğunu teyide kâfi geleceği kanaatindeyiz."

9 Birsen, s. 187: "Bu iki nevi hak arasındaki başlıca farklar belirtilmek istenirse denilebilir ki: 1-buradaki istifade hakkı çocuğun genel olarak bütün mallarına şamil-

Doktrindeki bu tartışmalar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu' nun yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. Yürürlükteki medeni kanun, *"kullanma hakkı"* başlığı altında düzenlemeyi ele almış ve oldukça yerinde olarak ana ve babanın sahip olduğu bu hakkın kullanma hakkı olduğunu kabul etmiştir. Kanun'un 354. maddesinin gerekçesinde de kullanılan intifa teriminin maddenin asıl amacını yansıtmadığı; ana ve babanın, çocuğun malları üzerinde intifa hakkının değil kullanma hakkının var olduğu bu yüzden de intifa terimi yerine kullanma hakkı ifadesine yer verildiği belirtilmiştir.[10]

Yürürlükteki kanun eski medeni kanunun aksine ana ve babanın intifa hakkından değil kullanma hakkından bahsetmiş olduğundan ana ve baba çocuk malvarlığı üzerinde malların kullanımı ötesinde malların gelirinden istifade etmeyi de kapsayan yararlanma hakkına sahip değildir.[11] MK 354. maddesinin, bu hakkın yararlanma değil kullanma olduğunu kabul etmesinin sebebi kullanma ve yararlanmanın birbirinden farklı olmasıdır; şöyle ki, ana baba çocuğa ait bir otomobili veya daireyi kullanabilirken bu malvarlığı unsurunu kiraya verip gelirinden yararlanamaz, çünkü bu malvarlığı unsurlarının kira gelirleri

---

dir. İntifa hakkında olduğu gibi muayyen bir mala taalluk etmez; (ancak, ileride görüleceği üzere çocuk için bir de serbest mallar vardır.) 2- İntifa hakkı hilafına sarahat olmadıkça, hak sahibinin hayatı boyunca devam ettiği halde; buradaki istifade hakkı çocuğun rüştüne kadar sürer. 3-İntifa hakkında hak sahibi müteneffi olduğu malların semerelerini dilediği gibi tasarruf edebildiği halde; buradaki istifade hakkında ana baba çocuğun gelirini, 281. Madde de tasrih edildiği üzere, evvel emirde kendi infak ve terbiyesine sarf etmeğe mecburdurlar; ancak fazlası, karı kocadan hangisi aile masrafları ile mükellef ise- ki kaideten kocadır- ona ait olur." İki hak arasındaki farklar için ayrıca bkz. Velidedeoğlu, s. 379; Saymen/ Elbir, s. 383.

10 "Madde 354- Yürürlükteki Kanunun 280 inci maddesini karşılamaktadır ve 1984 tarihli Öntasarının 271 inci maddesinden aynen alınmıştır. Yürürlükteki metinde kullanılan intifa terimi maddenin asıl amacını tam olarak yansıtmamaktadır. Çünkü maddede ana ve babanın çocuk malları üzerinde intifa haklan değil, ana ve babanın çocuk mallan üzerinde kullanma hakkına sahip oldukları ifade edilmek istenmiştir. Her iki terim birbirinden çok farklı olduğundan maddede "intifa" terimi yerine doğru terim olan "kullanma hakkı" ifadesine yer verilmiştir." http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.ticaretsicili.net/4721-sayili-turk-medeni-kanunu-gerekcesi/&gws_rd=cr&ei=vseqWNOpAYaya7DsuIAL, E.T. 20.02.2017; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 426-427.

11 Şeref Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu' na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 391-398 http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/sertas.pdf, E.T.29.09.2016. s. 392.

çocuğa ait olur.[12] MK 354. maddesinde ana ve babanın çocuk malvarlığını kullanabileceği belirtilerek kullanma hakkının bir yararlanma veya intifa hakkı olmadığı, söz konusu hakkın sadece kullanmayla sınırlı olduğu açıkça ifade edilmiştir.[13] Ezcümle kullanma hakkı, ana ve babaya tüketme, yararlanma gibi hakları vermeyen, aile hukukundan doğan bir ilişki olup çocuk malvarlığından ana ve babaya doğru olmak üzere yükümlülük, karşılıklılık karakteri barındırmayan kendine özgü bir mutlak haktır.

B. Kullanma Hakkının Hükümleri

Kullanma hakkı da çocuğun malvarlığının yönetimi yetkisinde olduğu gibi velayete bağlı bulunmakla birlikte yönetim yetkisinde olduğu kadar velayetle sıkı ilişki içerisinde değildir.[14] Kullanma hakkına ilişkin MK 354' deki *"ana ve babanın kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça"* ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere yönetim yetkisi velayete bağlı olmasına rağmen kullanma hakkı velayete her durumda bağlı bir hak değildir.[15] Yönetim yetkisi, velayetin sona ermesi durumunda ortadan kalktığı hâlde kullanma hakkı, velayet ana ve babadan kusurları sebebiyle alınmadıkça devam edecektir.[16] Örneğin velayet hakkı ana veya babanın birinden deneyimsizliği, hastalığı, engelli bir birey olması ve sair sebeplerden dolayı alınmış olsa bile ana ve baba çocuk malvarlığı üzerinde sahip oldukları kullanma hakkını muhafaza eder.[17] Zikredilen bu hâllerde ana ve babanın fiilen yönetim yetkileri çocuğun malvarlığını koruyamayacak ve işletemeyecek olmaları ne-

12 Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015. s. 651.
13 Çınar, s. 1356.
14 Kılıçoğlu, s. 651; İnan, s. 135; Gürsel, s. 984.
15 Sevgi Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012. s. 147.
16 Baygın, s. 417; Nurten Yetik, Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, Bilge Yayınevi, Ankara 2007. s. 153; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, s. 262; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 426; Öztan, s. 1176; Birsen, s. 187; Gürsel, s. 984; Oğuzman/Dural, s. 285; S. Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990. s. 491; Gönensay, s. 76; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. s. 1190. Y. 2.HD. 22.04.2010, E.2009/3578, K.2010/8083. : "Velayete ilişkin hüküm 02.04.2007 tarihinde kesinleşmiş olup, davaya konu kira alacağı istemi ise Mayıs- Aralık dönemine ilişkin olup, o tarih itibarıyla velayetin kullanma hakkı ana ve babaya aittir."; Altunkaya, s. 119.
17 Baygın, s. 417.

deniyle kendilerinden alınır ancak zarar verme iradeleri olmadığı için kullanma hakları devam eder.[18]

Ana ve babanın sahip olduğu velayet hakkı kusurları sebebiyle, örneğin çocuğa karşı şiddet uygulamak, yeterli ilginin ve sevginin çocuğa gösterilmemesi, çocuğa karşı olan yükümlülüklerin ağır şekilde savsaklanması, her türlü istismar ve kötü muamele ve sair sebeplerden kaldırılmışsa artık ana ve baba sahip oldukları kullanma hakkını da kaybedeceklerdir.[19] Kısacası velayete sahip olmayan ana ve baba velayetten ayrılmayan yönetim yetkisine malik olamazken, kullanma hakkı sadece velayetin kanunî bir sonucu olmayıp ana ve baba olmanın doğal bir sonucu olduğundan velayete sıkı şekilde bağlı değildir.[20] Bu yüzden velayet ana ve babanın kusuru olmaksızın onlardan alınsa bile ana ve baba kullanma hakkından yararlanmaya devam ederler. Bu durum kanaatimce oldukça yerindedir. Zira ana ve baba kullanma hakkından yararlanırken yönetim yetkisinde olduğu kadar aktif bir karar alıcı konumda değillerdir. Velayetin kaldırılması nedenlerinde olduğu gibi kasıt ya da ağır ihmal hallerinde ise artık ana ve babanın pasif bir durumda oldukları ve kullanma haklarından yararlanmaya devam edeceklerini söylemek ise oldukça yanlış olacaktır. Çünkü ana ve babanın velayete ilişkin ağır ihmali ya da kasıtlı hareketleri çocuğun malvarlığını da tehlikeye düşürmüş olacaktır.

Velayete sahip olan ana ve baba, kullanma hakkına da birlikte sahip olup kanunun kendilerine tanımış olduğu kullanma hakkından birlikte yararlanırlar.[21] Ana veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalan taraf münhasıran kullanma hakkına sahip olur. Boşanma veya evliliğin butlanı dolayısıyla kusurları olmaksızın velayetin eşlerden birine verilmesi halinde kullanma hakkının ana ve baba tarafından nasıl kullanılacağına ilişkin görüş farklılıkları mevcuttur.[22] Buna göre bir görüş, velayetin kendisine verilmemesi sebebiyle yönetim hakkından mahrum kalan eşe, çocuğun mallarını kullanma hakkı tanınmasının pratikte doğuracağı güçlükleri dikkate alarak velayetin bırakıldığı ana

18 Usta, s. 147.
19 Baygın, s. 417.
20 Velidedeoğlu, s. 378.
21 Akıntürk/Ateş Karaman, s. 427; Selma Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000. s. 86.
22 Baygın, s. 417.

veya babanın kullanma hakkına sahip olacağı ve diğer tarafın çocuk mallarını kullanamamadan doğan eşitsizliğin giderilmesi için bu durumun iştirak nafakası miktarları takdir edilirken göz önünde bulundurulacağı hatta çocuğun malvarlığını kullanma hakkı elinden alınmış olan ana veya babanın hiç iştirak nafakası ödemeyeceğine dahi karar verilebileceği belirtilmiştir.[23] Diğer görüş ise, velayetin kullanılmasının eşlerden birine bırakılması kusurları sebebiyle mümkün olmadığında ana veya babanın birinin talebi üzerine hâkimin, ana ve babanın çocuğun malvarlığını kullanma tarzını belirlemesi gerekmektedir.[24] Çünkü kanun açıkça ana ve babanın kullanım hakkına sahip olduğunu üstelik velayet kendilerinden kusurları sebebiyle alınmadıkça bu hakkın varlığını belirtmiş özellikle vurgulamıştır. Ana veya babanın velayetin birinden kusursuzca alındığı hallerde çocuk mallarını birlikte kullanmalarının zor olacağı kanunun açık ifadesine ters bir yorum olacak velayet kendisinden alınan ana veya babanın kanun tarafından kendisine tanınmış olan hakkının kullanılmasının önüne geçilmesi doğru olmayacaktır. Bu yüzden kullanma hakkının tarzına ilişkin hâkim tarafından düzenlemeler yapılması kanımca daha uygun olacaktır. Hâkim, ana ve babanın kullanma hakkından ne oranda yararlanabileceğini ise TMK 182. maddesine göre belirleyecektir.[25]

Kullanma hakkı ana ve babaya kanun tarafından tanınmış olduğundan eğer isterlerse yukarıda belirtildiği gibi ana ve babanın ayrı olarak kullanma hakkından yararlanmasının düzenlenmesi gerekse de ana ve baba kendilerine tanınmış olan kullanma hakkından bu hak yükümlülük karakteri taşımayıp yalnızca hak niteliği taşıdığından feragat edebilirler.[26] Feragat çocuğun lehine olarak yapılmalıdır.[27] Ana ve baba çocuğun aleyhine olarak kullanma hakkından feragat ede-

---

23 Egger, s. 160; Oğuzman/Dural, s. 286; Altunkaya, Yazar örnek olarak çocuğa ait bir evin veya aracın, velayetin ana veya babadan birisinden alınmasından sonra beraber kullanılmasının mümkün olmayacağını göstermiştir. s. 120.

24 Tekinay, s. 491; Baygın, s. 417-418; Hayrunnisa Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması Ve Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVII, S. 3, 2013. s. 81-105 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_4.pdf, E.T. 29.09.2016. s. 95.

25 Öztan, s. 1175; Çınar, s. 1358.

26 Saymen/ Elbir, s. 383; Oğuzman/Dural, s. 285; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, s. 262; Baygın, s. 416; Öztan, s. 1176; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 427; Gürsel, s. 985.

27 Öztan, s. 1176; Oğuzman/Dural, s. 285; Baygın, s. 416.

mezler.[28] Kullanma hakkından feragat eden ana ve baba daha sonra bu kararlarından rücû edemezler.[29] Feragat edilmesi mümkün olan kullanma hakkı, doğrudan doğruya ana ve babaya tanınmış şahsa bağlı bir hak niteliğinde olup ana babaya ait olduğundan başkasına devredilmesi ise söz konusu olmaz.[30] Kullanma hakkının münhasıran şahsa bağlı oluşu sebebiyle devredilemeyişine ek olarak yönetim yetkisinde olduğunun aksine bu hakkın kullanılması dahi devredilemez.[31] Örneğin ana ve baba kullanma hakkını başkasına devredemeyeceklerinden çocuğun sahip olduğu dairenin ya da taşıtın ücretsiz kullanımını üçüncü kişilere bırakamazlar.[32] Yine belirtmek gerekir ki kullanma hakkının haczedilmesi de hakkın devri kabil olmadığından mümkün olmayacaktır.[33]

Ana ve babanın kullanım haklarından yararlanırken çocuğa herhangi bir ücret ödemeleri gerekmez.[34] Zira bu hak ana baba ve çocuk arasındaki bağdan kaynaklanmakta olduğundan kullanma karşılığında bir bedel ödenmesi hakkın hukukî mantığına aykırı olacaktır. Kanaatimce yine aynı hukukî mantığa dayanarak hakkın kullanımı tarafların maddi güçleriyle de alakalı değildir. Buradan yola çıkarak ana ve babanın, kullanma hakkının onlara sağladığı imkânlardan yararlanabilmesi için onların malvarlığına sahip olup olmamalarının bir önemi yoktur. Yani ana ve baba çok zengin olup çocuğun malvarlığını kullanmaya ihtiyaçları olmasa bile çocuk malvarlığı üzerinde var olan kullanma haklarından yararlanabileceklerdir.[35] Kullanma hakkının ana ve babaya tanınmasının altında yatan en büyük sebep aile dayanışması fikri olduğundan ana ve babanın çocuğun malvarlığını kullanabilmesi için bu malvarlığına ihtiyaç duyması zorunlu olmayıp ana

28 Altunkaya, s. 119.
29 Öztan, s. 1176; Altunkaya, s. 119.
30 Öztan, s. 1176; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 427; Baygın, s. 416; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, s. 262; Oğuzman/Dural, s. 284; Altunkaya, s. 120.
31 İnan, s. 136; Turanboy, s. 2127.
32 Çınar, s. 1356.
33 Öztan, s. 1176; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, s. 262.
34 Akıntürk/Ateş Karaman, s. 427; Turanboy, s. 2125; Hilal Karaca, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2015. s. 51; İkbal Bozkurt, Velinin Velayetten Doğan Hak Görev Ve Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010. s. 152.
35 Baktır Çetiner, s. 86; Özdemir, s. 93.

ve baba varlıklı da olsalar kullanma hakkına sahip olur ve bu haklarının sağladığı imkânlardan yararlanabilirler.[36] Ancak doktrinde ana ve babanın gelirleri kâfi gelmedikçe çocuk mallarını kullanabileceklerini belirten görüşler de mevcuttur.[37]

Ana ve babanın sahip olduğu kullanma hakkı sınırsız olmayıp hakkın sınırlarını MK 355. madde çizmektedir. Buna göre, ana ve baba çocuğun malvarlığından ve iş gücünden sağlanan gelirleri öncelikle çocuğun bakımına ve eğitimine sarf edecek, ancak çocuğun ihtiyaçlarından arta kalan kısım üzerinde kullanma hakkına sahip olacak ve bu kısım üzerinde hakkaniyet ölçüsünde kullanma haklarından yararlanabileceklerdir.[38] Kullanma hakkının sınırları ana ve babanın sarf yetkisi kapsamında MK m. 355 ve devamında yer alan hükümlerce çocuk mallarının sarf edilmesi başlığı altında belirlenmiştir.[39] Sarf yetkisi ayrı bir başlık olduğundan burada değinilmeyecektir.

C. Kullanma Hakkının Kapsamı

Çocuğun sahip olduğu her türlü taşınır, taşınmaz mallar, malvar-

---

36 Cem Baygın/Murat Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.IX, S.1-2, 2005. s. 379-427 http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_15.pdf, E.T.29.09.2016. s. 409; Bozkurt, s. 153.

37 Berki, s. 67 vd. "Binaenaleyh, gelirleri kâfi gelmedikçe çocuk mallarında intifa edebilirler. Mesela, ayda 500 lira geliri olan ana baba bu para ile ev kiralayamaz. Aksi halde infak ve iaşe tehlikeye düşer. Bu itibarla çocuğun şahsına ait ev varsa bu evde oturmak suretiyle o evi kullanabilecekleri gibi, çocuğa ait bir taksiyi işletip ihtiyaçlarını bertaraf edecek olan geliri istihlake haklıdırlar. İsviçre ve Türk Medeni Kanunu ana babanın çocuk malları üzerindeki intifa hakkının, ancak ana babanın ihtiyaçları nispetinde mevzuubahis olabileceğini zımnen dahi kayd etmiş değildir."

38 Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005. s. 270. Yazar kanunda ana ve babanın kullanma hakkına getirilen bu kısıtlamaları yetersiz bulmakta ve şöyle ifade etmektedir: "Gerçi çocuğun malvarlığından ve iş gücünden sağlanan gelir en başta çocuğun bakımına ve eğitimine harcanacaktır. Ama ne de olsa, gerisi, yürürlükteki hukukumuza göre yine de hakkaniyet ölçüsünde ana babaya kalacaktır. (MK355). Şu halde, MK 355' in ana babanın nemalanma yetkisini çocuk yararının önceliğiyle ve hakkaniyet ölçütüyle sınırlayan kuralı yetersizdir. Ana baba, çocuk sayesinde kazandıklarını aslında yine de serbestçe yiyip bitirebilecektir. Yalnız, ana babanın çocuk malının özünü ayrıksı bir durum bulunmadıkça ve yargıçtan izin alınmadıkça satıp paraya çevirme yasağı (MK 327/2) saklıdır."

39 Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009. s. 198.

lığına ilişkin doğal ve hukukî semereler üzerinde ana ve babanın kullanma hakkı vardır.[40] Ancak çocuğun serbest malları ana ve babanın kullanma hakkının dışında yer almaktadır. Medeni kanunumuz çocuğun gelirlerinin sarf edilmesi bakımından ise MK m. 355. ve MK m. 356. maddelerinde özel düzenlemeler getirmiş olduğundan ana ve babanın kullanma haklarına bazı sınırlamalar getirilmiştir.[41] Buna göre ana ve babanın sahip oldukları kullanma hakkı, çocuğun gelirleri öncelikle onun bakımı ve eğitimi için harcanacağından, çocuğun bakım ve eğitimi için yapılan harcamalar ve çocuğun malvarlığının korunması, yönetilmesine ilişkin giderlerden artan kısım üzerinde olacaktır.[42] Çocuğun gelirlerinden kullanma hakkı doğrultusunda faydalanabilmek bu malların tüketilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceğinden dolayı ana ve babanın bu mallar üzerinde kullanma hakkından yararlanabilmesi ancak kanunun çizdiği bu sınırlar çerçevesinde olacaktır.[43] Kullanma hakkına getirilen bu sınırlamalar çocuğun menfaatinin korunması ilkesi bakımından oldukça yerinde olup çocuğun malvarlığının ana ve babası tarafın çarçur edilmesi bir nebze de olsa engellenmiş olacaktır.

Kullanma hakkı çocuğun belli bir malı üzerinde değil çocuğun serbest malları hariç olmak üzere onun bütün malvarlığı üzerinde mevcuttur.[44] Çocuğun malvarlığının çerçevesi ise sabit kalmayıp, yeni edinimlerle veya masraflarla daima değiştiğine göre ana ve babanın kullanma hakkının çerçevesi de nitelik olarak değil fakat miktar olarak daima değişebilir.[45] Çocuğun doğumundan başlayarak erginliğine kadar elde edeceği değişken olan bu malvarlığı üzerinde ana ve babanın kullanma hakkı mevcut olacaktır.

Ana ve babanın sahip olduğu kullanma hakkının kapsamı ile eski kanundaki istifade (yararlanma) hakkının kapsamı birbirinden fark-

40 Çınar, s. 1358.
41 Çınar, s. 1358.
42 Oğuzman/Dural, s. 285; Serozan, s. 270; Usta, s. 147.
43 Çınar, s. 1358.
44 Velidedeoğlu, s. 380; Emine Akyüz, "Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi,* C.12, S.1-4, s. 153-175, 1979. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/502/6034.pdf, E.T. 03.10.2016. s. 168; Altunkaya, s. 119; F. Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986. s. 516; Gönensay, s. 76; Köprülü/ Kaneti, s. 254; Oğuzman/ Dural, s. 285.
45 Velidedeoğlu, s. 380.

lıdır.[46] Şöyle ki EMK döneminde, ana ve babanın sahip oldukları yararlanma hakkına dayanarak çocuk mallarının doğal ve hukukî ürünlerini kendi ihtiyaçları için harcayıp tüketebilme yetkisi mevcuttu.[47] EMK' da ana ve babanın sahip olduğu istifade hakkı, onlara çocuğun mallarının semerelerini elde etmek, bunların mülkiyetine sahip olmak ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunmak gibi geniş yetki ve haklar vermekteydi.[48] EMK' nın 281. maddesinde yer alan çocuğun malvarlığının onun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasından sonra artan kısmın ana ve babaya ait olacağına ve 283. maddesinde yer alan, ana ve babasının yanında yaşayan küçüğün kazancının ana ve babasına ait olacağına ilişkin hükümler ana ve babanın sadece çocuğun mallarının getirisinden değil aynı zamanda onun şahsî iş gücüyle elde ettiği gelirlerinden de yararlanmaya imkân vermesi sebebiyle çocuğun malvarlığının korunmasını ve ekonomik özerkliğini sarsmaktaydı.[49] Ana ve baba EMK döneminde istifade hakkı kapsamında, çocuk malvarlığını kullanmak, kiralamak, malvarlığının hukukî ve doğal semerelerini toplamak suretiyle çocuk malvarlığından istifade edebiliyordu.[50] İstifade hakkı kapsamında ana ve baba çocuğa ait malların normal iktisadî fonksiyonundan yararlanmak (çocuğun evinde oturmak gibi) veya bu malların gelirlerini elde etmek yetkisine sahip oluyorlardı.[51] Çocuğun malvarlığına ait bütün ürün ve gelirler ana ve babaya ait olmaktaydı. Bunun sınırlaması ise çocuğun malvarlığının gelirlerinin öncelikle çocuğun kendi bakım, eğitim ve yetiştirilmesine harcanmasıydı.[52]

---

46 Aksi yönde Serozan, s. 270. "Yeni MK'u kaleme alanların çocuk mallarından yararlanma (istifade veya intifa) deyimi yerine kullanma deyimini seçmekle çocuğu korumuş olduklarını sanmaları safdilliktir. Çünkü ana babanın İsviçre' den aynen aktarılmış olan "nutzungsrecht" i aslında bizim bildiğimiz eski istifade hakkı ile (yoksa konu, yetki ve sorumluluk açılarından daha dar kapsamlı intifa ile değil) birebir örtüşmektedir. MK 354 i.s. kurallara göz atılırsa açıkça görülür bu olgu. Çocuğun malvarlığından sağlanan getiriye (temettüye, faize, kiraya) el konabilmesi ve bu getirinin harcanabilmesi anlamındaki yararlanma hakkı yeni yasada ne yazık ki salt hakkaniyet ölçütüyle sınırlanmıştır."

47 Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993. s. 354; Baygın, s. 415.

48 Turanboy, s. 2125.

49 Hatemi/Serozan, s. 354; Baygın, s. 415.

50 Saymen/Elbir, s. 282.

51 Tekinay, s. 491.

52 Köprülü/Kaneti, s. 254; Tekinay, s. 491.

Eski kanun ile ana ve babanın çocuk malvarlığı üzerinde sahip olduğu istifade hakkı onlara çocuğun malvarlığından velayete yakışmayan tarzda bir yararlanma hakkı bahşetmekteydi.[53] Çocuğun malvarlığını yönetim kapsamında satabilseler dahi satış parasını harcayamayan ana ve baba, çocuklarına bakmanın onları eğitmenin karşılığında çocuklarının malvarlığından yararlanıp (nemalanma), çocuğun mülkünü istifade hakkı kapsamında topladıkları kira, gelir vs. rantı serbestçe harcayabiliyordu.[54] Yürürlükteki kanunumuz, mehaz kanununda olduğu gibi ana ve babanın istifade hakkını kaldırmış onun yerine ana ve babaya kullanma hakkı tanımıştır.[55] Bu değişikliğe bağlı olarak ana ve baba istifade hakkında sahip oldukları gibi çocuğun malının özüne el atamazlar, onlar çocuğun malvarlığını; özüne zarar vermeden, tahsis amacına uygun olarak kullanabilirler.[56] Bu düzenlemeler çocuk hukukunun temel ilkelerinden olan çocuğun menfaatinin korunması ilkesiyle yakından alakalı olup çocuğun ekonomik olarak istismar edilmesinin engellenmesi ve malvarlığının korunması açısından yerinde olmuştur.

Yürürlükteki kanuna göre kullanma hakkı kapsamında ana ve baba, çocuğa miras yoluyla kalan meyve bahçesinin mahsulünden, hisse senetlerinin temettülerinden veya çocuğa bağışlanan bir evin kira gelirinden yararlanamaz çünkü yürürlükteki kanun ana ve babaya kullanma hakkı dışında hiçbir yararlanma biçimine imkân vermemiştir.[57] Kullanma hakkı kapsamında ana ve baba, çocuğa ait bir evde oturabilirler, çocuğa ait bir aracı veya video kamerayı bizzat kullanabilirler.[58] Kullanma hakkı sahibi, çocuğa miras kalan bir otomobili kullanabilir ama onu kiraya verip otomobilin kira gelirinden yararlanamaz.[59] Kullanma

53 Baygın, s. 416.
54 Hatemi/Serozan, s. 354.
55 Hatemi/Serozan, s. 355: "Ana babaya çocuğun malvarlığından böylesine geniş kapsamlı bir yararlanma yetkisi veren düzenleme, besbelli, çocuğun evde oturmanın ve ana babasına masraf kapısı açmanın bedelini ödemek zorunda bırakılmasının yerinde olacağı yolundaki antisosyal ve biçimsel mübadele adaleti anlayışını yansıtır. Oysa adaletli olan ve aile içi dayanışma töresine de yakışan, çocuğun malvarlığının tümünün ve bu arada işgücünün tüm getirisine el konması ve bu getirinin serbestçe tüketilmesi değil."
56 Baygın, s. 416.
57 Baygın/Doğan, s. 408.
58 Akıntürk/Ateş Karaman, s. 427.
59 Kılıçoğlu, s. 651.

hakkı, çocuğa ait malların ekonomik fonksiyonlarına uygun olarak kullanılması (çocuğa ait evde oturulması gibi), bu malların gelirlerinin toplanması (çocuğa ait dükkânın kirası gibi) şeklinde kullanılabilir.[60] Ancak çocuğa ait gelirlerin üzerinde kullanma hakkının ne şekilde gerçekleştirileceğine yönelik olarak MK m. 355 göz önünde bulundurulur. Çocuğun mallarının gelirleri öncelikle onun bakımı ve eğitimi için harcanır bu giderlerden artan kısım üzerinde ana ve baba ancak kullanma hakkına sahip olur. Bu hâlde de ana ve babanın sahip olduğu kullanma hakkı sınırsız değil, sadece aile ihtiyaçlarının karşılanması için ve hakkaniyete uyduğu ölçüde olacaktır. Hak kullanılırken de her daim çocuğun öncelikleri ve menfaati göz önünde tutulacaktır.

D. Ana ve Babanın Kullanma Hakkına Sahip Olmadığı Çocuğun Serbest Malları

Ana ve babanın üzerinde yönetim yetkisi veya kullanma hakkının ya da her ikisinin de bulunmadığı çocuk mallarına çocuğun serbest malları denir. Yönetim yetkisi çalışmamız dışında olduğundan yönetim yetkisi dışında tutulan serbest mallara değinmeyecek yalnızca ana ve babanın kullanma hakkı dışında yer alan serbest mallarını inceleyeceğiz. Ana ve baba kural olarak çocuğun bütün malvarlığını kullanma hakkına sahip olmakla beraber çocuğun bazı serbest malları ana ve babanın kullanımının dışında tutulmuştur.[61] Bunlar; faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle yapılan kazandırmaların gelirleri, ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirleri, meslek ve sanat icrası için çocuğa kendi malından verilen kısım ve çocuğun kişisel kazancı, çocuğun şahsî kullanımına yarayan çocuk mallarıdır.

1. Faiz Getiren Yatırım veya Tasarruf Hesabı Açılmak Suretiyle Yapılan Kazandırmaların Gelirleri

MK m. 357 kapsamında faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere çocuğa yapılan kazandırmalara örnek olarak çocuğa

60 Çelikel, s. 52.

61 Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, 2. Bası, Ankara 2012. s. 252; Turanboy, s. 2127; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011. s. 333.

doğum günü gibi özel günleri sebebiyle yakınları tarafından onun adına bankalarda açtırılmış olan mevduat hesapları ya da alınan hazine bonoları veya devlet tahvilleri, kâr payı dağıtan finans kurumlarına çocuk adına yatırılan paralar verilebilir.[62] Kazandırmayı yapan bu kazandırmaların ana ve baba tarafından kullanılmaması koşuluyla kazandırmayı yaptığını ayrıca ve özellikle belirtmese dahi, kanundan dolayı bunlar üzerinde ana ve babanın kullanma hakkı yoktur.[63] Yani faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere çocuğa yapılan yatırımların ana ve babanın kullanmaması koşuluyla verilmesine gerek olmaksızın bu mallar kullanma yasağına bağlıdır.[64]

Ana ve babaya çocuğun bu neviden malları üzerinde kullanma hakkının tanınmamış olmasının sebebi ise ana ve babanın bu malvarlıklarının gelirleri üzerinde kullanma hakkından yararlanabilmesinin ancak tüketme yoluyla mümkün olması olup, bu malların gelirlerinin tüketme yoluyla kullanılması ise onların anaparaya eklenerek çoğalmasının önüne geçerek çocuğun menfaatini zedeleyebilecek olmasıdır.[65] Çünkü faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı şeklinde yapılan kazandırmaların amacı bu kazandırmaların getirdiği gelirlerin anapara meblağına eklenerek üretilmesi, artırılmasıdır.[66] Dolayısıyla ana ve baba çocuğa faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle yapılan kazandırmaların ne anaparaları üzerinde ne faiz veya kâr payı gibi nemaları üzerinde kullanma hakkına sahiptir.[67]

Ana ve babanın faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle çocuğa yapılan kazandırmalar bakımından kullanma hakkı değil yararlanma hakkı mevcut olabileceğinden ve bunlardan yararlanmanın da ancak tüketerek yapılabilmesinden dolayı bu tür malların kullanılması değil sarf edilmesi mümkün olacaktır.[68]

---

62 Baygın, s. 420.

63 Akıntürk, s. 306; Dural/ Öğüz/Gümüş, s. 334; Baygın, s. 420; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 431; Öztan, s. 1179.

64 Turanboy, s. 2129.

65 Baygın, s. 420.

66 Öztan, s. 1180.

67 Necip Ali Küçüka, Çocuk Hukuku, İstanbul Ahmet İhsan Matbaası, Ankara 1936. s. 97; Baygın, s. 420.

68 Turanboy, s. 2129.

2. Ana ve Babanın Kullanmaması Koşuluyla Çocuğa Yapılan Kazandırmaların Gelirleri

Ana ve babanın kullanma hakkının kapsamı dışında kalan çocuğun serbest mallarından birisi de çocuğa, ana ve babasının kullanma hakkına sahip olmayacağı koşuluyla yapılan kazandırmalardır. Bu tür kazandırmalarda kazandırmayı yapan, kazandırma üzerinde ana ve babanın kullanma hakkına sahip olmasını bir hukukî işlem ile engellemektedir.[69]

Çocuğa yapılan kazandırmalar faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle yapılan kazandırmaların dışında bir kazandırma ise ana ve babanın bunlar üzerinde kullanım hakkını engellemek, kazandırmayı yapanın ana ve babanın kazandırmayı kullanamaması koşuluyla gerçekleştirdiği yönünde irade beyanında bulunması ile mümkündür.[70]

Kazandırmayı yapanın, ana ve babanın bu kazandırmaları kullanmamasına ilişkin iradesini en geç kazandırmayı yaptığı esnada açıklaması gerekecek aksi takdirde daha sonra bu yönde yapılacak bir beyan ancak ana ve babanın rızasıyla geçerli olacaktır.[71] Bu hâlde de ana ve babanın sonradan verdikleri rızayla kazandırmanın onların kullanım hakkı kapsamından çıkarılması ana ve babanın kullanma hakkından feragat edebiliyor olması ile ilgilidir.[72] Ana ve babanın kazandırmayı kullanmamasına ilişkin irade açıklaması herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan yapılabilir.[73] Kazandırmayı yapanın, ana ve babanın çocuğun bu neviden mallarını kullanmamasına yönelik irade beyanının açık olması gerekir.[74]

Kazandırmayı yapan, ana ve babanın kullanma hakkından mahrum olacakları bir süre belirtmiş olabilir. Örneğin ana ve babanın kullanma hakkından 5 yıl boyunca, çocuğun eğitimini tamamlayıncaya kadar yararlanamayacaklarını belirtebileceği gibi onların kullanma

---

69 Velidedeoğlu, s. 381.
70 Baygın, s. 420.
71 Baygın, s. 420.
72 Turanboy, s. 2129.
73 Baygın, s. 420.
74 Oğuzman/Dural, s. 287. Aksi yönde Berki, s. 70: "Bağışlamada bulunanın bu hususteki iradesinin mutlaka sarih olmasına lüzum yoktur; intifa hakkına mani olucu ibareler de kâfidir."

hakkını şarta da bağlayabilecektir.[75] Doktrinde; kazandırmayı yapanın, ana ve babanın kazandırma üzerinde kullanma hakkı olmadığı şeklindeki iradesi, ana ve baba çocuğun bu kazandırmasını, kullanmaya muhtaç dahi olsa kullanamayacak olup aksinin benimsenmesi hâlinde kazandırmayı yapanın iradesine ters düşeceği ve kazandırmanın iptal edilebileceği böyle bir iptalin ise çocuğun menfaatine aykırı olacağı yerinde olarak ifade edilmiştir.[76]

Çocuğa kazandırmada bulunan kimse, ana baba dışında bir üçüncü kişi gibi düşünülse de ana ve baba da çocuk adına faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle bir kazandırma yapabilecek veya ana ve babanın kullanma hakkından feragat edebilmeleri mümkün olduğundan bunlar kendi kullanım haklarından feragat ederek de çocuğa kazandırmada bulunabileceklerdir.[77]

3. Meslek ve Sanat İcrası İçin Çocuğa Kendi Malından Verilen Kısım ve Çocuğun Kişisel Kazancı

MK m. 359. maddesinde; "*Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir.*" diyerek bu mallar üzerinde kullanma hakkının ana ve babaya değil çocuğa ait olduğu belirtilmiştir.

Ana ve babanın, çocuğa bir meslek veya sanat icra etmesi için çocuğun kendi malından ona verilmiş olan kısım üzerinde kullanma hakları yoktur.[78] Bu mallar üzerinde yönetim yetkisi de kullanma hakkı da çocuğa aittir. Bu mallar üzerinde ana ve babanın kullanma hakkına sahip olmaması kanundan kaynaklanmaktadır.[79] Çocuğun ana ve babasıyla beraber yaşaması ya da ayrı yaşamasının bu mallar üzerindeki kullanma hakkının çocuğa ait olmasına bir etkisi yoktur[80]. Ancak çocuk, ana ve babasıyla aynı evde yaşıyorsa ana ve baba çocuğun kendi bakımı için katkıda bulunmasını isteyebilirler[81].

---

75 Berki, s. 71.
76 Berki, s. 71.
77 Baygın, s. 420.
78 Baygın, s. 421; Dural/Öğüz/Gümüş, s.334; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 255.
79 Velidedeoğlu, s. 381.
80 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334.
81 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 334; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 256.

4. Çocuğun Şahsî Kullanımına Yarayan Çocuk Malları

Çocuğun bizzat kullandığı malları ana ve babanın kullanma hakkına tabi değildir[82]. Kanun çocuğun şahsî malları hususunda bir tanım yapmamıştır. Şahsî eşyadan anlaşılması gereken çocuğun kullanması lüzumlu olan eşyaları olup, örnek olarak çocuğun elbiseleri, kitapları, gözlüğü, bisikleti, tekerlekli sandalyesi gibi eşyalar sayılabilecektir.

E. Kullanma Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları

1. Sona Erme Sebepleri

Kullanma hakkının sona ereceği en doğal hâl ana, baba veya çocuğun ölümüdür.[83] Ölüm olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte ana ve babanın sahip oldukları kullanma hakkı sona erer. Çocuğun, ana veya babanın gaipliğine karar verilmesiyle de kullanma hakkı sona erer.[84] Kullanma hakkının devri, miras yoluyla geçmesi vs. hakkın ana ve babanın şahsına tanınması sebebiyle hakkın niteliğine uygun olmayacağından hak kişiliğin kaybıyla sona erer.

Kullanma hakkını sona erdirecek başka bir hâl çocuğun erginliğini kazanmasıdır. Erginliğin kanunen, evlenme neticesinde veya mahkeme kararıyla kazanılması arasında bir fark oluşmamakta ana ve babanın sahip olduğu kullanma hakkı sona ermektedir.[85] Ana ve baba, çocuk ergin oluncaya kadar onun malları üzerinde kullanma hakkına sahiptir.[86] Ergin olan çocuk artık ana ve babasının bakımına muhtaç olmayacak, ana ve babanın velayeti sona erecek dolayısıyla çocuğa bakmanın karşılığı olarak tanınan bu hakka ana ve baba sahip olmayacaktır. Ancak çocuk dilerse ana ve babasına malvarlığını kullandırmaya devam eder ama bu ilişki artık aile hukuku ilişkisi değildir. Doktrinde tartışılan husus ergin çocuğun velayet altına koyulduğu durumdur. Bir görüşe göre çocuk ergin olduktan sonra velayet altına koyulmuş olsa dahi ana ve babanın kullanma hakkı sona erer.[87] Ancak diğer bir görüşe göre, EMK 280. maddesinde *"rüştüne kadar çocuğun emvalinden*

---

82 Gürsel, s. 985.
83 Akyüz, Çocuğun Malları Bakımından Korunması, s. 170.
84 Çınar, s. 1361.
85 Gönensay, s. 76.
86 Tekinay, s. 491; Velidedeoğlu, s. 379; Saymen/Elbir, s. 382; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, s. 262; Çelikel, s. 52.
87 Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, s. 262.

intifa hakları vardır" demek suretiyle ana ve babanın kullanma hakkının çocuk ergin oluncaya kadar mevcut olabileceği açıkça ifade edilmiş olduğu oysa MK 354. maddesinde kullanma hakkının son bulması olarak ergin olma ifadesine yer verilmediği artık ergin olan ancak kısıtlanması nedeniyle velayet altına alınan çocukların malvarlığının da ana ve baba tarafından kullanılmasının mümkün olacağı ifade edilmiştir.[88] Hakkın ana ve babaya tanınmasının altında yatan sebep aile dayanışmasıdır. Bu yüzden kanımca erginlikten sonra velayet altına koyulan çocuk bakımından da ana ve babanın kullanma hakkının var olduğunu kabul etmek gerekecek erginlikle velayetin sona erdiği hallerde ise kullanma hakkının sona erdiğini kabul etmek gerekecektir.

Ana ve babanın kullanma hakkının sona ereceği diğer bir halde ana ve babanın sahip oldukları velayetin kusurları sebebiyle kendilerinden alınmasıdır.[89] Sahip olduğu velayet kusuru sebebiyle kaldırılan ana veya baba kullanma hakkını kaybedecektir. Bu halde ana veya babanın kullanma hakkı hâkim kararıyla sona erecektir. MK 354. maddesi kullanma hakkının sona ermesi için hâkim kararı aramasa bile velayetin kusur sebebiyle kaldırılıp kaldırılmadığı ancak hâkim tarafından takdir edilerek belirlenebileceğinden hâkim kararı şarttır.[90] Velayet kusur sebebiyle kaldırılınca ana veya babanın daha sonra doğacak olan çocuklarının malları üzerinde de kullanma hakkı mevcut olmayacaktır.[91]

2. Sona Ermenin Sonuçları

Ana ve baba, çocuk mallarını kullanırken özenli davranmalı çocuğun mallarına zarar vermeden kullanmalıdırlar.[92] Kullanma hakkından anlaşılması gereken çocuğa ait malları ekonomik fonksiyonuna uygun şekilde kullanmaktır.[93] Ana ve baba kullanma hakkından yararlanırken gereken özeni göstermezlerse hâkim tarafından MK m. 360'da belirtilen önlemler alınabilecektir.[94] Ana ve baba, kullanma hakkın-

88 Çınar, s. 1357.
89 Gönensay, s. 76; Öztan, s. 1176; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 426; Yetik, s. 153.
90 Çınar, s. 1361.
91 Çınar, s. 1361.
92 Özdemir, s. 93.
93 Çelikel, s. 52; Tekinay, s. 491.
94 Turanboy, s. 2126.

dan faydalanırken çocuğun malları zarar görmüşse ve bu zarar ana babanın kusurundan ileri gelmekteyse onların sorumluluğu gündeme gelir.[95] Ana ve baba, kusurlarının olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.[96]

Normal bir kullanmanın sonucu olarak ortaya çıkan hasarlar ve zararlar ana babaya yüklenemeyecek ancak normal kullanımın sebep olacağı yıpranmalar dışında verilen hasar ve zarardan ana baba sorumlu tutulacaktır. Örneğin aşırı ve dikkatsiz kullanım sonucu oluşan zararı tazmin edeceklerdir.[97] Kullanma hakkı kapsamında ana baba çocuğun video kamerasını kullanabilecek ve bu kullanımdan dolayı çocuğa bir ücret ödemesi gerekmeyecektir.[98] Ancak ana babanın çocuğun kamerasını kaybetmeleri halinde yerine yenisini koymaları, bozulmasına neden olduklarında ise tamir ettirmeleri gerekecektir.[99]

SONUÇ

Kullanma hakkının ana ve babaya tanınmasının altında aile bireylerinin dayanışma içerisinde yaşamaları ve aile birliğinin selameti için birbirlerine yardımcı olmaları gerektiği fikri yatar. Bu doğrultuda ana ve babanın kullanma hakkından yararlanabilmesi için malvarlığına sahip olup olmamasının bir önemi yoktur.

Eski medeni kanunumuzun 280. maddesinin yan başlığında istifade hakkı, madde metninde ise intifa hakkı ifadelerine yer vermiş olması hakkın hukukî niteliği hususunda tartışmaya sebep olmuştur. Yürürlükteki medeni kanunumuz ise; hakkı, kullanma hakkı olarak ifade etmiş süregelen tartışmalara çocuğun menfaatini de gözeterek son noktayı koymuştur. İntifa ya da istifade hakkı olarak nitelendiğinde çocuk malvarlığının kullanılmasının dışında tüketilmesi, yok edilmesi malvarlığının özüne el atılması da hak kapsamında nitelendiğinden yürürlükteki kanun tarafından hakkın kullanma hakkı olduğunun be-

95 Karaca, s. 51; Turanboy, s. 2126; Bozkurt, s. 152.
96 Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 256; Ayşe Fırat Şimşek, Çocuk Mallarının Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2004. s. 127.
97 Fırat Şimşek, s. 127.
98 Baygın/Doğan, s. 408.
99 Akıntürk/Ateş Karaman, s. 427; Bozkurt, s. 152.

lirtilmesi hem bu tartışmalara son vermek açısından hem de çocuğun ekonomik özerkliğinin korunabilmesi menfaatlerinin gözetilebilmesi açısından yerinde olmuştur.

Kullanma hakkının kapsamı çocuğun tüm malvarlığını içine almaktadır. Ancak kullanma hakkı, çocuğun faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle yapılan kazandırmaların gelirleri, ana ve babanın kullanmaması koşuluyla yapılan kazandırmaların gelirleri, çocuğa bir meslek veya sanat icrası için verilen mallar, çocuğun kişisel kazancı ve kişisel kullanımına yarayan malları üzerinde mevcut değildir. Bu malvarlığı unsurlarından faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak suretiyle yapılan kazandırmaların gelirleri ve ana babanın kullanmaması koşuluyla yapılan kazandırmaların gelirleri üzerinde kullanma hakkı tanınmamasının mantığı bu malvarlığı unsurlarının birikerek artmasının sağlanmasıdır. Çocuğun meslek icra ettiği malvarlığı üzerinde ise hali hazırda kullanma hakkı çocuğundur. Çocuğun hakları elbette ana ve babanın hakkının önüne geçecek olduğundan bu malvarlığı üzerinde de ana ve babanın kullanma hakları mevcut değildir. Çalışması neticesinde elde ettiği şahsî kazancı üzerinde de yine kullanma hakkı çocuğa ait olacaktır. Çalışmasına izin verilen çocuğun çalışması neticesinde kazandığı kazancı üzerinde kullanma, harcama yahut yönetme hakkının olmadığı iddiasında bulunmak makul olmayacaktır.

Ana ve baba velayet kusurları sebebiyle sona ermedikçe çocuk malları üzerinde kullanma hakkına sahip olur. Velayetin kusur dışında bir sebeple sona ermesi halinde ana ve babanın çocuğun malvarlığını kullanmasının tarzı doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş velayete sahip olan tarafın kullanma hakkından faydalanmaya devam edeceğini diğer tarafın ise iştirak nafakası ödemesinde bu hususun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtirken; diğer görüş kullanma hakkının kullanılması tarzının taraflar arasında ne şekilde olacağının hâkim tarafından tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kullanma hakkı ana ve babaya kanun tarafından tanınmış olduğundan kanımca velayeti kusuruyla kaybetmeyen ana ve babanın kullanma hakkının bulunmadığını söylemek kanuna aykırılık olacaktır. Bu yüzden hâkim somut olayın özellikleri imkân verdikçe kullanma hakkını ana ve babanın nasıl kullanacaklarını belirleyecektir.

Kullanma hakkı ana, baba veya çocuğun ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ve çocuğun erginliğini kazanması üzerine sona erer. Velayetin kusur neticesinde kaybedilmesi de hakkı sona erdirir. Ancak ergin olmasına rağmen velayet altına koyulan çocuğun malvarlığı üzerinde ana ve babanın kullanma hakkının var olduğunu kabul etmek hakkın ana ve babanın çocuğa bakması, koruyup, gözetmesi karşılığında aile dayanışması fikriyle tanınması mantığına uygun olacaktır.

Ana ve baba kullanma hakları sona erince çocuğun mallarını çocuğa, kayyıma veya vasiye teslim eder ve eğer çocuğun malları zarar görmüşse ana ve baba kusurlarıyla sebebiyet verdikleri zararları tazmin ederler. Ana ve babanın sahip oldukları kullanma hakkının kanunun izin verdiği ölçüde olması ve ana babanın kanuna aykırılıktan sorumluluğunun mevcut olması çocuğun ekonomik olarak istismar edilmesinde yeterli olmamakla beraber caydırıcı olacaktır.

Kaynakça

Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, Beta Yayınevi, 17. Bası, İstanbul 2015.

Akyüz Emine, Çocuğun Haklarının Ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi, Ankara 2000.

Akyüz Emine, Çocuk Hukuku, Ankara 2012.

Akyüz Emine, "Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C.12, S.1-4, s.153-175, 1979. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/502/6034.pdf, (Erişim Tarihi 03.10.2016).

Altunkaya Mehmet, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", Prof. Dr. Fikret Eren' e Armağan, Ankara 2006. s.111-129.

Baktır Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Baygın Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010.

Baygın Cem/Doğan Murat, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IX, S.1-2, 2005. s. 379-427. http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_15.pdf, (Erişim Tarihi 29.09.2016).

Berki Şakir, Velayetin Küçüğün Şahıs Ve Malları Bakımından Şumûlü, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1970.

Birsen Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1959.

Bozer Ali, "Ana Baba Yanında Yaşayan Küçüğün Kazancı MK md. 283/1(295/1)", *Adalet Dergisi*, S.12, F.3, s.1420- 1429, 1952.

Bozkurt İkbal, Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Çelikel Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Çınar Ömer, "Ana Ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", *İÜHFM*, C. LXXI, S. 1, İstanbul 2013. s. 1355-1364. http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021532/1023020311, (Erişim Tarihi 01.10.2016).

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.3 Aile Hukuku, İstanbul 2011.

Egger August, Çeviren Tahir Çağa, Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949.

Elçin Grassinger Gülçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.

Ertaş Şeref, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu' na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt: 9, Özel Sayı, s. 391-398 2007. http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/sertas.pdf, (Erişim Tarihi 29.09.2016).

Feyzioğlu F. Necmeddin, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.

Fırat Şimşek Ayşe, Çocuk Mallarının Yönetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2004.

Gönensay A. Samim, Medeni Hukuk, C.2, Aile Hukuku, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940.

Gürsel Nurettin, "Çocuk Malları ve Ana Babanın İstifade Hakkı", *Adalet Dergisi*. S.7, s.972-994, 1949.

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

İnan Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968.

Karaca Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Kılıçoğlu Ahmet M. Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1989.

Küçüka Necip Ali, Çocuk Hukuku, İstanbul Ahmet İhsan Matbaası, Ankara 1936.

Oğuzman Kemal/Dural Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1998.

Özdemir Hayrunnisa/Ruhi Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Özdemir Hayrunnisa, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması Ve Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVII, S. 3, s. 81-105, 2013. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_4.pdf, (Erişim Tarihi 29.09.2016).

Öztan Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2015.

Saymen Ferit H./Elbir Halid, Türk Medeni Hukuku C.III Aile Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul 1957.

Serozan Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Tekinay S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Tuor Pierre, Çeviren Cemil Artus, İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Ankara 1956.

Turanboy K. Nuri, "Anne ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma ve Sarf Etmek Hakkı", Prof. Dr. Fırat Öztan' a Armağan, C.2, Turhan Kitabevi, s. 2123-2139, Ankara 2010.

Usta Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku C.II Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1965.

Yetik Nurten, Nüfus- Velayet- Vesayet Nafaka, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2007.

Zevkliler Aydın/Acabey Beşir/ Gökyayla Emre, Medeni Hukuk, Ankara 2000.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.ticaretsicili.net/4721-sayili-turk-medeni-kanunu-gerekcesi/&gws_rd=cr&ei=vseqWNOpAYaya7DsuIAL, (Erişim Tarihi 20.02.2017)

TMK'NIN 197. MADDESİ KAPSAMINDA EŞLERİN AYRI YAŞAMA HAKKI VE HÂKİMİN ALACAĞI ÖNLEMLER

SPOUSES' RIGHT TO LIVE SEPARATELY AND THE MEASURES WILL BE TAKEN BY THEJUDGE ACCORDING TO TURKISH CIVIL CODE ART. 197

Eylül Can KÖSE*

Özet: Evlilik birliğinde huzursuzluk çıktığı dönemlerde, evlilik birliğini korumak amacıyla getirilen hükümlerden biri TMK m. 197'dir. Bu hükümle, eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi halinde ayrı yaşama hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. Eşlerden birinin ayrı yaşama hakkını kullanması üzerine hâkimden çeşitli önlemleri talep etme hakkı da aynı maddede düzenlenmiştir. Bu önlemleri hâkim kural olarak re'sen alamaz.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Birliği, Müdahale, Koruma, Önlemler, Ayrı Yaşama Hakkı

Abstract: One of the provisions for the protection of marriage union during periods of uneasiness in the marriage union is Turkish Civil Code, Article 197. It is regulated that the spouses have the right to live separately if his/her personality, economic security or peace of the family is seriously jeopardized. If one of the spouses exercise their right to live seperately, he/she is also entitled to demand various measures from the judge. These measures can not be taken by the judege ex officio.

Keywords: Marriage Union, Intervention, Protection, Measures, Right to Live Seperately

Giriş

Ortak bir hayat kurmak, aile olmak amacıyla evlenen eşlere, bu aile ortamının sağlanması ve korunması için kanun tarafından pek çok yükümlülük yüklenmiştir. Eşler, birliğin mutluluğunu, çocuklarının bakımı ve eğitimini birlikte sağlamak, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (TMK m. 185). Eşler

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ayrıca, oturacakları konutu birlikte seçmek, evlilik birliğini beraber yönetmek, birliğin giderlerine katılmakla yükümlüdürler (TMK m. 186).

Zaman zaman eşler arasında çeşitli uyuşmazlıklar veya aile içinde huzursuzluklar ortaya çıkabilmektedir. İşte Türk Medeni Kanunu'nda[1] (TMK), bu tür durumlar meydana geldiğinde uygulanmak ve evlilik birliğinin korunmasını sağlamak amacıyla çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bunların bir kısmı, hâkimin müdahalesini içeren hükümlerdir.

Kanunun evlilik birliğini koruma amacının iki yönlü olduğu ifade edilmektedir. İlki, evlilik birliğinde eşlerin kişilik haklarını korumaktır. Zira evlilik birliğinin kurulmasıyla eşlere yüklenen karşılıklı yardım ve sadakat borcunun özünde, bu yatmaktadır.[2] Diğer amaç ise evlilik birliğinin devamı süresince eşler arasında oluşan sorunları, boşanma aşamasına gelmeden önce çözüp, toplumun temel taşı sayılan aileyi korumak, ayakta tutmaktır.[3]

TMK m. 195, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya evlilik birliğiyle ilgili önemli konularda uyuşmazlığa düşmeleri halinde, hâkimin evlilik birliğine müdahalesini düzenleyen hükümdür. Bu hüküm kapsamında alınabilecek önlemler, genel nitelikli önlemlerdir. Bunlar uzlaştırma, uyarı ve eşleri uzman yardımına yönlendirme olarak sayılmıştır. Devamı maddelerde yer alan özel önlemleri ise üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar; eşler birlikte yaşamaya devam ederken alınacak önlemler (TMK m. 196), eşlerin ayrı yaşaması halinde alınacak önlemler (TMK m. 197) ve eşlerin birlikte veya ayrı yaşamasına bakılmaksızın alınacak önlemlerdir (TMK m. 198-199).

---

1 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Resmi Gazete: 08.12.2001, 24607.

2 Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan, 6. Bası, Ankara 2015, s. 328 vd.; Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat, İstanbul 2008, s. 131.

3 A. Samim Gönensay, Medeni Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1937, C. II (Aile Hukuku), s. 136; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, Nurgök Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1965, C. II (Aile Hukuku), s. 120; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Filiz, 3. Bası, İstanbul 1986, s. 201; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, Aile Hukuku, Filiz, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 124; Öztan, s. 328; Gümüş, s. 131; Ömer Uğur Gençcan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat, Yetkin, 2. Bası, Ankara 2007, C. II (Madde 185-530), s. 1753; Ardahan Hüsnü Şenyuva, "Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 28.

Biz çalışmamızı, yalnızca eşlerin ayrı yaşaması halinde uygulanacak olan önlemleri içeren TMK m. 197 ile sınırlandırmış bulunuyoruz. Bu kapsamda öncelikle eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğü, istisnai olarak eşlerin ayrı yaşama hakkı ve bu hakkın hangi şartlarda doğduğu, son olarak da ayrı yaşama halinde hâkimden talep edilebilecek önlemlerin neler olduğu, inceleme konusu yapılmıştır.

I. Eşlerin Birlikte Yaşama Yükümlülüğü

Eşler, ortak bir hayat kurmak amacıyla evlenirler. Bunun doğal bir sonucu olarak aynı çatı altında yaşamak durumundadırlar.[4] TMK m. 185/III, eşlerin birlikte yaşamalarını hüküm altına almıştır. Buna göre eşler, evlilik devam ettiği sürece, birlikte yaşamakla yükümlüdürler.

Birlikte yaşama yükümlülüğü aynı zamanda eşler için bir haktır.[5] Evlilik birliğinden doğan diğer yükümlülüklerde olduğu gibi, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde de uygulanacak doğrudan bir yaptırım bulunmamaktadır.[6] Ancak eşlerden birinin ortak konutta diğer eşle yaşamaktan kaçınması, Medeni Kanunumuzda bir boşanma sebebi olarak sayılmıştır.[7]

Eşler kural olarak birlikte yaşamak zorunda olsalar da, askerlik, hükümlülük, öğrenim, tedavi, akraba ziyareti, çalıştığı kurum tarafından görevlendirme gibi sebeplerle bir süreliğine ayrı yaşamak, bu yükümlülüğe aykırılık teşkil etmez.[8]

II. Eşlerin TMK'nın 197. maddesine Dayanan Ayrı Yaşama Hakkı

Eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğüne rağmen, bazı hallerde eşlere ayrı yaşama hakkı tanınmıştır. TMK m. 197/I'e göre "Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına

4 M. Argun Köteli, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı, İstanbul 1991, s. 91.

5 Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Beta, 19. Bası, İstanbul 2016, C. II (Aile Hukuku), s. 113; Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 49.

6 Feyzioğlu, s. 182.

7 Velidedeoğlu, s. 124; Öztan, s. 198; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan, Ankara 2015, s. 210; Ayan, s. 49.

8 Akıntürk, Ateş, s. 113; Kılıçoğlu, s. 209.

sahiptir". Bu hallerden birine dayanarak ayrı yaşayan eş için terk sebebiyle boşanma davası açılamaz.[9]

Ayrı yaşama hakkının doğması için gerçekleşmesi gereken seçimlik şartlar, eşlerden birinin kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun tehlikeye düşmesi hallerinden birinin ortaya çıkmasıdır. Bu haller bakımından önemli olan ortak nokta, bir eşin diğer eşle ortak yaşamını devam ettirmesinin, onun kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun tehlikeye düşmesine sebep olmasıdır.[10] Bir başka ifadeyle, ortaya çıkan tehlike ile ortak yaşamın devam etmesi arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.[11]

Eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düşmesinden maksat, eşin kişilik hakkına giren bedensel bütünlüğü, onuru, saygınlığı gibi değerlerinin, ortak yaşamın devam ettirilmesi sebebiyle tehlikeye girmesidir.[12] Örnek olarak, diğer eşin onu dövmesi, rızası dışında cinsel ilişkide bulunması, sürekli ona hakaret etmesi, arkadaşlarıyla birlikte her gece evde içki içmesi, üçüncü bir kişiyle duygusal veya cinsel ilişkiye girmesi hallerinde eşin kişilik hakkı zedelenir.[13]

Kanunun öngördüğü ikinci seçimlik şart, eşlerden birinin ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşmesidir. Buna örnek olarak, erkek eşin, terzilik yapan eşinin müşterilerine sarkıntılık etmesi veya kötü davranması yüzünden, kadın eşin, evinde yürüttüğü mesleğe devam edemez hale gelmesi gösterilebilir.[14] Eşlerden birinin yeterli kazanç elde edebilecekken çalışmaktan kaçınması, diğer eşin bizzat kendisinin kazanç elde edici bir faaliyette bulunabilmesinin ancak ortak yaşamın sona ermesine bağlı olması (örnek olarak, bir eşin diğerinin çalışmasına izin vermemesi ve kendisinin de yeterli gelir elde edemiyor olması, ancak büyük bir şehirde mesleğini ifa edebilecek olan bir estetik uzmanının eşinin çok küçük bir şehirde oturmak istemesi), eşlerden birinin diğeri-

---

9 Seher Kandil, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m. 164), Seçkin, Ankara 2006, s. 61.

10 Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Filiz, 12. Bası, İstanbul 2016, C. III (Aile Hukuku), s. 179.

11 Ayan, s. 233.

12 Kılıçoğlu, s. 267.

13 Öztan, 352; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 180; Ayan, s. 230.

14 Velidedeoğlu, s. 126; Gümüş, s. 157; Ayan, s. 233.

nin malvarlığına zarar vermesi, malvarlıklarının değerlendirilmesinin engellenmesi halleri de bu duruma örnektir. [15] Ekonomik güvenliğin tehlikeye düşmesinde tespit edilmesi gereken, eşin yaşamak için gerekli ihtiyaçlarının tehlikeye girmesidir. Hangi sebepten olursa olsun, yaşamak için gerekli ihtiyaçların karşılanamıyor olması gerekir.[16]

Eşin ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşmesi, ekonomik varlığının yok olmasına yol açacak boyuta ulaşmışsa, artık ekonomik kişiliğini ilgilendiren bir tehlike bulunduğundan dolayı eş doğrudan kişiliğinin tehlikeye düşmesine dayanarak da ayrı yaşamaya başlayabilir.[17]

Üçüncü ve son seçimlik şart olan ailenin huzurunun tehlikeye düşmesinin kapsamına ise öncelikle çocukların huzuru girmektedir. Eğer eşlerin birlikte yaşaması çocuklara zarar verecekse, ortak yaşam terk edilebilir. Örnek olarak, eşlerden birinin alkol veya uyuşturucu bağımlısı olması halinde diğer eşin ortak yaşamı terk etmesi, haklı bir sebebe dayanır.[18] Ailenin huzurunun bozulması başka birçok sebepten kaynaklanabilir. Eşlerden birinin sürekli eve geç gelmesi, kavga ve huzursuzluk çıkarması, çocuklarla ilgilenmemesi gibi davranışlar ailenin huzurunu bozacak niteliktedir.[19] Bir kimsenin eşinin anne-babasıyla görüşmesini engellemesi veya onu sürekli olarak kayın anne-babasıyla aynı evde yaşamaya zorlaması da ayrı yaşama hakkını ortaya çıkaran sebepler olarak kabul edilmektedir.[20]

Kanun yukarıda sayılan hallerde ortaya çıkan tehlikenin ciddi boyutta olmasını aramıştır. Eşler arasındaki her uyuşmazlık, eşlere ayrı yaşama hakkı vermez.[21] Tehlikenin ciddi boyutta olup olmadığı belirlenirken, ortaya çıkan durumun diğer eş için çekilmez hale ge-

---

15 Öztan, s. 353; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 180; Kılıçoğlu, s. 267; Gümüş, s. 157; Ayan, s. 234; Abdulkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Savaş, Ankara 2014, s. 67; Talih Uyar, "Yargıtay Kararlarında Ortak Hayatın Tatili ve Sonuçları (MK 162)", *MBD*, 2000/1, S. 72, s. 55-56; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Evlilik Birliğinin Korunması", *TBB Dergisi*, 2015, S. 120, s. 437.

16 Öztan, s. 353.

17 Gümüş, s. 158.

18 Öztan, s. 354 vd.; Gümüş, s. 158.

19 Ayan, s. 234.

20 Gümüş, s. 160.

21 Gönensay, s. 140; Akıntürk, Ateş, s. 138; Ayan, s. 234; Şenyuva, s. 62.

lip gelmediği, eşlerin sübjektif durumu dikkate alınarak tespit edilmelidir.[22] Zira objektif olarak kişiliğin tehlikeye düşmesi sonucunu doğurmayan bir davranış, eşlerden birinin özel durumu nedeniyle önem teşkil edebilir. Örnek olarak, eşinin kedi tüyüne alerjisi olduğunu bildiği halde evde kedi beslemek konusunda ısrarcı olan diğer eşin davranışı, bu tip bir durum yaratır.[23] Tehlikenin eşlerin kusurlu bir davranışından doğması gerekmediği gibi[24] bir zarar doğması da gerekmez.[25]

TMK m. 197/I'de anılan seçimlik şartlardan birinin gerçekleşmesi halinde, tehlikede bulunan eşin ayrı yaşama hakkı doğar. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, bu hususta hâkimden izin alınması gerekmez.[26] Zira gerek TMK m. 197'nin lafzından gerekse maddenin gerekçesinden, aranan şartlar gerçekleştikten sonra ayrı yaşamak için ayrıca hâkimden izin alınması gerektiği sonucuna varılamamaktadır. Bununla birlikte, ayrı yaşamanın haklı

22 Ayan, s. 231.

23 Şenyuva, 60.

24 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 180; Öztan, s. 354. Örnek olarak, bir eşin bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda diğer eş, birlikte yaşamaya ara verebilir. Bu halde bulaşıcı hastalığa yakalanan eşin kusursuz olması, onu parasal katkı yükümlülüğünden kurtarmaz (bkz. Ayan, s. 243).

25 Ayan, s. 232.

26 Gönensay, s. 140; Andreas B. Schwarz, Aile Hukuku, Çeviren: Bülent Davran, İsmail Akgün Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1946, s. 197; H. Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk, 5. Bası, Ankara 1963, C. II (Aile Hukuku), s. 160; Velidedeoğlu, s. 125; Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Filiz, 7. Bası, İstanbul 1990, s. 341; Feyzioğlu, s. 204 vd.; Köprülü, Kaneti, s. 126; M. Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 163; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Aile Hukuku, Filiz, İstanbul 1993, s. 195; Akıntürk, Ateş, s. 137; Uyar, s. 56; Murat Samat, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 85. Her ne kadar kanunda öngörülen haklı sebeplerden birinin varlığı halinde eşler ayrı yaşama hakkına sahip olsa da; eşin ayrı yaşamasında haklı olduğunun hâkim tarafından tespitinde o eş için fayda olduğu; böylece ileride boşanma davası söz konusu olduğunda haksız yere evi terk etmiş durumuna düşmeyeceği hususunda bkz. Öztan, s. 355; Akıntürk, Ateş, s. 136 vd. Buna karşılık, doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre ayrı yaşamak için de hâkim kararı gerekir. Bkz. Zahid Çandarlı, Osman Fazıl Berki, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma-Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik TAO, Ankara 1949, s. 16; Kudret Güven, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *GÜHFD*, Ankara 1998, S. 1-2, s. 5; Tekinay, s. 341, dn. 11'de anılan yazarlar.

sebebe dayanması, alınacak önlemlerin şartını oluşturur.[27] Kanunda öngörülen sebepler yoksa hâkim önlemlere hükmedemez.[28]

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, TMK m. 170 ve devamında düzenlenen ayrılık kurumundan farklıdır. Ayrılık, boşanma hukukuna ait bir kurumdur.[29] Öncelikle, ayrılık kararının hâkim tarafından verilmesi gerekir ve sebepleri, kanunda düzenlenen boşanma sebepleriyle aynıdır. TMK m. 197'ye dayanan ayrı yaşama hakkı ise, yukarıda açıkladığımız üzere, hâkim kararına gerek duyulmaksızın eşlerin kullanabileceği bir haktır ve sebepleri boşanma sebeplerinden farklıdır.

Bu iki kurum, sonuçları bakımından da birbirinden ayrılmaktadır. Ayrılık kararı bir yıldan üç yıla kadar bir süre için verilebilir ve bu sürenin sonunda eşler ortak hayatı yeniden kuramamışlarsa, her biri boşanma davası açabilir. TMK m. 169'da öngörüldüğü üzere hâkim, boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alacaktır. TMK m. 197'ye dayanan ayrı yaşama hakkının kullanılmasından sonra ise, hâkim ancak talep üzerine kanunda öngörülen önlemleri alabilir. Ayrı yaşama, ciddi tehlike olgusu devam ettiği sürece devam eder.[30] Ortak yaşamın bir süre sonra tekrar kurulamaması halinde boşanmaya karar verilmesi burada söz konusu olmaz. Bununla birlikte, söz konusu iki kurum amaçları bakımından benzerlik gösterirler. Her iki kurum da evlilik birliğinin korunması amacına hizmet eder. Eşlerin

---

27 Yargıtay 3. HD E. 2005/12920 K. 2005/12821 T. 29.11.2005: "…davalının evlilik birliği gereklerini yerine getirmediği (bağımsız ev temin etmediği) ileri sürülerek eş ve küçük çocuk için tedbir nafakası istenilmiş; mahkemece…istemin reddine karar verilmiştir… tarafların davacının anne ve babası ile birlikte altlı-üstlü iki dairede kaldıkları ve de yeme içmelerinin(misafir kabullerinin) birlikte gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Ayrıca davacı eşin kullandığı dairenin mutfak vs. bölümlerinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu durumda ailenin her yönüyle bağımsız nitelikte bir meskende barındığı kabul edilemez. Dolayısı ile davalı evlilik birliği gereklerine uygun bağımsız nitelikte mesken temin etmemiştir. Böylece davacı eşin ayrı yaşamada haklı bulunduğu (TMK mad. 195-197) gözetilmeden davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (www.kazanci.com).

28 Tekinay, s. 337; Öztan, s. 355 vd.

29 Velidedeoğlu, s. 124.

30 Gümüş, s. 161.

bir süre ayrı yaşayıp, sorunlarını çözerek, ortak hayatlarını huzurlu bir şekilde yeniden kurabilmelerine olanak sağlanması amaçlanmıştır.[31]

III. TMK'nın 197. maddesine Göre Alınacak Önlemlerin Şartları

TMK m. 197'de yer alan önlemlere hükmedilebilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; eşin talepte bulunması ve bir boşanma davası açılmamış bulunmasıdır.

A. Eşin Talebi

TMK m. 197/I'de sayılan hallerden birine dayanarak ayrı yaşayan eşe, hâkimden evlilik birliğini koruyucu önlemler talep etme imkânı tanınmıştır. Hâkim bu önlemleri almada re'sen hareket edemez.

Kural olarak, haklı sebeple ortak yaşamı terk eden eş TMK m. 197'ye dayanarak talepte bulunabilir.[32] Bununla birlikte, TMK m. 197/III uyarınca eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk etmişse veya ortak hayat başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse, bu halde, terk edilen eş de söz konusu önlemleri talep etme hakkına sahiptir.[33] Eşlerden birinin diğerini evden kovması, boşanma davası açtıktan sonra davası reddedilen eşin eve dönmek istemesine karşın diğer eşin onu eve almayı kabul etmemesi gibi haller, bu duruma örnek gösterilebilir.[34]

---

31 Ayan, s. 249.

32 Eşlerden birinin ayrı yaşama hakkının doğması, çoğu kez diğer eşin kusurlu davranışlarından ileri gelmektedir. Hükmün konuluş amacı ve uygulamasına bakıldığında, önlemleri talep edebilecek olan kişi de, fikrimizce, ayrı yaşama hakkı doğan eş olacaktır. Böyle olmakla birlikte, TMK m. 197/II'de geçen, "…hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine… önlemleri alır." ifadesini de dikkate almak gerekir. Eşlerden birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması sebebiyle diğer eşin ayrı yaşama hakkının doğması örneğinde olduğu gibi, TMK m. 197/I'de öngörülen şartların gerçekleşmesi için eşlerden birinin kusurlu olması şart değildir. Bu gibi hallerde, diğer eş de TMK m. 197/II'de belirtilen önlemleri talep etme hakkına sahiptir.

33 Ayan, s. 229; Yargıtay 2. HD 03.02.2015 E. 2014/9628 K. 2015/807: "Toplanan delillerden, davacı-karşı davalı (koca)'nın, ortak konutu terk ederek birlik görevlerini yerine getirmekten kaçındığı, ailesinin evlilik birliğine müdahalesine sessiz kaldığı ve eşine "eşyalarını alıp evden ayrılmasını" söyleyerek müşterek konuttan kovduğu anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 197. maddesi koşulları oluşmuştur. Davalı-karşı davacı (kadın)'ın birleşen nafaka davasının kabulü ile uygun miktarda tedbir nafakası takdiri gerekir." (www.kazanci.com).

34 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 183.

Alınacak her bir önlem için eşin talebi aranır. Hâkime başvuran eş, yalnızca önlemlerden birini talep etmişse, hâkim diğer önlemlere hükmedemez. Bu durum, hâkimin taleple bağlılığı ilkesine dayanır.[35] Ancak TMK m. 197/IV uyarınca, eşlerin ergin olmayan çocuklarına ilişkin önlemleri hâkim re'sen alır.

Söz konusu önlemleri talep etme, nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir.[36] Yani, eşlerden birinin yasal temsilcisi, eşin önlem talebinde bulunamayacak durumda olması halinde söz konusu önlemleri talep edebilir.[37]

B. Boşanma Davasının Açılmamış Olması

Boşanma davası açıldıktan sonra hâkim tarafından alınacak önlemler TMK m. 169'da düzenlenmiştir. Buna göre boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresinde gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır. TMK m. 197'de ise alınacak önlemlerin şartı olarak boşanma veya ayrılık davasının açılmış olması yer almamaktadır. Boşanma davası öncesindeki parasal katkı istemleri, bağımsız bir davanın konusunu oluşturur ve TMK m. 197'ye dayanır.[38] Görüldüğü üzere, evlilik birliğinin korunması hükümlerinde yer alan önlemlere başvurulabilmesi, boşanma davasının açılmamış olması halinde mümkündür.
Ayrıca, boşanma veya ayrılık davası açılmışsa, eşlerin ayrı yaşama hakkı vardır. Ayrı yaşamanın başka bir sebebe dayandırılması gerekmez.[39] Zira boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra eşlerin birlikte yaşama zorunluluğu söz konusu olamaz.

Hal böyleyken, Yargıtay'ın, fikrimizce isabetsiz şekilde, bazı kararlarında boşanma davası sırasında TMK m. 197'ye göre tedbir nafakasına hükmettiği[40] görülmektedir. Söz konusu hükümlerin karşılaş-

35 Ayan, s. 237.
36 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 175.s
37 Gümüş, s. 133.
38 Halûk Bozovalı, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı, İstanbul 1990, s. 20.
39 Gönensay, s. 141; Schwarz, s. 197; Velidedeoğlu, s. 126; Feyzioğlu, s. 205; Tekinay, s. 240; Hatemi, Serozan, s. 195.
40 Yargıtay 2. HD E. 2015/17300 K. 2016/175 T. 11.1.2016; Yargıtay 2. HD E.

tırılarak değerlendirildiği bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını[41] burada zikretmekte fayda görüyoruz: "Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; boşanma davasından ayrı olarak, aynı mahkemede açılan ve boşanma davası ile birleştirilen nafaka davasında yapılan yargılama sonucu hükmedilen nafakanın, boşanma davasının devam ettiği sırada verilen ve TMK'nın 169. maddesinde *düzenlenen tedbir nafakası mı; yoksa eşlerin ayrı yaşaması nedeniyle verilen ve TMK'nın* 197. maddesinde yer alan tedbir nafakası mı olduğu, varılacak sonuca göre de eldeki davada kesinleşme tarihinden sonraki alacaklar için takibin iptalinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır… 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun "Geçici Önlemler" başlıklı 169. maddesine göre hâkimin… geçici önlemleri, bu konuda bir talebin varlığını aramaksızın, re'sen alması gerekir. Bu geçici önlemlerden birisi de tedbir nafakasına hükmedilmesidir. Tedbir nafakası, talebe bağlı olmaksızın (re'sen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleş*ene kadar hüküm altına alınır…* Aynı kanunun "Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi" başlıklı 197. maddesinde ise… eşlerin gerek haklı bir sebebe dayanarak, gerekse haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınmaları ya da ortak yaşamın başka bir nedenle imkansız hale gelmesi halinde kural olarak geçici önlemlerin alınmasını düzenlemiştir. Kanunda bahsi geçen bu önlemler, ayrı yaşamanın devam ettiği sürece varlığını sürdürür… Bu maddeler, nafaka, boşanma ve ayrılık davası açılmadan önceki dönemde evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin taraflarca yerine getirilmemesi, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde ve boşanma ve ayrılık davası açılması sırasında, hak sahibinin mali yönden desteklenmesi suretiyle evlilik birliğini kurtarmak amacıyla öngörülmüştür. Her iki madde arasındaki farka gelince; 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 169. maddesi uyarınca takdir edilen tedbir nafakası, açılan boşanma davası kapsamında alınan geçici nitelikteki bir önlem olarak hakim tarafından yargılama sırasında kaldırılmadığı takdirde boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesi ile sona erer. Oysa Türk Medeni Kanununu 197. maddesi uyarınca talep edilen nafaka bağımsız bir ta-

2014/20623 K. 2015/4674 T. 17.3.2015; Yargıtay 2. HD E. 2014/17263 K. 2015/2306 T. 20.2.2015 (www.kazanci.com).

41 Yargıtay HGK E. 2014/81021 K. 2016/328 T. 16.3.2016 (www.kazanci.com).

lep ve bağımsız bir davanın konusu olarak, eşlerin ayrı yaşama durumunun devamı süresince geçerli olur."

Eşlerden birinin TMK m. 197'ye dayanarak önlemler talep etmesinin ardından, kendisi veya diğer eş boşanma davası açarsa durumun akıbetinin ne olacağı, değerlendirilmesi gereken bir ihtimaldir. Boşanma davası açıldığında hâkim TMK m. 169 uyarınca gerekli önlemleri re'sen alır. Bu sırada koruma önlemlerine bakan hâkimin nasıl hareket edeceği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, hâkim, davayı konusuz kalması sebebiyle hemen reddetmeyerek, boşanma davasının sonucunu beklemelidir.[42] Bir başka görüşe göre ise, önlem talebini inceleyen hâkim, boşanma davası hiç açılmamış gibi, şartları mevcutsa, önlem kararı vermelidir.[43] TMK m. 197'ye dayanarak yapılan parasal katkı talebinden sonra boşanma davası açılmışsa, mahkemenin iki davayı birleştirebileceği, bunun hâkimin takdirinde olduğu ifade edilmektedir.[44]

IV. Alınacak Önlemler

TMK m. 197'de alınacak önlemleri dört grup altında toplamak mümkündür. Bunlar; eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkının belirlenmesi, konut ve ev eşyasından yararlanma hususunda önlemlerin alınması, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemlerin alınması ve eşlerin ergin olmayan çocuklarıyla olan ilişkilerinin düzenlenmesidir.

A. Eşlerden Birinin Diğerine Yapacağı Parasal Katkının Belirlenmesi

TMK m. 197'de öngörülen önlemlerden ilki, eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkının belirlenmesidir. TMK m. 186/III uyarınca eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. Bu yükümlülük, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte başlar; eşler artık birlikte yaşamıyor olsalar bile, evlilik sona erene kadar devam eder. Bunu dikkate alan kanunkoyucu, eşlerden birinin

42 Gümüş, s. 169.
43 Ayan, s. 239 ve dipnot 148'de anılan yazarlar.
44 Halil İbrahim Kütük, "Tedbir Nafakası", *Adalet Dergisi*, 2006, S. 26, s. 223.

haklı sebebe dayanarak ortak yaşamı terk ettiği veya eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçındığı hallerde, birinin diğerine yapacağı parasal katkının hâkim tarafından belirleneceğini öngörmüştür.

Söz konusu parasal katkı belirlenirken dikkate alınacak ölçütler, TMK m. 196/II'de yer almaktadır. Eşler birlikte yaşarken birinin diğerine parasal katkı yapmasını öngören bu hüküm, TMK m. 197'ye dayanılarak istenen parasal katkının belirlenmesinde de kıyasen uygulanır. Buna göre, parasal katkı belirlenirken eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması gibi haller dikkate alınacaktır. Kanun lafzında parasal katkıdan söz edilse de, doktrinde de genel olarak kabul edildiği üzere eşlerin yapacağı katkı belirlenirken maddi edimler ve iş görme edimleri de dikkate alınacaktır.[45]

Bir eşin diğerine yapacağı katkı payı belirlenirken, diğer eşin yaşı, çalışma gücü ve olanakları ile ailenin temel ihtiyaçları göz önünde bulundurulur.[46] Eşlerin gelirleri arasında bir dengenin oluşturulması esastır.[47] Hâkim gerekli görürse, çalışmayan eşin çalışabileceğini de dikkate alır.[48] Eşlerin ihtiyaçları ve masraflarının belirlenmesi açısından, hangi eşin ortak konutu terk ettiği, çocukların hangi eşin yanında kaldığı da dikkate alınmalıdır.[49] Ayrı yaşama halinde masrafların artması doğal bir durumdur. Buna bağlı olarak, ayrı yaşamın getirdiği ek yükler sebebiyle eşlerin her zamanki yaşam standartlarının kendilerine sağlanmasını talep edemeyecekleri doktrinde ifade edilmektedir.[50] Ayrı yaşayan eş çalışmıyor veya kısmi zamanlı çalışıyorsa ve kendisinden gelir getirici bir faaliyette bulunması veya mesleki faaliyetlerini genişletmesi hemen beklenemiyorsa, hâkim o ana kadar olan katkı paylarının devamına karar vermelidir.[51] Yapılacak katkının üst sınırını eşlerin ortak yaşam içindeki yaşam standartları oluştururken, alt sı-

45 Öztan, s. 359; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 181; Gümüş, s. 146.
46 Gönensay, s. 141 vd.; Öztan, s. 222; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 181; Gümüş, s. 164 vd., Ayan, s. 243.
47 Nejat Aydın Aysoy, "Nafaka Takdir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı Mıdır?", *Adalet Dergisi*, 1962, S. 3-4, s. 301.
48 Öztan, s. 361.
49 Ayan, s. 243.
50 Öztan, s. 361; Gümüş, s. 164.
51 Gümüş, s. 164.

nırını eşlerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için elde etmeleri gereken asgari miktar oluşturur.[52]

Ayrı yaşama hakkına sahip olan eşin parasal katkı talebinde bulunabilmesi için, diğer eşin kusurlu olması gerekmez. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, eşler evlilik birliği devam ettiği sürece birliğin giderlerine katılmak zorundadırlar. Bir eşin ayrı yaşama hakkında diğer eşin kusursuz olması, onu bu yükümlülüğünden kurtarmaz. Örnek olarak, eşlerden birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması halinde diğer eş ayrı yaşama hakkına sahiptir. Hastalığa yakalanmış olan eşin bu konuda kusursuz olması, onu parasal katkı yükümlülüğünden kurtarmaz.[53]

TMK m. 196/III'te, eşler birlikte yaşarken istenecek olan parasal katkının, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebileceği öngörülmüştür. TMK m. 197'de ise böyle bir imkâna yer verilmemiştir. Fikrimizce kanunkoyucu bu hususta bilerek susmuştur. Bu nedenle TMK m. 196/III'ün TMK m. 197'ye göre istenen parasal katkıda kıyasen uygulanması mümkün olmamalıdır. Eşler ayrı yaşarken talep edilen parasal katkı, geçmişe dönük olarak değil, ileriye yönelik olarak dava tarihinden itibaren talep edilebilmelidir.[54]

Parasal katkının belirlenmesi her ne kadar eşler birlikte yaşarken alınabilecek önlemler arasında da yer alsa da, uygulamada çoğunlukla eşlerin ayrı yaşamaya başladıktan sonra bu önlemleri talep ettikleri, bu nedenle TMK m. 197'nin uygulama alanının daha geniş olduğu doktrinde ifade edilmektedir.[55]

B. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanmanın Düzenlenmesi

Ayrı yaşama hakkının doğmasının doğal neticesi, eşlerden birinin ortak konutu terk etmesidir. Bunu göz önüne alan kanunkoyucu, hâkime, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı sebebe dayanıyorsa veya

52 Öztan, s. 362; Gümüş, s. 165.
53 Ayan, s. 243.
54 Yargıtay İBK 28.11.1956 E. 1956/15 K. 1956/15 (www.kazanci.com); Tekinay, s. 346; Oğuzman, Dural, s. 163. Aksi görüşte bkz. Öztan, s. 363; Gümüş, s. 166; Ayan, s. 245.
55 Gümüş, s. 145; Fikriye Ceren Palaz, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 62.

eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamaktan kaçınıyorsa, talep üzerine ortak konuttan ve ev eşyasından hangi eşin yararlanacağına karar vermede geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, ortak konutta hangi eşin kalması daha faydalı olacaksa, o eşin kalmasına karar vermelidir. Çocukların alıştıkları yaşamdan uzaklaştırılmaması adına, evin çocuklar kendisinde bırakılan eşe bırakılmasında fayda vardır.[56] Eşlerden birinin ayrı yaşaması haklı bir sebebe dayansa bile, ortak konutun ve ev eşyalarının hangi eşe bırakılacağına yerindelik ilkesine göre hâkim karar verir.[57]

Ortak konutun hangi eşe özgüleneceği hususunda eşlerin kusuru, ikinci derecede etkili bir ölçüt olarak kullanılır. Hâkim ancak eşlerden ikisinin de evden ayrılmasını eşit derecede sakıncalı görürse, o zaman kusur ölçütüne başvurmalıdır.[58] Ortak konut hangi eşlerden birinin işine daha çok yarıyorsa, o eşe özgülenmesine karar verilebilir. Örnek olarak, eşlerden biri mesleğini ortak konutta sürdürüyorsa, başka bir zorunluluk yoksa diğer eşin ortak konuttan ayrılması hakkaniyete uygundur.[59]

Ortak konutun malikinin veya ortak konut kira ile temin edilmişse kira sözleşmesinin tarafının hangi eş olduğu önem taşımaz.[60] Hâkim, somut olayın özelliklerine göre malik olmayan[61] veya kira sözleşmesine taraf olmayan eşin ortak konutta kalmasına da karar verebilir.[62] Mühim olan, hakkaniyete uygun bir çözümün sağlanmasıdır.[63]

C. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler

Talep üzerine hâkimin alacağı bir diğer önlem, eşlerin mallarının yönetimine ilişkindir. Bu önlemlerin kapsamına ne girdiği aydınla-

---

56 Tekinay, s. 344; Gümüş, s. 171; Ayan, s. 246.
57 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 181 vd.; Gümüş, s. 171.
58 Tekinay, s. 344; Ayan, s. 246.
59 Ayan, s. 247.
60 Öztan, s. 365, Ayan, s. 247.
61 Söz konusu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan konuta saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmesi hakkında bkz. Ayan, s. 247, dipnot 181 ve orada anılan yazarlar.
62 Eşlerden birisinin mülkiyetinde olan evlilik konutu veya ev eşyası hâkim kararıyla kendisine bırakılan eşin ev eşyası ve konut üzerinde sahip olduğu hakkın, aile hukuku kökenli sui generis bir mutlak hak niteliğinde olduğu; bunlara intifa ve oturma hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı görüşündeki açıklamaları için bkz. Gümüş, s. 171 vd.
63 Ayan, s. 247.

tılmaya muhtaçtır. TMK m. 199'da öngörülen, eşlerden birinin belirli malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin hâkim kararıyla sınırlanmasına ilişkin düzenlemenin, bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. TMK m. 197/II ile TMK m. 199'un uygulama alanını belirlemek bakımından, TMK m. 197/II'nin ikincil/yedek bir müdahale olanağı verdiği kabul edilerek, TMK m. 199'un yetersiz kaldığı hallerde uygulanması, bir çözüm olarak önerilebileceği ifade edilmektedir.[64]

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 176. maddesinde "hal ve şartlar haklı gösteriyorsa eşler arasında mal ayrılığı rejimine hükmedileceği" öngörülmektedir. Doktrinde, bu hükümden esinlenerek hazırlanan TMK 197'nin uygulanmasında da, hâkimin gerekli görürse eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebileceği kabul edilmektedir.[65] Bazı malların eşlerden birine verilmesine de karar verebilir.[66]

Eşler arasındaki mal rejimine müdahale bakımından TMK m. 197/II ile eşler arasındaki mal rejiminin hâkim kararıyla olağanüstü mal rejimine geçişini düzenleyen TMK m. 206'nın sınırını da çizmek gerekir.[67] Bu hususta doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, TMK m. 197/I'in şartları oluşmuşsa, yani haklı sebebe dayanarak ayrı yaşama hakkına başvurulmuşsa, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemlerin alınması kapsamında TMK m. 206'ya göre olağanüstü mal rejimine geçiş uygulanabilir.[68]

---

64 Gümüş, s. 173.

65 Öztan, s. 369; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 182; Gümüş, s. 172; Ayan, s. 249.

66 Ayan, s. 250.

67 Anılan madde hükmü, haklı bir sebebin varlığı halinde eşlerden birinin talebi üzerine, hâkimin eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilmesini düzenlemektedir. Özellikle haklı bir sebebin varlığının kabul edildiği haller şunlardır: 1. Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması, 2. Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması, 3. Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi, 4. Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması, 5. Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması.

68 Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin, Ankara 2005, s. 56; Ali İhsan Özuğur, Mal Rejimleri, Seçkin, 6. Bası, Ankara 2011, s. 30. Aksi görüşte, Dural, Öğüz, Gümüş, s. 182, Gümüş, s. 173.

D. Çocuklarla İlişkilerin Düzenlenmesi

TMK m. 197/IV uyarınca hâkim, eşlerin ergin olmayan çocukları varsa, bunların anne ve baba ile olan ilişkilerini re'sen düzenler.[69] Görüldüğü üzere TMK m. 197'de düzenlenen koruyucu önlemler arasında, eşlerden birinin talebi üzerine değil, fakat hâkimin re'sen alacağı tek önlem, ergin olmayan çocuklarla ilişkilerin düzenlenmesidir. Ancak dikkat edilmelidir ki, hâkimin çocuklara ilişkin önlemleri re'sen alabilmesi için, yine de TMK m. 197'ye dayalı önlemlerden biri veya birkaçının hâkimden talep edilmiş olması gereklidir.[70] Buna karşılık doktrinde, çocuklara ilişkin önlemlerin de eşlerden birinin talebi üzerine alınacağını savunan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, çocuklara yapılacak parasal katkıya ilişkin önlem alınmaması halinde (önlem alınmaması halinde çocuğun gelişmesi tehlikeye düşecekse) hâkim gereken önlemleri re'sen alır, aksi halde ancak talep üzerine hareket eder.[71] Fikrimizce, TMK m. 197'nin yorumlanmasından bu sonuca ulaşılamamaktadır. Kanunkoyucu maddenin ikinci fıkrasında yer alan önlemleri eşlerden birinin talebi şartına bağlamış, çocuklarla ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin önlemleri ise son fıkrada, talep şartına bağlı olmaksızın düzenlemiştir. Bu nedenle hâkim, eşlerin ayrı yaşama hakkına dayanarak talep ettiği önlemlere ilişkin bir uyuşmazlığı çözerken, çocuklara ilişkin önlemleri re'sen almalıdır.

Çocuklarla ilişkilerin düzenlenmesi kapsamında alınacak önlemler, TMK m. 321 ve devamında yer alan çocuğun menfaatlerinin korunmasına, bakımına ve kişisel ilişkilerine ilişkin önlemlerdir.[72] Hâkim, öncelikle çocukların hangi eşin yanında kalacağına karar verir. Bununla birlikte çocukların diğer eşle olan kişisel ilişkilerini de düzenler. Çocukların eşlerden birinin yanında kalmasına karar verilmesi, diğer eşin velayet hakkının kaldırılması demek değildir. Bu durum yalnızca çocukların yerleşim yeri, diğer eşle kişisel ilişkiler ve parasal

---

69 Öztan, s. 371; Dural, Öğüz, Gümüş, s. 182.

70 Gümüş, s. 175.

71 Ayan, s. 251 vd. Yazar, "Çocuğun Korunması" başlıklı TMK m. 346'ya göndermede bulunmuştur. Söz konusu hükme göre "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır." Yazara göre, ancak bu hükümde anılan hallerde hâkim re'sen hareket edebilecektir.

72 Dural, Öğüz, Gümüş, s. 182; Gümüş, s. 174.

katkı bakımından önem arz eder.[73] Çocuklarla ilişkiler düzenlenirken öncelikle çocukların yararı göz önünde bulundurulur.[74] Ayrı yaşamaya sebep olan olaydaki kusur, bu noktada belirleyici önem taşımaz. Çocuğun yararı neyi gerektiriyorsa hâkim ona göre karar vermelidir. Hâkim ayrıca, çocuklar kendisine verilmeyen eşin diğer eşe, çocukların giderlerine ilişkin parasal katkı yapmasına da karar verir.[75] TMK m. 197/IV'e göre koruyucu tedbirleri alan hâkim, TMK m. 346 ve devamı maddelerde düzenlenen önlemlere, özellikle de velayetin kaldırılmasına ilişkin önlemlere başvuramaz.[76]

V. Önlemlerin Süresi

TMK m. 197'de düzenlenen önlemler, geçici önlemlerdir.[77] Alınmalarını gerektiren durum ortadan kalktığında, sona ererler. Ancak bu sona erme, kendiliğinden gerçekleşmez. "Durumun Değişmesi" başlıklı TMK m. 200 hükmüne göre "Koşullar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır." Görüldüğü üzere, söz konusu tedbirler, yine hâkim kararıyla kaldırılacaktır. TMK m. 200'ün mefhumu muhalifinden, koşullar değişmedikçe önlemlerin de devam edeceği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, doktrinde savunulan bir görüşe göre, eşlerin kesin olarak barışıp tekrar aynı çatı altında yaşamaları halinde, parasal katkıda bulunmanın kendiliğinden ortadan kalkacağı kabul edilmelidir.[78] Buna gerekçe olarak da, eşlerin birlikte yaşamaya başlamalarıyla parasal katkı isteminden örtülü olarak feragat etmiş sayıldıkları gösterilmiştir. Önlemlerin kendiliğinden ortadan kalktığı diğer haller ise çocuklara ilişkin önlemlerde çocukların ergin olması, evliliğin boşanmayla sona ermesi ve eşlerden birinin ölümüdür.[79] Eşlerin geçici olarak bir araya gelmesi, tedbirlerin kendiliğinden ortadan kalkmasına

---

73 Ayan, s. 251.
74 Öztan, s. 371.
75 Ayan, s. 252.
76 Gümüş, s. 174.
77 Oğuzoğlu, s. 161; Tekinay, s. 348.
78 Muhsin Tuğsavul, "Usul Hukuku Bakımından Sıyanet Nafakası", *Adalet Dergisi*, 1952, S. 11, s. 1336; Ayan, s. 278.
79 Şakir Kaleli, "Nafaka Davaları", *Yargıtay Dergisi*, 1978, S. 1-2, s. 120.

neden olmaz. Ancak koşullarda değişiklik olmuşsa, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim tarafından önlemlerin değiştirilmesi veya kaldırılması gerekir. Böyle bir kararın verilmesi, önceden alınan önleme artık ihtiyaç kalmadığının tespit edilmesine bağlıdır.[80]

Koşulların değişmesine örnek olarak, eşlerin ekonomik durumunda önemli ve sürekli bir değişiklik meydana gelmesi gösterilebilir.[81] Böyle bir durumda parasal katkıda bulunan eş, hâkime başvurarak parasal katkının yeniden belirlenmesine veya kaldırılmasına karar verilmesini talep edebilir.[82] Alınan önlemlerin değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilebileceği gibi, ek önlemler alınması da talep edilebilir.[83]

Sonuç

Evlilik birliğinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların boşanma aşamasına gelmeyle sonuçlanması, genellikle kısa bir süre içinde gerçekleşmez. Zaman zaman aile içindeki huzursuzluklar, eşlerin ortak yaşama ara verme ihtiyacını doğurur. Bunu göz önünde bulunduran kanunkoyucu, TMK m. 197'de bazı şartların varlığı halinde eşlere bir dava açmaya gerek duymaksızın ayrı yaşama hakkı tanımıştır. Eşlerden birinin böyle bir çözüme ihtiyaç duyması halinde, evlilik birliğinin düzeninin değişeceği açıktır. Bu nedenle aynı maddede, hâkimin çeşitli önlemlere hükmetmesi de düzenlenmiştir. Böylece, eşlerin ayrı yaşadığı fakat evlilik birliğinin hâlâ devam ettiği süreçte, evlilik birliğinin ve varsa çocukların huzurunun korunması için gereken önlemler alınacaktır. TMK m. 197'ye göre alınacak önlemlerden bir kısmı, parasal katkının belirlenmesi, eşlerin mallarının yönetimi gibi maddi içerikli

---

80 Ayan, s. 279.

81 Öztan, s. 392.

82 Yargıtay 3. HD E. 2014/10296 K. 2014/16517T. 15.12.2014: "Dosyadaki bilgi ve belgelerden; işçi olarak çalışmakta olan davalının, önceki nafaka davası sırasında aylık 465 TL ücret aldığı, bu dava sırasında ise 1.240 TL ücret aldığı, dolayısıyla davalının gelirinde ÜFE artış oranından yüksek oranda artış olduğu anlaşılmaktadır. Bundan ayrı, önceki tedbir nafakası ile bu dava tarihi arasında yaklaşık üç yıl gibi bir sürenin geçtiği, bu sürede doğal olarak davacı ve müşterek çocuğun ihtiyaçlarının arttığı da bir gerçektir. Bu durumda, mahkemece; davacıların ihtiyaçlarındaki değişim ve davalının gelir durumundaki artış gözetilerek hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile ÜFE oranında artışa karar verilerek düşük nafaka takdir edilmesi doğru görülmemiştir." (www.kazanci.com).

83 Öztan, s. 393.

önlemler iken, bir kısmı çocukların anne ve baba ile ilişkilerini düzenlemektedir.

TMK m. 197'nin uygulama alanının belirlenmesi açısından, bir boşanma veya ayrılık davasının açılmamış olması hususuna dikkat etmek gerekmektedir. Zira gerek bu davaların açılması için aranan şartlar, gerekse dava açıldıktan sonra alınacak önlemler için uygulanacak hükümler birbirinden ayrılmaktadır. Boşanma ve ayrılık davasında alınacak önlemler, dava süresince uygulanacak olan geçici nitelikteki önlemlerdir. TMK m. 197'ye dayanan ayrı yaşama hakkı ise, boşanma ve ayrılık kurumundan farklıdır. Burada söz konusu olan, evlilik birliğini sona erdirmeye yönelik bir dava açılmış olmaksızın, eşlerin ayrı yaşama hakkının doğmuş olması ve bu ayrı yaşama süresi boyunca evlilik birliğini koruyucu amaç taşıyan önlemlerin alınmasıdır.

Kaynakça

Akıntürk Turgut, Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku, Beta, 19. Bası, İstanbul 2016, C. II (Aile Hukuku).

Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004.

Aysoy Nejat Aydın, "Nafaka Takdir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı Mıdır?", *Adalet Dergisi*, 1962, S. 3-4.

Bozovalı Halûk, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı, İstanbul 1990.

Çandarlı Zahid, Berki Osman Fazıl, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma-Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik TAO, Ankara 1949.

Dural Mustafa, Öğüz Tufan, Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku,, Filiz, 12. Bası, İstanbul 2016, C. III (Aile Hukuku).

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, Filiz, 3. Bası, İstanbul 1986.

Gençcan Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat, Yetkin, 2. Bası, Ankara 2007, C. II (Madde 185-530).

Gönensay A. Samim, Medeni Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1937, C. II (Aile Hukuku).

Gümüş Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat, İstanbul 2008.

Güven Kudret, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *GÜHFD*, Ankara 1998, S. 1-2, s. 1-25.

Hatemi Hüseyin, Serozan Rona, Aile Hukuku, Filiz, İstanbul 1993.

Kaleli Şakir, "Nafaka Davaları", *Yargıtay Dergisi*, 1978, S. 1-2, s. 115-131.

Kandil Seher, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m. 164), Seçkin, Ankara 2006.

Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan, Ankara 2015.

Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, "Evlilik Birliğinin Korunması", *TBB Dergisi*, 2015, S. 120, s. 423-464.

Köprülü Bülent, Kaneti Selim, Aile Hukuku, Filiz, 2. Bası, İstanbul 1989.

Köteli M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı, İstanbul 1991.

Kütük Halil İbrahim, "Tedbir Nafakası", Adalet Dergisi, 2006, S. 26.

Oğuzman M. Kemal, Dural Mustafa, Aile Hukuku, Filiz, 2. Bası, İstanbul 1998.

Oğuzoğlu H. Cahit, Medeni Hukuk, 5. Bası, Ankara 1963, C. II (Aile Hukuku).

Öztan Bilge, Aile Hukuku, Turhan, 6. Bası, Ankara 2015.

Özuğur Ali İhsan, Mal Rejimleri, Seçkin, 6. Bası, Ankara 2011.

Palaz Fikriye Ceren, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

Samat Murat, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Schwarz Andreas B., Aile Hukuku, Çeviren: Bülent Davran, İsmail Akgün Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1946.

Şenyuva Ardahan Hüsnü, "Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

Tekinay Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz, 7. Bası, İstanbul 1990.

Tuğsavul Muhsin, "Usul Hukuku Bakımından Sıyanet Nafakası", *Adalet Dergisi*, 1952, S. 11.

Uyar Talih, "Yargıtay Kararlarında Ortak Hayatın Tatili ve Sonuçları (MK162)", *MBD*, 2000/1, S. 72.

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Nurgök Matbaası, 5. Bası, İstanbul 1965, C. II (Aile Hukuku).

Yıldırım Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş, Ankara 2014.

Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin, Ankara 2005.

RESMİ VASİYETNAME
OFFICIAL WILL

Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ*

Özet: Vasiyetname, resmi, el yazılı, sözlü olmak üzere üç şekilde yapılabilir. Vasiyetnamenin bir türü olan resmi vasiyetname, resmi memur tarafından, iki tanığın katılımıyla hazırlanan bir ölüme bağlı hukuksal işlemdir.

Vasiyetnamenin genel geçerlilik şartlarının yanı sıra, resmi vasiyetnamenin geçerli olabilmesinin şartlarından biri, iki tanığın katılımıdır. Tanıklar, resmi vasiyetnameyi yapan kişinin okuma yazma bilmesi ve bilmemesine göre, farklı bilgilere sahip olurlar. Okuma yazma bilen vasiyetçinin varlığı halinde, tanık, vasiyetçinin yalnızca vasiyet yapmaya ehil olduğuna ilişkin tanıklık yapmakta; vasiyetin içeriği hakkında bilgi sahibi olmamaktadır. Okuma yazma bilmeyen vasiyetçide ise durum farklı olup; tanıklar vasiyetçinin ehil olduğunun yanı sıra, vasiyetin içeriği hakkında bilgi sahibi olup, vasiyetçinin son arzularının resmi memur tarafından yazıya dökülüp dökülmediği konusunda da tanıklık yaparlar.

Anahtar kelimeler: Vasiyetname, Ölüme Bağlı Tasarruf, Tanıklık, Miras Sözleşmesi, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Abstract: The will (testament) can be done in three ways: official, handwritten and oral. The official will, which is a kind of will, is a testamentary legal transaction done by the official officer with the participation of two witnesses.

In addition to the general validity requirements of the will, one of the conditions for the official will for its validity is the participation of two witnesses. Witnesses have different knowledge, according to whether they are literate or uninformed by the official will. In the presence of a literate canner, the witness is testifying that the testator is merely capable of making a will; he does not know about the content of the testament. In illiterate testament, the situation is different; the witnesses know about the content of the testament as well as the will of the testator and testify that the last will of the testator has been spelled out by the official officer.

Keywords: Testament, Will, Testamentary Disposition, Witness, İnheritance Contract, Contract For Lifelong Support

* Yrd. Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1. KAVRAM

Resmi vasiyetname kavramı iki sözcükten oluşmaktadır.

Kavramdaki "resmi" sözcüğü bu vasiyetnamenin yapılış şeklini ortaya koymakta olup, vasiyetnamenin resmi memur tarafından tanzim edilebileceğini ifade eder. Buna göre; resmi vasiyetname, resmi memur tarafından tanzim edilen ve resmiyet verilen vasiyetnamedir. Bu husus TMK.md.532'de "Resmi vasiyetname …… resmi memur tarafından düzenlenir" şeklinde ifade edilmiştir.

Kavramdaki "vasiyetname", şekli anlamda ölüme bağlı hukuksal işlemin türünü ifade etmektedir. Maddede "vasiyet" ten değil, "vasiyetname" den söz edilmiştir. Vasiyetnameyi, vasiyetten ayırt eden unsur, yazılı yapılmasıdır. Zira "name" yazı demektir.[1] Nitekim kanun koyucu vasiyetin resmi ve el yazısı türü için "vasiyetname" (TMK. md. 532, 538), sözlü olan türü için ise "vasiyet" sözcüğünü (TMK. md.539) kullanmıştır. Buna göre, resmi vasiyetname kavramındaki vasiyetname sözcüğü bir yandan bunun yazılı olması niteliğini, öte yandan bunun bir ölüme bağlı hukuksal işlem olduğunu ortaya koymaktadır.

Vasiyetnamenin diğer iki türünü el yazısı ve sözlü vasiyetname oluşturmaktadır. Her üç halde de söz konusu olan bir vasiyettir. Ancak resmi vasiyetnameyi diğerlerinden ayırt eden niteliği geçerli olabilmesi için resmi yazılı şekilde tanzim edilmiş olmasıdır.

2. TANIM

TMK. resmi vasiyetnamenin tanımını yapmamıştır. TMK. md.532 hükmüne göre:

"Resmi vasiyetname, iki tanığın katılmasıyla resmi memur tarafından düzenlenir".

Buna göre resmi vasiyetname genel bir tanımla "resmi memurun önünde, iki tanığın katılmasıyla, yasanın öngördüğü hükümlere uyularak düzenlenen bir ölüme bağlı hukuksal işlemdir" şeklinde ifade edilebilir.[2]

---

1 Name mektup anlamındadır. (Türkçe Sözlük, 6. Baskı, Ankara 1974, s.595.)

2 Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, B.5, Ankara 2015, s. 114 vd; Zahit İmre- Hasan Erman: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s.81 vd.; Mustafa Dural- Turgut Öz, Miras Hukuku, Cilt IV, İstanbul 2015, s.62 vd.; Ali

3. GEÇERLİLİK ŞEKLİ

Resmi vasiyetname resmi yazılı geçerlilik şekline tabi bir ölüme bağlı hukuksal işlemdir.

Buna göre TMK. md.532 vd.'nda aranan şekil, bir ispat değil geçerlilik şeklidir.

Miras Hukuku şekilci bir hukuktur. Bir hukuksal işlemin geçerlilik koşuluna bağlanmasındaki amaçlar Miras Hukuku'nda kendisini çok daha fazla göstermektedir. Bu anlamda olmak üzere, ölüme bağlı hukuksal işlemde bulunan kişinin bu yöndeki iradesini açıklarken daha dikkatli ve düşünceli davranmasını sağlamak, iradesinin yazıya dökülmesi suretiyle sağlam bir ispat aracı temin etmek, yorum tartışmalarına imkânlar ölçüsünde yer vermemek gibi amaçlar burada fazlasıyla mevcuttur.

Bu nedenle resmi, el yazılı ve sözlü olmak üzere vasiyetin üç türünde de kanun koyucu çok sıkı şekil koşulları aramıştır.

Resmi vasiyetname resmi memur tarafından tanzim edilen vasiyetnamedir. Ancak burada onama şeklinde değil, düzenleme şeklinde vasiyetname yapılması, aranan bir geçerlilik koşuludur. Buna göre resmi vasiyetname, resmi memur tarafından başından sonuna kadar re'sen düzenlenen bir vasiyetnamedir. 1572 sayılı Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi bunu açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır.

Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi "*Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.*" Hükmüne yer vermektedir. Diğer kanunlarda düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemler de aynı esasa tâbidir. [3]

Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesi uyarınca, resmî vasiyetnameler bağlamında, geçerlilik şekli olarak öngörülmüş bulunan

---

İhsan Özuğur, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt I, 4. Baskı, Ankara 2016, s.846 vd.; O. Gökhan Antalya- İpek Sağlam, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s.120 vd.

3 Mustafa Serdar Özbek- Mehmet Ertan Yardım: "Elektronik Noterlik İşlemleri", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi,* 2016/1, s. 43.

resmî şekli ve özel merasimi gerçekleştirmeye yetkili merciler arasında, noterler de yer almaktadır. Sözü edilen işlemlerin de, noterliklerce, düzenleme biçiminde yapılması gerekir. Resmî vasiyetnamelerin, geçerlilik şekli olarak resmî şeklin öngörülmesi ve ayrıca Medeni Kanun'un 533, 534 ve özellikle 535. maddelerinde belirtilen ritüellere, bir anlamda özel bir merasime uyma zorunluluğu bulunan işlemler arasında olması sebebiyle, noterliklerce, elektronik ortamda, güvenli elektronik imzayla gerçekleştirilmelerine hukuken cevaz verilemez.[4]

Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmelik'te 5. madde, "*Kanunda öngörülen işlemler, elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir. Şu kadar ki, kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez" şeklinde hüküm altına alınmıştır.*

Kanunların bazı hukuki işlemleri resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutmasının sebebi, işlemin önemi ve hukuki sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmek, tarafların düşünmeden acele karar vermelerini önlemek, hukuki işlemin noksansız ve tarafların gerçek iradelerine uygun yapılmasını sağlamaktır. [5]

Resmi vasiyetname diğer iki vasiyet türüne nazaran çok daha güvenilir vasiyettir. Burada mirasbırakanın iradesi tartışmaya yer verme-

---

4 Süha Tanrıver, "Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü", *AÜHFD*; 2016/4, s. 3680; Konuya ilişkin diğer görüş için bknz: Özbek, Yardım, s. 43 vd., "Noterlik Kanunu, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemlerin güvenli elektronik imza kullanılarak yapılabilmesine izin vermiş; fakat bunu, ilgililerin noter huzurunda olmaları şartına bağlamıştır. Kanunda bu zorunluluğun kabul edilme sebebi, bu işlemlerde ilgililerin irade beyanlarının noter tarafından bizzat alınmasının işlem güvenliği bakımından gerekli olmasıdır. Noter tarafından ilgililerin irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde, güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için noter huzurunda olmalarının şart koşulmasının sebebi, hukukçu kimliğiyle noterlerin, ilgililerin irade beyanlarını doğru ve tam olarak tespit edebilmesini sağlamaktır (NK m. 198/A, 1; Yönetmelik m. 5, 2). Örneğin noter tarafından elektronik ortamda düzenlenen resmî vasiyetnamede muris (TMK m. 532-537; NK m. 89), miras sözleşmesinde (TMK m. 545) sözleşmenin tarafları, arzularını noter huzurunda bildirmekte ve noter tarafından ilgililerin irade beyanları doğrultusunda işlem yapılmaktadır."

5 Mustafa Serdar Özbek, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", *Marmara* Üni. *Hukuk Fak. Dergisi,* Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016/3, Cilt:2, s. 2232

yecek şekilde açık olarak ortaya konulur. Bunu tanzim edenler resmi memurlar olup, işin uzmanı olduklarından, herhangi bir şekil eksikliğine mahal vermezler.[6]

Resmi vasiyetnamede aranan sıkı şekil koşullarından birinin mevcut olmaması onu geçersiz hale getirir. Ancak sağlar arası hukuksal işlemlerle (TMK. md. 14; TBK. md.12/II; 27; 19), ölüme bağlı hukuksal işlemlerin (TMK. md.557) geçersizlik anlayışları tamamen farklıdır. Bu farklılık geçerlilik şekline tabi bir hukuksal işlemin bu şekle uygun olarak yapılmaması hali için de söz konusudur.

Sağlar arası hukuksal işlemlerde şekle aykırılık kesin hükümsüzlük (butlan) sonucunu doğurur. (TBK. md.12/II) Kesin hükümsüzlük yaptırımında yapılan işlem kendiliğinden geçersizdir. Bunun ileri sürülmesi bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Bunu her ilgili kişi ileri sürebilir. Hâkim de şekle aykırılığı re'sen nazara alabilir.

Ölüme bağlı hukuksal işlemlerde ise şekle aykırılık iptal yaptırımına (TMK. md.557 b.4) yol açar. İşlem kendiliğinden geçersiz değildir. Ancak ilgililer bunun geçersizliği için iptal davası açabilirler. İptal davası ise hak düşürücü sürelere (TMK. md.559) tabi tutulmuştur.

4. RESMİ VASİYETNAME İLE YAPILABİLECEK DİĞER HUKUKSAL İŞLEMLER

A. Miras Sözleşmesi

TMK. bir kişinin ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere yapacağı hukuksal işlemler konusunda sıkı şekilci bir anlayışı kabul etmiş olup, bu amacını gerçekleştirme konusunda şekil özgürlüğüne yer vermemiştir. Bu nokta sağlar arası hukuksal işlemler ile ölüme bağlı hukuksal işlemler arasındaki önemli farklardan birini oluşturmaktadır. Sağlar arası hukuksal işlemlerin gerçekleştirilmesinde şekil özgürlüğü ilkesi kabul edildiği halde (TBK. md.12) ölüme bağlı hukuksal işlemlerde buna yer verilmemiştir.

Bu yaklaşımın bir sonucu olarak TMK.'nda ölüme bağlı hukuksal işlemlerin iki türüne yer verilmiştir.

---

6 Bilge Öztan, Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.209.

Bunlar vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Bunlardan birinin seçilmesi, ikisinin arasındaki farkların bilinmesini gerektirir.

Öncelikle vasiyetname ile miras sözleşmesi yapma ehliyetleri farklıdır. Vasiyetname yapabilmek için on beş yaşın ikmal edilmesi ve ayırt etme gücüne sahip olmak yeterlidir (TMK. md.502). Kısıtlı olmak vasiyetname yapmaya engel teşkil etmez.

Miras sözleşmesi yapabilmek için ise tarafların tam ehliyetli olmaları gerekir. Buna göre taraflar ayırt etme gücüne sahip, ergin olmalı ve kısıtlı bulunmamalıdır. (TMK. md.503)

Vasiyetname tek taraflı bir hukuksal işlemdir. Vasiyetçi yasada öngörülen üç vasiyet türünden biri için yine yasada öngörülen koşullara uygun olarak iradesini açıkladığı anda hukuksal işlem kurulmuş olur. Ancak hüküm ve sonuçlarını ölüm gerçekleştiğinde doğurur.

Miras sözleşmesi ise adından da anlaşıldığı üzere bir sözleşmedir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunan ile bundan yararlanacak kişi arasında kurulur. Hüküm ve sonuçlarını ise ölüm gerçekleştiğinde doğurur.

Vasiyetname tek taraflı bir hukuksal işlem olduğuna, hüküm ve sonuçlarını ölümden sonra doğurduğuna göre, vasiyetçi ölünceye kadar vasiyetten dönebilir. (TMK. md.542 vd.)

Vasiyetten dönme yeni bir vasiyetname yapmak suretiyle olabilir. Buna dönme vasiyeti de denebilir. Dönme vasiyetinin, dönülen vasiyetin şeklinde olması gerekmez. TMK. md.542 bu hususu "Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir" şeklinde ifade etmiştir. Buna göre resmi vasiyetten, el yazısı ya da sözlü, ya da el yazısı vasiyetten resmi ya da sözlü vasiyetle dönülebilir.

Vasiyetten dönme, vasiyeti yok etmek suretiyle de mümkündür. (TMK. md.543)

Nihayet vasiyetten, onunla bağdaşmayan sonraki bir vasiyet yapılmak suretiyle de dönülebilir (TMK. md.544). Örneğin; hisse senetlerini el yazısı vasiyetname ile A'ya bırakan M, sonradan noterde yaptığı resmi vasiyetname ile aynı hisse senetlerini B'ye bıraktığında önceki vasiyetinden dönmüş olur.

Miras sözleşmesi ise bir sözleşme olduğundan, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin tek taraflı olarak irade açıklaması ile ondan dönülmesi mümkün değildir. Miras sözleşmesinin ancak ortadan kaldırılması veya kalkması söz konusu olabilir.

Miras sözleşmesinin kaldırılması ya tarafların yazılı anlaşmasıyla ya da mirasbırakanın "mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birine" dayanarak yapacağı bir vasiyetname ile mümkündür.

Tarafların anlaşmasının yazılı olması gerekir (TMK. md.546).

Mirasbırakanın vasiyetname yaparak miras sözleşmesini ortadan kaldırabilmesi, vasiyetnameden dönmede olduğu gibi sebepsiz olamaz. Bunun için mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin (TMK. md.510-513) bulunması gerekir.

Miras sözleşmesinin sözleşmeden dönme yoluyla da ortadan kaldırılması mümkündür. Bu husus TMK. md.547'de düzenlenmiştir. Madde bu konuda borçlar hukuku kurallarına yollama yapmıştır. Buna göre miras sözleşmesi mirasbırakana karşı bazı edimlerin ifasını içermekte ve bunların ifa edilmemiş bulunuyor ve bunun için yeterli güvence verilmemiş ise, TBK. md.123 vd. hükümlerinde yer alan iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ile ilgili hükümlere başvurulmak suretiyle borçlu temerrüde düşürülerek sözleşmeden dönülebilir.

Miras sözleşmesi ortadan kaldırılmayıp kendiliğinden sona erebilir. Bu durumda kendiliğinden ortadan kalkma söz konusudur. Bu husus TMK. md. 548'de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişi mirasbırakanın ölümünde sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinde ortadan kalkacaktır.

Vasiyetname el yazısı, resmi veya sözlü olarak yapılabilir. Yalnız sözlü vasiyet diğer iki vasiyet türünde olduğu gibi istenilen her koşulda yapılabilen vasiyet olmayıp, ancak yasada öngörülen olağanüstü koşullar içinde bulunan, diğer iki vasiyet türünden birini yapamayacak olan kişinin en az iki tanığa son arzularını açıkladığı, bu olağanüstü koşullardan kurtulamadığı durumda hüküm ifade edebilen bir vasiyettir.

Miras sözleşmesi ise ancak resmi vasiyetname şeklinde yapılabilir. (TMK. md.545 f.I)

Buna göre TMK.'nun resmi vasiyetname ile ilgili 532-537 hükümleri hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi için uygulanmaktadır.

B. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği bir sözleşmedir. (TBK. md.611)

Bu yönüyle ölünceye kadar bakma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Bakım alacaklısı mirasbırakandır. Kendisine bakılması karşılığında ölümünde yerine ifa edilmek üzere bakım borçlusuna belirli mal bırakır ya da onu mirasçı atar. Bakım alacaklısı açısından bu sözleşme ölüme bağlı bir hukuksal işlemdir.

Bakım borçlusu ise mirasbırakana sağlığında bakım borcunu üstlenen kişidir. Bu kişinin edimleri açısından yapılan hukuksal işlem sağlararası bir hukuksal işlemdir.

TBK. md.612 ölünceye kadar bakma sözleşmesinin şeklini hükme bağlamıştır.

Madde bakım borçlusunun özel bir kişi olması ya da bir Devletçe tanınmış bir kurum olması bakımından geçerlilik şeklini farklı tayin etmiştir.

Bu nedenle bu sözleşmenin şeklini ikili bir ayrım yaparak ele almak gerekir:

Maddenin 1. Fıkrasına göre:

"Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasını içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz".

Madde bu hükmüyle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin şeklinin miras sözleşmesi şeklinde olması gerektiğini belirterek, miras sözleşmesinin şekline ilişkin TMK. md.545 hükmüne yollama yapmıştır. Yollama yapılan TMK. md.545 ise:

"Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir" demektedir.

Bu madde de miras sözleşmesinin şekli konusunda resmi vasiyetnameye ilişkin TMK. md. 532 hükmüne yollama yapmıştır.

Buna göre ölünceye kadar bakma sözleşmesi de resmi vasiyetname şeklinde yapılması gereken bir hukuksal işlemdir. Bunun sonucu olarak burada resmi vasiyetnamenin şekline ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar aynen ölünceye kadar bakma sözleşmeleri için de geçerli olacaktır.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, mirasbırakanın kendisine bakan kişiye karşı edimi bir taşınmazın mülkiyetinin devri ise acaba bu sözleşmeyi tapu sicil memurları da yapabilirler mi?

Yargıtay bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu konudaki tartışmalara son vermiş[7] ve bu durumda tapu sicil memurlarının da bu sözleşmeyi yapabileceğini, ancak bu durumda TMK. md.532 vd.'ndaki resmi vasiyetnamenin şekil koşullarına uygun hareket etmesi gerektiğini kabul etmiştir.[8]

Maddenin II. fıkrasına göre:

"Sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterlidir".

Buna göre ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım borçlusu Devletçe tanınmış bir bakım kurumu ise, bu kurum ile mirasbırakan arasında akdedilecek olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin resmi vasiyetname şeklinde yapılması gerekmeyecek, adi yazılı şekil yeterli olacaktır.

5. RESMİ VASİYETNAMENİN KOŞULLARI

A. Resmi Memur

Resmi vasiyetnameye resmiye verecek olan memurların kimler olduğunu TMK. md.532/II hükme belirlemiştir. Bu hükme göre:

---

7 Tartışmalar için bknz. Alpaslan Akartepe, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2005, s. 48-49.

8 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 10.12.1952, 4/5 Resmi Gazete 8329.; aynı yönde Yargıtay HGK. 18.11.1964,1261 E., 658 K (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1965, s. 3614.)

"Resmi memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir".

Maddede resmi vasiyetname tanzim edebilecek memurların başında sulh hâkimi sayılmıştır. Ancak mahkemelerin iş yoğunluğu ve mirasbırakanın vasiyetname yapma işini bir yargılama işi olarak değil kendi özel işi olarak görmesi, noterle görüşmeyi kendisi için daha rahat bulması gibi nedenlerle sulh hâkimine başvurulmak suretiyle resmi vasiyetname tanzimi uygulamasına pek rastlanmamaktadır.

Uygulamada, resmi vasiyetname tanziminde resmi memur olarak sayılan kişilerin başında noterler yer almaktadır. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi d*üzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler" kenar başlığı altında vasiyetnameyi de saymış bulunmaktadır.*

Resmi vasiyetname yapma yetkisi "kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli"ye ait olabilir. Bunlara örnek olarak yabancı ülkelerdeki Türk Konsoloslukları[9],noter bulunmayan yerlerde bu yetkiye sahip mahkeme başkâtipleri (yazı işleri müdürleri)[10] verilebilir. Böyle bir yetki verilmediği halde mahkeme yazı işleri müdürlerinin sulh hâkimi adına düzenledikleri vasiyetname, sulh hukuk hâkimi tarafından onaylanmış olsa bile geçerli değildir.[11] Muhtarların resmi vasiyetname yapma yetkisi yoktur.[12]

Noterler resmi vasiyetnameyi TMK.'nın öngördüğü şekil koşullarına uygun olarak yaparlar. Noterlik Kanunu noterlerin yapacağı işlemlerde uyması gereken kurallara ilişkin hükümler getirmiştir. Ancak noterlerin TMK.'nın resmi vasiyetnamenin şekle ilişkin koşullarına uygun hareket etmeleri yeterli olup, Noterlik Kanunu'nun şekle ilişkin kurallarına uygun hareket etmemeleri resmi vasiyetnamenin

---

9 Ali Naim İnan –Şeref Ertaş, Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 1995, s.11, dipnot: 61; Öztan, s. 209; Mustafa Dural- Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, C.IV, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009, s.61; Gökhan Antalya, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 124; Ömer Uğur Gençcan, Miras Hukuku, Ankara 2008, s.224 dipnot: 126; Mehmet Ayan, Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara 2016, s.104; Ali İhsan Özuğur: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt.1, 4. Bası. Ankara 2016 s. 844; Yargıtay 16.HD.13.10.1989, E. 10845,K.14561 *Yargıtay Kararları Dergisi,*1990, s. 721..

10 Dural-Öz, s.61.

11 Yargıtay 2 HD.28.11.1991, E. 9237,K. 14821 *Yargıtay Kararları Dergisi* 1992/c,XXVIII, s. 361.

12 Yargıtay 16. HD. 13.10.1998, E.1988/10845,K.1989/14561, *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1990/16,s.721-722.

geçersizliğine yol açmaz.[13] Zira TMK.'nın resmi vasiyetnameye ilişkin hükümleri Noterlik Kanunu'na nazaran özel nitelikteki hükümlerdir.[14]

Resmi memur olarak düzenleme ve kazandırma yasağı kanunda düzenlenmiş yasaklardır.

TMK. md.536 "Düzenlemeye katılma yasağı" kenar başlığı altında 1. fıkrasında bazı yasaklar öngörmüştür.

Bu yasakların ancak bir kısmı resmi memuru da kapsamaktadır.

Maddede sözü edilen "fiil ehliyeti bulunmayan, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, okuryazar olmayanlar" resmi memurlar için gündeme gelemezler. Zira bu niteliğe sahip olmayan bir kişi sulh hâkimi, noter ya da kendisine kanunla bu yetki verilmiş diğer bir görevli" olamaz.

Bu nedenle bu maddede sözü edilen yasaklardan bir kısmı resmi memur için söz konusu olabilir. Bunlar:

"Mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri" resmi memur olarak vasiyetname tanzim edemezler. Aksi halde yapılan vasiyetname şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olup, iptal (TMK. md.557 b.4) edilebilecektir.

Resmi vasiyetnameyi hangi resmi memur düzenlemişse onun tarafından imza edilmelidir. Yargıtay noter vekili tarafından tanzim edilen vasiyetnamenin, bir gün sonra noter tarafından imza edilmesini şekle aykırı bulup vasiyetnameyi geçersiz saymıştır.[15]

TMK. md.536 f.II hükmü eski MK.'nda bu maddeyi karşılayan 483. maddede yer almamıştır. Eski 483. madde tek bir fıkradan oluşmakta ve sadece vasiyetnameye katılma yasağını içermekteydi.

Halbuki kaynak İMK.'nun bu maddeyi karşılayan 503. maddesi iki fıkradan oluşmakta, birinci fıkrasında vasiyetnameye katılma yasağını, ikinci fıkrasında katılanlara kazandırma yasağını içermektedir.

Yeni TMK. bu eksikliği gidermiş ve kaynak İMK. md.503'de ol-

---

13 Yargıtay HGK 09.06.1976, E. 89, K: 2205 *Yargıtay Kararları Dergisi* 1980/6, s. 498.
14 Yargıtay 2.HD. 24.11.1980, 7187/8357 (Özuğur,s.845.)
15 Yargıtay 2 HD.07.05.2007, E.8051, K.10580 Gençcan, s. 226.; Yargıtay 2 HD.18.07.2005, E.8654,K.11578 Gençcan, s. 226.

duğu gibi II. fıkrasında vasiyetnameye katılanlara kazandırma yasağı hükmünü de yasaya almıştır.

TMK. md.536/II hükmüne göre:

"Resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura …. üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz".

Bu yasak burada ifade ettiğimiz gibi hem resmi memuru hem de aşağıda ele alacağımız gibi tanıkları kapsamaktadır.

Burada TMK. md.536'da öngörülen iki yasağın nitelikleri üzerinde durmakta yarar vardır.

TMK. md.536/I'de resmi vasiyetname tanzimine katılma yasağı geçerlilik şekliyle ilgili bir yaptırımdır. Bu yasağa aykırı olarak yapılan resmi vasiyetname geçersizdir. TMK. md.557 b.4 gereğince iptali talep edilebilir.

TMK. md.536/II' deki "kazandırma yasağı" ise resmi vasiyetnamenin geçerlilik şekliyle ilgili bir yaptırım değildir. Bu yasağa rağmen mirasbırakan tarafından resmi memura veya sözü edilen yakınlarına bir kazandırmada bulunduğunda, resmi vasiyetname geçerli kabul edilecek, ancak söz konusu kişiler bu kazandırmadan yararlanamayacaktır. Vasiyetnameleri ayakta tutma ve yaşatma (favor testamenti) ilkesi bizi bu sonuca götürmektedir.

B. Tanıklar

a. Sayısı

TMK. md.532 "…iki tanığın katılmasıyla …" ifadesiyle tanık sayısını belirlemiştir.

Aynı düzenleme sözlü vasiyet için de kabul edilmiş, sözlü vasiyetin geçerliliği için de vasiyetçinin son arzularını en az iki tanığa bildirmesi koşuluna yer verilmiştir (TMK. md.539/II).Bu yönüyle resmi vasiyetname ile sözlü vasiyet arasında benzerlik vardır.

Yasada resmi vasiyetnamenin geçerliliği için iki tanığın bulunmasından söz edilmiştir. Ancak maddede iki tanık ifadesi, asgari tanık

sayısını ifade etmektedir. Bu nedenle resmi vasiyetnamede ikiden fazla tanık gösterilmesi mümkündür. Bir geçersizlik sebebi oluşturmaz.

b. Vasiyetnameye Katılma Yasağı Bulunan Tanıklar-Kazandırma Yasağı

TMK. md. 536 "Düzenlemeye katılma yasağı" kenar başlığını taşımakta ve iki fıkradan oluşmaktadır.

Maddenin I. fıkrası resmi vasiyetnameye katılma yasağını II. fıkra ise resmi vasiyetnamede kazandırma yasağını hükme bağlamıştır.

Hal böyle iken maddenin kenar başlığının "Düzenlemeye katılma yasağı" şeklinde sadece I. fıkra hükmünü kapsar şekilde kaleme alınması isabetli değildir. Nitekim kaynak İMK.'nın bu maddeyi karşılayan 503. maddesinin kenar başlığı "katılan kişiler" (Mitwirkende Personen) şeklindedir.

aa. Düzenlemeye Katılma Yasağı

TMK. md.536/I resmi vasiyetnameye tanık olarak katılacak kişilerde bazı nitelikte aramıştır.

Tanıklarda maddede sayılan niteliklerden birinin varlığı resmi vasiyetnameyi geçersiz hale getirecektir. Bir başka ifadeyle bu niteliklerin bulunmaması resmi vasiyetnamenin geçerlilik koşuludur. Aksi halde resmi vasiyetname TMK. md.557 b. 4 gereğince geçersiz sayılacaktır.

Madde tanıklarda bulunmaması gereken nitelikler şu şekilde sayılmıştır.

-Fiil ehliyeti bulunmayanlar: Bu yasağı TMK. md.14 hükmüne göre tayin etmek gerekir. Bu maddeye göre ayırt etme gücü bulunmayan, ergin olmayanlar ve kısıtlılar fiil ehliyetine sahip değildir. Buna göre bu niteliklere sahip olmayan tanıklar da fiil ehliyeti bulunmadığı için resmi vasiyetnameye tanık olarak katılamayacaklardır.

-Bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar: Burada kesinleşmiş bir yargı kararıyla kamu hizmetinden yasaklı kişiler söz konusudur. Dikkat edilecek olursa maddede işlenen suç ve verilen mahkûmiyet kararı üzerinde durulmamış, tam aksine işlenen suç ne

olursa, sanık hakkında kamu hizmetinden yasaklılık kararı verilmesi öngörülmüştür.

-Okuryazar olmayanlar: Burada okuma ve yazma bilmeyen tanıklar söz konusudur. Bu koşul resmi vasiyetnamenin her iki türünde de tanıkların vasiyetnamedeki rolü ile yakından ilgilidir.

Okuma yazma bilenler için tanzim edilen resmi vasiyetnamede TMK. md.534/II tanıkların vasiyetçinin vasiyeti okuyup son arzularına uygun olduğunu beyan ettiğini ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini "vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imza imzalarlar" koşulunu aramıştır.

Tanıklar bu resmi vasiyet türünde vasiyetin vasiyetçinin son arzularına uygunluğu ve onu vasiyet yapmaya ehil gördüklerini "vasiyetnameye yazacakları veya yazdıracaklarına" göre okuma yazma bilmeleri zorunludur. Okuma yazma bilmeyen bir tanığın bunlara tanıklık ettiğini vasiyetnameye yazması mümkün değildir.

Vasiyetnamenin ikinci türünde de tanıklar için okuma yazma bile koşulunun aranması önem taşımaktadır. TMK. md.535 f.II'de tanıklar, mirasbırakanın resmi memur tarafından kendisine okunan vasiyetin son arzularına uygun olduğunu ve onu tasarrufa ehil gördüklerini, vasiyetnamenin memur tarafından mirasbırakana kendi önlerinde okunduğunu yine "vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak" tanıklık edeceklerdir.

Bu nedenle resmi vasiyetnamenin ikinci türünde de tanıkların okuma yazma bilmesinin gerekli ve zorunlu olduğu açıktır.

-Mirasbırakan ile belirli derecede yakınlık: TMK. md.536/I hükmüne göre "mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri" resmi vasiyetnamede tanıklık yapamazlar.

Resmi vasiyetname düzenlenmesine tanık olarak katılamayacaklar arasında mirasbırakanın evlatlığı ya da evlat edineni sayılmamıştır. Öğretide mirasbırakanın evlatlığı ya da evlat edineninin de resmi vasiyetname düzenlenmesine katılmasının yasak olması gerektiği ileri sürülmektedir.[16] Bu yasağın aynı zamanda mirasbırakanın evlatlığının

16 Öztan, s. 210; Dural-Öz, s.63..

eşini de kapsadığını, bu kişinin de resmi vasiyetnamede tanık olarak bulunmasının geçersizlik sebebi olduğu kabul edilmektedir.[17]

bb. Kazandırma Yasağı

Yeni TMK.'nun 536. maddesine eklenen II fıkrası ile bir başka yasak daha getirmiştir. Buna "tanıklara kazandırma yasağı" denilebilir.

Maddeye göre:

"Resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan ..... tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz".

Düzenlemeye katılma yasağına aykırılık resmi vasiyetnameye geçersiz hale getirir. Buna karşılık vasiyetnameye yaşatma ilkesi (favor testamenti) ilkesi gereğince, kazandırma yasağına aykırılık vasiyetnameyi geçersiz hale getirmez.[18] Kazandırma yasağının ihlali nedeniyle hak sahipleri buna ilişkin hükmün iptalini talep edebilirler. Burada TMK. md.557 b.3 gereğince hukuka aykırılık nedeniyle kazandırmanın iptali söz konusu olacaktır. Burada vasiyetnamenin tamamı değil sadece kazandırma yasağı ihlal edildiği için buradaki geçersizliğin nisbi bir geçersizlik (nisbi hükümsüzlük) olduğu ifade edilmektedir.[19]

C. Mirasbırakan (Vasiyetçi)

TMK. resmi vasiyetin yapılış şeklini, mirasbırakanın (vasiyetçinin) okuma yazma bilmesi ve okuyup yazamaması açısından ikiye ayırmıştır.

Kanun resmi vasiyetnamenin nasıl düzenleneceği konusunu 532-534. maddelerinde hükme bağlamış, bunu takip eden 535.maddesinde vasiyetçinin okuyabilme ve yazabilme yeteneğine sahip olmaması haline özgü vasiyetin yapılış şeklini düzenlemiştir.

Bu düzenleme karşısında TMK. md. 532-534 hükümlerinin "okuma yazma bilenlere" ilişkin, TMK. md.535 hükmünün ise "okuyamayan ve yazamayan" vasiyetçilere ilişkin olduğu ifade edilmektedir.

17 Yargıtay 2 HD.30.01.1973, E.7895,K.419 *Resmi Kararlar Dergisi*, 1973, Sa: II/2, s. 160.
18 Öztan, s. 210-211.
19 Dural-Öz,s.65.

Yukarıda açıklamış olduğumuz vasiyetnameyi düzenleyecek resmi memur, vasiyette en az iki tanığın bulunmasına, kimlerin resmi memur ya da tanık olarak vasiyetnameye katılmasının mümkün olmamasına (TMK. md.536) ilişkin hükümler her iki vasiyetin yapılmasında ortak hükümler niteliğindedir.

Aşağıda önce okuma yazma bilenler için daha sonra okunmaksızın ve imzalanmaksızın resmi vasiyetin yapılış şeklini ele alacağız.

a. Okuma Yazma Bilenlerin Vasiyeti

Buraya hem okuma hem de yazma bilenler girerler. Vasiyetçi okuma bildiği halde bedensel engeli nedeniyle yazamıyorsa vasiyeti imza edemeyecektir. Vasiyetçinin tek başına imza atabilecek olması yetmez. Okuma yazma bilmeyen bir kişi de bir işareti imza olarak atabilir. Bu kişiler için ancak aşağıda ele alacağınız diğer resmi vasiyet türü söz konusu olabilir.

aa. Vasiyetin Yapılma Aşamaları:

Okuma yazma bilenlerin vasiyetinin yapılmasında aşağıdaki aşamalar yaşanır:

-Resmi memur, vasiyetçinin son arzularını dinler.

-Memur vasiyetçinin son arzularına uygun olarak vasiyetnameyi yazar veya yazdırır. Hazırlanan vasiyet okuması için vasiyetçiye verilir.

O halde resmi vasiyetin bu türünde resmi memur, hazırladığı vasiyeti vasiyetçiye kendisi okumaz. Okuması için vasiyetçiye verir. Okuma bilmenin önemi bu noktada kendisini gösterir.

-Vasiyetçi vasiyetnamenin resmi memura açıkladığı son arzularına uygun olduğunu görürse, okuduktan sonra imza eder. Resmi memura verir. Resmi memur de vasiyetnameye tarih koyar ve imza eder.

-Bunu takiben tanıklar huzura alınır. Vasiyetçi "vasiyetnameyi okuduğunu,son arzularını içerdiğini" resmi memur huzurunda iki tanığa beyan eder.

-Son aşama ise tanıkların "vasiyetçinin bu beyanlarının kendi önlerinde yapıldığını ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini va-

siyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imza" etme aşamasıdır (TMK. md.534).

bb. Tanıkların Vasiyetin İçeriğinden Bilgi Sahibi Olmaları

TMK. md.534 vasiyetçinin resmi vasiyetinin içeriğinin tanıklar tarafından bilinmemesini esas almıştır. Vasiyetçi okuma yazma bildiğine, son arzularını resmi memura anlattıktan sonra, memurun hazırladığı vasiyetin bu arzularına uygun olup olmadığını okuyup anlayabildiğine göre, tanıkların vasiyetin içeriğini bilmeleri, bunun vasiyetçinin son arzularına uygun olarak kaleme alındığına tanıklık etmeleri gerekli değildir.

Kanun koyucu burada vasiyetçiyi korumuştur. Madem ki vasiyetçi okuma yazma bilmektedir, o halde vasiyetinin içeriğini tanıklardan gizleme hakkı vardır. Bu hak vasiyetçiye tanınmış bir haktır. Buna göre vasiyetçinin tanıklara vasiyetin içeriğini bildirmesi, bunda bir sakınca görmemesi mümkündür. Bunun sonucu olarak TMK. md.534/III hükmü karşısında tanıkların vasiyetin içeriğini öğrenmeleri geçersizliğine yol açmaz.[20]

İşte bu nedenle eski TMK. md.481 f.II hükmü "Vasiyet eden kimse, vasiyetname münderacatını şahitlere bildirmeyebilir." hükmünü öngörmüştü. Bu ifadeden çıkan sonuç, vasiyet eden kimsenin, vasiyetname içeriğini dilerse tanıklara bildirebilmesidir.

Yeni TMK. md. 534/III hükmü de aynı düzenlemeyi farklı ifadelerle şu şekilde tekrar etmiştir.

"Vasiyetname içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir".

Madde bu hükmüyle vasiyetin içeriğinin tanıklara bildirilmesi yetkisini vasiyetçiye bırakmıştır. Maddedeki "bildirilmesi" ifadesi "vasiyetçi tarafından bildirilmeyi" anlatmaktadır. Resmi memurun böyle bir yetkisi yoktur. Ancak kanımca bu bildirimi resmi memur tanıklara yaptığında da, bu durum bir geçersizlik sebebi teşkil etmez. Olsa olsa resmi memurun görevini kötüye kullanması, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi ile ilgili yasal yaptırımları gündeme getirebilir.

20 Ayan, s. 106.

Bu açıklamalarımıza göre okuma yazma bilenlerin resmi vasiyetinde, vasiyet içeriğinin tanıklara bildirilmesi bir geçersizlik sebebi değildir. Bunun sonucu olarak resmi memur vasiyetnameyi tanzim edip, vasiyetçiye verip onun bunu son arzularına uygun bulmasından sonra imza edip resmi memuru geri verdikten ve resmi memur da tarih koyarak imza ettikten sonraki aşama olan TMK. md.534 hükmünün uygulanmasında vasiyetçinin vasiyetnameye tanıklar huzurunda okuması, sonradan tanıklara okuması, onlara göstermesi şekle aykırılık oluşturmayacak ve TMK. md. 557 b.4 gereğince iptali söz konusu olmayacaktır.

b. Okunmaksızın ve İmzalanmaksızın Vasiyet

aa. Kavram

TMK. md.535 'in kenar başlığı "Mirasbırakan tarafından okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenleme" şeklindedir.

Eski MK.'nun bu maddeyi karşılayan 482. maddesi ise "Okuyup yazamayan vasiyetçi" şeklinde idi.

Kaynak İMK.'nun bu maddeleri karşılayan 502. maddesinin kenar başlığı da "Mirasbırakanın okumaksızın ve imza etmeksizin düzenleme" şeklindedir.

TMK. md.535'in kenar başlığında "ve" bağlacı kullanılmasına rağmen madde içeriğinde "Mirasbırakan vasiyetnameyi okuyamaz veya imzalayamazsa" şeklinde "veya" bağlacı kullanılmıştır.

Kanımca madde içeriğinde kullanılan "veya" sözcüğü daha isabetlidir. Zira bu madde burada vasiyetçi okuma olanağına sahip olduğu halde, imza etme olanağına sahip olmayabilir. Bu nedenle maddeyi "mirasbırakanın hem okuma hem de imza olanağına" sahip olmaması şeklinde değil, bunlardan birine sahip olmaması şeklinde anlamak gerekir.

bb. Anlamı

TMK. md.535, eski 482. madde "okuyup yazamayan" ifadesinden ayrılarak "okumaksızın ve imzalamaksızın" kavramlarını tercih etmesi önemlidir.

Eski metindeki mirasbırakanın "okuma yazma bilmemesi" ifadesi maddenin uygulama alanına daraltmaktaydı. Zira bir kimse okuma yazma bildiği halde, vasiyetin yapıldığı tarihte geçirdiği bir kaza ya da hastalık nedeniyle okuması ya da okuması mümkün olduğu halde vasiyetnameyi imza etmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda "okuma yazma bildiği halde, vasiyetnameyi okuyamayan veya imza edemeyen bir mirasbırakan" söz konusudur.

TMK. md.535 hükmü okuma yazma bildikleri halde okuyamayan veya imza edemeyen kişilerin de bu maddeye göre resmi vasiyetname yapabilmelerini ifade etmektedir. Bu anlamda olmak bu madde gereğince imza atma konusunda bedensel engelliler (felçliler, kaza sonucu parmaklarını ya da elini kaybetmiş kişiler) resmi vasiyetname yapabilirler. Görme engellilerin (âmâların) de "Braille Alfabesi" ile yazma olanağı bulunsa bile ancak TMK. md.535 hükmüne göre yani okunmaksızın ve imzalanmaksızın türünde resmi vasiyetname düzenletebilecekleri[21]; buna karşılık okuma yazma bilen duyma ve konuşma engellilerin vasiyetnameyi okuyabilecekleri ve imza edebilecekleri gerekçesiyle TMK.md. 532 hükmüne dayanan resmi vasiyetname yapabilecekleri kabul edilmektedir.[22] Özuğur ise aksi görüşte olup, okuma yazma bilenlere ilişkin resmi vasiyetnamenin yapılışı ile ilgili açıklamaları arasında, görme engellilerin Braille Alfabesi biliyorlarsa bir uzman aracılığı ile kaleme aldıkları son arzularını resmi memura çevirttirerek sunmak, noterin hazırladığı metnin de yine uzman tarafından yine Braille Alfabesine göre yapılan yazılı beyanın uzman tarafından noter ve tanıklara sözlü olarak aktarılması suretiyle yapılabileceğini ifade etmektedir.[23] Halbuki Braille Alfabesi'ne göre yapılan yazılı beyanın uzman tarafından noter önünde tanıklara sözlü olarak aktarılması şeklinde yapılan resmi vasiyetname TMK. md.535 hükmüne dayanan okunmaksızın ve imzalanmaksızın resmi vasiyetname türüne girer.

Duyma ve konuşma engelliler okuma yazma bilmiyorsa, tercüman aracılığıyla son arzularını işaretlerle notere bildirebilir, noter TMK. md.535 hükmüne (eski MK. md.482) göre resmi vasiyetname tanzim

21 Ali Himmet Berki, Vasiyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ankara 1961, s.81; Dural-Öz, s. 74-75.
22 Dural-Öz, s. 75; Öztan, s.217-218; Antalya, s. 127.
23 Özuğur, s. 848.

edebilir.[24] Buna karşılık hem duyma, hem konuşma hem de görme engelli kişiler resmi vasiyetname yapamazlar.[25] Bunlar için ancak olağanüstü koşulları mevcut ise sözlü vasiyet yapma gündeme gelebilir.

Okuma yazma bilen fakat Türkçe bilmeyenler tercüman aracılığıyla TMK. md.532-534 hükümlerine dayanarak yani okuma yazma bilenlere ait resmi vasiyetname düzenleyebilirler.[26] Ancak bu durumda resmi memurun Türkçe metni, tercümanın da buna uygun yabancı dildeki metni vasiyetçiye okuması, tercüman tarafından hazırlanan yabancı dildeki metnin de resmi memur ve tanıklar tarafından tarih de konulmak suretiyle imzalanarak vasiyetnameye ek olarak saklanması gerekir.[27]

Acaba okuma ve yazma bilen yani vasiyetnameyi okuyabilen ve imza edebilen bir kimse, bununla birlikte TMK. md.535 hükmüne göre bir vasiyetname tanzim edilmesini talep edebilir mi?

Öğretide bazı yazarlar ve bazı Yargıtay Kararları okuma yazma bilenlerin de diledikleri takdirde TMK. md.535 hükmünden yararlanabilecekleri, bu konuda bir seçim hakları bulunduğu görüşündedirler.[28]

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında, okuma yazma bilmeyenlerle ilgili resmi vasiyetnameye ilişkin TMK. md.535 hükmünün uygulanmasında, mirasbırakanın vasiyette imzası koşuluna yer verilmemesine rağmen, böyle bir imzanın atılmış olmasının vasiyetnameyi geçersiz hale getirmeyeceğini kabul etmektedir.[29]

Bu görüşlerin sonucu olarak okuma yazma bilenler diledikleri takdirde okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyete ilişkin TMK. md.535 hükmüne göre de vasiyet tanzim ettirebilecek, buna karşılık okuma yazma bilmeyenler ise okuma yazma bilenlere ilişkin TMK. md.532-534 hükmüne göre vasiyetname tanzim ettiremeyecektir.

---

24 Yargıtay 2.HD.11.05.1992,E. 2363,K.5457 *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1992/8, s. 1189.
25 Berki, s. 82; Antalya s. 127.
26 Berki, s. 80-81 (Yazar burada Alman vatandaşı olan Türkçe bilmeyen bir kişinin noterde yapılan resmi vasiyetname örneğini de vermektedir); Özuğur, s. 848.
27 Özuğur, s. 848.
28 Öztan, s.212; Dural-Öz, s. 66; Gençcan, s. 228
29 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 26.03.1962, 23/3 Resmi Gazete 11122; aynı yönde: Yargıtay 2.HD. 31.3.2000, E.3290, K. 3792 Gençcan, s.228;Yargıtay HGK.21.11.1972,844/937;Yargıtay 2.HD.18.09.1986 6829/7658 (Özuğur,s.846.)

Bu açıklamalar karşısında bugün hukukumuzda resmi vasiyetnamenin okuma yazma bilenler; okunmaksızın ve imzalanmaksızın ve karma vasiyetname olmak üzere üç şekilde yapılacağı kabul edilmektedir[30].

Karma vasiyet, okuma yazma bildikleri halde, TMK. md. 534 hükmü yerine, TMK. md.535'de düzenlenmiş olan okunmaksızın ve imzalanmaksızın resmi vasiyetname tanzim edilebilmesini ifade eder.

Öğretide bazı yazarlar ise karma vasiyetnameye karşı çıkmaktadırlar. Bu anlamda olmak üzere Antalya[31], karma vasiyetnameye, Medeni Kanunumuzun değiştirilmesine ilişkin 1984 tarihli Medeni Kanun Öntasarısı'nda 459. maddede yer verildiği halde, yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ise bilinçli olarak böyle bir vasiyetnameye yer vermediğini ifade ederek, karma vasiyetnameni kabul etmemektedir.

Kanımca, karma vasiyetnamenin mevcut yasa hükümleri karşısında mümkün değildir. Şöyle ki:

Karma vasiyetnamenin varlığı kabul edilecek olursa, TMK.'nun okuma yazma bilenler ile okunmaksızın ve imzalanmaksızın resmi vasiyet ayrımı büyük oranda ortadan kalkmaktadır.

Okuma yazma bilenler için öngörülen resmi vasiyetname ile okunmaksızın ve imzalanmaksızın resmi vasiyet arasındaki temel fark, tanıkların vasiyetin içeriğini bilip bilmemelerine dayanmaktadır.

Okuma yazma bilenler için resmi vasiyette, mirasbırakan son arzularını resmi memura anlatmakta, resmi memur hazırladığı vasiyetnameyi bizzat kendisi okumamakta, okuması için mirasbırakana vermektedir. Tanıklar vasiyetin içeriğini bilmemektedir. Ancak TMK. md.534/III gereğince mirasbırakan isterse vasiyetin içeriğini tanıklara da okuyabilir. Bu durum resmi vasiyeti geçersiz hale getirmez.

Okunmaksızın ve imzalanmaksızın resmi vasiyette ise resmi memur mirasbırakanın son arzuları yönünde vasiyetnameyi hazırlar ve bizzat kendisi tanıklar huzurunda okur. Böylece burada tanıklar vasiyetin içeriğini bilmektedirler.

Karma vasiyette ise bu fark tamamen ortadan kalkmaktadır. Oku-

30 Dural-Öz, s. 66.
31 Antalya, s. 132.

ma yazma bilenlerin diledikleri takdirde TMK. md.534/III gereğince tanıkların vasiyetin içeriğini bilmeleri halinde vasiyetnameyi mirasbırakan bizzat okumaktadır. Halbuki karma vasiyette bu koşulun da önemli olmadığı kabul edilmektedir. Bu durumda okuma yazma bilenler için resmi memurun düzenlediği vasiyetnameyi bizzat okuma yerine, okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyette olduğu gibi, düzenlenen vasiyeti resmi memurun okuyabilmesinin kabul edilmesi karşısında iki vasiyet türü arasında bir fark kalmamaktadır. Bu durumda TMK.'nda düzenlenmiş olan resmi vasiyetnameyi "okuma yazma bilenler" ve "okunmaksızın ve imzalanmaksızın" ayrımını "tanıkların içeriğini bildikleri" ve "tanıkların içeriğini bilmedikleri" resmi vasiyet şeklinde adlandırmak; TMK. md.534 ve 535 hükümlerini birleştirerek bu yönde bir düzenleme yapmak gerekecektir.[32]

cc. Yapılması

Bu maddeye göre vasiyetnamenin yapılmasında aşağıdaki aşamalar gerçekleşir:

-Vasiyetçinin son arzularını resmi memura anlatır. Bu sırada tanıkların da hazır bulunmasında bir sakınca yoktur. Zira TMK. md.535/I resmi memurun hazırladığı vasiyetnameyi iki tanık huzurunda vasiyetçiye okumasını öngörmüştür. Bu nedenle tanıkların vasiyetçinin son arzularını resmi memura anlatırken bunu duymaları ile, resmi memurun bu son arzulara göre hazırladığı vasiyeti onların huzurunda okurken bunun içeriğini bilmeleri arasında bir fark yoktur.

-Resmi memur vasiyetçinin son arzularına göre vasiyetnameyi TMK. md.533/I'de olduğu gibi bizzat yazar veya yazdırır.

-Hazırlanan vasiyetname okuyamayan veya yazamayan vasiyetçiye bizzat resmi memur tarafından ve iki tanık huzurunda okur.

-Vasiyetçi hazırlanan vasiyetin son arzularına uygun olduğunu iki tanık huzurunda beyan eder.

---

32 Karşılaştırmalı hukukta resmi vasiyetnamenin düzenleme şekli için bknz: Cevdet Yavuz- Murat Topuz, "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında TMK md. 534 ve 535 Değerlendirmesi)", *Uyuşmazlık Dergisi* 7. Sayı, s. 1148

-Tanıklar vasiyetçinin beyanlarını kendi önlerinde yaptığını onu vasiyet yapmaya ehil gördüklerini, resmi memurun kendi önlerinde vasiyetnameyi vasiyetçiye okuduğunu, onun son arzularını içerdiğini beyan ettiğini vasiyetnameye yazarak ya da yazdırarak altını imza ederler.

Noter tarafından tanzim edilen vasiyetnamenin vasiyetçiye tanıklar önünde okunması ve miras bırakanın da vasiyetin kendi son arzularına uygun olduğunu yine tanıkların huzurunda açıklaması gerekir. Tanıklar "miras bırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını" beyan etmemişlerse, vasiyetname şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmaktadır.[33]

6. RESMİ VASİYETNAMENİN SAKLANMASI

Resmi vasiyetname tanzim edildikten sonra bir örneği mirasbırakana verilir. Aslı noterlikte saklanır. Vasiyetnamenin saklanması notere ilişkin bir yükümlülüktür. Ancak bunun saklanmamış olması, aslının bulunması halinde vasiyetnamenin geçersiz olması sonucunu doğurmaz.[34]

Noterler vasiyetname tanzim ettikten sonra mirasbırakanın bağlı bulunduğu nüfus müdürlüğüne durumu bildirir. Nüfus müdürlüğü mirasbırakanın nüfus kaydına vasiyetnamenin bulunduğuna ilişkin kayıt düşer. Mirasbırakanın ölümü nüfus kaydına işlendiğinde, durum söz konusu vasiyetnameyi bildiren notere ihbar edilir.[35]

Kaynakça

Akartepe Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul 2005

Antalya O. Gökhan -Sağlam İpek, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s.120 vd.

Ayan Mehmet, Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara 2016

Berki Ali Himmet, Vasiyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ankara 1961

Dural Mustafa - Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2015

Gençcan Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara 2008

İmre Zahit- Erman Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 2014

33 Yargıtay 3.HD.21.02.2013, E.2012/23428, K. 2013/2830 Özuğur, s. 856-857.
34 Ayan, s.107.
35 Kılıçoğlu, s.117.

İnan Ali Naim/Ertaş Şeref/Albaş Hakan, İnan Türk Medeni Hukuk, Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2015, s.182 vd

Kılıçoğlu Ahmet M., Miras Hukuku, Ankara 2015

Özbek Mustafa Serdar, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", *Marmara Üni. Hukuk Fak. Dergisi,* Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016/3, Cilt:2

Özbek Mustafa Serdar - Yardım Mehmet Ertan, "Elektronik Noterlik İşlemleri", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2016/1

Özuğur Ali İhsan, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt.1, 4. Bası., Ankara 2016

Öztan Bilge, Miras Hukuku, Ankara 2014

Tanrıver Süha, "Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü", *AÜHFD;* 2016/4

Yavuz Cevdet – Topuz Murat, "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında TMK md. 534 ve 535 Değerlendirmesi)", *Uyuşmazlık Dergisi* 7. Sayı

TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN ZARARLARDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

STATE'S LIABILITY FOR KEEPING LAND REGISTRY

Damla SARIASLAN*

Özet: Mülkiyet hakkı ve ayni hakların sosyal ve ekonomik hayatta taşıdığı önem dolayısıyla bu haklara ilişkin bilgilerin yer aldığı sicillerin oluşturulması gerekmiş, bu sicilin en doğru, tarafsız varlık kazanabilmesi için ise devlet tekelinde olması gerektiği kabul edilmiştir. Tapu sicili taşınmazlarda aleniyet ve hukuki işlem güvenliğini sağlama görevini üstlenmiştir. Bu anlamda sicile güvenerek iyiniyetle hak iktisap etmiş kişilerin haklarının korunacağı ve ilgisini kanıtlayan herkesin tapu sicilini görebileceği kabul edilmektedir.

Devlet tarafından üstlenilen tapu sicili tutulması faaliyetinin önemi ve tapu sicilinin doğrudan doğruya vatandaşlarının haklarını ilgilendirmesi nedeni ile bu sicilin tutulması nedeniyle doğabilecek zararlar nedeni ile devletin sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hali olarak kabul edilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesinde bu sorumluluk düzenlenmiştir. Çalışmamızda ise bu sorumluluğun koşulları ve sonuçları incelenmiştir.

İlk bölümde sorumluluğun hukuki niteliği belirlenmiş, ikinci bölümde ise sorumluluğun şartları incelenmiştir. Bu anlamda haksız fiil sorumluluğunun unsurları olan fiil, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağı unsurları, tapu sicilinin tutulması özelinde açıklanmış, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararlarından yararlanılmıştır. Son bölümde ise devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğunun neticeleri, açılacak tazminat davasına ilişkin esaslar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet, Devletin Sorumluluğu, Tapu Sicili, Haksız Fiil, Kusursuz Sorumluluk, Devletin Tapu Silicinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Sorumluluğu

Abstract: The importance of property rights and rights in rem in social and economic life led states to constitute a Land Registry, which includes all relevant information about aforementioned rights. It is accepted that, in order for Land Registry to be impartial and accurate, the state has to be the sole responsible. Land registry provides publicity and legal transaction safety for real estates. That is the reason why it is acknowledged that people who gain rights relying on Land Registry will be protected by the law and that people who prove their interests will be able to see the Land Registry.

* Avukat, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

Due to the importance of Land Registry operation and the fact that it is directly related to citizens' rights, the state's responsibility for keeping Land Registry is a strict liability. This strict liability principle is regulated under Article 1007 of Turkish Civil Code. In our study, the conditions and the results of the state's liability have been examined.

In the first part of the study, the legal character of this liability is determined and in the second part, its conditions are examined. The elements of tort such as act, unlawfulness, damage and casual connection have been clarified using both the doctrine's opinion and the Supreme Court's relevant decisions. In the final part, the consequences of the state's accountability regarding any loss stemming from its responsibility for keeping Land Registry and the rudiments of the possible actions for compensations against it are analyzed.

Keywords: Property, State's Liability, Land Registry, Tort, Strict Liability, State's Liability for Keeping Land Registry

1. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Genel Olarak

Tapu sicili, ayni haklarda aleniyet prensibine hayat vermek, hukuki işlem güvenliğini sağlamak amacıyla kurulmuş ve yürütülmesi devletin tekelinde olan sicil olarak nitelendirilebilir. Anayasal güvence altında olan mülkiyet hakkının ve diğer sınırlı ayni hakların korunmasına, bu hakların gerçek ve güncel şekilde varlık sürdürebilmesine imkân tanımak amacıyla tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumlu olacağı Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Devlet tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacaktır. Nitekim tapu sicili hem işlemde bulunacak 3. kişiler ve işlem tarafları açısından aleniyet sağlamakta hem de tapuda kayıtlı hak sahiplerine, haklarının varlığına ilişkin güven vermektedir. Nitekim tapu sicili resmi sicil olup, bu sicildeki kayıtların gerçekliği karine olarak kabul edilmektedir.

Sicilin tutulması faaliyeti devletin gözetimi altında tapu sicil memurları eliyle yürütülen bir kamu faaliyetidir. Bu nedenle tapu sicil memurları ile devlet arasındaki ilişki kamu hukukuna ilişkindir. Ancak tapu sicilinin tutulmasına ilişkin sonuçlar, kişiler açısından ve özel hukuk alanında doğmaktadır.[1] Tapu sicilinde gerçekleştirilen işlemler,

[1] Cüneyt Pekmez, "Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu", İstanbul

özel hukuk işlemleri olduğu gibi tüm bu işlemlere ilişkin hükümler de özel hukuka ilişin kanunlarla getirilmiştir. Bu nedenle hem tapu siciline ilişkin uyuşmazlıklar hem de tapu sicilinden doğan zarardan dolayı devletin tazminat sorumluluğu, özel hukuku ilgilendirmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan MK md. 1007 hükmü devletin asli nitelikli bir özel hukuk sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır.[2]

II. Haksız Fiil Sorumluluğu İlkelerine Tabi Olması ve Kusursuz Sorumluluk İlkesi

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği ve sorumluluğun nitelik itibari ile kusuruz sorumluluk olduğu hususu doktrin[3] ve Yargıtay'ın pek çok kararında kabul edilmektedir.[4] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 2016 tarihi bir kararında, "*Kusursuz sorumluluk, tapu siciline bağlı çıkarların ve ayni hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya da yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür.*" açıklaması ile devletin sorumluluğunun hukuki niteliğinin kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmektedir.[5] Tapu sicilinin tutulması nedeni ile devletin sorumluğuna gidilebilmesi için kusur koşulu olmaksızın haksız fiillin tüm şartlarının sağlanması gerekmektedir. Bu noktada, devletin tapu sicilinin tutulmasından kaynaklı kusursuz sorumluluğunun hangi kapsamda yer alacağı konusunda farkı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüş, sorumluluğun dikkat ve özen yükümlülüğünden kaynaklı bir sebep sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedir. Nitekim tapu sicilinin

---

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012. s. 7,8.

2 Lale Sirmen, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 s. 29; Pekmez, s. 24.

3 Sirmen, s. 34; Pekmez, s. 15; Süleyman Sapanoğlu, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2012 s. 86; Kemal Oğuzman Kemal/Özer Seliçi Özer/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 129; Şeref Ertaş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6. Bası, Seçkin yayınları, Ankara 2006, s.137.

4 Yargıtay HGK. 1960/4E., 1960/1-3K. sayılı ve 20.01.1960 tarihli kararı; Yargıtay HGK 2009/4-383E., 2009/517K. sayılı, 18.11.2009 tarihli kararı; Yargıtay 20 HD'nin 2015/999E., 2016/7191K. sayılı ve 20.06.2016 tarihli kararı vb.

5 Yargıtay 20 HD'nin 2015/999E., 2016/7191K. sayılı ve 20.06.2016 tarihli kararı.

tutulması özel dikkat ve özen isteyen bir faaliyet olup, devletin de bu işi yaptıracağı memurlarının gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak hareket etmesini, hata yapmamasını sağlama yükümlülüğü mevcuttur. [6] Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda, devlete herhangi bir kurtuluş kanıtı sunma imkânı tanınmamıştır.

Bir diğer görüş devletin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedir. Devlet, sicile güven ilkesinin bir sonucu olarak ayni hakların hukuka uygun olarak tutulmasına büyük önem atfetmiştir. Hak sahiplerinin haklarından mahrum kalmaları olasılığı bir tehlikedir ve devlet tapu siciline bağlanan güven nedeniyle bu tür tehlikeleri üstlenmektedir.[7]

Tehlike ilkesinin iki farklı anlamı olduğunu ileri süren bir görüş ise devletin sorumluluğunu risk ilkesine dayandırmaktadır. Tehlike ilkesi iki anlama gelmektedir. Tehlike ilkesinin ilk anlamı kişinin oldukça büyük tehlike yaratan faaliyetlerden veya işletmeden dolayı sorumlu tutulmasını gerektiren sorumluluktur. İkincisi ise her faaliyette zarar doğma riskini göz önünde bulundurarak bunu faaliyet sahibin yükleyen risk ilkesidir. Tapu sicilinin tutulması aşırı tehlike yaratan bir faaliyet değildir. Ancak sicile bağlı önemli menfaatler vardır ve sicildeki en ufak düzensizlik bu menfaatlerin ihlali sonucu doğuracaktır. Bu nedenle ortaya çıkacak bu riski devlet üstelenerek devletin vatandaşlarının menfaatini koruması gerekmektedir.[8]

Yargıtay'ın, MK md.1007'den kaynaklı sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu olarak nitelendirdiği pek çok kararı mevcut olduğu gibi, tehlike sorumluluğu olduğunu ileri sürdüğü kararları da vardır. Son yıllarda verdiği kararlarında ise devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olduğu vurgusu yapılmaktadır.[9]

---

6 Pekmez, s.18.
7 Pekmez, s.19.
8 Sirmen, s. 37.
9 Yargıtay 20. HD 2015/2550E., 2016/7002K., 15.06.2016 tarihli karar; Yargıtay HGK 2007/4-212E., 2007/261K. ve 09.05.2007 tarihli karar; 2006/4-113E., 2006/205K. sayılı ve 19.04.2006 tarihli karar vb.

2. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

I. Tapu Sicilinin Tutulmasına İlişkin İşlem ya da Eylem

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğundan bahsedilmek için öncelikle tapu sicilinin tutulması kavramı ile neyin ifade edildiğinin anlaşılması gerekmektedir. Tapu Sicil Tüzüğü 7. maddesinde, tapu sicilinin ana ve yardımcı sicillerden oluştuğu belirlenmiştir. MK md. 1000 – md.1003 hükümleri arasında ana sicillerin; tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, yevmiye defteri, resmi belgeler (resmi senet, mahkeme kararları ve diğerleri) ile planlardan oluştuğu belirtilmiştir.[10] Bunun dışında kadastro görmemiş yerlerde, eski hukuka ait kayıt defterlerinin de aslında geçiş dönemi sicili niteliğinde olmalarına rağmen asli sicil niteliğine haiz olduğu kabul edilmektedir.[11] Yardımcı sicillerin nelerden oluştuğu ise TST md. 7'da belirtilmiştir. Madde uyarınca yardımcı siciller; aziller sicili, düzeltmeler sicili, kamu orta malları sicili ve tapu envanter defteridir.

Tapu sicilinin tutulması kavramına tüm bu saydığımız sicillere yapılan kayıtlar girecektir. Ancak sicile yapılan kayıttan sadece tescil, şerh ya da beyan ve düşünceler bölümüne yapılan yazılı kayıt anlaşılmamalıdır. Kayıt kavramı bundan daha geniş bir anlam ihtiva etmektedir. Taşınmaza sayfa açılması, tapu kütüğündeki sayfanın kat mülkiyetine çevrilmesi ve buna ilişkin kayıtların yazımı da tapu sicilinin tutulması kavramı içerisinde yer almaktadır.[12] Tapu siciline tescil, terkin, şerh ve beyan, tapu siciline kayıt hükmündedir.

Tapu sicilinin tutulması ise sicile kayıttan üst bir kavramdır. Kayıt dışında bildirim yükümlülükleri, sicilin tutulmasına ilişkin araçların korunması, saklanması, tapu sicil memurunun kayıtların yazımından önce araştırma yükümlülüğü de tapu sicilinin tutulması kavramı içerisine girmektedir.[13] Ayrıca siciller ile ilgili örneklerin ilgili kişilere verilmesi de tapu sicilinin tutulması kavramı içerisinde yer almaktadır. O halde sicildeki bilgilerin yanlış ve eksik çıkartılması nedeniyle doğacak zararlardan da devlet sorumlu olacaktır.[14]

---

10 Pekmez, s. 27; Sapanaoğlu, s. 91; Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 4.Basım, İstanbul 2013, s.54; Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s.341; Ertaş, s.135.

11 Sirmen, s. 43.

12 Pekmez, s. 27.

13 Pekmez, s. 28; Sirmen, s. 45.

14 Sapanoğlu, s. 92; Akipek, s. 341.

Bunun dışından Türk Ticaret Kanunu ilgili maddeleri uyarınca tutulan ticaret sicili ve gemi sicilinin hukuka aykırı tutulması durumunda da MK md. 1007 uyarınca devletin sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmektedir.[15]

Tapu işlemlerinin eski kayıtlar üzerinden yürütüldüğü kadastro görmemiş yerlerde bu eski kayıtlar ve zabıt defterleri üzerinden yürütülen işlemlerin de tapu sicili işlemi olduğunun kabulü gerekmektedir.[16] Bir görüş kadastro işlemlerinin hukuk aykırı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle ortaya çıkacak zararlar nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilemeyeceğini ileri sürmektedir.[17] Ancak doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüş kadastro faaliyetleri nedeniyle de devletin sorumluluğuna gidilebileceğini kabul etmektedir. Kadastro faaliyetinin hangi aşamasından itibaren devletin sorumluluğuna gidilebileceği konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. Kadastro işlemleri özetle üç aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama, taşınmazın geometrik durumu ile hukuki durumunun tespit edilmesi aşamasıdır. İkinci aşamada tespit edilen geometrik ve hukuki durum tutanağa geçirilmektedir. Son aşamada ise Kadastro Kanunu'nun ilgili 12. maddesi uyarınca kesinleşen kadastro tutanağının kesinleşme tarihi tescil tarihi olarak gösterilmek üzere en geç 3 ay içerisinde tapuya tescil edilmesidir.[18] Devletin sorumluğunun bu aşamalardan hangisinden itibaren doğacağı ve hangi andan itibaren kadastro faaliyetinin tapu sicilinin tutulması kavramı içerisine sokulabileceği doktrinde tartışılmıştır. Birinci görüş, kadastro işleminin ikinci aşamasından itibaren devletin sorumlu olabileceğini belirtmektedir. Bu görüş uyarınca, ilk aşama olan geometrik ve hukuki durumun tespiti aşaması tapu sicilinin tutulması kavramı içerisinde değerlendirilemeyecektir. Devlet ancak taşınmazın geometrik ve hukuki durumunun tutanakla tespit edilerek tapu siciline kayıt edilmesinden sorumlu tutulabilecektir. [19] Bizimde katıldığımız son görüş

15 Sapanoğlu, s. 92.
16 Sapanoğlu, s. 92; Pekmez, s. 31.
17 Sapanoğlu, s. 115; Mehmet Ayan, Eşya Hukuk I, Zilyedlik ve Tapu Sicili, 4. Bası, Konya, Ekim 2004, s. 186; Akipek, s. 342; Galip Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Tapu ve Kadastro Yayınları, 6. Bası, Ankara 1998, s.748: "istisnai bazı hallerde devletin yine de sorumlu tutulması gerektiğini" belirtmektedir.
18 Pekmez, s. 31.
19 Pekmez, s. 21; Sirmen, s. 56, 57.

ise sadece kesinleşen kadastro tutanağının tapuya yanlış geçirilmesi ile sınırlı olarak devletin sorumlu tutmasının hakkaniyete ve MK md. 1007'nin amacına aykırı olacağını ileri sürerek, devletin sorumluluğunun kadastro faaliyetinin 1. aşamasından itibaren var olacağını kabul etmektedir.[20]

Yargıtay'ın eski tarihli[21] bazı kararlarında kadastro işlemlerinden doğan zararlar nedeni ile devletin sorumluluğuna gidilemeyeceği görüşü yer almışsa da AİHS ve buna dayalı verilen AİHM kararlarını dikkate alan Yargıtay bu görüşünden dönmüş ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış son tarihli kararlarında kadastro faaliyetlerinin ilk aşamadan itibaren tapu sicilinin tutulması kavramı içerisinde yer aldığı kabul edilmiştir. Son tarihli kararlarında Yargıtay, "*Tapu işlemleri, kadastro tespit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden sıralı işlemler olup, tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan bu kayıtlarda yapılan hatalar, hatalı tapu sicili oluşmasına sebebiyet verdiği için, kadastro tespitinden yapılan hatalar da, MK'nun 1007. maddesi anlamında tapu sicili kavramı içeresindedir.*"[22] şeklinde değerlendirme yaparak, kadastro tespitinde yapılan hatalar neden ile ortaya çıkan zararlar neden ile devleti sorumlu tutmaktadır. [23]

Tapu sicilinin tutulması kapsamına, tapu sicilinin kurulması aşamasındaki faaliyetlerinde girip girmeyeceği de doktrinde tartışılmıştır. Bir görüş, devletin sorumluluğunun ancak kurulmuş bir tapu sicilinin yürütülmesine ilişkin olabileceğini belirttikten sonra sicilin kurulması

---

20 Pekmez s. 32.

21 Sapanoğlu, s.111-112; Pekmez, s. 33, dn.23; Yargıtay HGK 1980/4-624E., 1980/2478K. 26.11.1980 tarihli kararı, Yargıtay 4. HD 1988/10179E., 1988/2368K. 14.03.1988 tarihli kararı, Yargıtay 4. HD 2002/14339E., 2002/14717K., 26.12.2002 tarihli kararı.

22 Yargıtay 20. HD 2015/9999E., 2016/7191K., 20.062016 tarihli kararı; Benzer mahiyette Bkz. Yargıtay HGK 2009/4-383E., 2009/517K. sayılı kararı; Yargıtay HGK 2010/4-349E., 2010/318K. sayılı kararı; Yargıtay 5. HD 2013/21861E., 2014/7496. Sayılı kararı.

23 Yargıtay 5. HD 2013/21861E., 2014/7496K. ve 18.03.2014 tarihli kararı: "Tapu kaydının hatalı oluşması nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkin davada, tapu işlemlerinin, kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak, birbirini takip eden sıralı işlemler olduğu ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan Devlet sorumlu olduğu vurgulanmış ve devletin kusursuz sorumluluğundan kaynaklanan bir zararın oluştuğu ve kadastro işleminden kaynaklanan bu sorumluluğun da tazmini gerektiğinden bahsedilmiştir."

faaliyetlerinin tapu sicilinin tutulması kapsamında yer almayacağını ileri sürmüş ancak bu görüş pek kabul görmemiştir. Tarafımızca kabul edilen diğer görüş ise tapu sicilinin tutulmasının, tapu sicilinin kurulması faaliyetlerini de içerdiğini kabul etmektedir. Bu nedenle tapu sicilinin kurulması aşamasındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle devlet sorumlu tutulabilecektir.[24] Aynı şekilde 743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tutulan sicillerden doğan zararlardan da devletin sorumlu olması gerektiğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim hukuka aykırılık eski sicillerin tutulmasından ya da 743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce olsun, önemli olan zararın 4721 sayılı yeni Medeni Kanun yürürlükte iken meydana gelmesidir. Bu durumda 743 sayılı Medeni Kanun döneminde doğan zarardan devlet sorumlu olacaktır.[25] Yargıtay'ın 15.03.1944 tarihli ve 13/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, *"…Eski ve yeni bütün Tapu sicillerinin tutulmasından Hazine sorumludur."* Açıklaması yer almış ve uygulamada bu yönde ilerlemiştir. Karşı görüş, 743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tutulan sicillerin MK md.1007 uyarınca devletin sorumluluğuna yol açmadığını kabul etmektedir.[26]

II. Tapu Sicilinin Tutulmasında Hukuka Aykırılık

A. Tapu Sicilinin Tutulmasında Hukuka Aykırılık Unsuru

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğundan bahsedilebilmesi için sicilin hukuka aykırı olarak tutulmuş olması gerekmektedir. Bu noktada öncelikle hukuka aykırılıktan neyin anlaşılması gerektiğinin irdelenmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılığın tespiti konusunda ise doktrinde iki ayrı görüş mevcuttur. Birinci görüş, devletin tapu sicilinin tutulması nedeniyle sorumlu olabilmesine ilişkin hukuka aykırılığın, tapu sicili memurunun sicilin tutulması ile ilgili görevlerine aykırı davranması ile meydana gelebileceğini kabul

---

24 Pekmez, s.36, dn.29; Yargıtay 1. HD 2004/1600E., 2004/2208K. ve 04.03.2004 tarihli karar; Sirmen, s.35.

25 Pekmez, s.46; Safa Reisoğlu, Türk Eşya Hukuk, Cilt 1, 7. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1984, s. 232; Akipek, s.341; Esmer, s. 753.

26 Sirmen, s. 59; Ayan: "zararın, Medeni Kanun yürürlüğü döneminde meydana gelmesi şartıyla, önceki dönemde tutulan sicillerden doğan zararlar nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilebilir.", s.185.

etmektedir. O halde sicil memuru, sicilin tutulması ile ilgili görevine aykırı davranmadı ise hukuka aykırılık mevcut olmayacak ve devletin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.[27] Bu görüş uyarınca, hukuka aykırılık genel davranış kurallarına aykırılıktan değil, tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulmasından doğmaktadır. İkinci görüş ise devletin sorumlu tutulabilmesi için kişilerin malvarlığına ilişkin menfaatleri koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Bu anlamda tapu sicilinin tutulmasındaki kişi menfaatinin korunması ile ilgili kurallar sadece tapu mevzuatından ibaret olmayacaktır.[28] İki görüş arasındaki farklılık, sahte belge ile gerçekleştirilen tapu işlemi nedeni devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği noktasında kendisini gösterir. İlk görüşün kabulü halinde, sahteliğin araştırılması, ilgili mevzuat uyarınca tapu sicil memurunun sorumluluğunda olmadığından hukuka aykırılığın mevcut olmayacağının kabulü gerekir. İkinci görüşün kabulü durumunda ise sunulan sahte vekâletnamenin incelenmesi yükümlülüğü kişilerin malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin bir yükümlülük olduğundan bu incelemenin yapılmaması halinde hukuka aykırılığın varlığının kabulü gerekecektir. [29]

Her hâlükârda tapu sicilinin tutulmasından doğacak olan hukuka aykırılık, tapu sicili memurunun yapması gereken bir işlemi yapmaması ya da yapmaması gereken bir işlemi yapması durumlarından kaynaklanacaktır.

B. Tapu Sicilinin Tutulmasında Hukuka Aykırı Haller

i. Yevmiye Defterine Kayıt

Tapu sicil Tüzüğü md. 23/III uyarınca, "*yevmiye defterine; işlemin yevmiye numarası, saat ve dakikası, istemde bulunanın adı ve soyadı, işlemin niteliği, isteme konu taşınmazın köy ve mahalle adı, cilt ve sayfa numaraları ile işlemi hazırlayan, kontrol eden ve onaylayanın adı ve soyadı yazılır.*" Maddeden yola çıkıldığında, tapu sicil memurunun, talebin kayıt, tarih ve yevmiye numarasını yevmiye defterine yanlış kaydetmesi ya da kaydı geciktirmesi durumlarında ya da hiç kayıt yapmaması durum-

27 Pekmez, s.51.
28 Sirmen, s. 62, 64; Akipek, s. 343; Ertaş, s. 136.
29 Pekmez, s. 51, 52.

larında hukuka aykırılığın meydana geleceği anlaşılmaktadır.[30] Bu duruma örnek olarak birbiri ile çatışan ayni hakların yevmiye defterine kaydı sırasında hata yapılması verilebilir. Taşınmaz üzerinde ipotek tescili, taşınmaz yükünün tescilinin önceki bir tarih ve saatte talep edilmiş olmasına rağmen yevmiye defterine taşınmaz yükünün öncelikli kaydedilmesi durumunda, ipotek hakkı sahibi kişi taşınmazın satışı durumunda alacak hakkını elde edemeyerek zarara uğrayabilecektir. Bu durumda ipotekli alacaklı, uğramış olduğu zararın giderilmesi için MK md. 1007 uyarınca devletin sorumluluğuna gidebilecektir.[31] Yevmiye defterine, terkin talebinin derhal kaydedilmemesi durumunda ortaya çıkacak zararlar nedeni ile de devlet sorumlu olacaktır.[32]

ii. Tesciller

Tapu siciline tescilinin gerçekleştirilmesi için tescilin hukuki sebebinin bulunması ve yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmiş bir yazılı tescil talebi gerekmektedir. Bu ikisinin varlığı ise tapu sicil memuru tarafından araştırılmalıdır.[33] Buradaki amaç sicile bağlı çıkarların en iyi şekilde korunmasının sağlanmasıdır.[34] Sicil memuru, şüpheye düşmedikçe ya da ortada memurun şüpheye düşmesini gerektirecek bir durum yok ise sadece şekli inceleme yapmakla yükümlüdür. O halde tapu sicil memuru öncelikle tescil talep eden kişinin ayni hak sahibi, tapuda ayni hak sahibi gözüken kişi ya da bu kişinin yetkili temsilci olup olmadığı konusunu inceleyecektir. Tapu sicil memurunun, tescil talep eden kişinin, tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını, temsilci ise vekâletnamesinin hukuka uygun olup olmadığını, özel yetkinin bulunması gereken hallerde özel yetkinin bulunup bulunmadığını incelemesi gerekmektedir.[35] Bu anlamda tasarruf yetkisinin ve varsa temsil yetkisinin belgelendirilmesi gerekecektir. Sicil memurunun söz konusu belgeler ibraz edilmeden ve söz konusu belgelerin doğruluğundan emin olmadan, belgelerin doğruluğunu araştırmadan işlem yapması durumunda hukuka aykırılık ortaya çıkacak ve devletin tapu sicilinin

30 Sirmen, s. 69; Pekmez, s. 63.
31 Pekmez, s. 64.
32 Pekmez, s. 85; Sirmen, s. 71.
33 Pekmez, s. 64.
34 Lale Sirmen, "Medeni Kanun 917. Maddesine İlişkin Bir Karar İncelemesi", *AÜHFD*, Cilt.35, S.1/4, 1978, s.497-506, (Karar İncelemesi), s. 503.
35 Sirmen, s. 75-78; Pekmez, s. 71.

tutulmasından sorumluluğu doğabilecektir.[36] Belgelendirmede herhangi bir hukuka aykırılık ya da eksiklik bulunmaması durumunda tapu sicil memurunun bir sebep göstermeksizin işlem yapmaktan kaçınması durumunda da hukuk aykırılık ortaya çıkacak ve bu nedenle doğabilecek zararlardan da devletin sorumluluğu meydana gelecektir. Bunun dışında tapu sicil memurunun o tescilin hukuki sebebinin geçerliliğini araştırma yükümlülüğü olup olmadığı hususunda genel kabul edilen ve bizce de doğru olan, sicil memurunun araştırma yükümlülüğünün sadece şekil ile sınırlı olduğudur. Bu noktada da tapu sicil memuru sadece şüphelenmesi gereken bir durum var ise ayrıntılı inceleme yapmakla yükümlü olacaktır. Örneğin memurun ehliyet durumunu araştırma yükümlüğü yoktur. [37]

Kanunlar ile tapu sicil memuruna resmi senet düzenlenmesi görevini verildiği hallerde ise sicil memurunun söz konusu senedi eksik ya da hukuka aykırı olarak düzenlemesi durumunda MK md. 1007 hükmünün uygulanmayacağı doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir. Nitekim bu durumda tapu sicil memuru, kendi görevi dışında adeta bir noter gibi hareket etmektedir. [38] Ancak, sicil memurunun, bu hukuka aykırı senede dayanarak tescil işlemini gerçekleştirmesi durumunda tapu sicilinin tutulmasında hukuka aykırılık meydana gelecek ve doğacak zararlardan devletin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.[39]

iii. Terkinler

Tapu sicilinde gerçekleştirilecek terkin işlemi, şekli olarak o kaydın üzerinin çizilmesi, içerik olarak ise kayıtlı ayni hak ya da şahsi hakkın sona erdirilmesidir. Bu anlamda terkin, ayni ya da şahsi hakkı sona erdirici nitelikte bir bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilebilir.[40] Terkin işlemlerinde de tıpkı tescil işleminde olduğu gibi hukuki sebebin varlığı ve yazılı terkin talebi gerekmektedir. Bu tür bir terkin işleminde tapu sicil memurunun, öncelikle terkin talebinde bulunanın tasarruf yetkisinin bulup bulunmadığını, ya da temsilci aracılığı ile böyle bir işlemde bulunuluyorsa, temsil yetkisinin varlığını araştırma

36 Pekmez, s. 70.
37 Pekmez, s.65; Esmer, s. 747.
38 Pekmez, s. 66; Akipek, s. 342.
39 Sirmen, s. 52; Pekmez, s. 66.
40 Pekmez, s. 77.

yükümlülüğü mevcuttur.[41] Söz konusu terkin işleminin, talepte bulunan dışında başkaca kişilerin de rızasına bağlı olduğu durumlarda ise sicil memurunun geçerli bir rızanın varlığını araştırma yükümlülüğü mevcut olacaktır.[42] Terkin talebinin hukuki sebebine ilişkin olarak ise tapu sicil memurunun şekli bir incelemede bulunma yükümlüğü mevcuttur. Geçerli bir terkin talebine rağmen sicil memurunun işlemde bulunmaması ve bu nedenle zarar doğması durumunda ise doğan zarardan devlet sorumlu olacaktır.[43]

Sona eren ayni hak ya da şahsi hakkın şekli olarak da sona erdirilebilmesi ve tapu sicilinde gerçek duruma uygun hale getirilebilmesi için gerçekleştirilen terkin işlemi ise açıklayıcı terkin olarak nitelendirilmektedir. Bu anlamda, gerçek durumu göstermeyen sicildeki yolsuz kayda dayanarak hak elde edebilecek 3. kişilerin korunması da hedeflenmektedir. O halde sicildeki kaydın gerçek durumla uyumlu hale getirilmesine ilişkin olarak açıklayıcı terkin talebinin gerçekleştirilmemesi ya da mahkemece verilen terkin kararının uygulanmaması durumunda hukuka aykırılık meydana gelecektir. Bu durumda yolsuz tescile güvenerek ayni hak iktisap etmiş iyiniyetli 3. Kişinin kazanımı korunamayacak, ancak 3. kişi bu nedenle uğramış olduğu zararını devletten talep edebilecektir.[44]

Tapu sicil memurunun re 'sen terkin işlemi gerçekleştirmesi gerektiği bazı haller kanunda düzenlenmiştir. Bunlar çoğu zaman şerhe konu şahsi haklar olup, ayni hakların re 'sen terkini hiçbir şekilde mümkün değildir. Tapu sicil memurunun kendisine verilen re 'sen terkin yetkisini kullanarak işlem yapmaması durumunda ortaya çıkan zararlardan devlet sorumlu olacağı gibi sicil memurunun yetkisini aşarak örneğin bir ayni hakkın terkini işlemi gerçekleştirmesi durumunda da doğacak zararlarda devlet sorumlu olacaktır.[45]

iv. Şerhler

MK md. 1019'da tapu kütüğüne şerh edilebilecek hususlar sınırlı olarak sayılmıştır. Madde uyarınca ancak; kişisel haklar, tasarruf yet-

41 Pekmez, s. 79.
42 Pekmez, s.80; Sirmen, s. 77.
43 Sirmen, s. 79; Pekmez, s. 84.
44 Pekmez, s.82; Sirmen, s. 70,71.
45 Pekmez, 82.

kisi kısıtlamaları ve geçici tesciller tapu kütüğüne şerh edilebilecektir. Bunun dışında Medeni Kanun dışında kanunlarda belirlenmiş hususlar da şerh edilebilecektir. Ancak kanunda sayılanlar dışında herhangi bir hususun şerhi mümkün değildir. Bu anlamda, tapu sicil memurlarının kanunda sayılmamış bir hususu şerh etmeleri durumunda bundan doğacak zarardan devletin sorumluluğu olacaktır.[46]

Kişisel hakların şerhi için aranacak belgeler TST md. 47 de; tasarruf yetkisi kısıtlama ve yasaklarına ilişkin şerhlerde aranacak belgeler TST md. 48 de; geçici tescil şerhi için gereken hususlar ise TST md. 49'da belirlenmiştir. Söz konusu hükümlerde aranan belgelerin eksiksiz olarak sunulması ve bunun yetkili kişilerce ibraz edilmesine rağmen şerhin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmemesi durumunda doğacak zararlardan devlet sorumlu olacaktır.[47] Şerhin dayanaktan yoksun olması, yani hukuki sebep ve tasarruf yetkisi ile gereken hukuki merciinin yazısı bulunmaksızın gerçekleştirilen şerh nedeniyle doğan zarardan da devlet sorumlu olacaktır. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 2009 tarihli bir kararında, "*…tapu sicil müdürlüğü, tapu kayıtlarının düzenli tutulmasından sorumludur. Kayıttaki hatalardan bireylerin hak ve işlem güvenliğini sağlamakla yükümlü olan devlet sorumludur. Tapu kaydındaki dayanaksız haciz şerhi davacının taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlamakta, diğer yandan davaya katılan Vakfın da kamulaştırma bedellerini almasına engel olmaktadır*."[48]

Şerhin hukuka uygunluğu açısından bir diğer önemli nokta ise kişisel hakların şerhinde, şerh anlaşmasının içeriğine; tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinde, yetkili mercii yazısı ya da mahkeme kararının içeriğine uygun; geçici tescil şerhinde ise talep edenin talebine uygun biçimde şerh gerçekleştirilmesidir. Bu içeriklere aykırı olarak gerçekleştirilen şerhler de hukuka aykırı olacak ve devlet doğan zarardan sorumlu olacaktır.[49] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, önüne gelen bir olayda isim ve soy isim benzerliği nedeniyle İcra Dairesi tarafından gönderilen haciz şerhinin, borçlu olmayan taşınmaz malikine ilişkin olarak konulduğu ve borçlu olmayan taşınmaz malikinin kendisine tebliğ edilen satış işlemi ile durumdan haberdar olarak asıl borçlunun bor-

46 Sirmen, s. 45.
47 Sirmen, s. 90; Pekmez, s. 73.
48 Yargıtay 14. HD 2009/12651E., 2009/13931K. sayılı ve 10.12.2009 tarihli karar.
49 Pekmez, s.74; Sirmen, s. 80,81.

cunu kapatmak durumunda kaldığı olayda, haciz şerhinin içeriğinin yanlış şerh edilmesi nedeni ile devletin MK md.1007 uyarınca sorumlu olduğuna hükmetmiştir.[50]

v. Beyanlar

Kanunda beyanlar sütununa yapılacak kayıtlara ilişkin olarak özel bir düzenleme ve ortak bir kural mevcut değildir.[51] Ancak geçerli bir sebep olmaksızın beyan kaydedilmesi ya da geçerli sebebe rağmen beyanın kaydedilmemesi durumlarında beyan kaydı hukuka aykırı olacak ve devletin tapu sicilinin tutulmasından dolayı sorumluluğu doğacaktır.[52] Örneğin, vesayetin kaldırıldığına ilişkin mahkeme kararının, Tapu siciline gönderilmiş olmasına rağmen bu kararın gereğinin beyanlar sütununa işlenmemesi nedeniyle doğabilecek zararlardan devlet MK md. 1007 uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Ancak mahkeme kararının Tapu siciline ulaşmadığı bir durumda bu kararın gereğinin yerine getirilmesi mümkün olamayacak ve beyanlar sütununda yer almayan kayıt nedeni ile bu durumdan bilgisi olmayan Tapu ve devletin sorumluluğu söz konusu olamayacaktır.[53]

vi. Çift Tapu Kaydı

Tapu sicilinde aleniyet ilkesinin bir sonucu da sicile kaydedilecek her bir taşınmaz için ayrı bir sayfa açılmasıdır.[54] Ancak öyle bazı durumlar olabilir ki hâlihazırda tapuda bir sayfada kayıtlı olan bir taşınmaz aynı şekilde başka bir sayfaya da kaydedilebilir. Örneğin taşınmaz tapuda kayıtlı olmasına rağmen tapusuz olduğu düşünülerek olağanüstü zamanaşımı ile kazanma neticesinde yeniden bir sayfa açılabilir; taşınmazın kadastro ve sınırının düzeltilmesi sırasında iki ayrı sayfada kaydı oluşmuş olabilir. Bu gibi durumlarda aslında aynı taşınmaz birbirinden farklı iki ayrı sayfada yer almakta ve tapuda bir uyumsuzluk oluşmaktadır. Bu durumda çifte tapu nedeniyle 3. kişilerin ya da tapuda kayıtlı ayni hak sahibinin uğradığı zarardan devletin sorumlu olacağı ve çifte tapu durumunun hukuka aykırılık teşkil ettiği

50 Yargıtay 20 HD'nin 2015/7998E., 2016/5399K. ve 11.05.2016 tarihli kararı.
51 Pekmez, s. 74.
52 Sirmen, s.4; Pekmez, s. 75.
53 Pekmez, s.76.
54 Sirmen, s. 82; Pekmez, s. 59; Sapanoğlu, s. 210.

doktrinde neredeyse oy çokluğu ile kabul edilmektedir.[55] Yargıtay'ın son tarihli kararları da çift tapu halinde devletin sorumlu olduğuna hükmetmektedir.[56]

vii. Kadastro Faaliyetleri

Yukarıda ayrıntılı olarak bahsetmiş olduğumuz ve bizimde savunduğumuz görüş uyarınca kadastro faaliyetlerinin her aşaması tapu sicilinin tutulması kavramının içinde yer almaktadır. Bu nedenle kadastro faaliyetleri sırasında yapılan hata ve hukuka aykırılıklar ile bu kayıtların tapu siciline yanlış geçirilmesi durumunda ortaya çıkan yanlış sicil kayıtları nedeniyle ortaya çıkacak hukuka ayırılıklar nedeniyle devletin MK md.1007 uyarınca sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim MK md.1007'nin uygulanması ve tazminatlar konusunda bir anlamda daha devlet yanlısı davranan Yargıtay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen ihlal kararları neticesinde içtihatlarını geliştirmiş ve mülkiyet hakkına gereken değeri vermeye başlamıştır. AİHM'nin 8 Temmuz 2008 tarihli ihlal kararı, 2 Haziran 2009 tarihli ve 3434/04 başvuru no.lu Hacısalihoğlu – Türkiye başlıklı ihlal kararı, 13 Ekim 2009 tarihli ihlal kararlarında, kamu yararı ve bireysel haklar arasındaki adli dengenin kurulmadığı gerekçesi ile AİHS Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. Maddesi ile korunan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. AİHM ihlal kararları ardından ise uygulamada en çok mağduriyete neden olan Kadastro tutanaklarının tutulması nedeni ile devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, koşulların varlığı halinde malik lehine sonuçlandırılmaya başlanmıştır.[57] Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli kararında kadastro yüzölçümü hesabı yapılması ve planmetre okumaları arasındaki farkın hatalı hesaplanması nedeniyle taşınmazın yüzölçümünün eksilmesi ve malikin bu nedenle uğramış olduğu zararın tazminine karar vermiştir. Olayda 1976 yılında yapılan kadastro ve tapulama çalışmaları neticesinde 12250 m² yüzölçümlü olarak tapuya tescil edilen taşınmazın daha sonra 7250 m² olması gerektiği ortaya çıkmış ve taşınmazın yüzölçümü Kadastro Kanunu md. 41 uyarınca düzeltilmiştir. Bu durumda malik eksilen

55 Sapanoğu, s. 211; Sirmen, s. 78,79; Pekmez, s.61; Ayan, s. 185; Ertaş, s. 143; Azınlık görüşü için: Akipek, s. 343.
56 Sapanoğlu, s. 211.
57 Yargıtay 20 HGK'nun 2009/4-383E., 2009/517K. sayılı ve 18.11.2009 tarihli kararı.

5000 m²'nin bedelinin tazmini için dava açmıştır. Yargıtay ise Kadastro çalışmaları sırasında yapılan hatanın hukuka aykırı olması nedeniyle doğan zarar nedeni ile tazminata hükmetmiştir.[58]

viii. Sahte Belgeye Dayalı İşlem

Tapu siciline yapılan kayıtlarda nüfus cüzdanı, vekâletname gibi belgeler aranmaktadır. Bunun dışında mirasın taksimi ya da mirasçılara itikâlında ise mirasçılık belgesi gerekmektedir. Bu gibi belgelerin sahteliğine rağmen tapuda işlem yapılması durumunda Tapuda yapılan işlemin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı ve bu nedenle devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Yargıtay'ın ise bu konuda istikrarlı bir uygulamasının bulunmadığını belirtmekte fayda var. Yargıtay'ın sadece illiyet bağının kesilmesi incelemesine bağlı, somut olayın özelliklerine göre verdiği kararlar mevcuttur.

Sahte belge ile gerçekleştirilen tapu işlemlerine ilişkin ilk görüş, söz konusu belgelerin sahteliğinin anlaşılıp anlaşılamamasından bağımsız olarak, meydan gelen zarardan devletin sorumlu olacağını belirtmektedir.[59] Zira devletin sorumluluğunun doğabilmesi için kişilerin malvarlığı çıkarlarını koruyan hükümlere aykırı davranılması yeterlidir ve devletin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir.[60] O halde, tapu sicil memurunun kusuru irdelenmeksizin ve memurun araştırma görevini yerine getirip getirmediğine dahi bakılmaksızın devletin sahte belgeye dayalı olarak gerçekleştirdiği tapu işlemi nedeni ile doğan zarardan sorumlu olacağının kabulü gerekmektedir.[61]

Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş sahte belgeye dayalı olarak gerçekleştirilmiş olan tapu sicil işlemlerinde direk olarak devletin sorumluluğuna gidilemeyeceğini ileri sürmektedir. Devletin sorumlu tutulabilmesi için tapu sicil memurunun söz konusu sahteliğe ilişkin bir şüphenin varlığı halinde araştırma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin incelenmesi gerekecektir. Bu da tapu sicil memurunun kusuruna ilişkin bir araştırma değil ancak sahteliğe ilişkin araştırma-

58 Yargıtay 5. HD 2013/21862E., 2014/7496K. ve 18.03.2014 tarihli karar.
59 Pekmez, s. 93; Ayan, s. 185; Esmer, s. 750; Akipek, s. 342; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 131.
60 Sirmen, s. 64.
61 Sirmen, s.73; Pekmez, s. 94; Reisoğlu, s. 230.

nın tapu sicil memurunun yükümlüğü kapsamında olup olmadığının incelenmesidir.[62] Bu durumda ancak, tapu sicil memurunun şüphelenmesi gereken bir durumun varlığı halinde bu şüphesini göz ardı ederek ve araştırma yükümlülüğünü ihlal ederek işlemde bulunması halinde devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumlu olacağının kabulü gerekecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise oldukça ayrıntılı olarak açıklamada bulunduğu 2007 tarihli kararında, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğuna dayandığı ifade etmiş, tapu sicil memurunun üzerine düşen araştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, imzaları kontrol etmeksizin yaptığı tescil işleminin hukuka aykırı olduğu ve kusur şartı aranmaksızın devletin tapu sicilinden sorumlu olduğuna, illiyet bağının kesilmediğine hükmetmiştir.[63] Ancak, mirasçılık belgesi gibi kesin hüküm niteliğinde olan bir mahkeme kararına dayalı olarak gerçekleştirilen bir tescil işleminin yolsuz olması durumunda da devletin sorumluluğuna gidilebilmesi gerekmektedir.[64] Yargıtay'da vermiş olduğu pek çok kararında bu görüşü desteklemektedir.[65]

Sahte belgeye dayalı olarak tapu sicilinin tutulmasına ilişkin gerçekleştirilen işlemlerde hukuka aykırılığın varlığı halinde en makul çözüm devletin kusursuz sorumluluğunu engelleyecek nitelikte 3. kişinin ağır kusuru gibi illiyet bağını kesen bir durumun var olup olmadığının ya da 3. kişinin kusurunun ya da zarara uğrayanın kusurunun illiyet bağını kesebilecek derecede ağır olup olmadığının irdelenmesi olacaktır. İlliyet bağını kesecek nitelikte ağırlık bulunması durumunda devletin sorumluluğu söz konusu olmayacak ancak aksi takdirde devletin sorumluluğunun söz konusu olması gerekecek ancak belirlenecek tazminatta indirim yapılabilecektir.

III. Zarar

Tapu sicilinin tutulması nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilebilmesinin bir diğer koşulu ise zararın doğmuş olmasıdır.[66] Zarar doğ-

---

62 Pekmez, s. 95; Ayan, s. 185.
63 Yargıtay HGK'nun 2007/4-422E., 2007/536K. sayılı ve 11.07.2007 tarihli kararı.
64 Sirmen, s. 73, Pekmez, s.94; Sapanaoğlu, s. 171.
65 Yargıtay HGK'nun 2003/4-491E., 2003/487K. sayılı ve 04.09.2003 tarihli kararı; Yargıtay 4. HD'nin 2009/8453E. Ve 2010/6835K. sayılı ve 07.06.2009 tarihli kararı.
66 Pekmez, s. 103; Sapanoğlu, s. 211.

mamışsa, zarar doğma tehlikesi var ise ve bunun önlenmesi mümkün ise devletin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Bu nedenle öncelikle "zararın önlenmesi imkânının varlığı" ile neyin kastedildiğinin anlaşılması gerekecektir. Tapu sicilinin tutulması nedeni ile ayni hakkını kaybeden ya da ayni hakkı sınırlandırılan kişi, bu durumu açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davası ile düzeltebilecek ise o halde kişinin herhangi bir zararının doğmadığı kabul edilecektir. Bu durumda ayni hak sahibinin tek zararı tapu kaydı düzeltim davası için yapmış olduğu masraf ve vekâlet ücreti olacaktır.[67] Tapu sicilindeki kaydın, miras durumunda olduğu gibi mirasçıların talebi ile düzeltilmesinde ya da memurun re 'sen işleme yapabileceği hallerde de zararın ortaya çıktığından söz edilemeyecektir.

Ayni hak sahibinin ayni hakkını kaybetmesi ya da hakkının sınırlandırılması durumunda, devletin sorumluluğuna gidilebilmesi in tapu kaydı düzeltim davası açılmasının bir koşul olup olmadığı konusunda doktrinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş MK md.1007 uyarınca devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli koşulların sağlanmasının yeterli olduğunu, var olan bir zarar var ise bu durumda Tapu kaydının düzeltimi davasının açılmasının bir zorunluluk olmadığını ileri sürmektedir. Nitekim bu dava hem masraflı olacak hem de zarar gören açısından zaman kaybına neden olacaktır. Örneğin, tapuda kayıtlı taşınmazın, iyi niyetli 3. kişiye geçmiş olduğu ve ayni hakkın geri dönemeyeceği bir halde tapu kaydı düzeltim davası açmaya gerek olmadığı açıktır.[68] Uygulamada da kabul edilen karşı görüş ise tapu kaydı düzeltim davasının açılmasının zararın varlığının ispatı açısından bir zorunluluk olduğunu belirtmektedir. Zira bir aynı hakkın yitirildiği ya da sınırlandırıldığı ve bu nedenle bir zararın doğduğu ancak açılacak bir dava ile anlaşılabilecek ve ispatlanabilecektir. Ayrıca tapu kaydın düzeltim davası için yapılan masraflar ve vekâlet ücreti de zaten devlete karşı açılacak davada zarar olarak talep edilebilecektir.[69] Nitekim tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın tazmini için devlete başvurabilmek için bir zararın meydana gelmiş olması şarttır ve bu zararın varlığının ispatlanması gerekir. Bu anlamda bakıldığında örneğin, haksız olarak ipotek hakkının terkin edilmesi

67 Pekmez, s. 104.
68 Reisoğlu, s. 231; Pekmez, s. 105.
69 Sirmen, s. 89; Pekmez, s. 106.

ardından borçluya ait taşınmazın satılması ve borçlunun alacağını elde edememesi durumunda borçlunun aciz içinde bulunduğuna dair aciz vesikası da tıpkı ayni hak kaybında tapu düzeltim davasında alınan ilam gibi bir ispat aracı olacaktır.[70] Ancak bu noktada aciz vesikasının zorunlu bir ispat şartı olduğundan bahsedilemez. Borçludan alacağın tahsil edilemediğinin başkaca ispat araçları ile ispat edilmesi durumunda da zararın varlığı ortaya çıkabilecektir.[71] Uygulamada da tapu kaydı düzeltim davasının, devletin sorumluluğuna başvurmadan önce her hâlükârda açılması ve bu kararın kesinleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere zamanaşımı süreleri dahi bu tapu kaydı düzeltimi davasının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Ancak Yargıtay 2016 tarihli kararında somut olayın özelliğinden, tapu düzeltim davası açılmasına gerek olmadığının, zararın varlığının kesin olarak anlaşıldığı hallerde tapu kaydının düzeltimi davası açılması gerek olmaksızın MK md. 1007'den kaynaklı tazminat davası açılabileceğine hükmetmiştir. [72]

Bir ayni hakkın hak sahibinin rızası dışında kaybıyla da hakkının sınırlandırılması nedeniyle ortaya çıkan maddi zararlar nedeniyle devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluk gündeme gelecektir. Bu anlamda ancak, maddi zararın tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Manevi zararın ise tapu sicilinden kaynaklı bir zarar olarak tazmin edilebileceği doktrinde kabul edilmemektedir.[73] Ertaş, ise MK md. 24 ve TBK md.49/II'de kusur şartı getirilmediği gerekçesi ile kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi zararın talep edilebi-

70 Pekmez, s. 108.

71 Pekmez, s. 110.

72 Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 2015/9999E., 2016/7191K. Sayılı ve 20.06.2016 tarihli kararı; "Her ne kadar somut olayda henüz idare tarafından kesinleşmiş orman kadastro sınırları içinde kalan yer iddiasına dayalı olarak davacının malik olduğu 1308 sayılı parsele karşı açılmış bir tapu iptal ve tescil davası yok ise de 1308 sayılı parselin tapu kaydının beyanlar hanesinde yer alan "bu parselin bir kısmı kesinleşmiş orman tahdit sınırları içerisinde yer almaktadır" yönündeki şerh doğru ise yani parselin bir kısmı kesinleşmiş orman tahdidi içinde ise tapu sicilinin bir kısmının yolsuz oluşturulduğu sonucu ortaya çıkar. Bu durumunda idare tarafından tapu iptal ve tescil davasının açılmasını beklemeye gerek olmadan, tapu maliki tarafından da kesinleşmiş orman kadastro sınırları içinde kalan bölümün maliki olduğu parselde ifrazı ve bu bölümün mülkiyetini kaybetme nedeniyle doğacak zararın tazmini istemeye engel bir durum yoktur."

73 Pekmez, s. 110; Sirmen, s. 89.

leceğini belirtmektedir.[74] Sicil tutulması faaliyeti nedeniyle doğacak maddi zarar ise fiilli zarar ve mahrum kalınan kar şeklide kendini göstermektedir. Bu anlamda fiili zarar, kaybedilen ayni hakkın bedeli ya da taşınmaz sahibinin rızası dışında sınırlandırılması nedeniyle değerinin azalması, yapılan tapu masrafları, tapu kaydı düzeltilmesi davası nedeniyle yargılama giderleri girecektir.[75] Maddi zarar, somut olayın özelliğine göre farklı şekillerde oluşabilmektedir. Taşınmazın iyiniyetli 3. kişi tarafından iktisap edilmesi durumunda, taşınmazın bedeli ve açılmış olan tapu sicil düzeltim davası yargılama giderleri; taşınmazın belli kısmının kaybedilmesi durumunda kaybedilen kısmın bedeli ve kaybedilen kısım nedeni ile elde kalan taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğü bedeli;[76] taşınmazın mülkiyetinin kaybı durumunda taşınmaza dâhil bütünleyici parçaların değeri;[77] iyiniyetin korunmadığı hallerde iyiniyetli üçüncü kişinin satıcıya ödediği satış bedeli satım bedeli ve hakkın tescili için yapmış olduğu masraflar[78] fiilli zarar teşkil edecektir. Mahrum kalınan kar zararına ise taşınmazın değerinin yüksek olduğu bir zamanda ayni hak sahibinin, taşınmazın tapuda yolsuz tescil nedeni ile başkası üzerinde gözükmesi nedeniyle o dönemde taşınmazını karlı bedelden satamaması örnek verilebilir.[79]

Bu nokta önem taşıyan bir diğer husus ise, ortaya çıkan zararın hangi anda ortaya çıkmış olacağı ve buna bağlı olarak hesaplanacak

---

74 Ertaş, s. 137.

75 Pekmez, s. 111.

76 Yargıtay 5. Hukuk Dairesince bu yönde verilmiş pek çok karar mevcuttur. Bkz. Yargıtay 5. HD'nin 2014/27054E., 2015/4578K. sayılı ve 12.03.2013 tarihli kararı: "Dava konusu taşınmazın el atmadan arta kalan bölümünün yüzölçümü, geometrik durumu ve mevcut imar planındaki konumuna göre bu kısmından yararlanma olanağı tamamen kalktığından taşınmazın tam bedeline hükmedilmesi gerektiğinin düşünülmemesi,"

77 Pekmez, s. 111, dn.308: Yargıtay 4. HD'nin 2011/2568E., 2011/2157K. sayılı, 02.03.2011 tarihli kararında, "…sahte nüfus kimlik belgesi kullanılarak 3. kişiye sayılan ve üzerinde evi bulunan taşınmaz bedelinin ödenmesini isteyen davacının hem arsasının hem de üzerine yapmış olduğu evin elinden çıkması nedeniyle zarar uğradığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece, arsa bedelinin ödetilmesine karar verilmesine rağmen, davacının arsası üzerine ruhsat almadan yaptığı binanın hukuki anlamda değeri olmadığı ve davalı yönünden de ekonomik bir değer taşımadığı gerekçesi ile yapı bedelinin ödetilmesine karar verilmemiştir. Yapının ruhsatsız olması, davacının iyiniyetle kendi taşınmazı üzerine yaptığı yapıdan dolayı uğradığı zararlarını isteme hakkına engel değildir."

78 Sirmen, s. 86.

79 Pekmez, s. 112.

tazminatın hangi andan itibaren hesaplanacağıdır. Doktrine bir görüş, zararın doğduğu ve tazminatın hesaplanması gerektiği anının, zarar görenin hakkını elde edemeyeceğinin kesinleştiği an olduğunu[80], bir görüş ise devlete karşı tazminat davasının açıldığı tarih olduğunu ileri sürmektedir.[81] Yargıtay'ın bu konuda farklı görüşleri olmakla beraber son yıllarda verdiği kararlarda zararın doğum anında tapu kaydı düzeltim davasının kesinleştiği tarihin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir.[82]

IV. İlliyet Bağı

Tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğunun doğabilmesi için meydana gelen zarar ile tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulması arasına illiyet bağının, neden-sonuç ilişkisinin kurulabilmesi gerekmektedir.[83] Tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle tapu sicilinin tutulmasına ilişkin işlemin yapılması ya da yapılmaması gereken bir işlemin yapılması gerçekleşen zararı doğurmaya elverişli ise uygun illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilmektedir.[84]

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir ve kusur şartı aranmamaktadır. Bu durumda sorumluluktan kurtulmak isteyen kusursuz sorumlu, ancak illiyet bağının kesildiğini ileri sürebilecektir. Devletin sorumluluğunda kusursuz sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanacağı görüşünün kabul edilmesi halinde hukuka aykırı sicil işlemi ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğinin kanıtlanması durumunda devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Zarar görenin kusuru belli ağırlıkta ise illiyet bağını kesecektir. Zira zarar görenin kusuru artık meydana gelen zararın sebebi halini almıştır.[85]

---

80 Pekmez, s. 114.
81 Sirmen, s. 92.
82 Yargıtay 20. HD, 2015/2509E., 2016/4251K, 11.04.2016 tarihli karar; Yargıtay 4. HD 2002/8728E.,2002/264K. sayılı ve 14.01.2002 tarihli karar.
83 Sapanoğlu, s.227; Pekmez, s.117; Akipek, s. 344; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 132; Ertaş, s. 138.
84 Pekmez, s.117; Ayan, s. 187; Reisoğlu, s. 231; Esmer, s. 745,746; Erman, s. 54.
85 Pekmez, s. 118; Erman, s. 54.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 2016 tarihli kararında, kötü niyetle hareket eden kişinin davranışının tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumluluğuna gidilmesinde illiyet bağının keseceğini vurgulamıştır. Söz konusu kararda özetle asıl malik M ye ait taşınmaz, sahte vekâletli S tarafından davacı A'ya satılmıştır. A, söz konusu taşınmazı üçüncü kişi B'ye satmıştır. Olayda taşınmazının sahte vekâletname ile iyiniyetli de olsa üçüncü şahıs B'ye satıldığını öğrenen asıl malik M, B'ye karşı yolsuz tescilin düzeltilmesi için tapu iptal ve tescil davası açmış ve kazanmıştır. Yargıtay'ın karşına gelen olayda sahte vekâletname sahibi S'den taşınmazı satın alan A, asıl malik M'ye taşınmazı iade eden B'nin kendisinden talep etmiş olduğu satış bedelini, devletten talep etmektedir. Davacı A, B'ye iade etmiş olduğunu iddia ettiği taşınmaz satım bedelini, devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğu hükümleri uyarınca talep etmiştir. Yerel mahkeme yapılan yargılama sonucunda davayı kısmen kabul etse de dava Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur. Yargıtay, dosya muhtevasından davacı A ile taşınmazı A'dan satın alan B arasında danışık bulunduğunun anlaşıldığına, bu nedenle A'nın zararının tazmini istemesinin hakkın kötüye kullanılması olduğuna bu nedenle ise tapu sicilinin tutulması nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilmesinin koşullarından olan zarar ile hukuka aykırılık arasındaki illiyet bağının kesildiğine ve kötü niyetle kasıtlı davranışın davalı devlet ve noterin sorumluluğunu ortadan kaldırdığına hükmetmiştir.[86]

3. kişinin kusurunun da illiyet bağını kesip kesmeyeceği konusunda da doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğunun bir tehlike- risk sorumluluğu olduğunu kabul eden görüş, 3. kişinin kusurunun ağırlığının incelenmesine dahi gerek olmadığını, 3. kişinin kusurunun illiyet bağını kesen neden olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak 3. kişinin kusuru belli ağırlıkta ise o halde 3. kişi devletle birlikte müteselsilen ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır.[87] Karşıt görüş ise illiyet bağının 3. kişinin kusuru nedeni kesilebileceğini ileri sürer.[88] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de eski tarihli bir kararında 3. kişinin kusurunun illiyet bağını kesebileceğini ifade etmiştir.[89]

---

86 Yargıtay 20. HD'nin 2015/2550E., 2016/7002K. Sayılı ve 15.06.2016 tarihli kararı.
87 Pekmez, s. 120; Sirmen, s. 95.
88 Pekmez, s. 120; Esmer, s. 750.
89 Pekmez, s. 120; Yargıtay 4.HD 1999/2788 E., 1999/3666K. Sayılı ve 26.03.1999

3. SORUMLULUĞUN HUKUKİ SONUÇLARI

I. Devlete Karşı Açılacak Tazminat Davası

A. Davanın tarafları

i. Davacı

Tapu sicilinin hukuk aykırı olarak tutulmasından zarar gören herkes tazminat davası açabilecektir. Zira madde hükmünde açıkça, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan tüm zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiş herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Sorumluluğu şartlarının gerçekleşmesi halinde zarara uğrayan herkes dava açabilecektir.[90] Hakkı ihlal edilenin gerçek ya da tüzel kişi hatta iflas masası dahi koşulların gerçekleşmiş olması durumunda dava açabilecektir.[91] Yolsuz tescile konu taşınmazın paylı mülkiyete konu olması durumunda her bir pay sahibi kendi payı oranında dava açarak zararının tazmini talep edebilecektir. Paylı mülkiyetin tamamının değil sadece bir paydaşın payı kaybedilmiş ya da sınırlandırılmış ise o halde tüm paydaşlar değil sadece zarara uğrayan paydaş dava açabilecektir.[92] Taşınmaza elbirliği ile malik olan ortaklar ise ancak hep beraber dava açabileceklerdir.[93]

ii. Davalı

MK md. 1007'de açıkça tapu sicilinin tutulmasından doğan tüm zararlardan "devlet" in sorumlu olduğu düzenlenmiştir. O halde açılacak davada, davalı sıfatı devletin olacaktır. Bir görüş, Hazine dışında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın da davalı sıfatına sahip olabileceğini belirtmektedir. Nitekim tüzel kişiliğe sahip olmayan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ve ilçe teşkilatları bu Bakanlığa bağlıdır.[94] Ancak uygulamada davalı olarak Hazine dışında bir kurumun gösterilmesi

---

tarihli karar.

90 Pekmez, s. 124.

91 Pekmez, s.126; "iflasın açılmasından sonra, iflas kararının hukuka aykırı olarak tapu siciline tescil edilmemesi halinde müflisten ayni hak kazanan 3.kişinin kazanımı MK md. 1023 uyarınca korunacaktır. Bu durumda tapu sicilinin tutulmaması, iflas kararının şerh edilmemesi nedeniyle zarara uğrayan iflas idaresi dava açabilecektir."

92 Pekmez, s. 126.

93 Pekmez, s.127.

94 Pekmez, s.128,129; Esmer, s. 755: Erman, s.52.

durumunda davalar taraf sıfatı yokluğundan reddedilmektedir.[95] Devlete karşı açılacak tapu sicilinin tutulmasından doğan tazminat davalarında davalı sıfatı Hazine'ye aittir.

B. Zamanaşımı

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğu ve bu nedenle haksız filler için getirilmiş 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği doktrinde oybirliği ile kabul edilmekteydi.[96] TBK md. 72/I uyarınca 2 yıllık süre zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren işleyecek ve herhalükarda haksız fillin işlendiği tarihten 10 yıl geçmesiyle tazminat istemi zamanaşımına uğrayacaktır.

Yargıtay ise son yıllarda verdiği kararlarında MK md. 1007'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no.lu ek protokolü ile ve Anayasa ile koruma altına alınmış olan mülkiyet hakkı arasındaki doğrudan bağlantıya dikkat çekerek MK. 1007. maddeden doğan tazminat davalarında TBK md. 146'da düzenlenen 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. *"4721 sayılı TMK'nın 1007. maddesinde, "tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder." Hükmü yer almakta olup bu düzenlemeye göre devletin sorumluluğu resmi sicile, sicile bağlı çıkarların ve ayni hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya a yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür… Açıklanan nedenlerle, TMK'nın 1007. maddesinde düzenlenen resmi sicile güvenden doğan objektif (kusursuz) sorumluluk halinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fül sorumluluğu ile ilgilisi bulunmadığından, aynı Kanun'un 72. maddesindeki zamanaşımı kurallarının uygulanma imkânı olmadığı gibi, TMK'nın 1007. maddesine dayanılarak açılan davalar için de ayrıca zamanaşımı süresi belirlenmemiştir. Bu itibarla, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki 10 yılık genel zamanaşımı süresinin uygulaması AİHS 1 nolu ek protokol ile*

---

95 Yargıtay HGK 2010/1-336E., 2010/396K., 14.07.2010 tarihli kararı.

96 Pekmez, s. 139; Sapanoğlu, s. 244; Ayan, s. 189; Akipek, s. 345; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 132.

koruma altına alınan mülkiyet hakkının korunmasında esas olup, işbu davada zamanaşımı süresi dolmamıştır."[97]

Zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı hususunda ise MK md. 1007'den kaynaklı sorumluluğun niteliğinin belirlenmesine göre bir ayrım yapılması gerekecektir. Doktrinde kabul edildiği üzere haksız fiil hükümlerinin uygulanacağının kabulü halinde TBK md. 71 uyarınca 2 yıllık süre ve 10 yılık sürenin başlangıç anına ilişkin iki ayrı değerlendirme yapılması gerekecektir. Yargıtay'ın görüşü uyarınca ise tek değerlendirilmesi gereken TBK md. 146'da düzenlenen 10 yıllık süresinin başlangıç anıdır. Aşağıda, MK md. 1007 düzenlemesinin hukuki nitelendirilmesinden bağımsız olarak 2 yıllık sürenin ve 10 yıllık sürenin başlangıç anları tartışılacaktır.

Haksız fiil hükümleri uyarınca ve doktrinde de kabul edildiği üzere 2 yıllık zamanaşımı süresi, zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar. 2 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlama anının tespitinde öncelikle tapu sicilinin tutulmasından meydana gelen zarardan dolayı tazminat yükümlüsünün devlet mi yoksa bir 3. kişi mi olduğunun tespiti gerekecektir. Nitekim zararın nedeni tapu sicilinin tutulmasından değil, sicil dışı bir unsurdan kaynaklanıyorsa TMK md. 1007 uygulanamayacaktır. Tazminat yükümlüsünün devlet olduğunun tespitinden sonra ise zararın hangi andan itibaren doğduğuna bakılır. Bu durumda zararın meydan geldiği tarih, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması nedeniyle hak kaybına uğrayan kişinin MK md. 1023 hükmüne dayanmasının mümkün olmadığı ve açacağı tapu düzeltim davasının reddedildiği tarihtir. Ancak 2 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için tapu kaydı düzeltim davasının reddi kararının kesinleşmesi ve bu kesinleşmenin de zarara uğrayan tarafından da öğrenilmesi gerekecektir. [98] 2 yıllık zamanaşımı süresi, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının reddi kararının kesinleştiği ve bu kesinleşmenin zarar gören tarafından öğrenildiği tarih itibariyle işlemeye başlar. Tapu sicilinin tutulmasından dolayı kişinin şahsi hakkının ihlal edildiği bazı durumlarda ise zamanaşımının, zararın

---

97 Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 2015/2509E., 2016/4251K. Sayılı ve 11.04.2016 tarihli kararı.

98 Pekmez, s. 140, Sapanoğlu, s. 245, Sirmen, s. 104; Reisoğlu, s. 233: "zamanaşımı süresinin başlamasında, tapu siciline yapılan yanlış işlem değil, maddi zararın meydana gelmesine sebep olan işlem dikkate alınacaktır."

öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı doktrin tarafından kabul edilmektedir. Pekmez, bu duruma ilişkin olarak ipotek hakkının tapu sicilinden hukuka aykırı olarak terkini ve alacağın ipotekten karşılanamamış olması olasılığını örnek vermiştir. Böyle bir halde zarar alacaklının alacağını hiçbir şekilde tahsil edemeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı, örneğin borçlunun aciz vesikası aldığı tarihte öğrenilmiş olacak ve 2 yıllık süre de bu tarihte işlemeye başlayacaktır. [99]

10 yıllık zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin olarak doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Bir görüş, 10 yıllık zamanaşımı süresinin zarara yol açan hukuka aykırı fiillin gerçekleştirildiği tarihte işlemeye başlayacağını ileri sürer. Zarar, 10 yıllık süre geçtikten sonra meydana gelse dahi durum değişmeyecektir. Zarar görenin tapu kaydı düzeltimi davası açmasının bu sürenin başlangıcı ile bir ilgisi mevcut değildir.[100] Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu şekilde bir değerlendirmede bulunmak MK md. 1007'nin ruhuna ters düşmektedir.

Bir diğer görüş ise 10 yıllık zamanaşımı süresinin, tapu sicilinde gerçekleştirilen hukuka aykırı işlem tarihinden değil, zararın meydana gelmesine neden olan işlem tarihinden itibaren işleyeceğini kabul etmektedir.[101] Bir ayni hakkın hukuka aykırı olarak terkin edilmesi ve bu ayni hakkın 3. kişi tarafından kazanılması durumunda zarar terkin anında değil o ayni hakkın 3. kişi tarafından kazanılması anında doğmuştur. 10 yıllık zamanaşımı süresi ayni hakkın 3. kişi tarafından kazanıldığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır.[102]

Kanımızca da isabetli olan ve Yargıtay'ın pek çok kararında da kabul ettiği son görüş ise 10 yıllık zamanaşımı süresinin zararın doğduğunun kesin olarak öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağıdır.[103] Zararın kesin olarak öğrenilmesi ise ayni haklar açısından, tapu kaydının düzeltilmesi davasının reddi kararının kesinleşmesi ve kesinleşmenin zarar gören tarafından öğrenilmesi ile gerçekleşecektir. 10 yıllık zamanaşımı süresi de kesinleşmenin öğrenildiği tarihten itibaren

99 Pekmez, s. 140.
100 Sapanoğlu, s. 245.
101 Ertaş, s. 145.
102 Pekmez, s. 142.
103 Sapanoğlu, s. 248; Erman, s. 55; Esmer, s. 755: "10 yıllık süre, maddi zararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır."

işlemeye başlayacaktır.[104] Zararın doğduğu tarih, ayni haklar açısından tapu kaydının düzeltimi davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiği ve öğrenildiği, kişisel haklar açısından ise kişisel hakkın elde edilemediği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.[105] Mülkiyet hakkı zarar gören kişilerin korunmasını hedefleyen MK md. 1007 hükmü karşısında kanımızca da en hakkaniyetli görüş budur. Ancak 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin, tapu kaydı düzeltim davasının kesinleşmesinin öğrenildiği tarih olarak kabul edilmesi halinde TBK md. 71'de getirilmiş olan 2 yıllık sürenin artık fiiliyatta bir anlamı kalmayacaktır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da bu şekildedir.[106]

C. Yetkili ve Görevli Mahkeme

MK md. 1007 ile getirilen düzenlemede sonuçlarına devletin katlanması gereken bir sorumluluktan bahsedilmesi ve maddede açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle davanın idari yargı görev alanına gireceği düşünülebilir ise de hükmün Medeni Kanun'da yer alması ve sicil işlemlerinin özel hukuk alanında etki ve sonuç doğurması nedeni ile MK md. 1007'den kaynaklı davalarda adli yargının görevli olduğu kabul edilmiştir.[107] Uygulamada da adli yargının görevlidir ve Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında idari yargının görevli[108] olduğunu savunmuş ise de son yıllarda ilke olarak görevli yerin adli yargı olduğunu kabul etmektedir.[109] Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 2016 tarihli kararında MK md. 1007'den kaynaklı tazminat davasında, ilk derece Mahkemesi'nin, davanın idarenin hizmet kusuruna dayanarak açılmış tazminat davası olduğu ve idari yargının görevli olduğu gerekçesi ile reddettiği davada adli yargının görevli olduğunu belirtmiştir.[110] Uyuş-

104 Pekmez, s.142; Sirmen, s. 104.
105 Pekmez, a. 144.
106 Yargıtay 5. HD 2013/21132E., 2014/5211K., 27.02.2104 tarihli kararı; Yargıtay 5. HD 2014/15353E., 2014/24633K., sayılı ve 03.11.2014 tarihli kararı.
107 Pekmez, s. 134; Reisoğlu, s. 234; Sirmen, s. 104; Esmer, s. 755-575; Ertaş, s. 144.
108 Sapanoğlu, s. 256, 257; Yargıtay 4. HD'nin 1987/10179E., 1988/2368K. Sayılı ve 14.03.1988 tarihli kararı, Yargıtay 4.HD'nin 2009/1804E., 2009/8768K. Sayılı ve 30.06.2009 tarihli kararı.
109 Yargıtay HGK 2009/4-383E., 2009/517K., 18.11.2009 tarihli kararı; Sapanoğlu, s.257-266; YHGK'nun 2009/4-383E., 2009/517K. Sayılı ve 18.11.2009 tarihli kararı; Yargıtay 4. HD'nin 2009/13854E., 2009/13709K. Ve 02.12.2009 tarihli kararı, Yargıtay 4. HD'nin 2009/9571E., 2009/11277K. Sayılı ve 15.10.2009 tarihli kararı, Yargıtay 4. HD'nin 2009/6082 E., 2009/7806 K. Sayılı ve 11.06.2009 tarihli kararı.
110 Yargıtay 20. HD 2015/7998E., 2016/5399K. Sayılı ve 11.05.2016 tarihli kararı.

mazlık Mahkemesi de son kararlarında adli yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.[111]

Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme HMK md. 2 uyarınca aksine bir düzenleme yoksa Asliye Hukuk Mahkemeleri'dir. MK md 1007'de öze bir düzenleme bulunmadığından devlete karşı açılacak tapu sicilinin tutulmasından kaynaklı tazminat davalarında da Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.[112]

TMK 1007/III fıkrası ile getirilen düzenleme ile eski Medeni Kanun döneminde yaşanan, yetkili mahkemenin davalının ikametgâh mahkemesi mi yoksa haksız fiillin işlendiği yer mahkemesi olduğu konusundaki tartışmalar sona ermiştir. Nitekim fıkra, yetkili mahkemenin, tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulduğu yer mahkemesi olduğu şeklinde kesin yetki kuralı getirmiştir. Devlete karşı açılacak tazminat davasında yetkili mahkeme, sicilin hukuka aykırı olarak tutulduğu yerdeki mahkemedir.[113]

4. SONUÇ

Tapu sicilinin tutulması kamu faaliyeti olsa da düzenleme alanı ve doğurduğu hüküm ve sonuçlar nedeniyle bir özel hukuk sorumluluğudur.

Çalışmamızda incelemiş olduğumuz Tapu Sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluk, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gereken bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Ancak kusursuz sorumluluk hali olması nedeni ile haksız fiilin kusur hariç diğer unsurları aranacaktır. Kusursuz sorumluluğa ilişkin olarak uygulanacak ilke kanımızca tehlike sorumluluğunda risk ilkesidir. Nitekim Tapu sicilinin tutulması aşırı tehlike yaratan bir faaliyet olmamakla beraber, sicile bağlı önemli menfaatler mevcuttur ve sicildeki en ufak düzensizlik bu menfaatlerin ihlali sonucu doğuracaktır. Bu riski ise devlet üstlenmiştir.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlara ilişkin olarak devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli diğer koşulların da dar

111 Pekmez, s. 135; UYM 2010/287E., 2010/131K. Sayılı ve 07.06.2010 tarihli karar.
112 Pekmez, s. 137; Sapanoğlu, s. 266; Erman, s.55; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 132.
113 Reisoğlu, s.188; Pekmez, s. 138; Sapanoğlu, s. 267; Erman, s.55; Ertaş, s. 144; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 132.

yorumlamaması gerekmektedir. Mülkiyet hakkı gibi kutsal bir hakkın korunması ve düzenlenmesine olanak sağlayan sicile ilişkin faaliyet kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu nedenle sadece sicile yapılan kayıtlar değil, sicile ilişkin eylemler ve sicile kayıt yapılması aşamasından önceki aşamayı oluşturan kadastro faaliyetlerinden doğan zararlardan da devletin sorumlu tutulması gerekmektedir.

Medeni Kanun'un 1007. maddesinde, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan sorumlu tutulacağı şeklindeki düzenlemesi, zararın kapsamının geniş tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Önemli olan sicilin tutulmasına ilişkin bir faaliyet neticesinde zararın meydana gelmiş olmasıdır. Bu anlamda sicilin yolsuz tutulması nedeni ile hak kaybı meydana geldiğinde bundan doğan zararlardan da devlet sorumlu tutulacaktır.

Sicilin tutulmasından nedeniyle zararın meydana gelebilmesi için gerekli olan bir diğer koşul ise sicilin hukuka aykırı tutulması ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması koşuludur. Zarar görenin kusuru ya da 3. kişinin kusurunun ağırlığı durumunda illiyet bağı kesilebilecek ve devlet sorumluluktan kurtulabilecektir. Ancak özellikle 3.kişinin kusuru değerlendirilirken bu kusurun illiyet bağını mı kestiği yoksa devletin ödeyeceği tazminatta bir indirim nedeni mi olduğu hususuna özellikle dikkat etmek gerekecektir.

Meydana gelen zararın tazmini için açılacak olan davada görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi, yetkili Mahkeme ise hukuka aykırı sicil tutma faaliyetini gerçekleştiren Tapu kütüğünün bulunduğu yer mahkemesidir. Davacı zarar gören, davalı ise Maliye Hazinesidir.

Davalarda ise haksız fiil zamanaşımına ilişkin hükmün uygulanması gerektiği kabul edilmekle beraber, davaların Anayasal güvence ile korunmakta olan mülkiyet hakkına ilişkin olması nedeniyle zamanaşımında 10 yıllık sürenin dikkate alınması, en azından uygulama açısından yeterli görünmektedir. 10 yılık zamanaşımı süresi, zararın varlığının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Zararı tazmin eden devletin MK md.1007 uyarınca zarara kusuru ile neden olan memuruna rücu hakkı da düzenlenmiş olmakla beraber bu hususa çalışmamızda değinilmemiştir.

Kaynakça

Akipek Jale G, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.

Ayan Mehmet, Eşya Hukuk I, Zilyedlik ve Tapu Sicili, 4. Bası, Konya, Ekim 2004.

Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

Ayiter Nuşin, Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, İkinci Bası, Nisan 1983.

Bozan Akyüz Canan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014.

Erman Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 4.Basım, İstanbul 2013.

Ertaş Şeref, Yeni Türk Medeni Kanun'u Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6. Bası, Seçkin yayınları, Ankara 2006.

Esmer Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Tapu ve Kadastro Yayınları, 6. Bası, Ankara 1998.

İmamoğlu M. Altuğ, Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

Özdil İsmet Zekai, Tapulu Taşınmaz Mal Davaları, Demir Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul.

Pekmez Cüneyt, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.

Reisoğlu Safa, Türk Eşya Hukuk, Cilt 1, 7. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1984.

Sapanoğlu Süleyman: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara 2014 (Eşya Hukuku).

Sirmen Lale, Medeni Kanun 917. Maddesine İlişkin Bir Karar İncelemesi, *AÜHFD*, Cilt.35, S.1/4, 1978, s.497-506 (Karar İncelemesi).

Sirmen Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

ŞİRKETLERDE ORTAKLIK PAYI KAZANILMASININ EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EŞLERİN MALVARLIĞINA ETKİSİ

EFFECT OF SHARE ACQUISITIONS ON PROPERTIES OF SPOUSES IN THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

Ali Ergin ÇELEBİ*

Özet: Edinilmiş mallara katılma rejimi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kapsamında yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Eşlerin bu rejimin devamı süresince şirketlerde çeşitli hukuki sebeplere dayanan pay edinimleri gerçekleşebilir. Bu çalışma ile pay edinim hallerinin tespit edilerek, edinilen payların eşlerin hangi mal grubuna ait olacaklarını belirlemek amaçlanmaktadır. Gerçekten, evlilik birliğinin sona ermesi, malların paylaşılması sorununu gündeme getirebilmektedir.

Anahtar kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Pay Edinimi, Şirket, Mal Grupları

Abstract: Turkish Civil Code number 4721 adopts the regime of participation in acquired property as the legal regime between spouses. Spouses may acquire shares of companies with variety of legal reasons during this regime. This study aims to set out types of acquisitions and determine the property groups which the shares belong. Indeed, the division of property may become an issue upon the dissolution of marriage.

Keywords: The Regime of Participation in Acquired Property, Share Acquisition, Company, Property Groups

GİRİŞ

I. Konunun Tanıtılması

Evlilik birliğinin sona ermesi ile birlikte eşlerin malvarlığı tabi olduğu rejime göre tasfiye edilir. Eşlerin malvarlığı içerisinde şirketlerdeki ortaklık payları da bulunabilir. Paylar, ister edinilmiş mallara katılma rejiminin başlamasından önce ister rejimin devamı sırasında edinilmiş olsun, eşlerin mal rejiminin tasfiyesi aşamasında bu paylar-

* Avukat, İstanbul Barosu

dan kaynaklanan katılma alacağı taleplerinde bulunmaları olasıdır. Bu çalışmanın asıl amacını da mal rejiminin tasfiye edilmesi sırasında eşlerin birbirlerinden olan katılma alacağı taleplerine kaynaklık edebilecek pay sahipliği hakkının doğduğu halleri tespit ederek, edinilen payların ait oldukları mal grubunu[1] belirlemek oluşturmaktadır.

II. Sınırlamalar

Mal rejimi her bir hukuk düzenince farklı düzenlemelere konu olabilmektedir. Bu nedenle mal rejiminin tasfiye edilmesi hususunda öncelikle hangi hukukun uygulanacağını tespit etmek gerekir.[2] Ancak mal rejiminin tasfiye edilmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi bu çalışmanın kapsamını aşmakta ve ancak dolaylı olarak ilgilendirmektedir. Keza bu çalışmada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[3] (TMK)

---

1 TMK'nın "Eşler Arasındaki Mal Rejimi" başlıklı dördüncü bölümünün "Edinilmiş Mallara Katılma" başlıklı ikinci ayrımında, "Mülkiyet" üst başlığı altında "Kapsam" başlıklı 218'nci maddesinde "Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar." şeklinde bir düzenleme yapılarak edinilmiş mal rejiminin hangi malları kapsayacağı belirtilmiştir.
Edinilmiş mallar 219'ncu maddede, "Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır: 1. Çalışmasının karşılığı olan edinimler, 2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, 3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, 4. Kişisel mallarının gelirleri, 5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler." şeklinde düzenlenmektedir.
Kanunen kişisel mal olarak sayılanlar 220'nci maddede, "1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, 2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, 3. Manevî tazminat alacakları, 4. Kişisel mallar yerine geçen değerler.", sözleşmeye göre kişisel mal olarak kararlaştırılabilecekler 221'nci maddede, "Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler." şeklinde düzenlenmektedir.

2 Bu konuda bilgi için bkz. Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar: Madde Açıklamalı, Yorumlu İlgili Yargıtay Kararları Çözümlü Tasfiye Örnekleri ve Bilirkişi Raporları, On İki Levha Yayıncılık, İ. Baskıdan Tıpkı Basım, İstanbul 2011, s. 353-365, (Edinilmiş Mallar); Gizem Ersen Perçin, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri (Uygulanacak Hukuk – Milletlerarası Yetki – Tanıma ve Tenfiz), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 1 vd; Şükran Şıpka/Ayça Özdoğan, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 340 vd. (Malvarlığı Davaları).

3 Resmi Gazete 08.12.2001 - 24607

kapsamında yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi[4] hükümleri çerçevesindeki evlilik birlikleri dikkate alınacaktır.

Yine çalışmamızın özüne kaynaklık eden pay sahipliği hakkı, şirketler nezdinde doğmaktadır. Çalışma kapsamında şirket kavramı ile ayrı bir tüzel kişiliğe sahip ve Türk Hukuk literatüründe anlaşıldığı şekliyle kapalı anonim şirketler ve limited şirketler anlatılacaktır.

Çalışmamızın ana amacını edinilmiş mallara katılma rejimi süresince eşlerin şirketlerde edindikleri ortaklık paylarının hangi mal grubuna ait olacaklarını tespit etmek oluşturduğundan, tasfiye aşamasında sorunlara yer açabilen[5] ve hangi kıstaslar dikkate alınarak yapılacağı konusunda farklı yaklaşımlarda[6] bulunulan payların değer-

4 "A. Yasal mal rejimi
Madde 202- Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler."

5 Şıpka/Özdoğan, hâlihazırda şirketin sürüm değerinin belirlenmesi açısından bazı sorunlar bulunduğunu ifade etmektedirler (Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 135). Şıpka/Özdoğan yaptıkları tespitte, hâlihazırda uygulamada payların değerlerinin şirketin bilançosundaki aktif ve pasiflere göre belirlendiğinin görüldüğünü, ancak bilanço üzerinden yapılan tespitlerin şirketin gerçek değerini yansıtmayacağı ileri sürülerek bu yöntemin eleştirildiğini belirmektedirler. Yine şirketin gerçek değerinin belirlenmesinin özel bir uzmanlık alanı olduğu ve şirket değerleme uzmanları tarafından bu tespitlerin sadece bilançoya bakılarak değil, şirketin piyasadaki konumu, marka değeri vb. gibi tüm konuların değerlendirilerek belirlenmesi gerektiğinin savunulduğunu, ancak buna karşı olarak bu şekilde bir değerleme yapılmasının adeta mal rejimi davası içerisinde şirket tasfiyesi davası yaratacağı ve bunun da davaların uzamasına neden olacağının belirtildiğini ifade etmektedirler (Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 135, 390). Şirketlerdeki ortaklık payının değerlemesi ile ilgili tartışmalar için bkz. "Tartışmalar", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXVII), Ankara 2015, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), s. 28 vd.

6 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Fatih Karamercan, Katkı - Değer Artış & Katılma Alacağı Davaları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 735 vd. Konu ile ilgili diğer görüşler için bkz. Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007, s. 219-220; Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 372; Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 207; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 250 dn. 231; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Şirket Hissesinde Katkı-Katılma Alacağı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXVII), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2015, s. 15-16; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 390. T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 21.11.2016 tarihli, 2015/6299 Esas, 2016/15819 Karar sayılı kararında, "Şirketin mal rejiminin sona erdiği andaki durumu; o tarihteki

lemesi konusu çalışmanın kapsamını aşacağından inceleme dışında bırakılmıştır.

III. İnceleme Yöntemi

Eşlerin hangi hallerde pay edinebileceklerini tespit edebilmek adına çalışma kapsamında payın hangi hallerde edinilebildiğinin irdelenmesine odaklanılacaktır. Bu tespiti yaparken, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında edinilen payların eşlerin hangi mal grubuna ait olduklarına ilişkin yaşanabilecek tereddüt ortadan kaldırılmaya çalışılacaktır. Pay sahipliği haklarından malvarlığı hakları[7] bazı pay edinim halleri ile yakından ilişkili olduğundan bu haklara, ilgili olduğu pay edinim hali içerisinde değinilecektir. Keza aynı yaklaşım payın edinilmesini sağlayan hukuki işlemler ile ilgili olarak özel olarak düzenlenmiş haklar için de tercih edilmiştir.

---

ekonominin genel gidişatı, şirketin faaliyet gösterdiği sektörün konumu, büyüklüğü ve büyüme hızı, tasfiyeye konu şirketin bilanço değerleri, şirketin kullandığı teknoloji, makina ve tesisatın durumu ile araştırma geliştirme faaliyetleri (ARGE), ürettiği hizmet ve ürünleri pazarlama ile rekabet gücü, müşteri portföyü, organizasyonu ile yönetim kadrosu büyüme potansiyeli, şirketin değerlendirme anındaki satışlarına, kazançlarına, siparişlerine, nakit akışlarına ve finansal durumuna göre geleceğe ilişkin tahminler, kar dağıtım politikası, gelecekte planlanan sabit kıymet yatırımları, stratejisi, ekonominin genel arz ve talep kuralları göz önünde bulundurularak belirlenir. Bundan sonra, yukarda açıklanan yöntem ve kriterlere göre, dava konusu şirketin mal rejimin sona erdiği tarih itibarıyla belirlenen değeri, TÜFE (Tüketici Fiyat Endeksi) göz önünde bulundurularak tasfiye (karar) tarihindeki sürüm değeri belirlenmelidir. Yukarıdaki değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi gerek görülürse konusunun uzmanı bilirkişi veya bilirkişilerden de yardım alınmalıdır." şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur (https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017).

7 Anonim şirketlerde pay sahipliğine bağlı malvarlığı haklarını; kâr payı hakkı, kâr payı avansı alma hakkı, tasfiye payı hakkı, bedelsiz payları edinme hakkı, yeni payları edinmede rüçhan hakkı, önerilmeye muhatap olma hakkı, tesislerden yararlanma hakkı, hazırlık dönemi faizi alma hakkı olarak sayabiliriz (Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar: İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğlere ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Güncellenmiş Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 528 vd.). Benzer yönde bkz. Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 615). Anonim şirketlerde pay sahipliğine bağlı malvarlığı hakları hakkında detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 528 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 623 vd. Limited şirketlerde ise pay sahipliğine bağlı malvarlığı hakları; kâr payı alma hakkı, tasfiye payı hakkı, bedelsiz payları edinme hakkı, yeni payları edinmede rüçhan hakkı, veto hakkı, esas sermaye payının devredilebilirliğine ilişkin hak olarak sayılabilir (Pulaşlı, s. 749 vd.). Limited şirketlerde pay sahipliğine bağlı malvarlığı hakları hakkında detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 749 vd.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ SÜRESİNCE PAYIN KAZANILMASI

I. Aslen Kazanılması

Edinilmiş mallara katılma rejimi süresince eşlerin bir başkasına ait olmayan bir payı iktisap etmeleri halinde bu payın aslen kazanıldığından bahsedilecektir.[8] Şirketin kuruluşunda, teknik hukuki anlamda birleşmede, bölünmede, tür değiştirmede, sermaye artırımında pay sahipliği sıfatı aslen kazanıldığından[9] bu işlemler sonucu pay iktisap edilmesinin edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin mal gruplarına etkilerinin ayrı ayrı incelenmesi, her bir işlemin birbirinden farklı özelliklere sahip olmasından ötürü faydalı olacaktır.

A. Şirketin Kuruluşunda Pay Sahipliği Sıfatının Aslen Kazanılması

Şirketler, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi koşulsuz olarak taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı anonim şirketler için esas sözleşmede limited şirketler için şirket sözleşmesinde, şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulmaktadır (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu [10] (TTK) m. 335/1; m. 585/1).

Edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı müddetince eşlerden birinin şirket kurucusu olarak sermaye taahhüt etmesi halinde, payların edinilmesi için gerekli olan sermayenin eşlerin hangi mal grubundan sağlandığının tespit edilmesi "ikame ilkesi"[11] kapsamında

---

8 Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Seçkin Yayıncılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012, s. 34.

9 Sevi, s. 34-36; Pulaşlı, s. 722; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 580. Ancak Yazarların, aslen iktisap halleri arasında "bölünme" işleminden bahsetmediklerini belirtmek gerekir.

10 Resmi Gazete 14.02.2011 - 27846

11 İkame ilkesi gereğince, eşlerden birinin mal gruplarından birinden çıkan bir malvarlığı değerinin yerini, o malvarlığı değeri karşılığında edinilen malvarlığı değeri alacaktır. Yani kişisel mal grubundan çıkan bir malvarlığı değeri karşılığında edinilen malvarlığı değeri kişisel mal grubunda, edinilmiş mal grubundan çıkan bir malvarlığı değeri karşılığında edinilen malvarlığı değeri edinilmiş mal grubunda yer alacaktır. Bkz. Sarı, s. 138-139; M. Beşir Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - Ispat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 498 vd. İkame ilkesi hakkında bkz. Sarı, s. 138 vd.; Zeytin, s. 89 vd.; Gümüş, s. 262 vd.; Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 221 vd.; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 103 vd.;

payların hangi mal grubuna ait olduğu hususunda belirleyici olacaktır (TMK m. 219 f. 2 b. 5; m. 220 f. 1 b. 4). Bir malvarlığı değerinin bir kısmının edinilmiş mal bir kısmının kişisel mal sayılamayacağı öğretide hâkim olarak kabul görmektedir.[12]

TTK'da şirketlere sermaye olarak konulabilecek değerler hem anonim şirketler hem de limited şirketler bakımından ayrı ayrı düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler kapsamında şirkete hem ayni hem de nakdi sermaye konulabilmektedir (TTK m. 342, 344; m. 581/1, 583/5). Örneğin TTK m. 342 f. 1 kapsamında anonim şirketler açısından, "Üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları ayni sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz." şeklinde bir düzenleme yapılarak, ayni sermaye olarak konulabilecek malvarlığı unsurları belirtilmiştir. Nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşi ise ticaret siciline tescilden önce, geri kalan kısmı da tescili izleyen yirmi dört ay içerisinde ödenecektir (TTK m. 344/1; m. 585/1).

Bir an için sermayenin hem kişisel mallardan hem de edinilmiş mallardan ödendiği hallerde edinilen malvarlığı değeri ağırlıklı olarak edinilmesine katkı sağlayan mal grubuna ait olacağından[13] dolayı payın sermayenin çoğunluğunun ödendiği mal grubunda yer alacağı şeklinde bir değerlendirme yapılması yoluna gidilebilir. Böyle bir durumda bir mal grubundan diğer mal grubuna ait malvarlığı değerinin edinilmesine katkıda bulunulmuş olunacağından denkleştirme müessesesinden faydalanılacaktır (TMK m. 230 f. 3).[14] Eğer katkılar eşit ise tercih ilkesi gereği pay edinilmiş mal sayılacak[15] ve kişisel mallar lehine denkleştirme yapılacaktır.[16] Bu tespit, yalnızca 1 (bir) adet pay edinilen hallerde doğrudan işlev kazanacaktır. Ancak pay sahiplerinin kuruluşta birden fazla pay edinme imkânı mevcut olup bu hallerde

---

Ersen Perçin, s. 40; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 98 vd.; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2016, s. 213 vd.

12 Bkz. Acabey, s. 500 dn. 42'de anılan yazarlar; Gençcan, s. 199.

13 Acabey, s. 500; Zeytin, s. 90 vd.; Gümüş, s. 263; Gençcan, s. 200.

14 Acabey, s. 501; Gümüş, s. 263.

15 Sarı, s. 141; Acabey, s. 501; Zeytin, s. 90 vd.; Gümüş, s. 263; Gençcan, s. 199 vd.

16 Acabey, s. 501; Gümüş, s. 263, Gençcan, s. 199 vd.

taahhüt edilen sermaye ile oluşan payların ikame ilkesi gereği sermayenin çıktığı mal gruplarına dağıtılması da mümkün olabilecektir.[17] Bu kapsamda, kuruluşta edinilen payların ait olacakları mal grubunun belirlenmesine ilişkin olarak iki farklı yaklaşımda bulunulabileceği anlaşılmaktadır. Sermayenin taahhüt edildiği ve/veya şirkete getirildiği andaki hal ve şartlara göre, somut olay bazında bir değerlendirme yapılarak bu iki yaklaşımdan birine göre payların ait oldukları mal grubu belirlenmelidir.

Eğer kuruluşta payların edinilmesine diğer eş bağışlama kastı olmaksızın[18] ve hiç veya uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa mal rejiminin tasfiyesi sırasında değer artış payı talep edebilecektir (TMK m. 227 f.1).[19]

---

17 Örneğin şirketin sermayesi 500.000 TL (Beş yüz bin Türk lirası) değerindedir. Bu sermaye, beheri 1-TL. (Bir Türk lirası) nominal değerde, toplam 500.000 (beş yüz bin) paya ayrılmıştır. 500.000 (beş yüz bin) payın edinildiği hallerde bu 500.000 (beş yüz bin) payın edinilmesi için nakden taahhüt edilen 500.000 (beş yüz bin) Türk lirasının 499.000 (dört yüz doksan dokuz bin) Türk lirası edinilmiş mallardan 1.000 (bin) Türk lirası kişisel mallardan karşılanmış olabilir. Kanımızca bu halde bir bütün olarak oluşmuş 500.000 (beş yüz bin) paydan bahsedilemeyeceğinden, ikame ilkesi gereği 499.000 (dört yüz doksan dokuz bin) payı edinilmiş mal, 1.000 (bin) payı kişisel mal olarak değerlendirmek mümkün olabilecektir.

18 Sarı, s. 273; Zeytin, s. 140; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 196 vd.; Gümüş, s. 335; Gençcan, s.771 vd.; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 238; Acar, s. 316 vd.

19 T.C. Yargıtay 8.Hukuk Dairesi'nin 26.01.2016 tarihli, 2015/9379 Esas, 2016/1291 Karar sayılı kararında, "... dava konusu ... Dış Ticaret Ltd.Şti. ise 23.11.2004 tarihinde evlilik birliği içinde kurulmuştur. Şirkette davalının %50 hissesinin olduğu anlaşılmaktadır. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 179.). Mahkeme tarafından, hükme esas alınan 14.04.2014 tarihli bilirkişi raporundan hareketle, davacı kadının ziynetlerin satışından gelen parayla 4 nolu mesken alımına katkıda bulunduğu, kişisel malı niteliğindeki kooperatif hissesinin satışından gelen para ve işyerinden ayrılırken aldığı kıdem tazminatı ile şirket kuruluşunda katkı sağladığı, aracın kazalı hali ile edinilmiş mal olduğu, 8 nolu meskenin de çekilen kredinin tamamının kapatılması sebebiyle tümü ile edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanarak bilirkişi hesaplamasına uyulmuş ve yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. 1- Dosya kapsamına, toplanan delillere ve taraflarca sunulan kayıtlara göre edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli iken 100.000 TL sermaye ile kurulduğu ve davalının %50 hissesi olduğu anlaşılan şirketin kuruluşunda davalının hisse payının ödenmesinde davacıya işyerinden ayrılması sebebiyle ödenen 14.943,93 TL kıdem tazminatının kullanıldığının kabulü yerindedir. Ancak kıdem tazminatının 743 sayılı TMK'nın 170. maddesi uyarınca, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin çalışmanın karşılığı olarak elde edilen gelir, dolayısıyla hak edilen kıdem tazminatı bölümünün kişisel mal (TMK 189), 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonraki çalışma karşılığında elde edilen gelir ve hak edilen kıdem tazminatının ise edinilmiş mal grubuna gireceği (TMK m. 219/1) gözetilmeksizin TMK'nın 228. maddesine göre yapılan hesaplama sonunda çıkan

B. Teknik-Hukuki Anlamda Birleşme Halinde Pay Sahipliği Sıfatının Aslen Kazanılması

Şirketler arasında teknik hukuki anlamda birleşme[20] işlemi gerçekleştiğinde edinilmiş mallara katılma rejiminde mal gruplarını etkileyecek bir pay ediniminden bahsedilip bahsedilemeyeceği gündeme gelebilecektir. Teknik hukuki anlamda birleşme TTK m. 136 f. 1 gereğince, bir şirketin diğerini devraldığı "devralma şeklinde birleşme" veya yeni bir şirket nezdinde birleşildiği "yeni kuruluş şeklinde birleşme" şeklinde gerçekleştirilebilmektedir. TTK kapsamında devralma yoluyla birleşme işlemi gerçekleştirildiğinde katılan şirket "devrolunan", kabul eden şirket "devralan"; yeni kuruluş yoluyla birleşme işlemi gerçekleştirildiğinde yeni kurulan şirkete katılan şirketler devrolunan, yeni kurulan şirket ise devralan olarak adlandırılmaktadır (TTK m. 136 f. 2). TTK m. 136 f. 3 düzenlemesi, "*Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir*.

---

miktarlara göre hesaplama yapılması, diğer yandan davacının kişisel malı olduğu sabit olmakla birlikte 16.07.2003 tarihinde satılan kooperatif hissesinden gelen paranın aradan geçen uzun süreye, bu sürede paranın bankada değerlendirildiğini iddia eden davacı tarafın soyut tanık beyanı dışında başka bir belge ve delil sunamamasına rağmen ... tarihinde kurulan şirketin kuruluşunda katkı olarak kabul edilmesi hatalıdır. Şirketin kuruluş tarihi itibarıyla edinilmiş mal olduğu anlaşıldığına göre Mahkemece yapılması gereken iş; 14.943,93 TL toplam kıdem tazminatının az yukarıdaki açıklamaya göre 01.01.2002 öncesi çalışmasının karşılığı olan 11.623 TL'sinin davalının %50 hissedarı olduğu 100.000 TL kuruluş sermayeli edinilmiş mala davacının kişisel malı ile katkı olduğunu, çıkacak % 23,246 oran ile doğru hesaplanan şirketin özvarlık karşılığı 367.411,96 TL.nin çarpılması sonunda çıkacak miktarın şirket yönünden davacının değer artış payı alacağı, özvarlık değerinden bulunan bu miktar çıkartıldıktan sonra kalan miktarın ise artık değer, artık değerin yarısının da davacının şirketle ilgili katılma alacağı bulunduğunu gözetmek, taleple bağlılık kuralı ile kazanılmış haklara riayet etmek olmalıdır." şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır (https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017).

20 İpekel Kayalı, teknik hukuki anlamda birleşmenin, "… birleşmeye katılan şirketlerin yazılı bir birleşme sözleşmesi düzenlemek suretiyle bir veya birden fazla devrolunan şirketin tüm malvarlığının külli halefiyet yoluyla devralan şirkete geçeceği, karşılığında devrolunan şirketin veya şirketlerin ortaklarına devralan şirketin paylarının veya haklarının tahsis edileceği ya da ayrılma akçesi verileceği ve devrolunan şirket veya şirketlerin tasfiyesiz sona erecekleri hususunda anlaştıkları ve bahse konu sözleşmenin birleşmeye katılan şirketlerin yetkili kurullarında onaylandığı bir yeniden yapılandırma işlemi …" şeklinde tanımlanabileceğini ifade etmektedir (Ferna İpekel Kayalı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 8). Öğretideki diğer tanımlar için bkz. İpekel Kayalı, s. 9.

Birleşme sözleşmesi 141 inci maddenin ikinci fıkrası anlamında ayrılma akçesini de öngörebilir." şeklinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme kapsamında edinilmiş mallara katılma rejimininde mal gruplarını etkileyecek şekilde yeni pay iktisap edilmesi ihtimalinin oluşmasının yanı sıra ayrılma akçesi iktisap edilmesi olasılığı[21] da ortaya çıkmaktadır. Ayrıca teknik hukuki anlamda birleşme işleminin gerçekleştiği hallerde, TTK m. 140 f. 2[22] gereğince devrolunan şirket veya şirketlerin pay sahiplerine denkleştirme akçesi ödenebileceği öngörülebilecek olup, denkleştirme akçesinin hangi mal grubuna ait olacağı da gündeme gelebilecek bir başka meseledir. Yine özellikle büyük bir şirketin küçük bir şirketi devralmasında devrolunan şirketin ortaklarının birleşme primi talep etmesi ihtimali bulunduğundan[23] birleşme priminin hangi mal grubuna ait olacağı da gündeme gelebilecektir.

Pay sahipliği haklarında devamlılık teknik hukuki anlamda birleşme işlemlerinde genel olarak esastır.[24] Devrolunan şirketin pay sahipleri devralan şirkette devredilen malvarlığının karşılığı olarak ortaklık paylarını kazanmaktadırlar.[25] Yani bu işlem sonucunda devrolunan şirketin pay sahiplerinin devrolunan şirketteki payları devralan şirket nezdinde devam etmektedir.[26] Bu kapsamda edinilmiş mallara katılma rejimi açısından devralan şirkette eşlerin edindikleri payların hangi mal grubuna ait olduklarının belirlenmesinin, devrolunan şirketteki payların hangi mal grubuna ait olduklarına bağlı olarak değişiklik gösterebileceğini söyleyebiliriz. Devrolunan şirketteki payların eşlerden birinin kişisel malı olması halinde, aynı eşin devralan şirkette edindiği paylar kişisel mal sayılacak olup (TMK m. 220 f. 1 b. 4), eğer devrolunan şirket-

---

21 TTK'daki düzenleme aşağıdaki gibidir:
"Ayrılma akçesi
Madde 141- (1) Birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilirler.
(2) Birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesinin verilmesini öngörebilirler."

22 "Ortaklık paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödenmesi öngörülebilir."

23 İpekel Kayalı, s. 240-241.

24 Sevi, s. 120; Pulaşlı, s. 67 vd.; İpekel Kayalı, s. 19 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 107 vd. Ayrıca bkz. TTK m. 140/1

25 İpekel Kayalı, s. 19 vd.

26 İpekel Kayalı, s. 19 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 107.

teki paylar eşlerden birinin edinilmiş mallarından ise devralan şirkette edinilen paylar edinilmiş mal olarak sayılacaktır (TMK m. 219 f. 2 b. 5). Devrolunan şirketin pay sahipleri devralan şirkette ortaklık payı yerine ayrılma akçesi almış olabileceğinden,[27] aynı sonuca ayrılma akçesi ödendiği hallerde de ulaşmak mümkündür. TTK m. 140 f. 2'de öngörülen denkleştirme akçesinin niteliğinin ne olduğu ise TTK'nın gerekçesinden anlaşılabilmektedir. TTK m. 140 f. 2'nin gerekçesi,"*Denkleştirme akçesi, malvarlıklarının değerlendirilmesinde sıkça -hemen hemen her zaman – ortaya çıkan küsurun atılması karşılığında verilecek nakdi ifade eder. Denkleştirme akçesi birleşmenin kavramsal bir öğesi olmayıp, birleşmenin uygulanmasını kolaylaştıran bir araçtır. Meselâ, devrolunan şirketin ortaklarına devralan şirkette beherinin itibarî değeri on Türk Lirası ve bir kuruş değerinde pay verilecekse, devralan şirkette bu değerde veya katları değerinde pay bulmak çok zordur. Oysa bir kuruş (yani bir kuruşlar toplamı) nakit olarak ortaklara ödenirse birleşmenin uygulaması kolaylaşır."* şeklindedir. Edinilmiş mallara katılma rejmi kapsamında denkleştirme akçesinin hangi mal grubuna ait olacağı meselesi ise birleşme sonucu oluşan payların edinilmesi ve ayrılma akçesi için yaptığımız değerlendirmeler neticesinde varılan sonuçtan farklı olmayacaktır. İpekel Kayalı'nın haklı olarak ifade ettiği üzere, denkleştirme akçesi devrolunan şirketin pay sahiplerine tahsis edilen payları ve hakları tamamlamaktadır.[28] Devrolunan şirketin pay sahiplerinin devralan şirketten birleşme primi talep etmesi halinde bunun edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında hangi mal grubuna ait olacağı ise birleşme priminin[29] hukuki niteliğinin belirlenmesi sonucunda mümkün hale gelecektir. Küçük şirketlerin büyük şirketler tarafından devralındığı teknik-hukuki anlamda birleşme işlemlerinde birleşme priminin devrolunan şirketin pay sahiplerinin kontrol kaybının ve azlık konumuna girmelerinin bir karşılığı olduğu ifade edilmektedir.[30] Bu kapsamda payın yerini tutan bir ödemeden bahsedilecek olup, burada bir gelir elde edilmesi söz konusu değildir. Yani birleşme primi olarak ödenen bedel, paylar kişisel mal grubuna ait ise kişisel mal (TMK m. 220 f. 1 b. 4), edinilmiş mal ise edinilmiş mal (TMK m. 219 f. 2 b. 5) olarak kabul edilecektir.

---

27 Pulaşlı, s. 68 vd.; İpekel Kayalı, s. 101; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 104 vd.

28 İpekel Kayalı, s. 246.

29 İpekel Kayalı birleşme primini, "… devralınan net aktifin ilave edilmesiyle artırılan sermayenin nominal değerini aşan tutardır … " şeklinde tanımlamaktadır (İpekel Kayalı, s. 240 dn. 949).

30 İpekel Kayalı, s. 240-241.

C. Bölünme Halinde Pay Sahipliği Sıfatının Aslen Kazanılması

Bölünme[31] işlemi gerçekleştiğinde edinilmiş mallara katılma rejiminde mal gruplarını etkileyecek bir pay ediniminden bahsedilip bahsedilemeyeceği gündeme gelebilecektir. Bölünme TTK m. 159 f. 1 gereğince, bir şirketin tüm malvarlığının bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolunduğu "tam bölünme" veya bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün diğer şirketlere devrolunduğu "kısmi bölünme" şeklinde gerçekleştirilebilmektedir. Devralan şirket bölünme için kurulmuş ve bölünen şirketin bölünmeye tahsis edilmiş parçasını devralıyorsa "yeni kuruluş şeklinde bölünme",[32] devralan halen mevcut bir şirket ise "devralma şeklinde bölünme"[33] işleminden bahsedilecektir.

Bölünme işlemlerinde de pay sahiplerinin ortaklık paylarının korunması ilkesi esastır.[34] TTK m. 161 f. 2 uyarınca, bölünmeye katılan şirketin pay sahibi, bölünmeye katılan bütün şirketlerde mevcut payları oranında pay ediniyorsa burada "oranların korunduğu bölünme", bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde, mevcut paylarının oranına göre değişik oranda pay ediniyorsa "oranların korunmadığı bölünme" işleminden bahsedilecektir. Oranların korunmadığı bölünme işleminde payların korunması ilkesinin işlerlik göstermeyeceği düşünülse bile,[35] oransal denge, devralan şirketlerden birinde bölünen şirketteki paylarından daha az pay sahibi olarak veya hiç pay edinmeyerek, buna karşın diğer devralan şirkette daha büyük pay sahibi olarak kurulabilir.[36] Bu kapsamda edinilmiş mallara katılma rejimi açısından da yeni pay edinilmesi halinde teknik-hukuki anlamda birleşme işleminden farklı bir durum meydana gelmeyecektir.[37] TTK m. 161 f. 1'in 140'ncı mad-

---

31 Tekinalp, "Bir ortaklığın malvarlığının tümünün veya bir kısmının ya da bazı kısımlarının o ortaklıktan ayrılarak bir bütün halinde mevcut veya kurulacak bir ortaklığa yahut ortaklıklara devredilip, karşılığında devralan mevcut veya yeni ortaklıkların paylarını, bölünen ortaklığın ortaklarının veya bizzat ortaklığın kendisinin iktisap etmesi." şeklinde kavramı tanımlamaktadır (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 143).

32 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 151. "Yeni kuruluş yoluyla bölünme" şeklinde kullanım için bkz. Pulaşlı, s. 101.

33 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 151. "Devralma yoluyla bölünme" şeklinde kullanım için bkz. Pulaşlı, s. 101.

34 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 153. Ayrıca bkz. TTK m. 161 f.1.

35 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 153.

36 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 153.

37 Bkz. I/B.

denin tamamına gönderme yapmış olmasından dolayı, denkleştirme akçesi ödenmesi bölünme halinde de uygulanabilecek olup,[38] denkleştirme akçesinin hangi mal grubuna ait olacağı hususunda da teknik-hukuki anlamda birleşme işleminde varılan sonuca ulaşılmaktadır.[39] Bölünme işlemlerinde ayrılma akçesine ilişkin hükümlere yer verilmemiş olsa da, devralma yoluyla gerçekleştirilen bölünmelerde ayrılma akçesi bölünme sözleşmesinde bulunması koşuluyla ödenebilir.[40] Edinilmiş mallara katılma rejimi açısından konuya yaklaştığımızda, ayrılma akçesi ödenmesi halinde de, teknik-hukuki anlamda birleşme işlemleri için varılan sonuçtan farklı bir sonuca ulaşılmayacaktır.[41]

D. Tür Değiştirme Halinde Pay Sahipliği Sıfatının Aslen Kazanılması

TTK m. 180 f. 1 hükmü, "*Bir şirket hukuki şeklini değiştirebilir. Yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır.*" şeklinde düzenlenmektedir. Tür değiştiren şirketin pay sahipleri ortaklık paylarını teknik-hukuki anlamda birleşme ve bölünme için de söz konusu olan süreklilik ilkesi gereği tür değiştirme gerçekleştikten sonra da korumaya devam ederler.[42] Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında, türü değişen şirketteki ortaklık paylarının hangi mal grubuna ait olacağına ilişkin görüşümüz, teknik-hukuki anlamda birleşme ve bölünme için vardığımız sonuçtan farklı olmayacaktır. Yani şirket tür değiştirmeden önce şirketteki payların eşlerden birinin kişisel malı olması halinde, aynı eşin türü değişen şirkette edindiği paylar kişisel mal sayılacak olup (TMK m. 220 f. 1 b. 4), eğer tür değiştirmeden önce şirketteki paylar eşlerden birinin edinilmiş mallarından ise tür değiştiren şirkette edinilen paylar edinilmiş mal olarak sayılacaktır (TMK m. 219 f. 2 b. 5).

E. Sermaye Artırılması Halinde Pay Sahipliği Sıfatının Aslen Kazanılması

TTK kapsamında, sermaye artırım türlerinden esas sermaye sistemine göre sermaye artırımı hem anonim şirketler hem de limited şir-

---

38 Pulaşlı, s. 123; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 155. Krş. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 118.
39 Bkz. I/B
40 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 156. Krş. Pulaşlı, s. 100.
41 Bkz. I/B
42 Pulaşlı, s. 129; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 169. Ayrıca bkz. TTK m. 183 f. 1.

ketler açısından kabul edilmişken, kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımı ve şarta bağlı sermaye artırımı yalnızca anonim şirketler açısından olanaklı kılınmıştır.[43] Sermaye artırımına ilişkin bu üç temel türden[44] özellikle iç ve dış kaynaklardan yapılacak, esas sermaye sistemine göre sermaye artırımı ve kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımı sonucunda edinilmiş mallara katılma rejiminde yeni pay edinilmesi yoluyla mal gruplarını etkileyecek durumlar meydana gelecektir.

1. İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı

Esas ve kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımında kullanılabilecek iç kaynaklar arasında; yedek akçeler,[45] önceki yıldan aktarılan kâr, önceki hesap dönemlerinin dağıtılmamış kârları, dağıtılmamış son yıl kârı sayılabilir.[46] İç kaynaklardan sermaye artırımı yeni paylar çıkarılması yoluyla veya mevcut payların itibari değerlerinin artırılması yoluyla gerçekleştirilebilir.[47]

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında, dağıtılmış kârın bir gelir kalemi şeklinde, hem kişisel mal olan payın geliri olarak[48] (TMK

---

43 Bkz. TTK m. 644.

44 Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 5.

45 "Yedek akçe, ortaklığın çeşitli kaynaklardan elde ettiği safi kardan, paysahiplerine ve diğer ilgililere dağıtılmayarak kanun, anasözleşme ve genel kurul kararı gereğince ortaklıkta alıkonulmuş olan ve sermayeyi aşan malvarlığıdır." (Moroğlu, s. 213). Yedek akçeye ilişkin çeşitli tanımlamalar için bkz Ayşe Nur Berzek (Durak), Anonim Ortaklıkta İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımı, İsmail Akgün Vakfı Kitabevi, İstanbul 1990, s. 15-16.

46 Moroğlu, s. 213; 372. İç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılabilecek kaynaklar hakkında bilgi için ayrıca bkz. Berzek (Durak), s. 1 vd.; Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 1996, s. 199, 225; Nevin Yurtman (Demir), Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1997, s. 1 vd.; Tolga Ayoğlu, "Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması", İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 661.

47 Berzek (Durak), s. 47; Yıldız, s. 225; Yurtman (Demir), s. 101; Moroğlu, s. 207-208; Karamercan, s. 729.

48 Sarı, s. 160, 160 dn. 151; Acabey, s. 508-509; Zeytin, s. 116; İsmail Kırca/Çiğdem Kırca, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 550; Gümüş, s. 261; Gençcan, s. 219-220; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 101 vd.; Ersen Perçin, s. 39-40; Kılıçoğlu, s. 12; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 97 vd.; Acar, s. 217 vd.; Karamercan, s. 720. TMK'nın "Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştı-

m. 219 f. 2 b. 4) hem de edinilmiş mal olan payın geliri olarak[49] edinilmiş mal sayılacağı[50] hususunda tereddüt yoktur. Diğer yandan, iç kaynaklar şirketin sermayesine eklendiğinde sermaye artırımının ticaret siciline tescili ile meydana gelen "bedelsiz paylar",[51] mevcut pay sahiplerince bu payların dağıtılacakları tarihteki mevcut paylarının sermayeye oranına göre kendiliğinden iktisap edilirler (TTK m. 462/3).[52] Bu noktada öncelikle iç kaynaklardan yapılan sermaye artımının hu-

---

rabilirler." şeklinde düzenlenen 221'nci maddesinin 2'nci fıkrası doğrultusunda kişisel mal olan payın gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağı eşler tarafından mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılabilir. T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 10.10.2016 tarihli, 2016/15695 Esas, 2016/13500 Karar sayılı kararında, "Kişisel mal niteliğindeki şirket üzerinde davacı eşin mal rejiminin tasfiyesi sonucu oluşacak alacak hakkı bulunmamaktadır. Ne var ki; aksi kararlaştırılmadığından şirket geliri edinilmiş mal olduğundan, mevcut ise tasfiye davasının konusu olabilir. Mahkemece yapılacak iş; öncelikle yukarıda açıklanan yasal düzenleme, ilke ve esaslar çerçevesinde, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden mal rejiminin sona erdiği 22.05.2009 tarihine kadar, dava konusu şirketin kar edip etmediğinin, kar etmişse davalı eşe şirket kar payı (temettü=kazanç) ödenip ödenmediğinin, ödenmişse mevcut olup olmadığının ya da herhangi bir yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediğinin, kar payı ödemesi yapılmamışsa karın şirkete yatırım olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılıp belirlenmesidir. Kar payı ödemesi yapılmış veya karın şirkete yatırım olarak kullanılması durumunda, bu miktarların mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla ulaştığı reel değer belirlenerek mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Ödenmiş kar payının mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olmaması durumunda ise; iddia ve savunma doğrultusunda toplanan tüm deliller, ailenin ekonomik ve sosyal statüsü, yaşam standardı ve hayatın olağan akışına göre aile harcamasında kullanıldığı kabul edilen makul miktar belirlenip çıkarıldıktan sonra, kalan miktarın mal rejiminin tasfiyesinde gözetilmesi gerekir." şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur (https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017).

49 Karamercan, s. 723. Zeytin'e göre, edinilmiş malların gelirleri ikame değer olarak değil, edinilmiş mallar örnek olarak sayıldığından eşya hukukundaki genel ilkeye göre edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir (Zeytin, s. 115 dn. 88). Kırca/Kırca, edinilmiş malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılacağını olağan kabul eden Kanun Koyucunun bu durumu ayrıca düzenlemeye gerek görmediğinin ifade edildiğini, ayrıca Kanun Koyucunun kişisel malların gelirlerini edinilmiş mal olarak kabul etmesi karşısında edinilmiş malların gelirlerinin evleviyetle edinilmiş mal grubuna dâhil edilmesinin gerektiğini ileri sürmektedirler (Kırca/Kırca, s. 550). Benzer yönde bkz. Acar, s. 232-233.

50 T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin, kârların edinilmiş mal sayılacağına ilişkin kararları için bkz. Karamercan, s. 759-760.

51 TTK kapsamında "bedelsiz paylar" kavramı tercih edilmektedir. Bkz. TTK m. 462 f. 3. "Ödemesiz paylar" kavramın kullanılması ile ilgili olarak bkz. Moroğlu, s. 256 dn. 365.

52 Kanımızca benzer bir hükme limited şirketlere ilişkin hükümler içerisinde de yer verilmiş olması veya anonim şirketlere ilişkin olan ve limited şirketlere uygulanacak hükümlerin belirtildiği TTK'nın 644'ncü maddesi içerisinde yer verilmesi gerekirdi.

kuki olarak nasıl nitelendirildiğinin tespit edilmesi, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında edinilen bedelsiz payların hangi mal grubuna ait olacağını belirlemede yol gösterici olabilecektir.[53]

İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının hukuki niteliğini,[54] pay sahiplerine dağıtılmasına karar verilen iç kaynakların pay sahipleri tarafından yeniden şirkete sermaye payı olarak konulması şeklinde birbirine bağlı iki işlem olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır.[55] Bu görüşün yanı sıra, iç kaynaklardan sermaye artırımını, iştirak taahhüdünde bulunulmaksızın halen ortaklıktaki mevcut olan değerlerin sermayeye dönüştürüldüğü tek bir işlem olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır.[56]

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında, asıl kaynağı kâr olan iç kaynakları[57] kullanarak sermaye artırımına giden bir şirketteki ortaklık payı eşlerden birinin kişisel malı ise ve TMK'nın m. 221'nci maddesinin 2'nci fıkrası doğrultusunda kişisel mal olan payın gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağı eşler tarafından mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılmamışsa, sermaye artırımı sonucu elde edilen bedelsiz payların hangi mal grubuna ait olacağı gündeme gelebilecektir.[58] Böyle bir durumda, iç kaynaklardan sermaye artırımını tek bir işlem olarak kabul eden görüş[59] üzerinden konuya yaklaştığımızda, bedelsiz payların mevcut paylardan bölünmüş bir değer olduğu ve mevcut payların değerlerini kendi değerleri kadar azalttığı göz önü-

53 Zeytin, bedelsiz payların özelliklerinin bu payların hangi mal grubuna ait olacağı konusunda yol gösterici olacağını ifade etmektedir (Zeytin, s. 116.) Acar ise bedelsiz payların çıkarılması için kullanılan iç kaynağın kişisel mal veya edinilmiş mal olmasına göre bedelsiz payların mal rejimi kapsamında hangi mal grubuna ait olacağının belirleneceğini ifade etmektedir (Acar, s. 223).

54 Bu konuda bilgi için bkz. Berzek (Durak), s. 5 vd.; Yurtman (Demir), s. 6 vd.; Moroğlu, s. 194 vd.

55 Bu görüş ve bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Moroğlu, s. 32 dn. 37, 195 vd.

56 Berzek (Durak), s. 8 vd.; Yurtman (Demir), s. 9 vd.; Moroğlu, s. 205 vd. Bu görüş ve bu görüşü savunan yazarlar hakkında bilgi için bkz. Berzek (Durak), s. 7;Yurtman (Demir), s. 10-12; Moroğlu, s. 196 vd.

57 Bu konuda bilgi için bkz. Berzek (Durak), s. 16; Yurtman (Demir), s. 40.

58 Moroğlu, s. 257 dn. 367.

59 Türk Hukukunda ticaret hukuku bağlamında iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının hukuki niteliğini tek bir işlem olarak kabul eden görüşün hâkim olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Moroğlu, s. 207 dn. 292'de anılan yazarlar, 240 vd. Türk Hukukunda vergi hukuku bağlamında kısmen bu görüşün kabul edildiği hususunda bkz. Moroğlu, s. 207 dn. 292 vd.

ne alınarak[60] bunların kişisel mal olarak sayılması gerektiği görüşüne rastlamaktayız.[61] Moroğlu, bir eşin kişisel malı olan anonim şirket payına iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı sonucu düşen bedelsiz payların edinilmiş mal olarak kabul edilmesinin adil olmadığını ifade etmektedir.[62] Bu görüş doğrultusunda iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılması sonucu bedelsiz payların çıkarılması yerine kişisel mal grubuna ait olan payların itibari değeri artırılmış ise bu halde de, kişisel mallardan edinilmiş mallara denkleştirme yapılmasına neden olacak bir durum meydana gelmeyecektir. Diğer yandan iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı sonucu ortaya çıkan bedelsiz payların edinilmesinin hukuki niteliğini birbirine bağlı iki işlem olarak kabul eden görüşler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında ise, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında bir şirkette eşlerden birinin kişisel malı olan ortaklık payına bağlı olarak öncelikle sermaye artırımında kullanılacak iç kaynak pay sahiplerine dağıtılmış olacağından burada TMK m. 219 f. 2 b. 4 gereğince kişisel malın geliri[63] ve şirkete bunların sermaye olarak koyulması sonucu TMK m. 219 f. 2 b. 5 gereğince edinilmiş bir maldan bahsedilecektir. İç kaynaklardan sermaye artırımı yapılması sonucu bedelsiz payların çıkarılması yerine kişisel mal grubuna ait olan payların itibari değeri artırılmış ise bu halde de, kişisel mallardan edinilmiş mallara denkleştirme yapılmasına neden olacak

60 Karamercan, s. 733.

61 Bkz. Moroğlu, s. 257, 257 dn. 367.

62 Moroğlu, s. 257 dn. 367. Karamercan da bu görüşün haklı olarak ileri sürüldüğünü ifade etmektedir (Karamercan, s. 733).

63 Şıpka, bedelsiz payların yedek akçe ve yeniden değerleme fonunun esas sermayeye dönüştürülmesi ile oluştuğunu ve esas itibariyle şirketin dağıtılmayan kâr paylarının karşılığı olduğunu ve TMK m. 219 f. 2 b. 4 kapsamında kişisel malların geliri olarak edinilmiş mal olarak kabul edileceğini ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıcından önceki kâr payı ve yedek akçelerin kişisel mal olarak nitelendirilerek edinilmiş mal hesabına dâhil edilmeyeceğini ileri sürmektedir (Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 101-102). Aynı yönde bkz. Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 134. Şıpka/Özdoğan ayrıca dağıtılmayan kâr payının ana sermayeye eklenmesi halinde dağıtılmayan kârların kişisel malların geliri olarak edinilmiş mal olduğunu ileri sürmektedirler (Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 131). Zeytin, kâr payının para olarak dağıtılmayıp sermaye eklendiği durumlar açısından yaptığı değerlendirmesinde, bedelsiz payların edinilmesini bir kâr payı dağıtımı olarak nitelendirerek, bedelsiz payların kişisel malların geliri olarak edinilmiş mal olduğunu ileri sürmektedir (Zeytin, s. 117). Şunu önemle belirtmek gerekir ki, burada görüşlerine yer verilen Yazarların hiçbirinin iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirmesi bulunmamaktadır.

bir durum meydana gelecektir.[64] İç kaynaklardan sermaye artırımının hukuki niteliğini bir kenara bırakarak da bedelsiz payların hangi mal grubuna ait olacaklarına ilişkin yaklaşımlarda bulunulabilir. Bu kapsamda Ayoğlu'nun "İç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılan kaynak hali hazırda pay sahiplerine ait bulunduğundan …" şeklindeki değerlendirmesi[65] üzerinden konuya yaklaşarak, sermaye artırımında kullanılacak kaynakların aslında TMK m. 219 f. 2 b. 4 gereğince kişisel malın geliri olarak edinilmiş mal olduğu kabul edilip, bedelsiz payların TMK m. 219 f. 2 b. 5 gereğince edinilmiş mal olduğu sonucuna varılabilecektir.[66] Şirkete karşılığı, kaynağı kâr olan iç kaynaklardan ödenen bedelsiz payların ödemesiz olarak elde edildiğinden de söz edilemeyeceğinden[67] yine aynı sonuca varılacaktır. T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarında ise, katılma alacağının belirlenmesinde kâr payının sermayeye eklenip eklenmediğinin dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüşleri bulunmaktadır.[68] Tüm bu görüş

---

64 Sarı ve Acar her ne kadar iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmasalar da, aynı sonuca ulaşmışlardır. Bkz. Sarı, s. 160-161 dn. 151; Acar, s. 221 vd. Yine her ne kadar iç kaynaklardan sermaye artırımının hukuki niteliğine ilişkin bir görüş belirtmemekteseler de Krş. Kırca/Kırca, s. 551; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 102; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 134.

65 Ayoğlu, s. 661.

66 Sarı, yedek akçelere dayanılarak yapılan sermaye artırımı nedeniyle edinilen bedelsiz payların karşılığını şirketin kârının oluşturduğunu, bu kârın yedek akçe haline getirilmeyip dağıtılmış olması halinde edinilmiş mal oluşturacağını, söz konusu kâra dayanılarak edinilen bedelsiz payların aslında payın gelirine dayanması nedeniyle edinilmiş mal kabul edilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir (Sarı, s. 160-161 dn. 151). Acar, iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılarak bedelsiz payların edinilmesinde bedelsiz payların kişisel malın gelirinden finanse edilerek edinildiğini ve buna bağlı olarak edinilmiş mal sayıldığını ifade ederek, meseleyi kişisel mal niteliğindeki payın gelirinin yedek akçe halini alması ve sonra da esas sermayeye dönüşmesi şeklinde zincirleme bir durum olarak nitelemektedir (Acar, s. 224).

67 Yurtman (Demir), s. 133. Kırca/Kırca, bedelsiz payların ekonomik kaynağını şirketin dağıtılmamış kârları olan yedek akçelerin oluşturduğunu ve dolayısıyla yedek akçelerin bir karşılık teşkil ettiğini, bu nedenle TMK m. 219 f. 1 ve m. 219 f. 2 b. 1 gereğince bir ivazın varlığından söz edileceğini ve bu sebeple TMK m. 220 f. 1 b. 2 kapsamında karşılıksız kazanma söz konusu olmadığından bedelsiz payların kişisel mal olarak kabul edilemeyeceğini ifade ederlerken, bedelsiz payların, medeni semere dolayısıyla payın geliri olarak nitelendirilmeleri halinde bile edinilmiş mal olarak kabul edileceğini ifade etmektedirler (Kırca/Kırca, s. 551-552, 551 dn. 27). Yazarlar bu ayrımın TMK m. 221 f. 2 bakımından önem arz ettiğini belirtmektedirler (Kırca/Kırca, s. 552 dn. 29).

68 T.C. Yargıtay 8.Hukuk Dairesi, 20.01.2015 tarihli 2013/16341 Esas, 2015/1094 Karar sayılı kararında, "... dava konusu şirketin edinilmiş mallara katılma rejimi dö-

ve yargı kararları değerlendirildiğinde, Türk Hukukuna hakim yaklaşımın, TMK m. 221 f. 2 doğrultusunda bir düzenleme yapılmamışsa, eşlerden birinin bir şirkette kişisel malı sayılan bir ortaklık payına sahip olduğu hallerde, iç kaynaklardan sermaye artırımına gidilmesi halinde oluşan bedelsiz payların statüsünün edinilmiş mal olduğudur.

Yine şunu da belirtmek gerekir ki, iç kaynaklardan yapılan sermaye artımı edinilmiş mallara katılma rejimi dışında da bir çok farklı hukuki ilişki kapsamında uyuşmazlığa neden olabilmektedir.[69]

---

neminde 01.01.2002-19.09.2009 tarihleri arasındaki, dönem net zararları mahsup edildikten sonra şirketin sermayesi, geçmiş yıl kârları ile kâr yedekleri üzerinden davalının pay oranı dikkate alınarak davacının katılma alacağı belirlenmiş ise de, bahse konu dönem içerisinde her yıl için sermaye artırımı yapılıp yapılmadığı, kâr payının sermayeye ilave edilip-edilmediği, şirket bilançosuna göre, dağıtıma esas kârın mevcut bulunup-bulunmadığı,kâr payının yatırıma dönüştürülüp-dönüştürülmediği, sermaye artırımı yapılmış ise edinilmiş mallardan karşılanıp-karşılanmadığı usulüne uygun olarak araştırılmamış,şirket bilançosunun kâr dağıtımına esas olan aktif varlıkları belirlenmemiş, gerektiği takdirde konusunda uzman bilirkişi kurulundan denetime açık rapor alınarak mal rejiminin tasfiyesine esas alacak gereği gibi belirlenmemiştir." şeklinde, 14.01.2015 tarihli, 2013/23659 Esas, 2015/587 Karar sayılı kararında, "... şirketin 01.01.2002 tarihinden sonraki döneme ilişkin şirketin her yıla ait bilançolar getirtilerek şirketin aktif mal varlığı olup-olmadığı, 2002 yılından sonra şirket sermayesinde ve aktifinde artma, kârların sermayeye ilavesi, kâr dağıtımı yapılıp-yapılmadığı, şirketin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin dönemdeki borçları olup-olmadığı araştırılarak şirketin aktif mal varlığının belirlenmesi, bilançodan hangi ortağa ait olduğu belirlemeyen 212.180 TL'nin kaynağı ve nereye gittiği üzerinde önemle durulması, ziynet eşyaları bakımından davacının katkı payı alacağı, 2002 yılından sonraki şirket geliri üzerinden de katılma alacağının tespit edilmeye çalışılması, gerektiği takdirde konusunda uzman bilirkişi kurulundan yeniden rapor alınması, ondan sonra elde edilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yetersiz araştırma ve inceleme sonunda yazılı şekilde karar verilmesi doğru ve isabetli görülmemiştir. " şeklinde değerlendirmede bulunmuştur (https://emsal.yargitay.gov.tr, 26.06.2017; Karamercan, s.768-771). Benzer yönde bkz. T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 23.06.2015 tarihli 2015/3085 Esas, 2015/13817 Karar sayılı kararı (Karamercan, s. 777 vd.; https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017); T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2016 tarihli 2015/16136 Esas, 2016/5743 Karar sayılı kararı (https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017).

69 T.C Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 30.03.2001 tarihli,: 2000/11053 Esas 2001/2622 Karar sayılı kararında, "... davacı, dava dilekçesinde davalı şirketin kâr payının dağıtılması kararının alınmasından sonra Anasözleşmenin 66/4. maddesine göre dağıtılmamasına karar verilen bakiye kâr payının sermaye artırımına gidilerek kullanılacağını ve bu miktar karşılığı payın şirket ortaklarına bedelsiz hisse senedi olarak dağıtılacağını tespit ettiklerini ileri sürerek, bu kararın fiil kâr dağıtımı olacağını ve bu şekilde kurucu intifa senedi sahiplerinin kâr payının ortadan kaldırılacağını ileri sürerek kâr payı alacağının tahsilini istemiştir. Oysa gerek bilirkişi raporunda belirlendiği, gerekse mahkeme kararında kabul edildiği üzere dava tarihinde henüz bu konuda alınmış bir karar yoktur. Diğer bir deyişle, davacı id-

2. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı

Bir şirket, dış kaynaklardan, yeni paylar çıkararak veya mevcut payların itibari değerlerini yükselterek sermaye artırımı yapabilmektedir.[70]

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında, dış kaynaklardan sermaye artırımına giden bir şirketteki ortaklık payına bağlı olarak elde edilen yeni payların hangi mal grubuna ait olacağı gündeme gelebilecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sermaye artırımı kararıyla ortaya çıkan rüçhan hakkının eski payın semeresi olarak nitelendirilemeyeceği kabul edildiğinden,[71] kişisel mal grubuna ait olan paylar açısından edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında TMK m. 219 f. 2 b. 4 gereğince edinilmiş bir malın varlığından bahsedilemeyecektir. Yeni paylar rüçhan hakkına kaynaklık eden payın genişlemesi bir uzantısı olup onun bir parçasıdır.[72] Burada rüçhan hakkına kaynaklık eden payların niteliğine bakmaksızın[73] şirkete sermayenin hangi mal grubundan sağlandığı tespit edilerek bir değerlendirme yapılması gerekir.[74] Yani sermaye kişisel mallardan karşılanıyorsa kişisel maldan

---

diasına göre gizli kâr dağıtımı olan karar dava tarihinde henüz alınmış değildir. Bu nedenle zamansız açılmış bulunan davanın reddine karar verilmiş olması bu yönden doğru görülmekle ve sırf bu gerekçe ile sınırlı olmak üzere onanmasına karar ermek gerekmiştir." şeklinde yapılan değerlendirme, İstanbul Asliye Birinci Ticaret Mahkemesi'nin 28.6.2000 tarihli, 1998/1682 Esas, 2000/675 Karar sayılı kararında davacının davasını, "Mahkemece, sunulan kanıtlara, davalının anasözleşmesi, kayıt ve defterleri ile bilirkişiler kurulu raporuna dayanılarak, TTK.nın 467. ve Anasözleşme'nin 66/4. maddeleri uyarınca kârın yedek akçeye eklenmesinin mümkün olduğu, yedek akçede biriken bu bedellerin sermayeye eklenerek ortaklara hisse senedi olarak verilmesinin kâr payı dağıtılması anlamına gelmediği, çünkü bu durumda pay sahiplerinin ellerindeki hisse adedi değişmekle birlikte, hisselerin toplam değerinde değişiklik olmayacağı, genel kurulca 1997 yılı için kâr payı dağıtımı konusunda alınmış bir karar bulunmadığı, bedelsiz hisse senetlerinin kâr payı olarak dağıtıldığı varsayılsa bile, dava tarihi itibari ile davacının talep edebileceği bir kurucu payının da mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." gerekçesiyle reddetmesi üzerine kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine yapılmıştır (www.sinerjimevzuat.com.tr, 28.11.2015).

70 Yıldız, s. 224; Moroğlu, s. 42 vd.; Karamercan, s. 729.

71 Yıldız, s. 137, 168; Acar, s. 220; Moroğlu, s. 144 vd.; Karamercan, s. 732. Sarı da, rüçhan hakkının kullanılması sonucunda yeni payların edinilmesinde, mevcut malvarlığı nedeniyle bir karşılıksız kazanmadan ve bir gelirden bahsedilemeyeğini ileri sürmektedir (Sarı, s. 160-161 dn. 151).

72 Acar, s. 220; Moroğlu, s. 157 vd.

73 Acar, s. 221.

74 Sarı, s. 161; Acar, s. 221. Krş. Kırca/Kırca, s. 551.

(TMK m. 220 f. 1 b. 4),[75] edinilmiş mallardan karşılanıyorsa edinilmiş bir maldan (TMK m. 219 f. 2 b. 5)[76] bahsedilecektir.[77] Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılması sonucu yeni pay çıkarılması yerine kişisel mal grubuna ait olan payların itibari değeri edinilmiş mallardan karşılanarak artırılmış ise bu halde, kişisel mallardan edinilmiş mallara denkleştirme yapılmasına neden olacak bir durum meydana gelebilir.[78] Eğer yeni payların edinilmesine veya mevcut payların itibari değerinin artırılmasına diğer eş bağışlama kastı olmaksızın ve hiç veya uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa mal rejiminin tasfiyesi sırasında değer artış payı talep edebilecektir (TMK m. 227 f.1).[79]

---

75 Gümüş, somut olayın ilişkileri farklı bir sonucu gerektirmediği takdirde, rüçhan hakkına dayalı kişisel mallardan finanse edilen pay ediniminin kural olarak bağımsız bir malvarlığı değeri olarak kişisel mallar içinde yer alacağını ifade etmektedir (Gümüş, s. 261).

76 Acar, s. 221.

77 Şıpka/Özdoğan, bir şirkette eşlerden birinin kişisel mal olan bir paya sahip olduğu hallerde, nakit sermaye ödemek suretiyle sermaye artışına gidilmesi halinde ödenen sermayenin karine gereği edinilmiş mal sayılacağı, pay sahibi olan eşin kişisel malına edinilmiş mallarından bir kayma olduğu ve bir çeşit denkleştirme olarak ortaya çıktığı yönünde bir değerlendirme yapmaktadırlar (Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 133). Kanımızca burada Yazarlar sermaye artırımı sonucunda yeni payların ortaya çıkacağı olgusunu atlayarak, şirketin sermayesine mal grupları içerisinde bir yer tahsis etmişlerdir. Şıpka ise, kişisel mal grubuna ait olan bir paydan dolayı rüçhan hakkı kullanılarak yeni pay edinilmesi durumunda yeni payların kişisel mal grubuna ait olacağını, yine yeni pay alımı edinilmiş mallardan finanse edilse bile yeni payların kişisel mal grubuna ait olacağını ancak kişisel mallardan edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılacağını ifade etmektedir (Şıpka, Edinilmiş Mallar, s. 101). Karamercan, kişisel mal olan payın söz konusu olduğu halde rüçhan hakkı kapsamında yeni edinilen payların edinilmiş mallardan finanse edilmesi halinde bunların direkt olarak edinilmiş mal sayılmasının uygulamada haksızlık teşkil edebileceğini ve bu sebeple böyle bir durumda edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılması gerektiğini ifade ederek, Şıpka'nın görüşünün doktrinde incelediği diğer görüşlere göre daha adil ve hakkaniyete uygun bir yorum tarzı olduğunu belirtmektedir (Karamercan, s. 722-723). Kırca/Kırca, dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımı sonucu edinilen payların bir ivaz karşılığı edinilmiş olmaları sebebiyle, TMK m. 219 f. 1 ve m. 219 f. 2 b. 1 hükümleri gereğince bu payların edinilmiş mal olarak sayılması gerektiğini ileri sürmektedirler (Kırca/Kırca, s. 551). Zeytin ise kişisel mal grubuna ait bir paydan dolayı rüçhan hakkının kullanılması sonucu edinilen payların kişisel mal olduğu görüşündedir (Zeytin, s. 117). Kanımızca burada hem Kırca/Kırca'nın hem de Zeytin'in ikame ilkesini dikkate almadıkları anlaşılmaktadır.

78 Krş. Acar, s. 221.

79 T.C. Yargıtay 8.Hukuk Dairesi'nin 14.01.2015 tarihli, 2013/23659 Esas, 2015/587 Karar sayılı kararında, "Davacı vekilinin, ziynet eşyaları ve şirket gelirlerine ilişkin temyiz itirazlarına gelince, davacı dilekçesinde şirket sermayesine 30.000 TL değerindeki ziynet eşyalarını vererek ekonomik zorluk içerisindeki şirketin pasifini azalttığını ileri sürmüş, davalı vekili ise katkının abartıldığını, bildirilen miktarın ancak 1/10 (3000 TL) oranında katkıda bulunmuş olabileceğini açıklamıştır.

II. Devren Kazanılması

Payın önceki sahibinden edinildiği hallerde yani aslen kazanma dışındaki hallerde payın devren edinildiğinden bahsedilecektir.[80] Bu anlamda edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında pay; devir sözleşmesiyle, miras yoluyla, cebri icrayla devren kazanıldığında,[81] edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında bu edinilen payların hangi mal grubuna ait olduğunun tespit edilmesi önem kazanacaktır.

Payın sözleşme ile kazanılması, temlik borcu doğuran; satım, trampa, bağışlama sözleşmeleri ile sonuçları şans ve tesadüfe bağlı sözleşmeler altında kategorize edilebilecek ölünceye kadar bakma sözleşmesi temelinde gerçekleşebilir.[82]

Edinilmiş mallara katılma rejiminde satım sözleşmesi ile pay iktisap edildiğinde, payların bedelinin eşlerin hangi mal grubundan edinildiği, edinilen payların hangi mal grubuna ait olduğu hususunda belirleyici olacaktır. Bu kapsamda payın bedeli kişisel mallardan karşılanıyorsa paylar kişisel mal (TMK m. 220 f. 1 b. 4),[83] edinilmiş mallardan karşılanıyorsa paylar edinilmiş mal (TMK m. 219 f. 2 b. 5) olarak kabul edilecektir.

6100 sayılı HMK'nın 26, 33 m. Uyarınca olayları bildirmek taraflara, hukuki niteleme hâkime aittir. Davacı vekili, ziynet eşyaları ile şirket sermayesine katkıda bulunduğunu bildirdiğine göre uyuşmazlık şirket sermayesine yapılan katkıdan kaynaklanan 743 sayılı TMK'nın 170. maddesi uyarınca katkı payı alacağı davası, şirket gelirlerinden istenilen alacak yönünden ise katılma alacağı davası niteliğindedir. Tarafların karşılıklı açıklamaları nazara alındığında, davacının şirketin mal varlığına en az 3.000 TL. katkıda bulunduğu kabul edilmelidir. Bundan ayrı; şirketin 01.01.2002 tarihinden sonraki döneme ilişkin şirketin her yıla ait bilançolar getirtilerek şirketin aktif mal varlığı olup-olmadığı, 2002 yılından sonra şirket sermayesinde ve aktifinde artma, kârların sermayeye ilavesi, kâr dağıtımı yapılıp-yapılmadığı, şirketin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin dönemdeki borçları olup-olmadığı araştırılarak şirketin aktif mal varlığının belirlenmesi, bilançodan hangi ortağa ait olduğu belirlemeyen 212.180 TL'nin kaynağı ve nereye gittiği üzerinde önemle durulması, ziynet eşyaları bakımından davacının katkı payı alacağı, 2002 yılından sonraki şirket geliri üzerinden de katılma alacağının tespit edilmeye çalışılması, gerektiği takdirde konusunda uzman bilirkişi kurulundan yeniden rapor alınması, ondan sonra elde edilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yetersiz araştırma ve inceleme sonunda yazılı şekilde karar verilmesi doğru ve isabetli görülmemiştir." şeklinde bir değerlendirme yapılarak, diğer eşin katkı payı alacağı davasına vurgu yapılmıştır (https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017). Bu konuda bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 12-13.

80 Sevi, s. 36 vd.

81 Genel olarak devren kazanma halleri için bkz. Sevi, s. 37.

82 Yıldız, s. 88, Sevi, s. 37-38.

83 Bkz. Gençcan, s. 238.

Keza trampa ile paylar edinildiğinde paylar ile değiştirilen mallar eşin hangi mal grubuna ait ise paylarda o mal grubuna ait olacaktır (TMK m. 219 f. 2 b. 5; m. 220 f. 1 b. 4).

Eşlerden birine bağışlanan pay karşılıksız olarak kazanıldığından kişisel mal olarak kabul edilecektir (TMK m. 220 f. 1 b. 2).[84] Payın devredilmesi sonucunda, devralan eş bakımından bazı yükümlülüklerin ortaya çıkması veya kazandırmanın şarta bağlanması ya da mükellefiyet öngörülmesi, kazandırmanın karşılıksız sayılmasına engel teşkil etmeyecektir.[85] Pay kısmen ivazlı kısmen ivazsız edinilmişse "karma bağışlamadan" söz edilecek olup,[86] ivazlı kısmın edinilmiş mallardan karşılandığı işlemlerde ivazlı kısım ivazsız kısımdan daha değerliyse edinilmiş mal grubuna ait[87] bir payın varlığından söz edilecektir. Bu durumda edinilmiş mallardan kişisel mallar lehine denkleştirme yapılacaktır.[88] Eğer eşitlik varsa bu defa, tercih ilkesi gereği paylar edinilmiş mal grubuna ait sayılarak, kişisel mallar lehine denkleştirme yapılır.[89]

---

84 T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2016 tarihli, 2015/2558 Esas, 2016/10320 Karar sayılı kararında, "Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, mal rejiminin tasfiyesinde anne ve baba gibi yakınlar tarafından eşlere yapılan temlik işlemleri resmi kayıtta bedelle yapılmış gibi gösterilse bile hayatın olağan akışına göre, karşılıksız kazandırma (TMK m. 220/2) ve bir tür bağış işlemi niteliğinde olduğu; bu nedenle, eşe geçen bu malvarlığının onun kişisel malı olduğu kabul edilir. Kuşkusuz bu işlemin karşılıksız kazandırma olmadığı iddia eden tarafından ispatlanabilir. Hükmedilen alacağa konu mallar içindeki... ve Ltd. Şti.'ndeki davalının 01.01.2002 taraihinden sonra edindiği 240/1200 hissenin davalının babası tarafından davalıya mal rejiminin devam ettiği süre içerisinde 20.05.2009 tarihinde devredilmiştir. Bu devir yukarda açıklandığı gibi karşılıksız kazandırma niteliğinde olup, bu durumun aksi davacı tarafından ispatlanmamıştır. O halde, şirket hissesi nedeniyle doğmuş bir katılma alacağı bulunmadığı halde; şirket hissesinden dolayı da alacağa hükmedilmek suretiyle yazılı şekilde fazla alacağa hükmedilmesi isabetsiz olmuş, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir." şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır (https://emsal.yargitay.gov.tr/, 26.06.2017).

85 Sarı, s. 140, 177; Acabey, s. 519. Krş. Acar, s. 254-255.

86 Sarı, s. 140, 177; Acabey, s. 519; Acar, s. 249; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 121 dn. 68.

87 Sarı, s. 141, 178; Acabey, s. 519; Zeytin, s. 128; Gümüş, s. 269; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s 113 dn. 105; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 121 dn. 68.

88 Sarı, s. 141; 178; Acabey, s. 519; Zeytin, s. 128; Gümüş, s. 269; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s 113 dn. 105; Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 121 dn. 68.

89 Sarı, s. 141; 178; Acabey, s. 519; Zeytin, s. 129. Krş. Gümüş, s. 269; Şıpka, Edinilmiş Mallar, s 113 dn. 105. Acar, eşitlik durumunda malın niteliğini edinilmiş mal saymanın daha doğru olacağını çünkü şüphe halinde edinilmiş mal karinesinin devreye gireceğini ifade etmektedir (Acar, s. 249). Benzer yönde bkz. Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 121 dn. 68. Edinilmiş mal karinesi ile ilgili olarak bkz. TMK

Payın devren iktisap edildiği hallerden miras yoluyla pay edinim halinde ise paylar TMK m. 220 f. 1 b. 2 gereğince kişisel mal olarak sayılacaktır. İvazlı miras sözleşmesinde ise ivazın hangi mal grubundan karşılandığı[90] payların hangi mal grubuna ait olacağı konusunda belirleyici olacaktır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[91] ("TBK") m. 611 f. 1'de, "Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmaktadır. TBK m. 614 kapsamında ölünceye kadar bakma sözleşmesinin konusu ise, "*Bakım alacaklısı, sözleşmenin kurulmasıyla bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olur. Bakım borçlusu, almış olduğu malların değerine ve bakım alacaklısının daha önce sahip olduğu sosyal durumuna göre hakkaniyetin gerektirdiği edimleri, bakım alacaklısına ifa etmekle yükümlüdür. Bakım borçlusu, bakım alacaklısına özellikle uygun gıda ve konut sağlamak, hastalığında gerekli özenle bakmak ve onu tedavi ettirmek zorundadır.*" şeklinde açıklanmıştır. Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile pay edinilmesi halinde, bakım borçlusu olan payları edinen eşin bakım alacaklısına karşı hastalığında gerekli özenle bakmak gibi şahsi edimleri[92] ve uygun gıda ve konut sağlamak gibi maddi edimleri[93] yerine getirmesi gerekecektir. Bu kapsamda maddi edimler eşin kişisel mal grubundan karşılanmışsa, şahsi edimler ile maddi edimlerin parasal değeri karşılaştırılarak payların hangi mal grubuna ait olduğu belirlenmelidir.[94]

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında 2004 sayılı İcra İflas Kanunu[95] (İİK) m. 115 gereğince payın cebri icra yoluyla eşlerden biri tarafından edinilebilmesi için payların ihale edilmesi ve karşılığında

---

m. 222 f. 3.

90 Sarı, s. 175; Acebey, s. 517; Gümüş, s. 268; Gençcan, s. 233. Zeytin, bir karşılık verilmesi halinde miras yoluyla karşılıksız kazandırmadan ve dolayısıyla karşılıksız kazandırmadan söz edilemeyeceğini ifade etmektedir (Zeytin, s. 128).

91 Resmi Gazete 04.02.2011 – 27836

92 Acabey, s. 517-518.

93 Acabey, s. 518.

94 Mirasın gireceği mal grubu bakımından aynı yönde bkz. Acabey, s. 518. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi karşılığı elde edilen malvarlığının emek karşılığı (ivazlı) bir kazanım olmasından ötürü edinilmiş mal sayılması gerektiği yönünde bkz. Şıpka/Özdoğan, Malvarlığı Davaları, s. 88.

95 Resmi Gazete 19.6.1932 - 2128

para ödenmesi gerekmektedir (İİK m. 118). Bu kapsamda payların bedelinin eşlerin hangi mal grubundan sağlandığı, edinilen payların hangi mal grubuna ait olduğu hususunda belirleyici olacaktır. Payın bedeli kişisel mallardan karşılanıyorsa paylar kişisel mal (TMK m. 220 f. 1 b. 4), edinilmiş mallardan karşılanıyorsa paylar edinilmiş mal (TMK m. 219 f. 2 b. 5) olarak kabul edilecektir.

SONUÇ

1. Çalışmamızda, şirketlerde ortaklık payının kazanıldığı haller belirlenerek, bu hallerde edinilen payların edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında eşlerin hangi mal grubuna ait olacakları tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Çalışmamız kapsamında, öncelikle edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı müddetince payın aslen iktisap edildiği haller olarak şirket kuruluşunda, teknik hukuki anlamda birleşme, bölünme, tür değiştirme ve sermaye artırımında edinilen payların eşlerin hangi mal grubuna ait olacağı tespit edilmeye çalışılmıştır.

3. Bu inceleme neticesinde, kuruluşta birden fazla pay edinilen hallerde edinilen payların ait olacakları mal grubuna ilişkin olarak iki farklı yaklaşımın gündeme gelebileceği sonucuna varılmıştır. Kuruluşta edinilen payların ait olacakları mal grubunun belirlenmesinde sermayenin karşılandığı mal grubu ile birlikte somut olayın özelliklerinin de dikkate alınmasının daha isabetli bir yol olacağı anlaşılmıştır. Diğer yandan öğretide özellikle iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı sonucu edinilen bedelsiz payların ve rüçhan hakkı kullanılması ile edinilen yeni payların eşlerin hangi mal grubuna ait olacakları konusunda farklı yaklaşımların bulunduğu tespit edilmiştir. Özellikle şirketteki payın eşlerden birinin kişisel malı olduğu hallerde, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı neticesinde oluşan payların hangi mal grubuna ait olacaklarına ilişkin farklı sonuçlara ulaşıldığı ancak hakim yaklaşımın bu payların edinilmiş mal grubuna ait olacakları yönünde olduğu tespit edilmiştir.

4. Payın aslen edinildiği hallerde edinilen payın eşlerin hangi mal grubuna ait olacağının tespit edilmesinden sonra, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı müddetince payın devren iktisap edildiği haller olarak devir sözleşmesiyle, miras yoluyla, cebri icrayla payın

devren kazanıldığı hallerde edinilen payın eşlerin hangi mal grubuna ait olacağı tespit edilmeye çalışılmıştır. Özellikle karma bağışlama ve ivazlı miras sözleşmesinde ivazlı kısmın hangi mal grubundan karşılandığının tespit edilmesinin payların hangi mal grubuna ait olacağı konusunda dikkate alınacağı sonucuna varılmıştır.

5. Çalışma içerisinde edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı müddetince payın hem aslen hem de devren edinildiği hallere ilişkin olarak güncel kararlar üzerinden Yargıtay'ın yaklaşımı yansıtılmaya çalışılarak ortaklık payının edinildiği hallerde uygulamada hangi kıstasların dikkate alındığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Kaynakça

Acabey M. Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - Ispat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 491-534.

Acar Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2016.

Ayoğlu Tolga, "Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması ve Kaldırılması", İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 659-711.

Berzek (Durak) Ayşe Nur, Anonim Ortaklıkta İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımı, İsmail Akgün Vakfı Kitabevi, İstanbul 1990.

Ersen Perçin Gizem, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri (Uygulanacak Hukuk – Milletlerarası Yetki – Tanıma ve Tenfiz), On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014.

Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Gümüş Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul 2008.

http://www.sinerjimevzuat.com.tr, 05.12.2015.

https://emsal.yargitay.gov.tr/, 25.03.2017.

İpekel Kayalı Ferna, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Karamercan Fatih, Katkı - Değer Artış & Katılma Alacağı Davaları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2016.

Kılıçoğlu Ahmet M., "Şirket Hissesinde Katkı-Katılma Alacağı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXVII), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2015, s. 11-22.

Kırca İsmail/Kırca Çiğdem, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 546-560.

Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2015.

Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul 2014.

Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar: İkincil Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğlere ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

Sarı Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

Sevi Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Seçkin Yayıncılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012.

Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar: Madde Açıklamalı, Yorumlu İlgili Yargıtay Kararları Çözümlü Tasfiye Örnekleri ve Bilirkişi Raporları, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskıdan Tıpkı Basım, İstanbul 2011, ("Edinilmiş Mallar").

Şıpka Şükran/Özdoğan Ayça, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, ("Malvarlığı Davaları").

"Tartışmalar", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXVII), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 2015, s. 25-37.

Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 1996.

Yurtman (Demir) Nevin, Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1997.

Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008.

EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ANONİM ŞİRKETLERDE BAĞLI NAMA YAZILI PAYLARIN İKTİSABI

ACQUISITION OF THE REGISTERED SHARES WITHIN THE SCOPE OF MARITAL REGIMES PROVISIONS IN JOINT STOCK COMPANIES

Çiğdem Mine YILMAZ*
Sevgi BOZKURT YAŞAR**

Özet: Payın ve pay sahipliğinin serbestçe devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklıkların temel özelliklerinden biridir. Zira anonim ortaklıkların işlevlerinin en önemlisi çok sayıda tasarruf sahibinin birikimlerini bir araya getirerek toplanan meblağ ile önemli yatırımların yapılmasını sağlamaktır. Ancak bazı hallerde nama yazılı payların devrinin sınırlanması, bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Pay devrinin sınırlandırılması, kanuni veya sözleşmesel bağlam şeklinde olabilir. Bununla birlikte istisnai bazı hallerde bağlam düzenlemelerinin etkisini yitirdiği görülmektedir. Bunlardan biri de eşler arasındaki mal rejimi hükümleri uyarınca payın edinimidir. Kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1'de, esas sözleşmesel bağlam açısından borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar için TTK m. 493/4, TTK m. 494/2'de düzenlenen eşler arasındaki mal rejimi hükümleri kapsamında payların edinimi, borsaya kote edilen nama yazılı paylar için ise TTK m. 495/3'te ele alınmıştır. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim hallerinin kapsamının çizilmesi söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Nama Yazılı Paylar, Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlanması, Eşler Arasındaki Mal Rejimi

Abstract: Freely transmissibility of the shares and shareholding is one of the main features of the joint-stock companies. The most important function of the joint-stock companies is providing sizable investments by bringing together the savings of a large number of savers. However restriction of the transfer of the registered shares is needed in some cases. The restriction of the transfer of the registered shares is derived from a legal provision or an article of incorporation. Nevertheless in some exceptional cases the provisions of the restriction of the transfer of the shares lose their influence. One of them is the acquisition of the shares in terms of the marital regimes

* Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni ABD Öğretim Üyesi ORCID 0000-0003-2961-0040

** Yrd. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi ORCID 0000-0001-6521-290X

provisions. While in article 491/1 of Turkish Commercial Code (TCC) is determined the exception of the restriction of the transfer of the registered shares concerning the legal provision, the exception of the limitation of the transfer of the shares regarding to the article of incorporation for not listed shares is regulated in article 493/4 and 494/2 of TCC and for the listed ones is in article 495/3 of TCC. For the determination of the application of these provisions, an assessment of the scope of the acquisition of the shares in terms of the marital regimes provisions is reqired.

Keywords: Joint-Stock Company, Registered Shares, Restriction of The Transfer of Registered Shares, Marital Regimes

GİRİŞ

Payın ve pay sahipliğinin serbestçe devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklığın temel özelliklerinden biridir. Ancak bazı hallerde bu serbestinin sınırlanması bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır. 6102 sayılı TTK'da da 490 ila 498. maddeleri arasında anonim ortaklığın paylarının devir sınırlamaları ele alınmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde payın devrinin sınırlandırılması kanuni veya esas sözleşmesel bağlam düzenlemeleri olarak iki ayrı grupta değerlendirilebilir. Bununla birlikte kanun koyucu bağlam sistemine bazı istisnalar tanıyarak, özellikle kanuni intikal hallerinde bağlamın etkisini kaybetmesine de olanak sağlamıştır. Bunlardan biri olan payların kanuni intikal halleri ve bu haller kapsamında eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim halleri bağlamın etkisini yitirdiği durumlardan biridir. Konuya ilişkin düzenlemeler ise kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1, esas sözleşmesel bağlam açısından borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar için TTK m. 493/4, TTK m. 494/2 ve borsaya kote edilen nama yazılı paylar için TTK m. 495/3'te yer almaktadır. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim hallerinin kapsamının çizilmesi ise söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmada anonim ortaklıklarda nama yazılı payların edinimi bakımından, bağlamın etkisini yitirdiği eşler arasındaki mal rejimi hükümleri yoluyla iktisabı değerlendirilmiş olup, ilk kısımda hukuk sistemimizdeki mal rejimi hükümleri öncelikli olarak değerlendirilmiş ikinci kısımda ise bağlı nama yazılı payların devri ve devir sınırlamaları ile genel bilgiler verilerek, özellikle eşler arasındaki mal rejimine göre payın iktisabı ve bu iktisabın hukuki sonuçları incelenmiştir.

I. TÜRK MEDENİ KANUNUNDA MAL REJİMİ KAVRAMI VE EŞLERİN YETKİLERİ

A. Mal Rejimi Kavramı ve Mal Rejimi Sözleşmesinin Konusu

Mal rejimi, eşlerin malvarlıklarının kendi aralarında ve üçüncü şahıslarla olan ilişkilerini sonuca bağlayan kurallar olarak tanımlanabilir.[1] Bu hükümlerle, eşlerin mevcut malvarlıklarının mülkiyetinin hangi esaslarla nasıl düzenleneceği; malların yönetimi, mallardan yararlanma ve mallara ilişkin tasarrufların nasıl olacağı, eşlerden her ikisine birden ait olan mallardan sorumluluk ve malvarlığının tasfiyesinin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılmasını, evlilik birliğinin üçüncü şahıslara karşı temsili, bu temsil dolayısıyla çıkan borçlardan sorumluluk gibi hususları düzenleyen hükümler ise eşlerin hangi mal rejimini benimsediğine bakılmaksızın geçerli olan ve dar anlama mal rejimi kurallarına tabi olmayan hükümlerdir.[2]

Mal rejimi yukarıdaki bilgiler ışığı altında şu şekilde tanımlanabilir: Eşlerin evlilik birliğinin kurulması öncesinde sahip oldukları ve birliğin devamı sırasında edindikleri malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini ve evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de malvarlığına giren değerlerin akıbetini düzenleyen kurallar bütünüdür.

Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) mal rejimleri, Aile Hukuku kitabının dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. TMK m. 202'den 217'ye kadar devam eden ve "*Genel Hükümler*" başlığını taşıyan birinci ayrımdaki hükümler, mal rejimi türlerinin tamamı için uygulanacak niteliktedir. Bu hükümler mal rejimi hukukunun genel ilkelerini büyük ölçüde emredici hükümlere dayalı olarak belirlemektedir.[3] TMK m. 202 vd. yer alan, mal rejimine ilişkin düzenlemeler, genel malvarlığı hukuku kurallarından kısmen saparak, evlilik sırasındaki mal varlıklarına ilişkin eşlerin birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan konumlarını da belirler. Bu anlamda mal rejimi hukuku, eşlerin mal varlığına ilişkin ortaya çıkan temel bir kısım soru ve sorunlara cevap arar. Kanun

---

1 Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 395.

2 Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 26.

3 Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 217.

koyucu bu sorulara *"Tipe Bağlılık"* ilkesi çerçevesinde öngördüğü mal rejimleri türleri ile sınırlı seçeneklere dayalı cevaplar sunmaktadır.[4]

Türk Medeni Kanunu'nda dört çeşit mal rejimi öngörülmüştür. Bunlar; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (TMK m. 218-241), Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 242-243), Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 244-255) ve Mal Ortaklığı Rejimidir (TMK m. 256-281). Mal rejimini seçme konusunda eşler arasında teknik anlama sözleşme özgürlüğü değil aksine çerçeve ve içeriği kanun tarafından belirlenmiş olduğundan *"sınırlı sayı ve tipe bağlılık"* ilkesi söz konusudur.[5] Zira eşler mal rejimi konusunda ancak kanunda belirtilen rejimler arasından seçim yapabilirler. Eşlerin seçilen mal rejiminin kanunda belirtilen sınırlarını değiştirmeleri ya da bir araya gelerek yeni bir mal rejimi yaratmaları mümkün değildir.[6] Nitekim TMK 203. maddesinde *"Taraflar istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilir"* demektedir. Bu maddeden anlaşılması gereken; mal rejimi konusunda gerçek ve teknik anlama sözleşme özgürlüğü değil, sınırlı sayıda olan mal rejimi tiplerinden birini seçme özgürlüğü bulunduğudur.[7] Burada tek taraflı irade açıklaması ile istenilen hüküm ve sonucu doğuran teknik ve dar anlamda "seçim hakkı" yoktur.[8] Öte yandan ülkemizde çeşitli saiklerle, mal rejimi seçme noktasında sözleşme yolu ile farklı bir rejim benimsenmemekte, adeta yasal mal rejimi olan "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" tek rejimmiş gibi görülmektedir.

---

4 Gümüş, s. 217.

5 Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Aile Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2016; Gümüş, s. 217.

6 Kanunda belirtilen sınırlar ancak yine kanunun izin verdiği sınırlı hallerde değişebilir. Bu haller şunlardır: TMK m. 221 gereği bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağı; kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağının kararlaştırılması; TMK m. 237 gereği, mal rejiminin tasfiyesinde yasal paylaşım kurallarının değiştirilebilmesi, artık değere katılmada başka bir esasın kabul edilebilmesi; Değer artış payının paylaşmaya dahil olmaması ; Paylı mülkiyete konu bir mal veya ev eşyası üzerinde nasıl tasarrufta bulunulacağı; Mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarının kapsamının genişletilmesi ya da daraltılması; paylaşmalı mal ayrılığında da tasfiyenin sona ermesinden sonra denkleştirme bedeline faiz yürütülmeyeceği.

7 Veysel Başpınar, "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", *AÜHFD,* C.52, S.3, 2003, s.79-101, s.88.

8 Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 302.

TMK m. 203 ile mal rejimi sözleşmesinin konusunun, yasal mal rejimi dışındaki seçimlik rejimlerden birinin kabulü, yasal mal rejimi ya da seçilmiş olan mal rejiminin kaldırılması ve başka bir mal rejimi seçilmesi olabileceği belirtilmiştir.

Mal rejimi sözleşmesinde kanuni sınırlara uymak kaydıyla değişiklik yapılabilir. Bu sözleşmede işin niteliği gereği fiili tespitler öngörülebilir. Nitekim sözleşme yapıldığı sırada eşlerin sahip oldukları mallar ve bu malların hangi mal grubuna dâhil oldukları gösterilebilir. Evliliğin malvarlığına ilişkin genel hükümleri emredici nitelikte olduğundan[9] mal rejimi sözleşmesine de dâhil olmaz.[10] Eşler, mal rejimi sözleşmesi ile aralarındaki rejimin şarta bağlı olmaksızın ya da bir şartın gerçekleşmesi halinde değişebileceğini kararlaştırabilirler. Ancak şart veya sürenin geriye dönük olarak kararlaştırılması mümkün olmadığı gibi, seçilen mal rejimi de geriye yönelik hüküm ve sonuç doğurmaz.[11] Kanaatimizce bu durumda geçmişe dönük bir olayın ortaya çıkması halinde ilgili mal rejiminin sonlanacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda şartın sonucu, geleceğe etkili olacaktır. Örnek olarak eşlerden birinin geçmişten gelen bir borcunun ortaya çıkması halinde mal ayrılığına geçmenin kararlaştırılması verilebilir.

B. Yasal Mal Rejimi – Diğer Mal Rejimleri

1. Yasal Mal Rejiminde Mal Türleri

Türk Medeni Kanunu eşler için birden fazla mal rejimi seçeneği sunulmuştur. Mal rejimleri "*rejime tabi olma şekli*" bakımından üç ana başlık altında incelenebilir. Şöyle ki eğer hiçbir tercih yapılmamışsa kanun gereği tabi olunan mal rejimi[12] "*yasal mal rejimi*", eşler tarafından bir seçim yapılmışsa "*seçimlik mal rejimleri*"[13] kanunda belirli bazı

---

9 Öztan, s. 400.

10 Evliliğin genel hükümlerinden, taraf iradesiyle değiştirilebilecek hükümler mal rejimi sözleşmesindeki sıkı şekli şartlara uyulmasına gerek olmaksızın değiştirilebilir. Örneğin evlilik birliğinde birliğin giderlerine katılma payının ne olacağı (TMK m. 186/III), evlilik birliğinin temsiline ilişkin anlaşmalar (TMK m. 188). Öztan, s. 401.

11 Öztan, s. 404.

12 Bu rejimi "kural mal rejimi" olarak adlandıranlar yazarlar da bulunmaktadır, Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2010, s. 118.

13 Doktrinde bazı yazarlar da bu rejimi "Sözleşmesel Rejim" olarak nitelendirmektedirler, M. Beşir Acabey, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1998, s. 30.

şartların gerçekleşmesi sonucu eşlerden birinin talebi ya da mahkeme kararıyla başka bir rejime geçiş söz konusuysa "*olağanüstü mal rejimi*" söz konusu olur.[14]

22.11.2001 tarihinde kabul edilip, 01.01.2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre yasal mal rejimi, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*" dir.[15] 01.01.2002 öncesinde mevcut bulunan evliliklere ise 4722 sayılı "Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 10. maddesi ile üç farklı seçenek sunulmuştur. Bunlardan birincisi yasal mal rejimi lehine tanınan istisnadır. Yürürlük Kanunu (YK) m. 10/3 ile eşlere 1 yıllık süre içinde yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejimini evlenme tarihinden itibaren geçerli kılabilme hakkı tanınmıştır. Bu durumda örneğin; eşlerden birine ait bulunan kişisel mal niteliğindeki anonim ya da limitet ortaklık payı, edinilmiş mal grubuna dâhil edilmiş olabilir. Seçeneklerden ikincisi ise yasal mal rejimi aleyhine bulunan istisnadır. YK m. 10/1'e göre eşler dilerse başka bir mal rejimini seçebilir. Üçüncü ve Kanun'un eşlere hiçbir işlem yapmadıkları takdirde bağladığı sonuç ise; 01.01.2002'den önceki yapılan evliliklerde TMK m. 220/2 hükmü gereği, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılması, bu tarihten sonraki edinilenlerin ise yasal mal rejimi hükümlerine tabi olduğudur.[16]

Yukarıda anılan ihtimallere göre eşlerin bu konuda bir seçim yapıp yapmadığının tespiti ve paylarının hangi gruba dâhil olduğunun belirlenmesi pay devrinde uygulanacak kuralın tespiti için öncelik arz etmektedir. Örneğin; 01.01.2002 tarihinden önce evlenmiş olan eşler YK. m. 10/3 ile yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kabul etmiş olabilirler. Bu duruma eşlerden birine ait olan ortaklık payı bu tercihle, edinilmiş mal grubuna dâhil olmuş olabilir.[17]

---

14 Çalışma içerisinde yasal mal rejimi dışındaki rejimlerden birinin hangi sebeple var olduğu önem arz etmediğinden bu rejim türleri "Diğer Mal Rejimleri" başlığı altında ele alınacaktır.

15 Hatemi/Kalkan Oğuztürk'e göre "mal ayrılığı" rejim olarak esas olmalı, mal rejimi ile eşlere birbirinin kazancı üzerinde talep hakkı tanımak yerine evliliğin süresi ve kadın eşin durumu göz önünde tutularak, sadece kadın eşe ve erkek eşin bütün malvarlığı üzerinde boşanma tazminatı alacağı tanınmalıdır, Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 85.

16 Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 86.

17 Yarg. 8. HD. 26.09.2011 T. E. 2011/648, K.2011/4618 sayılı kararında başka mal

TMK m. 218 "*Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar*" demektedir. Doktrinde bir fikre göre esasen evlilik birliği sürecinde karının malları ve kocanın malları şeklinde dikey ayrımlamaya uğramış iki malvarlığı mevcut olduğu, bu malvarlığının da TMK m. 219 vd. sonucu "*karının/kocanın kanuni edinilmiş malları*" "*karının/kocanın kanuni kişisel malları*" ve "*sözleşmesel kişisel/edinilmiş mallar*" şeklinde ele alınması gerektiği düşünülmektedir.[18] Kanunda ise karının/kocanın malı şeklinde bir ayrım yapılmaksızın her iki eş için de geçerli olan aynı terim kullanılmıştır.[19]

a. Edinilmiş Mallar

TMK m. 219; uyarınca "*Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir*." Bu hükümden edinilmiş malların tespitinde öncelikle iki unsura bakılması gerektiği; bunlardan ilkinin "*mal rejimi süresince edinilmiş olma*"[20] diğerinin ise "*emek karşılığı edinilmiş olma*" olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

"*Mal Rejimi Süresince Edinilmiş Olma*" kavramını anlayabilmek için rejimin başlangıç ve bitiş anını tespit etmek gerekir. Başlangıç anı iki farklı şekilde olabilir. Eşler yasal mal rejiminden başka bir rejim seçmemişlerse, yetkili evlendirme memuru önünde "*evlenme sözleşmesinin tamamlandığı an*" başlangıç anıdır. Eşler yasal mal rejiminden başka bir rejim seçmişler ise "*sözleşmenin yapıldığı an*" başlangıç anı olarak kabul edilmektedir[21].

Rejimin sona erme anı ise, TMK m. 225'de düzenlenen sona erme sebebine göre belirlenir. Rejimin sona ermesi dört farklı sebebe dayanabilir. Bunlar; ölüm, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçme, bo-

---

rejimi seçilmemesi halinde 01.01.2002 tarihine kadar eşler arasında mal ayrılığı bu tarihten sonra ise edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olacağı, bu tarihten önce edinilen mallarda diğer eşin yapacağı katkının Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre çözülmesi gerektiği kabul edilmiştir.

18 Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.207; Öztan ise bu ayrımın evlilik birliğinin devamı boyunca önem taşımadığını, birliğin sona ermesiyle, iki grup mal arasındaki ayrımın belirginleştiğini belirtmektedir, Öztan, s. 436.

19 Çalışma içerisindeki terim seçiminde kanundaki sistem takip edilmiştir.

20 Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2014, s. 208; Öztan, s. 437; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 207.

21 Akıntürk/Ateş, s. 156; Kılıçoğlu, s. 309, 315; Kılıçoğlu; yenilikler, s. 209.

şanma/evliliğin iptali ve mevcut mal rejiminin hâkim kararıyla mal ayrılığına dönüştürülmesidir.[22] Ölüm halinde evlilik kendiliğinden sona erdiğinden, eşler arasındaki mal rejimi de ölüm anında sona erer.[23] Sözleşmeyle başka bir rejime geçme halinde bu sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren yasal mal rejimi sona erer. Haklı sebeplerle mahkemece mal ayrılığına karar verilmesi halinde ise, eşler arasında dava tarihinden itibaren mal ayrılığı rejimi geçerli olur. Boşanma veya ayrılık kararı verilmesi halinde de mal rejimi, davanın açıldığı tarihten itibaren sona ermiş olur.[24]

TMK m. 219 sadece temel bir kural öngörmektedir. Ancak bu kuralın istisnaları aşağıda açıklanacağı üzere vardır.[25] Medeni Kanun'un yukarıda anılan hükmü çerçevesinde "*karşılık*" kavramı, hukuki işlemlerde mübadele değeri olarak sunulan gerek maddi gerek kişisel edim olabilir. Emek karşılığı edinilmiş olma kavramı ise kanun koyucu tarafından TMK m. 219/II' de beş bent halinde örnek olarak[26] sayarak tanımlamaya çalışmıştır. Kanun koyucu 219/I' de "*özellikle şunlardır* " ifadesi ile bu beş bentteki sayılanlar dışında da edinilmiş mal olabileceğini işaret etmektedir.

Birinci bentte; bir eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda, eşlerin ücret karşılığı iş görmesi, eşlerin ticari işletme faaliyetine dönük çalışmaları, sermaye kazançları edinilmiş maldır. Bir ticari işletmenin itibari ve marka değeri sınai ürün sayıldığından, endüstriyel değer artışı da[27] ekonomik faaliyete dayandığı için edinilmiş mallardan sayılmalıdır.[28] Aynı maddenin iki ve üçüncü bentlerinde ise; eşlerden birine yapılmış bulunan sosyal güvenlik veya yardım kurumlarının ödemeleri[29] çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar; adın gaspı, ekonomik kişilik

22 Gümüş, s. 227;Akıntürk/Ateş, s. 149; Öztan, s. 435.
23 Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi halinde ise gaiplik kararının kesinleşmesi ile de mal rejimi sona ermiş olur, Akıntürk/Ateş, s. 196.
24 Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2014, s. 103.
25 Öztan, s. 436.
26 Gümüş, s. 254.
27 Konjonktürel değer artışı ise pazar mekanizmasındaki arz ve talebe bağlı olarak değiştiğinden, kazanç kavramına dahil değildir, Öztan, s. 442.
28 Öztan, s. 441.
29 Emekli maaşı, emekli ikramiyesi, kıdem tazminatı, yaşlılık, engellilik, işsizlik ücreti gibi kazançlar bu kapsamadır.

hakkının[30] ihlali nedeniyle ödenen maddi tazminatlar da emeğin karşılığını teşkil ettiği için edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir. Ödemeyi yapan kurum, sandık veya kuruluşlara yapılan ödemenin hangi mal grubundan karşılandığının önemi bulunmamaktadır. Kanun burada belli bir malvarlığı değerinin hangi mal grubundan karşılanmışsa, o gruba dâhil olacağı şeklindeki ana kurala istisna getirmiştir.[31]

TMK m. 219/b. IV ile kişisel mallarının gelirleri edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir. Esasen bu düzenlemeyle "*edinilmiş mal*" kavramının ruhuna bir istisna getirilmiştir.[32] Zira kişisel malların gelirinin elde edilmesinde kişinin mutlaka emeğinin bulunması, karşılık vermesi gerekmez.[33] Bu bağlamda ticari ortaklığa kişisel maldan konulan sermayenin geliri olan kar payı edinilmiş mal sayılır.[34] Ancak söz konusu kural emredici olmayıp taraflar aksini kararlaştırabilir.

Beşinci bentte ise edinilmiş malların yerine geçen değerlerin de edinilmiş mal olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu malın belirlenmesinde, esas alınması gereken kriter kullanma amacı değil, malın tedarik edilmesindeki kaynaktır.[35] Bu gruptaki mallar doğrudan kanundan doğduğu için taraf iradeleriyle değiştirilemez. Edinilmiş mal grubundan çıkan değer tüketilmiş veya bağışlanmışsa çıkan değerin yerine geçen değerden bahsedilemez.

TMK 219. maddesinin II. fıkrası edinilmiş malları örnek kabilinden saydığı için birliğin giderlerine katılma ile ilgili ödemeler (TMK m. 186, 196, 197) ; üçüncü şahısların bakımına ilişkin ödemeler (TMK m. 327/I, 328/I, II, 355/I, 359/II); Türk Borçlar Kanunu m. 54/b. 1, 2 ve 4'e göre verilen tazminatlar ve edinilmiş mallara ilişkin gelirler de edi-

30 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 209; Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararın giderimi için ödenen tazminat da edinilmiş mal sayılmalıdır. Zira doktrinde haklı olarak bu tür tazminatın "çalışma karşılığı edinme" bakımından fark olmadığı düşünülmektedir. Öztan, s. 443.

31 Öztan, s. 443.

32 Bu hüküm ile TMK m. 685/I'deki "Bir şeyin maliki onun ürünlerinin de maliki olur" şeklindeki kurala da istisna getirilmiştir.

33 Öztan, s. 437.

34 Ahmet Kılıçoğlu, Katkı- Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar), Ankara 2016, s.113; Gümüş, s. 261.

35 Bu görüş çerçevesinde lotodan elde edilen kazancın, loto kuponu edinilmiş malla satın alınmışsa edinilmiş mal grubuna gireceği doktrinde ileri sürülmektedir, Şükran Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya ilişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 103.

nilmiş mal kabul edilebilir.[36] Doktrinde Medeni Kanun'un edinilmiş malların üzerinde mülkiyet hakkı bulunan malları düzenlediği kabul edildiğinden[37] eşlerin sınırlı ayni hak sebebiyle zilyetliğinde bulunan malların edinilmiş mal olduğu düşünülmemektedir.

b. Kişisel Mallar

Medeni Kanunda edinilmiş malların aksine kişisel malların tanımı yapılmamıştır. Kişisel mallar, kanundan ve sözleşmeden doğabilirler. TMK m. 220'de kanun gereği nelerin kişisel mal olacağı sınırlayıcı ve emredici[38] biçimde belirlenmiştir. İlgili hükümde belirtilenlerden biri eşlerden birinin kişisel kullanımına yarayan eşyadır.[39] Bu niteliğin tespitinde ilgili eşyanın kullanma amacı esas alınır.[40] Eşyanın tüketilebilir veya üçüncü kişilerle birlikte kullanılıyor olması eşyanın bu özelliğini değiştirmez. Satın alınan eşyanın bedelinin edinilmiş mallardan sağlanmış olması eşyanın kişisel mal olma niteliğini değiştirmez. Ancak böyle bir halde tasfiyede denkleştirmeye gidilir.

Eşlerden birinin miras veya karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği mallar da kanun gereği kişisel maldır. Bu çerçevede, sağlararası yapılan bağışlar, ivazlı feragat halinde elde edilen ivaz, karma bağışlamada ivazın bağışlanana oranla oldukça düşük olması halinde [41] mal kişisel mal kabul edilmelidir. Yapılan bağışlamanın eşlerden birine verilmekle hangisine verildiği açıkça belirtilmemiş veya amaç itibarıyla eşlere birlikte bağışlandığı sonucu çıkıyorsa, eşler TMK m. 222/II' ye göre bu mal üzerinde paylı hak sahibi olurlar. Eşyanın "*aslen kazanımı*" da "karşılık" verilmeden elde edildiğinden kişisel mallar grubuna dâhil edildiği kabul edilmektedir.[42]

---

36 Öztan, s. 441.
37 Şıpka, s. 95.
38 Zafer Zeytin/Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 174.
39 Bu hükümde yasal mal rejimi ruhuna bir istisna getirilmiştir. Zira eşlerden birinin şahsi kullanımına yarayan eşya bir karşılık sonucu elde edilmiş olsa dahi, şahsi kullanım özelliği sebebiyle kişisel mal kategorisine dahil olacaktır.
40 Kişisel kullanıma yarayan eşya edinilmiş maldan karşılansa dahi kişisel malda denkleştirme istenemez. Ancak örneğin; Bayan A, süslenmek amacını abartıp 10 Trabzon bilezik satın alırsa, süslenme amacını aşan kısım için kişisel malda denkleştirme istenebilir, Gençcan, s. 227.
41 Gümüş, s. 269; Zeytin, s. 128.
42 Acar, s. 197; Gümüş, s. 269.

TMK m. 220/III'e göre manevi tazminat alacakları da kişisel mallardan kabul edilmiştir. Tazminatın, sözleşmenin ihlali veya haksız fiil sonucu doğmuş olması fark etmemekte, tazminattan gelir elde edilmişse TMK m. 219/II/IV gereği edinilmiş mal sayılmalıdır. Son bentte ise kişisel malların yerine geçen değerler de kişisel mal olarak belirlenmiştir. Kişisel malların yerine geçen mallar veya hakların ikame değerleri de kanundan dolayı doğrudan kişisel mal grubuna dâhil olur. Edinilmiş mal yerine geçen değerin kişisel malla karşılanması gerekir.

Kişisel mal kabul edilebilecek diğer bir grup mal ise bir mesleğin icrası ya da işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerleri ile kişisel malların gelirleridir. Bu gruptaki mallar esasen edinilmiş mallara dâhil olması gerekirken sözleşme ile kişisel mal kabul edilebilecek niteliktedir. Mesleğin icrası ile örneğin mali müşavirin bilgisayarı, doktorun görüntüleme cihazının sözleşmeyle kişisel mal olacağı kararlaştırılabilir. Kişisel malların gelirleri de, örneğin, ortaklık hissesinin gelirinin kişisel mal sayılacağını mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılmış olabilir.

Yukarıda sayılanlara ilave olarak TMK m. 228/II ile tasfiye sırasında "*eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse tasfiyede, o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır*" ifadesi ile bu şekilde ödenen maddi tazminatların hak sahibinin kalan yaşam süresini karşılayacak olan miktarı kişisel mal olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin; A şahsı 2010 yılında aldığı 100.000 TL tutarındaki emeklilik ikramiyesinin tamamıyla anonim veya limitet ortaklıkta pay sahibi olur 2013 yılında da evliliği sona ererse, bu 3 yıl için ortaklıktaki payı edinilmiş maldır. Ne var ki evlilik sona erip de mal rejiminin tasfiyesine gidildiğinde A'nın ortalama yaşam süresine göre 100.000 TL irat şeklinde bağlanmış olsa 3 yıl için hesaplanacak tutarı edinilmiş mal, kalan kısım ise kişisel mal olarak hesap edilecektir.[43]

c. Rejimin Tasfiyesi Sırasında Doğan Mal Türü: Paylı Mallar

TMK m. 222 "*Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edi-*

[43] Kılıçoğlu, Aile, s. 351.

lemeyen mallar onların, paylı mülkiyetinde sayılır" düzenlemesi ile üçüncü bir mal grubu yaratmıştır. İlk fıkra ile esasen ispat hukuku ile ilgili TMK m. 6 ve 6100 sayılı HMK m. 190 tekrar edilmektedir. Bu hükümle bir malın eşlerden birine ya da üçüncü bir kişiye ait olduğu iddia edildiğinde bunu ispatla yükümlü olacağı ifade edilmektedir[44]. Esasen TMK'nın bu hükmü eşya hukukundaki zilyetliğin mülkiyete ve diğer sınırlı ayni haklara karine olduğu yolundaki genel kuralı tekrar etmektedir.

TMK m. 222/I fıkrası ile her iki eş için de aynı ağırlıkta[45] ispat külfeti getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise "*paylı mülkiyet karinesi*" ile eşlerin hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilmiştir. Eşlerden hangisine ait olduğu belli olan bir malda bu karinenin uygulanması mümkün değildir. Taşınmazlar, motorlu araçlar, şirket hisseleri gibi mallar kayda tabi olduğundan, bunların kime ait olduğu konusunda ispat sorununun olmadığı; bu sorunun ancak resmi kayda tabi olmayan taşınır mallar için söz konusu olacağı düşünülmektedir.[46] Bu hususta TMK 216. maddesi yol gösterici olabilir. Zira bu hükme göre malların getirilmesinden itibaren 1 yıl içinde yapılan envanterin içeriği, aksi ispat edilmedikçe doğru kabul edilir.

2. Ortaklık Paylarının Mal Rejimi İçerisindeki Yeri

Anonim ortaklıklarda eşlerden biri veya her ikisi pay sahibi olabilir. Bu payın ediniliş biçimi yukarıdaki mal gruplarından hangisine gireceğini belirler. Burada özellik arz edebilecek çeşitli haller olabilir. Şöyle ki; payın edinilmiş mal olarak tespiti halinde, ortaklığın tasfiyesinde pay bedeline tekabül eden değer de TMK m. 219/II b. 5 anlamında edinilmiş malın yerine geçen değer olması sebebiyle, edinilmiş mal sayılmalıdır. Zira "*tasfiye payı*" gelir değil "*kaim değer*" dir. Yine anonim ya da limitet ortaklık payının edinilmiş mal olması halinde payın temettüsü de edinilmiş mal olarak kabul edilir.[47] Şöyle ki kanun kişisel

---

44 Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 91.

45 Öztan, s. 456.

46 Kılıçoğlu, Aile, s. 354.

47 Kılıçoğlu Ahmet, Şirket Hissesinde Katkı- Katılma Alacağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, 27 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 12 vd.; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 114, 115; Yarg. 2. HD 24.05.2007 T. E. 2007/8727, K.2007/8727 sayılı kararında söz konusu karara esas dosyada bahsi geçen şirket hissesinin kocanın kişisel

malların gelirlerini edinilmiş mal olarak kabul etmiş ancak, edinilmiş malların gelirleri hakkında susmuştur. Bu durumda edinilmiş malın gelirlerinin evleviyetle edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekir. Ortaklık payının kişisel mal olması halinde, pay kime aitse pay üzerinde eş malik olarak kalıp ortaya çıkan gelir üzerinde diğer eş yararına katılma alacağı doğacaktır.[48]

Sermaye artırımı sonucunda elde edilen yeni payların hangi mal grubuna dâhil olacağı hususu da önem taşımaktadır. TTK m. 461/1 fıkrasına göre "*Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkını haizdir*" düzenlemesi ile ortakların rüçhan hakkı yoluyla pay sahibi olmasını düzenlemektedir.[49]

Eşlerden birinin bu yolla oluşmuş yeni payda katılma alacağına sahip olup olmadığının tespiti için öncelikle sermaye artırımının nasıl yapılacağına bakmak gerekir. Sermaye artırımı sermayenin yerine getiriliş şekline göre üç farklı şekilde yapılabilir. Bunlar; Efektif artırım, eski payların itibari değerinin yükseltilmesi ve iç kaynaklardan sermaye artırımı olarak sınıflandırılabilir.[50]

"*Efektif*" yani "*yeni sermaye konularak*" yapılan artırımda, elde edilen bu yeni paylar hangi kaynaktan finanse edilmişse payın niteliği de buna göre şekillenecektir (TTK m. 459 vd.).[51] Yeni pay elde edilmesinde eşin ayni ya da nakdi ödeme yapması söz konusu olabilir. Yeni payın edinilmesi hangi grup maldan sağlanmakta ise yeni payın da o gruba dâhil olması gerekir.[52]

---

malı olduğu, kişisel mal yerine geçen değerlerin de kişisel mal olduğu, kişisel malın gelirinin ise aksine sözleşme yapılmadığı sürece edinilmiş mal olduğu açıklanmıştır. Yine aynı kararda şirket tarafından davalıya payı dikkate alınarak bir temettü verilmiş ise bunun tespiti, kar payı verilmemiş ancak şirkete ayın olarak ilave yapılmış ise bunun da belirlenmesi, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların tasfiyede dikkate alınacağının gözetilmesi buna göre katılma alacağının hesaba katılması gerektiği ifade edilmiştir.

48 Yarg. 8. HD, 19.09.2016 Tarih 2015/3290 E. 2016/12416 K. sayılı kararında da mal rejiminin tasfiyesi sonucunda oluşan hakkın kişisel nitelikte alacak hakkı olduğu vurgulanmıştır.

49 Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 673 N. 1403.

50 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1383, s. 660; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.II, 2. bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 1759.

51 Acar, s. 174.

52 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 328; Gümüş, s. 261.

Sermaye artırımı, mevcut payların "*itibari değerlerinin yükseltilmesi*" suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu tip artırım TTK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak TTK m. 421/II/a bendi dikkate alınarak bu tür sermaye artırımının yapılabileceği kabul edilir.[53] Artırım usulü yeni sermaye taahhüdü veya bedellerin iç kaynaklardan karşılanması yolu ile olabilir. Bedellerin iç kaynaklardan karşılanması halinde itibari değer, pay sayısında değişiklik yapılmaksızın, ortakların ortaklığa bir bedel ödemeksizin artmaktadır.[54] Yeni paylar, yedeklerden karşılanma şeklinde ise; pay sahiplerinin taahhütlerinin artırımı ve buna bağlı ayni ya da nakdi ödeme söz konusu olmadan oluşmaktadır. Bu durumda yeni paylar ekonomik olarak " *gelir, ka*r" gibi işlem görüp, ister edinilmiş ister kişisel maldan kaynaklansın TMK m. 219/II/IV uyarınca edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.[55]

Üçüncü artırım yolu da "*iç kaynaklardan sermaye artırımı*" dır.[56] Bu tip esas sermaye artırımında iç kaynaklar, esas sözleşme ve/veya genel kurul kararıyla ayrılmış (isteğe bağlı) ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbest kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlardır (TTK m. 462). Bu tür artırımda ortaklık malvarlığında bir büyüme söz konusu olmayıp, yedek akçeler ve fonlar[57] azalmakta bilançodaki sermaye miktarı artmaktadır. Yedek akçeler ve fonlar sermayeye aktarıldığından, paydaşlar oluşan yeni payları bedelsiz elde etmektedirler.[58] Bu durumda şayet gelirden oluşturulmuş yedek akçe ve fon söz konusu ise yeni pay edinilmiş mal sayılacaktır.[59] Şöyle ki; yeni pay alma hakkına dayalı kişisel mallardan finanse edilen pay iktisabının hangi mal grubuna dâhil olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre yeni paylar, iç kaynaklardan oluşan sermaye artırımı sonucunda edinilmişse, bu pay için bir bedel ödenmemekle birlikte, payların ekonomik kaynağı şirketin dağıtılmamış karları olan yedek akçeler ol-

53 Bahtiyar, s. 353; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1824.
54 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1390, s. 668.
55 Ancak burada gerçek bir bedelsizlikten bahsedilemez. Zira ihraç edilen paylar ile yükselme ortaklığın dağıtılmamış karlarından yapılmakta yani bunların karşılığını yedek akçeler oluşturmaktadır, Acar, s. 174, 175
56 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1395, s. 669.
57 Yeniden değerleme, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı ve enflasyon fonu Gerekçe TTK m. 462/1; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1826.
58 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1397, s. 670.
59 Acar, s. 175.

duğu için bir bedelsizlikten söz edilemez. Yine, yeni paylar çıkarmak yerine, mevcut payların itibari değerlerinin artırılması suretiyle iç kaynaklardan doğan sermaye artırımı da bedelsiz, ivazsız edinilmiş olma kavramına sokulamaz. Bu sebeple mevcut payın, bu şekilde oluşması halinde de paylar edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir.[60] Ne var ki bir başka görüşe göre[61] yeni pay alma hakkına dayalı kişisel mallardan finanse edilen pay iktisabı kural olarak bağımsız bir malvarlığı olarak kişisel mallar içinde yer alır.

3. Evliliğin Devamı Sırasında Eşlerin Malları Üzerindeki Hak ve Yetkileri

a. Mülkiyet, Yönetme ve Yararlanma Hak ve Yetkileri

Evliliğin devamı süresince üç grup mal üzerinde eşlerin mülkiyet, yönetim ve yararlanma, tasarruf yetkileri TMK m. 223/I ve II' de düzenlenmiştir. TMK m. 223/I kuralı belirtmekte, II ise kuralın istisnasını teşkil etmektedir.

TMK m. 223/I: "*Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir*".[62] TMK m. 223/II ise; "*Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki hissesi üzerinde tasarrufta bulunamaz*." hükümlerini içermektedir.

Eşlerin malvarlıkları üzerindeki mülkiyet hakkının belirlenmesinde kural olarak eşya hukuku kuralları geçerlidir. Ne var ki edinilmiş mallara katılma rejiminde ilk planda eşlerin malvarlıkları kesin sınırlarla birbirinden ayrılmamakta, mal ortaklığı rejiminde olduğu gibi ortaklık mallarından oluşan bir özel malvarlığı kabul edilmemektedir.[63] Edinilmiş mallara katılma rejiminde temel kural edinilmiş malların ve kişisel malların değiştirilmezliğidir. "*Değiştirilmezlik*" ile ifade edilmek istenen[64] kanunun edinilmiş ve kişisel malları belirlediği, bu malların

60 Acar, s. 175.
61 Gümüş, s. 261.
62 Bu kural Gençcan'a göre emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılamaz, Gençcan, s. 260.
63 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.
64 Gümüş, s. 253; Gençcan, "mal gruplarının değişmezliği" kavramını kabul etmiş olup, iki farklı grup dışında bir mal grubu yaratılamayacağı ancak TMK m. 221 gereği kişisel mal statüsü yaratabileceklerini ancak edinilmiş mal statüsü yaratamayacaklarını ifade etmiştir, Gençcan, s. 198.

mülkiyetinin edinilmesinde kullanılan finansman kaynağına göre edinilmiş mallar içinde yer alabileceği gibi kişisel mallar içinde de yer alabileceği ancak bir malın kısmen edinilmiş kısmen kişisel olamayacağıdır.[65] Eşlerin kişisel malvarlığı olarak nitelendirilemeyen bütün malvarlığı unsurları aksi ispatlanıncaya kadar edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.[66] Yani istisnalar haricinde eşler arasında bir paylı mülkiyete konu mal haricinde malın türüne göre, o mal üzerindeki mülkiyet belirlenmektedir. Edinilmiş mallar grubuna giren mallarda mülkiyet hakkı sahibi, o mal için karşılığını veren eştir.

Eşlerden biri, üzerinde mülkiyet hakkı iddia ettiği malın kendi kişisel malı olduğunu ispatlayabildiği takdirde edinilmiş mal olmaktan çıkıp eşin kişisel malı olacak ve üzerinde eşin mülkiyet hakkı olacaktır.[67] Bir malın ne kişisel ne de edinilmiş mal olduğu ispatlanamazsa bu duruma paylı mülkiyet esaslarına tabi olup ve eşlerin ½ pay sahibi olduğu kabul edilecektir.

TMK m. 223/I'de açıkça ifade edildiği üzere eşlerden her biri yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kendi kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme hakkına sahiptir. Böylelikle örneğin eşlerden biri gerek babasından miras yoluyla kalan ortaklık hissesini, gerekse edinilmiş mallara katılım rejiminin devamı boyunca kendi çalışması sonucu edinmiş olduğu bir hisseyi diğer eşin katılımı olmaksızın bizzat yönetebilecektir. Yine eşlerin her biri yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kişisel ve edinilmiş mallarından, serbestçe, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın dilediği gibi yararlanabilir.

İlgili maddede "*yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla*" diyerek yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkisinin bir takım sınırlamaları bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sınırlamalar genel olabileceği gibi [68] aile hukukuna özgü sınırlamalar da olabilir. Genel sınırlama halleri Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan hukuki işlemlere ilişkin şekil,

---

65 Gümüş, s. 253.

66 Bu kural zamansal olarak mal rejimi sona erdikten sonra tasfiye aşamasında uygulanır.

67 Yarg. 8. HD 08.07.2010 tarihli E. 2010/1097, K. 2010/3788 sayılı kararında, bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edileceği, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimsenin ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Aynı yönde Yarg. 2. HD 09.11.2004 T., E.2004/12873, K. 2004/13349.

68 Öztan, s. 458.

hukuka ahlaka adaba aykırı olmama, irade sakatlığı halleridir. Aile hukukuna özgü sınırlamalar ise TMK m. 194 ve 199'da düzenlenmiş olan aile konutu ve eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin mahkeme hükmüdür.

TMK 223/II' de ise paylı mallarla ilgili sınırlama getirilmiştir. Ne var ki bu sınırlamanın maddenin lafzından "*tasarrufa*" ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Paylı mülkiyette tasarrufu düzenleyen TMK m. 688/III'e göre paydaş diğerlerinin katılım olmaksızın payını devredebilir, rehnedebilir. Nitekim pay TMK m. 688/III'e göre alacaklılar tarafından da haczedilebilir. Ancak eşler arasında paylı mal olması halinde aksi kararlaştırılmadıkça eşlerden biri tek başına tasarrufta bulunamaz. Bu durumda eşlerin payları üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin mevcut eksiklik diğer eşin rızasıyla doldurulur.[69] TBK m. 46 burada kıyasen uygulanmalıdır. Esasen TMK m. 223/II ile paydaş eşin payı üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmamakta, sadece diğer eşin rızasına tabi tutularak sınırlandırılmaktadır. Diğer eşin rızası bulunmaksızın tasarrufta bulunan eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde ise iyiniyetin korunacağına dair özel hüküm bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Bu durumda yalnızca paylı mülkiyet konusu mal taşınmaz ise üçüncü kişinin iyiniyeti TMK m. 1023 ve 1025/II gereğince korunur.

Paylı mallarda yönetim ve yararlanmanın nasıl olacağına ilişkin TMK'nın paylı mülkiyeti düzenleyen hükümlerine bakılması gerekir. Bu hükümlerde aksi kararlaştırılmamışsa olağan yönetim işlerini paydaşlardan her biri, olağanüstü yönetim işlerini ise paydaşlar oybirliği ile yapabilir.[70] Bu durumda örneğin ortaklık payının korunması için davayı eşlerden her biri kendi başına açabilecekken, pay üzerinde intifa hakkı veya rehin hakkı gibi ayni hakları ancak birlikte tesis edebileceklerdir. Oğuzman'a göre olağan yönetim işi, bir hukuki işlem yapılmasını gerektiriyorsa, hukuki işlemi yapan paydaşın diğer paydaşları temsile yetkisi olduğu kabul edilmelidir. [71] Zira olağan yönetim yetkisinin paydaşlarca daraltıldığı veya ortadan kaldırıldığı üçüncü kişilere karşı ancak bu kısıtlamayı bildikleri oranda ileri sürülebilmelidir.

---

69 Dural/Öğüz/Gümüş, s 213.

70 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 318 vd.

71 Oğuzman/Seliçi /Oktay Özdemir, s. 313.

Yukarıda ifade edildiği üzere eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptirler. Ancak kanunun verdiği bu serbesti "*yönetme yetkisi*" olup "*yönetme yükümlülüğü*" değildir. Başka bir anlatımla, eşler edinilmiş /kişisel mallarını kendileri yönetmek zorunda değildir. Eşlerden her biri gerek kişisel gerekse edinilmiş malların yönetimini diğer eşe bırakabilir. TMK m. 215'de eşlerden birinin mallarının yönetimini diğer eşe bırakması durumunda uygulanacak kuralları düzenlemektedir. TMK m. 215 "*Eşlerden birinin açık veya örtülü olarak mallarının yönetimini diğer eşe bırakması halinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekâlet hükümleri uygulanır*" şeklindedir.

743 sayılı Medeni Kanun'da karşılığı olmayan maddenin gerekçesinde "*Bu hükme göre, bir eş açıkça veya ses çıkarmamak suretiyle fiilen, mallarının yönetimini diğer eşe bırakabilir. Yönetimin açıkça diğer eşe bırakılması için mutlaka bir mal rejimi sözleşmesi yapılması şart değildir. Bir iş veya şirket sözleşmesi çerçevesinde de bu yönetim diğer eşe bırakılabilir. Bu gibi durumlarda vekâlet değil, bu sözleşme hükümlerinin uygulanacağı tabiidir* "denilmektedir. Görüldüğü üzere, yönetimin devri için mal rejimi sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Emsal sayılabilecek Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 4.12.2001, E.15741/K.17190 sayılı kararında kadının mallarının idaresi kocaya bırakılmış ve bu malların gelirleri ev masrafına karşılık sayılmıştır.[72]

Yönetimin devri belirli mallara yönelik olabilir. Başka bir anlatımla, eşlerden birisi malvarlığının tamamının ya da bir bölümünün de yönetiminin devrini isteyebilir. Malik olan eş haklı sebeplerin varlığına rağmen mallarının yönetimini eşine devretmiyorsa malik olmayan

[72] "…Davacı dava konusu malın idaresini davalı kocasına bırakmıştır. Medeni Kanun'un 186/2. maddesi uyarınca bu malların bütün gelirlerinin ev masrafına karşı kocasına bıraktığı gözetilmeden davacının ½ paydaş olduğu taşınmazın malları kiraya veren kocadan kira parasının yarısının ödetilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Hükmün açıklanan sebeplerle bozulmasına,..ve devamında muhalefet şerhinde Medeni Kanun'un 186. maddesi; kadının mallarının idaresini kocasına bırakmış olduğu takdirde, evliliğin devamı müddetince hesap vermekten vazgeçtiği ve malların bütün gelirini ev masraflarına karşı kocasına bıraktığı farz olunur kuralını getirmiştir. Evin makul gideri dışında kadına ait gelirin kocaya bırakıldığı kabul edilemez. Her şeyden önce bir dürüstlük kuralı ile bağdaştırılamaz. Mahkemece, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucu uyarınca değerlendirme yapılması gerekir" şeklindedir.

eş aile mahkemesinden TMK m. 199 gereğince tedbir alınmasını[73] ya da haklı bir sebep varsa mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.

Malik olan eş mallarının yönetimini malik olmayan eşine açık veya örtülü olarak bırakabilir. Eşlerden birinin malların yönetimini diğer eşe bırakması mal rejimi sözleşmesiyle ya da iş/şirket sözleşmesiyle gerçekleşebilir. Bu duruma eşler arasında iş veya şirket sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.[74] Eğer eşlerden birisi ses çıkarmamak suretiyle fiilen, "*örtülü*" olarak yönetimi diğer eşe bırakmışsa, kural olarak vekâlet hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.[75] Ancak eşlerin aksini kararlaştırmalarına kanun olanak vermektedir.

Ortaklık payının eşin yönetim yetkisini diğer eşe devri hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda bir takım özel düzenlemeler mevcuttur. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ortaklıkta pay sahibi olan veya olmayan bir kişi temsilci sıfatıyla genel kurulda bulunabilir. Nitekim TTK m. 425'e göre temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir.[76] Açık olan bu hüküm sonucu ortaklık payının malik olmayan diğer eş tarafından da yönetilebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Yönetim yetkisinin şekli hakkında ise TTK m. 426/I yol göstermektedir. Madde "*Senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden doğan pay sahipliği hakları, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibi veya pay sahibince, yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılır*" diyerek sadece "*yazılı*" şeklin yeterli olduğunu göstermektedir.[77] Bu ifade karşısında, temsil yetkisinin verilmesinin noterde düzenlenmesi veya vekâlet verenin imzasının notere onaylattırılması ya da noterce onaylanmış imza sirkülerinin eklenmesi de gerekmediği anlaşılmaktadır. Ortaklık payı üzerinde intifa hakkına sahip olunması durumunda da, intifa hakkı sahibi bu hakkını

---

73 Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hakim, bu duruma gerekli önlemleri alır

74 Ömer Uğur Gençcan, Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihat-İlgili Mevzuat, 2007, s. 1838.

75 Gençcan, s. 178.

76 Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 776.

77 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 776.

belgelendirerek TTK m. 432/II'nin verdiği açık yetkiyle genel kurula katılabilir.[78]

Yasal mal rejiminde eşlerin edinmiş oldukları anonim ortaklık payları eşlerin her ikisinin adına yazılı ise bu duruma ise karı-koca birlikte atayacakları ortak bir temsilci vasıtasıyla oy hakkını kullanabilirler.[79] Zira TTK m. 432/1 uyarınca *"bir pay, birden çok kişinin ortak mülkiyetindeyse bunlar içlerinden birini veya üçüncü bir kişiyi genel kurulda paydan doğan haklarını kullanması için temsilci atayabilir."* Hükümde geçen "atayabilirler" ifadesi genel kurula katılarak oy kullanmak istedikleri takdirde "atamalıdırlar" şeklinde anlaşılmalıdır.[80]

b. Tasarruf Yetkisi

Eşler, kişisel ve edinilmiş malları üzerinde yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Ancak tasarruf serbestisinin iki sınırı bulunmaktadır. Bunlardan biri TMK m. 199'a göre tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıdır. Bu maddeye göre ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin isteme bulunması üzerine, hâkimin belirleyeceği malvarlığı ile ilgili tasarruflar ancak diğer eşin rızasıyla yapılabilir.[81] Bir başka deyişle, diğer eşin rızası olmadıkça yapılan hukuki tasarruflar geçerli olmayacak ve hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Bu duruma eşlerin ortaklıktaki hissesi ile ilgili böyle bir kısıtlama kararı varsa yapılacak devirde diğer eşin de rızası alınmalıdır.

---

78 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 778.

79 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831.

80 Bilgili/Demirkapı, s. 324; genel kurula katılabilme ve oy hakkının kullanılabilmesi için müşterek maliklerin bir müşterek temsilci tayin etmeleri gerektiği yönünde Bkz.: Pulaşlı, 777-778.

81 Örneğin; evliliği iyi gitmeyen A, edinilmiş mal olan, ortaklıktaki payını arkadaşı B'ye devretmek istemektedir. Bu niyetten haberi olan A'nın eşi E, mahkemeden A'nın ortaklık payı ile ilgili tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını ister ve mahkeme de bu talebi kabul ederse artık pay ile ilgili her türlü işlem ancak diğer eşin izin veya icazeti ile geçerli olur. İşleme izin verilmediği takdirde yapılan tasarruf işlemi gerek eş gerekse karşı taraf açısından bağlayıcı değildir, geçersizdir. Dural/Öğüz /Gümüş, s. 185. İşleme icazet verildiği takdirde ise işlem yapıldığı andan itibaren geçerlidir. İzin olmaksızın yapılmış olan tasarruf işlemi için TBK m. 46'ya göre uygun süre içinde izin verilmesi istenebilir. Bu uygun süre içinde izin verilmediği takdirde işlem sürenin dolduğu andan itibaren "extunc" "kesin" geçersiz hale gelir. Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 34.

Bir diğer kısıtlama ise paylı mal yani paylı mülkiyet hissesi üzerinde tasarrufun TMK m. 223/II ile diğer eşin rızasına tabi tutulmasıdır.[82] Bu hüküm sadece münhasıran eşlerin paydaş olduğu paylı mülkiyet ortaklığında uygulama bulur. Mal üzerinde üçüncü bir şahıs paydaş ise diğer eşin rızası aranmaz. Yine bu rıza mal rejimi sona erene kadar aranır. Eşlerin paylı mülkiyete sahip olduğu ortaklık payında tasarruf için rızayı sağlayamayan eşin, üçüncü kişinin tamamen iyiniyetli olması halinde, üçüncü kişinin zararını ödeme değil bizzat borcu ifa yükümlülüğü altına girmesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira TTK m. 678'de düzenlenen "*Temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumlu olur.*" hükmünün burada uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bunun anlamı şudur: Yetkisiz temsilciden TBK m. 47 uygulanarak tazminat istenmesi söz konusu olmaz. O, aynen ifa sorumluluğu altındadır. Kanunda yazılı olmamasına rağmen, doktrin ve Federal Mahkeme, temsil olunanın icazet vererek durumu düzeltebilmesine, dolayısı ile temsilciyi sorumluluktan kurtarmasına imkân tanımakta ve böylece TBK m. 46 hükmü tamamen devre dışı kalmamış olmaktadır.[83] İcazet verilmemişse, poliçeyi ödeyen yetkisiz temsilcinin temsil olunanın haiz olabileceği haklara sahip olması öngörülmüştür. Yine TTK'nın anılan hükmüne göre, bu çözüm temsilcinin yetkisini aşması halinde de geçerlidir. Ancak doktrin, kambiyo alacaklısının, temsilci olarak hareket eden kişinin yetkisizliğini "*bilmesi*" halinde, yetkisiz temsilcinin ona karşı sorumluluktan kurtulmasını kabul etmektedir.[84][85]

4. Diğer Mal Rejimlerine İlişkin Temel İlkeler

a. Mal Ayrılığı

TMK m. 242 ve 243'te düzenlenen mal ayrılığı rejiminde temelde

---

82 Akıntürk/Ateş, s. 159; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213; Kılıçoğlu, Aile, s. 357 vd.

83 Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 138.

84 Rona Serozan, Hüseyin Hatemi, Necip Kocayusufpaşaoğlu, Abdulkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1: Necip Kocayusufpaşaoğlu, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014 s. 772.

85 Pulaşlı da TTK m. 678'de TBK m. 47/I'in aksine durumu bildiği ya da bilmesi gerektiğinin aranmadığı, karşı tarafın yani alacaklının durumu bilmesi gerektiği kanıtlanarak borçtan kutulanamayacağı, muhakkak doğrudan doğruya bildiğinin ispat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 119.

karı ve kocanın ayrı malvarlığı mevcuttur.[86] Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak mal ayrılığı farklı malvarlığı kesimleri[87] içermemekte, karının malvarlığı ve kocanın malvarlığı şeklinde dikey bir ayrım bulunmaktadır.

Mal ayrılığı rejiminde her eş kendi malının mülkiyetine sahiptir. TMK m. 243. maddesinin atfıyla TMK m. 245'e göre "*Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır*".

Mal ayrılığı rejimi, malvarlığı açısından adeta eşler arasında bir evlilik yokmuş gibi göründüğünden eşlerin malları üzerindeki mülkiyet hakları, yönetme ve tasarruf hakları bakımından evli olmayan kişilerden farkları yoktur. Eşlerden her biri kendi malvarlığına dâhil olan bir anonim ortaklıktaki nama veya hamiline yazılı paylar üzerindeki oy hakkını kullanma hakkına sahiptir (TTK m. 426/I, II; TMK m. 242).[88] Her eş kendi malının mülkiyetine sahip olduğu için mal rejiminin tasfiyesinde, diğer eşte bulunan malın iadesi talep edilmelidir.

Mal ayrılığı rejiminde, evliliğin genel hükümleri sonucu eşlerin mallarının birbirine karışması, ispat problemini doğurmaktadır.[89] Eşlerin, malvarlığının kendilerine ait olduğunu ispatlayamamaları halinde TMK'daki atıf gereği paylaşmalı mal ayrılığı kuralları uygulanır. İlgili hüküm olan TMK m. 245/I gereğince de paylı mülkiyetin eşlerden birine özgülenmesi dışında bu rejimin sona ermesinde eşler açısından bir talep hakkı doğmaz. Paylı mülkiyet hükümleri gereği ve TMK m. 248 gereği eşlerden biri, diğer eşin payının ödeme günündeki karşılığını vermek ve malın kendisine kalmasında üstün yararı olduğunu ispatlamak şartıyla, paylı mülkiyete konu olan malın kendisine verilmesini isteyebilir. Ancak bu mal rejiminde, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak TMK m. 223/II hükmünün sınırlaması uygulanmaz.[90] Eşlerin mülkiyetin sınırlarını düzenleyen TMK m. 688/III'e göre sahip oldukları yetkilere en fazla TMK m. 185 kapsamında

86 Evliliğin mal rejimi devamı süresini, sona ermesini ve eşlerin malvarlıklarını etkilememesi sebebiyle mal ayrılığının esasen bir rejim olmadığı da düşünülmektedir, Öztan, s. 559.
87 Öztan, s. 560; Gümüş, s. 424.
88 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831.
89 Gümüş, s. 424.
90 Gümüş, s. 425.

özellikle sadakat ve yardım yükümlülüğü çerçevesinde dolaylı bir sınırlama getirilebilir.

b. Paylaşmalı Mal Ayrılığı

Paylaşmalı mal ayrılığı temel olarak karı ve kocanın ayrı malvarlığına sahip olması esasına dayanır.[91] "*Kadının malları*" ve "*erkeğin malları*" şeklinde iki grup malvarlığı kendi içerisinde de eşlerin evlenirken getirdikleri ve sonradan edindikleri [92] mallardan oluşur. Ancak bu mallar edinilmiş veya kişisel mal şeklinde yatay bir bölümlemeye dayalı malvarlığı kesimini içermeyip TMK m. 250'de "*aileye özgülenen mallar*" dan bahsedilmektedir.[93] Maddede "*Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler…*" den bahsedilmektedir. Bu maddedeki ifadeden iki grup malın paylaşmaya tabi olacağı sonucu çıkmaktadır.[94] Birinci grup; ailenin ortak kullanımına özgülenmiş mallar[95] ikinci grup ise evlilik birliği içerisinde eşlerin kazançlarıyla, ailenin geleceğini güvence altına almak amacıyla yaptıkları yatırımlardır. Yine bu mal grubunun yerine geçecek değerler de paylaşmaya dâhildir.

Eşlerin malvarlıkları dışında aileye özgülenen bu malvarlığı grubu, rejim yürürlükte iken değil, mal rejiminin sona ermesi ile bir an için kurulmakta ve aynı anda tasfiye aşamasına geçilmektedir.[96] Eşlerden birine ait olan ticari işletme veya diğer yatırım malları, ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar olarak, aileye özgülenen mallara dâhil olabilir.[97]

---

91 Gümüş, s. 429.
92 Öztan, s. 563.
93 Gümüş, s. 429.
94 Öztan, s. 564.
95 Hatemi'nin haklı olarak eleştirdiği üzere, bu mal rejiminde paylaşmanın söz konusu olabilmesi için, paylaşılacak malın malik eş tarafından " aileye özgülenmiş olması" aranmaktadır. Oysa somut olay adaleti bireyin keyfini esas almamalıdır. Zira ileride boşanma halinde önemli bir pay veya katılma alacağı ile karşılaşmamak için kurnaz davranıp en değerli malvarlığı unsurlarını kadın eşten gizleyen bir kocanın bu tutumu ödüllendirme olarak görülebilir ve bu hiçbir şekilde doğru değildir, Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 84.
96 Gümüş, s. 430.
97 Gümüş'e göre kanun koyucu TMK m. 250/II'de "Manevi tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ile karşılıksız kazandırmada bulunanın açık

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi de temelde mal ayrılığına dayandığı için eşlerden her biri yasal sınırlar içinde kendi malvarlığını yönetme, ondan yararlanma ve malvarlığı üzerinde tasarruf etme hakkına sahiptir.[98] Bu sebeple, bir anonim ortaklıkta paya sahip olunması halinde oy hakkı, senede bağlanmamış paylar ile nama yazılı paylar ve ilmühaberde pay defterinde adı yazılı olan eş (TTK m. 426/1), hamiline yazılı paylarda ise eşlerden birine aittir (TTK m. 426/2).[99]

Bu rejimde mal ortaklığı rejiminin aksine diğer bir özel malvarlığı yoktur. Ancak tasfiye aşamasında eşler arasında aileye özgülenen malların bütünü üzerinde elbirliği ile hak sahipliğine dayalı bir tasfiye ortaklığı kurulur.[100] Tasfiyede ise mal ortaklığından farklı olarak kural olarak "aynen paylaşmaya" gidilir. TMK m. 251 uyarınca "*Eşlerden biri, diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı takdirde hâkim, diğer eşin alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların bu eşin payını azaltmak kastıyla yaptığı varsayılır. Bu tür kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.*" Esasen burada mevcut olan bir denkleştirme bedeli değil[101] aileye özgülenecek mallar içinde yer alması gerekirken dışarıda kalan mallar yerine eklenecek değerlerdir.[102]

c. Mal Ortaklığı

TMK m. 256- 281'de düzenlenen mal ortaklığı rejiminde üç grup mal vardır. Bunlar karının kişisel malları, kocanın kişisel malları ve

---

iradesinden aksi anlaşılmadıkça sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla edinilen mallar hakkında bu hüküm uygulanmaz" ifadesi ile aileye özgülenen malların finansmanının büyük ölçüde eşlerin bir karşılığa, emeğe dayalı edinimleri üzerinden sağlanmasını arayarak adı konulmamış bir edinilmiş mal- kişisel mal ayrımı yaratmıştır. Gümüş, s. 430.

98 Öztan, s. 562.

99 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831-832.

100 Gümüş, s. 430.

101 Denkleştirme bedeli, edinilmiş mallara ilişkin bir kavram olup TMK m. 230 anlamında eşlerin malvarlıkları içindeki edinilmiş malları ile kişisel malları arasındaki değer kaymalarının denkleştirilmesini ifade eder.

102 Gümüş, s 431.

ortaklık mallarıdır.[103] Kanun koyucu eşlere, hangi malların kişisel mal hangi malların ortaklık malı olduğunu belirleme imkânı sunmuştur.

Ortaklık malları tüzel kişiliği bulunmayan kendine özgü bir hukuki birliktir.[104] Ortaklık mallarının kapsamını eşlerin kendi aralarında belirleyecekleri mal ortaklığı türü tayin eder. Bu mal rejiminde TMK m. 261'e göre bir malın kişisel mal olduğu ispatlanmadıkça tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı kabul edilir. Esasen "*mal*" kavramına "*alacaklar*" da dâhildir.[105] Kişisel mallar kanun, sözleşme veya üçüncü şahsın karşılıksız kazandırmalarından doğabilir. Hangi malların kişisel sayılacağı da eşlerin aralarında kabul ettikleri mal ortaklığı çeşidine göre farklılık gösterir.[106]

Mal ortaklığı rejiminin iki alt türü bulunmakta olup, bunlar genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığıdır. Genel mal ortaklığında, kanun gereğince kişisel mal sayılmayan mallar[107] ve bunlar yerine geçen değerler ortaklık mallarına dâhil olacaktır.

Mal ortaklığı rejiminde, eşler mal rejiminin kurulmasıyla kendiliğinden elbirliği ile malik olurlar. Burada eşya hukukundaki TMK m. 701-703. hükümler uygulanır.[108] Bu hükümlere göre evlilik birliği devam ederken eşler ortaklık malındaki payı üzerinde tek başlarına tasarruf hakkına sahip olmayıp ancak ortaklık malları üzerinde olağan yönetim sınırları içinde serbestçe tasarruf edebilecek, her bir eş diğer eşi yükümlülük altına sokabilecektir.[109] Olağanüstü yönetim sayılabilecek işlerde ise TMK m. 263/I'e göre eşlerin rızalarının bulunması aranır. Olağan yönetimi aşan, hayat tecrübelerine göre, malvarlığının alışılagelmiş idaresi dışında kalan bütün hukuki işlemler olağanüstü kabul edilir. Olağanüstü işlemleri eşlerin birlikte yapması şarttır. Ancak burada üçüncü şahısların iyiniyeti korunmuş olup, rızanın bulunmadığını bilmeyen veya bilecek duruma olmayan üçüncü kişiler açı-

103 Gümüş, s. 437.
104 Gümüş, s. 437.
105 Acar, s. 248.
106 Ancak hangi mal ortaklığı tipi seçilmiş olursa olsun yasal sınırlamaları göz önünde bulundurmak gerekir. TMK m. 260/II'ye göre bu duruma eşlerin kişisel kullanımına ayrılmış eşya ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel maldır.
107 Bunlar eşlerin kişisel kullanımına ayrılmış eşya ile manevi tazminat alacaklarıdır.
108 Öztan, s. 551.
109 Öztan, s. 530.

sından TMK m. 263/II gereğince bu rızanın varlığı kabul edilir. Ancak bu rejimde çok özellik arz eden bir hüküm TMK 264. maddedir. Şöyle ki bu madde "*Eşlerden biri diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak tek başına bir meslek veya sanat icra ediyorsa, bu meslek ve sanata ilişkin bütün işlemleri tek başına yapabilir*" şeklindedir. Kişisel mallar üzerinde ise her eş yasal sınırlar içinde tasarrufta bulunabilir.[110] Bu sebeple anonim ortaklıkta paya sahip olunması durumunda, oy hakkı, senede bağlanmamış paylar ile nama yazılı paylar ve ilmühaberde pay defterinde adı yazılı olan eş (TTK m. 426/1), hamiline yazılı paylarda ise eşlerden birine aittir (TTK m. 426/2).[111]

II. EŞLER ARASINDAKİ MAL REJİMİNE GÖRE ANONİM ORTAKLIK PAYLARININ İKTİSABINDA DEVİR SINIRLAMALARININ ETKİSİZLEŞMESİ

A. Anonim Ortaklıkta Payın Devrine İlişkin Temel İlkeler

Anonim ortaklıklarda payların devredilebilirliği ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilke payın ve pay sahipliğinin anonim ortaklığın onayı olmaksızın el değiştirebilmesi ve sadece nama yazılı paylarda/pay senetlerinde devredilebilirliğin sınırlanmasının kanundaki emredici hükümler çerçevesinde mümkün olduğu anlamına gelmektedir.[112]

Devredilebilirlik ilkesi uyarınca anonim ortaklıkta gerek senede bağlanmamış (çıplak) paylar gerek pay senetleri devre konu olabilir.[113] Senede bağlanmamış payların devri, TTK'da özel olarak düzenlenme-

110 Öztan, s. 553.

111 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 831-832.

112 Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 1; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, N. 772b. TTK m. 490 uyarınca kanunda veya esas sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut olmadıkça nama yazılı paylar herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın devredilebilir.

113 Anonim ortaklıklarda devredilebilirlik ilkesinin kabul edilmesinin temel sebepleri, ortağın kural olarak ortaklıktan çıkma hakkının olmaması, anonim ortaklığa ortak olmanın daha çok bir yatırım aracı olarak görülmesi ve bunun istendiğinde paraya çevrilmesinin sağlanması ve sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda kural olarak ortağın kişisel niteliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin bulunmayışı sebebi ile ortaklarda değişimin ortaklık tüzel kişisi açısından herhangi bir dezavantaj oluşturmaması olarak sayılabilir. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/ Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli, Bern 1996,§ 44, N. 79 vd.

miş bulunduğundan TBK'daki genel hükümlere tabi olup, tasarrufi bir işlem olan alacağın temliki yolu ile devredilebilir. Senede bağlanmamış payların devrinde yazılı şekil TBK m. 184/1 uyarınca bir geçerlilik şartıdır.[114] Geçerli şekilde yapılan temlik işlemiyle devralan payın mül-

[114] Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1606. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 102; Yargıtay'ın bazı kararlarında ise çıplak pay satışının herhangi bir özel bir şekle bağlı olmadığı, ancak yazılı şekil şartının ise ispat açısından uygun olduğu görüşü benimsenmiştir. Bkz.: 11. HD. 7.3.1994, E. 4752/K. 1775; Yarg 11. HD 12.02.1998, E. 1997/9618, K. 1998/717. Ancak Yargıtay daha yeni tarihli kararlarında anonim ortaklık çıplak pay devirlerinde alacağın temliki hükümlerinin uygulanacağını ve yazıl şekil şartının aranması gerektiğini belirtmiştir. "Davalı anonim şirketin pay senetleri hamiline yazılıdır. Ancak, şirket payları henüz senede bağlanmadığı gibi, bunlara ilişkin ilmühaber dahi çıkartılmış olmayıp, çıplak pay durumundadır. Senede bağlanmamış payların devri ise, BK.nun 163 vd. maddelerinde yer alan alacağın temliki hükümlerine tabidir. Alacağın temlik tasarrufi bir işlem olduğu için temlik ile çıplak pay devralana geçer. Bunun için alacağın temlikinde öngörüldüğü gibi, yazılı şekil şarttır. Somut olayda davacının davalı …A.Ş.'de sahibi olduğu çıplak payları davalılardan ….A.Ş.'ne devrettiğine dair yazılı bir belge dosyaya sunulmamış olmakla ortada geçerli bir devrin varlığından da söz edilemeyeceğinden davacı taleplerinin bu çerçevede değerlendirilerek karara bağlanması gerekirken yazılı şekilde ve hatalı gerekçe ile ortada geçerli bir pay devri varmışçasına farazi bir takım varsayımlarla davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir."Yarg 11. HD 17.10, 2006, E..2005/7353, K. 2006/10440; "..anonim şirketin münferid pay senedi haline dönüştürülmemiş, yani ihraç edilmemiş nama yazılı "çıplak pay"larının BK'nun 162 ve devamı maddelerine göre devirlerinin gerçekleştirilmesi gerekli olup, dosyadaki bilgi ve belgelere nazaran, böyle bir devrin gerçekleştiği belge asılları ile kanıtlanamadığı gibi, TTK'nın 416 ve 417. maddeleri hükümleri uyarınca, devrin şirket yönetim kurulunca gerekli nisapla onanarak pay defterine kayıt kararının mevcudiyeti de belirlenememiş olması karşısında, böyle bir devrin anonim şirkete karşı hüküm ifade etmemesi nedeniyle temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir. Yarg. 11. HD.26.03.2002, E. 2001/10867, K. 2002/2773; "Uyuşmazlığın, davacıya ait payların devrinden kaynaklanmış olmasına göre, öncelikle davacıya ait olan pay senetlerinin niteliğinin belirlenerek, hisse senetlerinin hamiline yazılı olması halinde devrin TTK'nın 415. maddesi uyarınca teslimle geçerli olacağı gözetilerek davacıdan elinde bulunan hisse senetlerinin ibrazının istenilmesi suretiyle devrin geçerliliğinin tartışılması, yok eğer hisse senetleri nama yazılı ise TTK'nın 416. maddesi uyarınca devrin ciro edilmiş senedin devralana teslimi ile olabileceği, eğer hisse senetleri nama yazılı ve fakat şirket tarafından pay senedi çıkartılmamış (çıplak pay) olması halinde devrin ancak alacağın temliki hükümlerine uygun olarak yapılabileceği gözetilerek davacıya ait pay devirlerinin geçerliliğinin ve bu konudaki ispat yükümlülüğünün hangi tarafa düştüğünün belirlenmesi gerekirken bu hususta bir inceleme yapılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi yanlış olmuştur."Yarg 11. HD13.02.2007, E. 2005/11406 ., K. 2007/2326; "Anonim şirket tarafından henüz pay senedi ihraç edilmemiş olması ve ilmühaber dahi çıkarılmaması, anonim şirkette pay devrine engel teşkil etmeyecektir. Anonim ortaklığın çıplak paylarının devri konusunda 6762 sayılı TTK'da bir hüküm bulunmamakta olup, payın devredilebilirliği ilkesi uyarınca, çıplak payın da senede bağlan-

kiyetini kazanır. Ancak devir işleminin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için, devir anlaşmasının ortaklığa bildirilmesi ve devralanın pay defterine kaydedilmesi gerekir.[115]

Anonim ortaklık paylarının tedavül kabiliyetini arttıran, pay sahipliği sıfatının ispatı, ortaklık haklarının kullanılması ve payın hukuki işlemlere konu olmasına kolaylık sağlayan kıymetli evrak niteliğinde bulunan pay senetlerinin devri düzenlenme türüne göre değişiklik arz eder. TTK m. 484 uyarınca pay senetleri hamiline veya nama düzenlenebilir.[116] Hamiline yazılı pay senetleri[117] zilyetliğin geçirilmesi ile devredilebilir (TTK m. 489, TTK m. 647/1).[118] Hamiline yazılı pay senetlerinin devri esas sözleşme hükümleri ile yasaklanamaz veya or-

---

mış paylar gibi serbestçe devredilebileceği, bu devrin 818 sayılı BK'nın162ve devamı (6098 sayılı TBK m. 183) maddelerine göre alacağın temliki hükümleri çerçevesinde olacağı kabul edilmiştir".Yarg. HGK 12. 11. 2014, E. 2014/11-801., K. 2014/891 (Kazancı İçtihat Bankası).

115 Ortaklıkla ilişkilerde sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir (TTK m. 499/4). Bedeli ödenmemiş veya kısmen ödenmiş payın devrinde ise devralan kişinin bakiye pay borcunu üstlenmesi sebebi ile ortaklığın devre izin vermesi gereklidir (TBK m. 195, TTK m. 491/). Ortaklık, bakiye borç için teminat gösterilmesini isteyebileceği gibi, teminatın verilmemesi veya yeterli olmaması halinde ortaklık payın devrine onay vermekten kaçınabilir (TTK m. 491/2).

116 TTK m. 484-501 arasında düzenlenen pay senetleri açıklayıcı ve illi senetlerdir. Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 541. TTK m. 486/2'de payların hamiline yazılı olması halinde yönetim kurulunun pay bedellerinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtması gerekliliği öngörülmüştür. Mülga TTK'da ise anonim ortaklıkların pay senedi çıkarması gerekliliğine yönelik herhangi bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, doktrinde pay sahiplerinin talep etmesi durumunda ortaklığın pay senedi çıkarmak mecburiyetinde olduğu görüşü savunulmaktaydı. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 173; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1585.

117 Hamile yazılı pay senetlerinin çıkarılabilmesi için ise pay bedelinin tamamen ödenmiş olması şarttır. Pay bedelleri ödenmeksizin pay senedi çıkarılmış ise hükümsüzdür (TTK m. 484/2). Bununla birlikte böyle bir senedi iyi niyetle iktisap eden kişilerin tazminat hakları 484/2'de saklı tutulmuştur.

118 "Davacının elinde bulunan hisse senetleri hamiline yazılıdır. Hamiline yazılı hisse senetlerinin devri için senedin zilyetliğinin devri yeterlidir. (TTK m. 415)Yarg 11. HD 22.03.2007, E. 2005/13734, K. 2007/4830. "(Mülga) TTK'nın 415. maddesine göre, hamiline yazılı hisse senetleri devri teslimle gerçekleşir. Ayrıca gerekli olmamakla beraber sadece tanzim edilen temlik senedinin sağlıklı olması yeterli olmayıp, devir konusu edilen hisse senedinin dahi sağlıklı olması ve devir alana teslim edilmiş olması gerekir." Yarg. 11. HD. 23.10.1984, E. 4349, K. 4366; Yarg. 11. HD. 21.01.2002; E. 2001/8063, K. 2002/296;13.02.2007, E2005/11406, K. 2007/2326 (Hukuk Türk Mevzuat-İçtihat Bankası).

taklık onayına bağlı tutulamaz.[119] Nama yazılı pay senetlerinin[120] devri ise ciro edilmiş[121] senedin zilyetliğinin devralana geçirilmesi ile[122] gerçekleştirilebilir (TTK m. 490/2).[123] Nama yazılı pay senetlerinin ci-

119 Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 199; Tekinalp, s. 5; S. Anlam Altay, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşmesel Bağlam", İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 565; Şükrü Yıldız/İbrahim Özbay, Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Paysahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXII, 2006, s.8; Arslanlı, s. 180; Rauf Karasu, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması", *GÜHFD*, C. XII, S.1-2, 2008, s. 130; Sevi, s. 226; Necdet Uzel, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.s 108.

120 Nama yazılı paylar bakımından TTK m. 486/3'te azlığın isteme bulunması halinde nama yazılı hisse senetlerinin bastırılarak tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılması esası kabul edilmiştir. Doktrinde nama yazılı pay senetlerinin azınlığın talepte bulunması halinde bastırılması gerekliliğini düzenleyen hükümde, bunların çıkarılma süresi konusunda herhangi bir süre öngörülmediğinden, TTK m. 486/2 c.1 hükmüne kıyasen hamiline yazılı senetlere ilişkin en geç üç aylık sürenin uygulanması gerektiği ve talebin ortaklığa iletildiği tarihten itibaren bu süre içinde yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Şafak Narbay, "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri", *EÜHFD,* C.XVI, s.3-4,2012, s. 212; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1585.

121 Hakim görüşe göre nama yazılı pay senetlerinin beyaz ciro ile devredilebileceği ancak bunun pay senedinin hukuki niteliğinde bir değişiklik meydana getirmeyeceği kabul edilmektedir. Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 1301, 1316; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 365;Abuzer Kendigelen, "Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil" Makalelerim C.I, 1986-2001, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006,s. 234; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1592; Tartışmalar için. Bkz.: Hasan Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992, s. 14 vd.

122 Senet zilyetliğinin devralana geçirilmesi, bizzat senedin fiili teslimi yolu ile olabileceği gibi, araçların teslimi, temsilciye teslim, kısa elden teslim, hükmen teslim ve zilyetliğin havalesi suretiyle de yapılabilir. Pay senedinin devri için zilyetliğin devri, mülkiyetin devri amacıyla yapılmalıdır. Zilyetliğin devrinin bu amaçla yapıldığı karine olarak kabul edilir. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1598 vd. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre devir, ciro ve zilyetliğin devralana geçirilmesi yoluyla yapılmalıdır. Bu iki işlemen birinin yokluğu halinde devir işlemi geçersiz olur. Yargıtay HGK.22.11.1978 T. E.1977/11-922, K. 1978/978 (Kazancı İçtihat Bankası).

123 Nama yazılı pay senetlerinin ciro ve zilyetliğin geçirilmesi suretiyle devrini öngören TTK m. 490/2 (eTTK m. 416/2) hükmünün farklı yorumları sebebiyle bunların hukuki niteliği Türk Hukuku doktrininde tartışmalıdır. Hakim görüş ise nama yazılı pay senetlerinin emre yazılı kıymetli evrak niteliğinde olduğu yönündedir. Bkz.: Uzel, s. 34, dn.20; Tartışmalar hakkında Bkz.: Sevi, s. 206 vd.; Erdoğan Moroğlu, "Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları", Makaleler I,

ronun yanı sıra TBK m. 183 vd. hükümleri uyarınca alacağın temliki yolu ile devrinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir.[124] Temliğin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması ve senedin zilyetliğinin devralana geçirilmesi gereklidir (TBK m. 184/1). Nama yazılı pay senetlerinin menfi emre kaydı ile gerçek nama yazılı pay senedi halinde getirilmesi mümkün olup, bu halde devir için senet üzerine veya ayrı bir kâğıda temlik beyanı ile senet ve ayrı belgede ise temliknamenin zilyetliğinin devralana nakledilmesi devredenin devre yetkisi olması gerekir.[125] Nama yazılı pay senetlerinin devrinin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için senede bağlanmamış payların devrinde olduğu gibi iktisap edenin pay defterine kaydı gerekmektedir.[126] Pay defterine kayıt işlemi ise açıklayıcı etkiye sahiptir.[127] Nama yazılı pay senetlerinin

---

Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, s. 243 vd; İsviçre ve Alman hukukunda ise nama yazılı pay senetlerinin kanunen emre yazılı kıymetli evrak olarak kabul edildiği hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Bkz.: Sevi, s 202-203; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1591; Nama yazılı pay senetlerinin emre yazılı kıymetli evrak olduğu yönünde Bkz.: BGE 83 II 297, s. 304; BGE 81 II 197, s. 202.

124 İmregün, s. 364; Arslanlı, s. 181;Domaniç, s. 1305; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1596; Sevi, s. 235-236; Moroğlu, s. 264; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, 1595 vd; Kendigelen, Payların Devrinde Şekil, s. 234; Karşı görüş Hüseyin Ülgen, Anonim Ortaklıklarda Nama Yazılı Pay Senetlerinin (Ciro Yerine) Ayrı Bir Temlikname ile Devri Caiz midir? İkt. Mal. 1980, C. 27, S.1, s. 18 vd.

125 Bunlar için yabancı hukukta rekta kelimesi kullanılmaktadır. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1187; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. bs., Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2017, s. 334; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1388.

126 eTTK m. 416/2 c.2 de öngörülen "şu kadar ki, devir şirkete karşı ancak pay defterine kayıtla hüküm ifade eder" hükmü 490. maddeye alınmamıştır ancak m. 499/4'te bu husus açık bir şekilde belirtilmiş ve 490. maddede tekrardan kaçınılmıştır. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 397. Ciro ve zilyetliğinde geçirilmesi yolu ile nama yazılı pay senetlerinin devri halinde, devralan kişinin anonim ortaklık bakımından pay sahibi olarak nitelendirilebilmesi için m. 499/4 uyarınca pay defterine kayıt gerekli olup, TTK m. 499/2 uyarınca "payın usulüne uygun olarak devredildiği veya üzerinde intifa hakkı kurulduğu ispat edilmediği sürece, devralan ve intifa hakkı sahibi pay defterine yazılamaz." hükmü dikkate alındığında pay senetlerinin usulüne uygun şekilde devredildiği ortaklık yönetim kuruluna ispat edilmelidir. Narbay, Devir, s. 216.

127 Arslanlı, s. 183; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 97; Ünal Tekinalp, "Pay Defterine Yazımın Hukuki Niteliği Sorunu", İkt. Mal. 1975, C. 25; S. 11; s. 471 vd; Domaniç, s. 1320-1321; İmregün, s. 366; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 82 vd; Narbay, s. 146 vd; Moroğlu, s. 49; Eriş, s. 673-674; Sevi, s. 244-245; Altay, s. 566-567; Narbay, s. 146 vd; Peter Böckli, SchweizerAktienrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2009, § 4, N. 101; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 90; N. 43 N. 82 vd; Yarg. 11. HD. 23.11.1978;, 1978/4631E., 1978/5252 K.; Yarg. 11. HD. 7.11.2000, 2000/6279E., 2000/8691K.

hukuki işlemler ile devri bakımından TTK m. 490/2 uyarınca işlem yapılması gerekmekte olup, kanuni intikallerde ise ciro ve zilyetliğin devrine gerek bulunmaz.[128] Anonim ortaklıklarda pay senetleri çıkarılıncaya kadar payı temsil etmek ve pay senedinin yerini tutmak üzere ilmühaberler bastırılabilir. İlmühaberlere kıyas yolu ile nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır (TTK m. 486/2). Bu sebeple bunların devri ciro ve zilyetliğin devri ile veyahut alacağın temliki yolu ile mümkündür.[129]

Borsada işlem gören anonim ortaklık payları Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi (MKK) nezdinde elektronik ortama tutulduklarında tutulmaktadırlar. Bu sebeple bunlara ilişkin işlemler kaydi sistem yolu ile yapılmaktadır. Kaydi anonim ortaklık paylarının kaydi sistem aracılığı ile borsada yapılan devirleri, hak sahipleri tarafından aracı kuruluşlara verilen ve aracı kuruluşlar tarafından kaydi sisteme girilerek, ilgili sermaye piyasasına iletilen al-sat şeklindeki müşteri emirlerinin irade beyanı (icap ve kabul) olarak kabul edilmesi ve bu emirlerin içerdiği birbirine uygun irade beyanlarının eşleşmesi yolu ile yapılır.[130] Bu çerçevede payın devri, pay sahibi tarafından verilen talimat ile başlamakla birlikte, devir konusu pay aracı kuruluşlar vasıtası ile takas havuz hesabı dâhilinde takas merkezinde devralınmaktadır. Elektronik sistem üzerinden gerçekleşen devir TTK m. 489 ve 490/2 hükümlerinin uygulama alanı dışında kalmakta olup, bu halde alacağın temliki hükümleri uyarınca tasarruf yetkisini haiz olan devredenin talimatı ile devrin gerçekleştiği kabul edilmektedir.[131]

---

128 Gerekçe TTK m. 490.

129 Sevi, s. 319.

130 Mücahit Ünal, Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler, Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, Konya 2013, s. 726.

131 Uzel, s 40; Sevi, s. 301 vd; Bilgili/Demirkapı, s. 545. Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihli 29081 Sayılı RG). Takas işlemi yetkili takas ve saklama kuruluşu tarafından ilgili sermaye piyasası takas düzenlemelerine uygun surette MKK nezdindeki takas havuz hesabı ve aracı kuruluş havuz hesapları kullanılarak yapılmaktadır. Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihli 29081 Sayılı RG), m.17/1. Takas günü takas yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacı ile satışı yapılan kaydileştirilmiş anonim ortaklık payı aracı kuruluş tarafından yatırımcı hesaplarından aracı kuruluş havuz hesaplarına aktarma yapılır. Aracı kuruluş havuz hesaplarında bulunan devir konusu payın takas havuz hesabına aktarılması ile söz konusu aracı kuruluşun takas borçları kapanır. Takas alacakları yetkili takas ve saklama kuruluşu tarafından takas havuz hesabından ilgili aracı kuruluş havuz hesaplarına aktarılır. Devri gerçekleşen payın devralan yatırımcı hesaplarına

B. Bağlı Nama Yazılı Payların Devri ve Genel Olarak Bağlam

TTK m. 490'da nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde kural olarak devredilebilirliği esas almış olmakla birlikte, bunların kanunda veya esas sözleşmede öngörülecek şartlarla devrinin sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir.[132] TTK m. 493/7 de ise esas sözleş-

dağıtımı da yine aracı kuruluş tarafından yapılır. Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihli 29081 Sayılı RG), m. 17/3. Borsa dışında gerçekleştirilen alım satım işlemleri nedeniyle kayıtlarda gerekli değişiklikler ise kaydi sermaye piyasası aracının yer aldığı hesabın MKK' da bağlantılı olduğu üye tarafından yerine getirilir. Tebliğ II-13.1 (7/8/2014 Tarihli 29081 Sayılı RG), m. 17/4.

132 6762 sayılı mülga TTK m. 418 kapsamında düzenlenmiş olan esas sözleşmesel ve kanuni bağlam düzenlemeleri, 6102 sayılı TTK ile kapsamlı bir değişikliğe uğramış ve nama yazılı pay devirlerinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) 1991 yılında kabul edilen değişiklikler ile 01.07.1992 tarihinde yürürlüğe giren 685a ila 686 g maddelerinin bazı farklılıklarla iktibası ile yeniden biçimlendirilmişlerdir. 6102 sayılı TTK'nın mülga kanundan ayrılan önemli farklılıklarından biri payın devrinin bağlam hükümleri ile yasaklanmasının mümkün olmamasıdır. Mülga TTK m. 418 hükmü ile yetkili organa sebep gösterilmeksizin devir talebinin reddi yetkisinin verilmiş olması, nama yazılı pay senetlerinin devrinin yasaklanabileceğini sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Bkz.:İmregün, s. 363 vd; Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 36. Aynı zamanda esas sözleşmeye eklenebilecek çeşitli içeriklerdeki ret sebepleri de uygulamada bunların yorumlanması ve uygulanması aşamasında zorluklar ihtiva etmekteydi. Payını devretmek isteyen pay sahiplerinin durumu ve ortaklığın bağlam hükümleri ile öngörülen menfaatleri ile pay sahiplerinin menfaatlerinin dengelenmesi İsviçre ve Türk hukukunda kabul gören bölünme teorisi çerçevesinde sağlanmaya çalışılsa da yeterli bir başarıya ulaşmadığı görülmekteydi. Bölünme teorisi uyarınca, bağlam düzenlemesi payın devrini geçersiz hale getirmemekte, payın içerdiği hakların bir kısmı devredende kalırken bir kısmı ise devralana geçmektedir. Payı devralan pay senedi üzerindeki mülkiyet ve malvarlığı haklarından kaynaklanan alacak haklarını edinirken (kar payı, hazırlık devresi faizi, tasfiye bakiyesi katılma gibi), yönetimsel hakları (oy hakkı ve buna bağlı haklar) payını devretmek isteyen pay sahibinde kalmakta ve defterde kayıtlı pay sahibi her ne kadar ortaklık ile ekonomik anlama bir ilgisi kalmamış olsa dahi bu hakları kullanabilmektedir. Bkz.: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1150; Ömer Teoman, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler" Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim- C.I 1971-1982, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000, s. 52; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 179; Altay, s. 578-579. Bağlam hükümlerinin özellikle oy sözleşmeleri, temsil yetkisi verilmesi gibi yollarla dolanılması bu sistemdeki arzu edilen sonuçların sağlanmasına da imkân vermiyordu. İsviçre hukukunda 1991 tarihinde kabul edilen değişiklikler ile esas olarak birlik teorisini kabul eden ve pay senedinin borsaya kayıtlı olup olmadığını da gözeten yeni düzenlemeler getirilerek bağlam hükümleri tekrar düzenlenmiştir. Birlik teorisi payın bölünemeyeceğini ve bu sebeple payların bunlardan doğan tüm haklarla birlikte devrolunabileceğini kabul etmektedir. Birlik teorisinin payın bölünemeyeceği gerekçesinin yanı sıra bir diğer temel gerekçesi İBK 967/3 (TTK m. 647/3) uyarınca "kanun veya sözleşme ile başkalarının bu arada özellikle borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebilir" hük-

menin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramayacağı öngörülmüştür. Bu sebeple nama yazılı payların kanuni ve esas sözleşmesel bağlam hükümleri ile devri sınırlandırılabilirse de esas sözleşmeye konulacak bir hükümle devredilmesi yasaklanamaz.[133] Devrin sınırlandırılması bağlam olarak ifade edilirken, devri sınırlandırılmış nama yazılı paylar/pay senetleri bağlı nama yazılı paylar/pay senetleri olarak adlandırılır. Devrin gerçekleşmesi için, senede bağlanmamış bağlı nama yazılı paylarda alacağın temliki hükümleri (TBK m. 183 vd.) uyarınca tasarruf yetkisini haiz devredenin yazılı devir beyanının yanı sıra ortaklığın onayı aranırken, bağlı nama yazılı pay senetlerinde ise TTK m. 490/2 uyarınca ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ile ortaklığın devre onay vermesi gerekmektedir.

Devir sınırlamalarının düzenlendiği TTK 491 ila 498 hükümleri dikkate alındığında bağlamın hukuki sebebi açısından kanuni ve esas sözleşmesel bağlam ayrımı yapılması mümkün olup, bu iki tür bağlam hükümlerinin düzenlenmesi amaçları farklılık arz etmektedir. Kanuni bağlam, ekonomik durumları zayıf olan kişilerin anonim ortaklıkta pay sahibi olmalarının engellenmesi, ödemelerin teminat altına alınması ve sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir (TTK m. 491). Esas sözleşmesel bağlam düzenlemeleri ise bazı özgün yapılara sahip anonim ortaklıklarda, bunların kendilerine has

müdür. Birlik teorisine göre bağlama ortaklık hakkı bir bütün olarak ele alındığından yönetimsel hakları ile malvarlığı hakları arasında bir bölünme söz konusu olamaz, bu sebeple payı satan pay sahibi ile alıcı üçüncü kişi arasındaki tasarrufi işlem de ortaklığın onay vermemesi halinde geçersiz hale gelmektedir. Bu duruma hem pay senedinin mülkiyeti hem de paydan doğan haklar satıcı pay sahibinde kalır, sadece alacak hakkına dönüşen hakların üçüncü kişiye devrolması (taraflar arasındaki sözleşme şartlarının yorumu ile) mümkündür. Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Senetler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 14; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 179 vd. Birlik teorisi bağlı nama yazılı pay senedinin taraflar arasında gerçekleşen devir işleminin, ortaklık tarafından devre onay verilmemesi halinde tamamen geçersiz olacağını savunur. Bağlı nama yazılı pay senetlerinin devri açısından ortaklığın vereceği onay, hem senet mülkiyetinin geçmesi hem de pay sahipliği sıfatının kazanılması bakımından kurucu niteliktedir Pulaşlı, Bağlı nama Yazılı, s. 173; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 1153, s. 593. 6102 sayılı TTK'da bağlam hükümlerine ilişkin düzenlemelerde esas olarak İBK 685 vd. hükümlerinin iktibası ile birlik teorisi kural olarak benimsenmiştir. Altay, s. 609; Sistem değişikliğinin temel sebepleri, bağlama ilişkin düzeni daha adaletli, daha basit daha net ve sonuçları daha kesin kurallara bağlamak devrin sınırlandırılmasını makul ve açıklanabilir düzeyde tutmaktır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 15.

133 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1607; Sevi, s. 261; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5, 80.

özelliklerinin devamını sağlamak amacı ile öngörülür (TTK m. 492-498). Bu amaç öncelikle aile tipi ve kapalı anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin birbirlerine karşı sahip oldukları karşılıklı güven ve anlayışı sürdürmek ve dışarıdan birisinin katılmasını esas sözleşmede öngörülecek bağlam hükümleri ile engellemek olarak karşımıza çıkar.[134] Benzer şekilde pay sahiplerinin bazı kişisel niteliklere sahip olmasını gerektiren ortaklıklarda, payı devralacak kişilerin de söz konusu bu özellikleri taşımalarının sağlanmasına yardımcı olur.[135] Ayrıca gerek iç gerekse dış yabancılaşmanın önlenmesi[136] ekonomik gücün merkezi hale getirilmesi bağlam hükümlerinin temel amaçları arasında sayılmaktadır.[137]

Bağlam sadece nama yazılı paylar ve nama yazılı pay senetleri ile bunlar yerine çıkarılan ilmühaberler için öngörülmüş olup[138] hamiline yazılı pay ve hamiline yazılı pay senetlerinin devri bağlam düzenle-

---

134 Anonim ortaklıklar, esas sözleşmesel bağlam aracılığı ile ortaklık pay sahipliği yapısını veya pay sahibi sıfatıyla oy kullanarak karar alma süreçlerine etki edebilecek kişileri denetim altına almayı amaçlamaktadırlar. Bkz.: Uzel, s. 105-106.

135 Örnek olarak bir hastane işlemeciliği faaliyetinde bulunan ortaklıkta sadece doktorların veyahut ilaç üretiminde fabrika laboratuarında çalışmaları gerekliliği ile sadece eczacıların ortak olduğu bir ortaklıkta diğer meslekten olan kişilerin ortaklıkta pay sahibi olmasının engellenmesi bağlam hükümleri ile mümkün olabilir. Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 118-119. Keza TTK m. 480/4 uyarınca esas sözleşmede pay sahiplerine tali/ikincil yükümlülük getirilmesi durumunda, bu yükümlülükleri yerine getirebilecek nitelikte olmayan kişilerin pay sahibi olmalarının engellenmesi bağlam hükümleri vasıtası ile mümkündür. Sevi, s. 266.

136 Dış yabancılaşma özellikle ortaklıkların işletme konusu bakımından tabi oldukları mevzuat gereği Türk tabiiyetinde bulunanlardan teşkili gerekli veya yabancı iştirak belirli oranda sınırlanmış ise söz konusu olur. Örnek olarak TTK m. 940; 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 4; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 44 vd. Ayrıca Bkz.:beliril grup pay senetlerinin sadece Türk vatandaşlarına tahsisine ilişkin TCMB Kanunu m. 11/d. Ortaklığın rakibin pay sahibi olmasının getirdiği avantajları kullanarak, ortaklıkla rekabet şartlarını kendi lehine değiştirmesini engellemek ve işletmenin ekonomik bağımsızlığını korumak amacı ile de bağlam düzenlemeleri öngörülebilir. Lerzan Yılmaz, "İsviçre Borçlar Kanununda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu", *İBD*, C.60, S.4, 2007, s. 1573; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 43.

137 Sevi, s. 251 vd; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 115 vd.; Yılmaz, s. 1573.

138 Anonim ortaklıkta nama yazılı payların bir kısmı için bağlam öngörülürken, diğerleri için ise öngörülmemesi mümkün olup, özellikle nama yazılı payların gruplara ayrılarak belirli gruplara imtiyazlı haklar tanınması durumunda, bu payların el değiştirmesinin kontrol altında tutulması için gerekliliği çerçevesinde sadece o paylar bakımından bağlam hükümleri düzenlenmesi olanaklıdır. Altay, s. 572.

meleri ile sınırlanamaz.[139] Hamiline yazılı pay senetleri yerine çıkarılabilecek olan ilmühaberler hakkında TTK m. 486/2 uyarınca nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaksa da esas sözleşmesel bağlam hükümleri bunlar hakkında uygulanamaz.[140]

C. Bağlam Türleri

1. Kanuni Bağlam

Kanuni bağlamın düzenlendiği TTK m. 491/1 uyarınca, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar[141] ancak ortaklığın onayı ile devrolunabilir. Esas sözleşmede bu yönde herhangi bir hüküm bulunmasına gerek olmaksızın pay bedeli tamamen ödenmemiş ve devralanın ödeme gücünün şüpheli olması halinde TTK m. 491 uygulanabilir ve ortaklık, onay talebini, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ve ortaklık tarafından istenen teminatın verilmemesi halinde reddedebilir (TTK m. 491/2).[142] Hüküm uyarınca ortaklık sadece payı devralanın devraldığı payın kalan sermaye borcunun ödenmesi konusunda ödeme yeterliliği şüpheli ise teminat isteyebilecek ve teminat verilmez ise onay vermeyi reddedebilecektir.[143] Kanunda teminatın niteliği bakı-

---

139 Altay, s. 565; Arslanlı, s. 180; Karasu, *Devir*, s. 130; Uzel, s 108; Sevi, s. 254; Hamiline yazılı pay ve hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin bağlam düzenlemeleri, kararlar ve uygulamaların yok hükmünde olduğu, bu hususun kayden izlenen hamiline yazılı payları da kapsadığı yönünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5; esas sözleşmede yer alan hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin bağlam hükümlerin geçersiz olduğu yönünde Bkz.: Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 123, 145; Yıldız/Özbay, s. 8.

140 Tekinalp(Çamoğlu/Poroy), Ortaklıklar, N.769; Ancak kanuni bağlam hükümleri çevresinde ortaklığın onayı şartı aranabileceğine ilişkin Bkz.:Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1715; Uzel, s. 110.

141 TTK m. 491'in bedeli tamamen ödenmemiş ve pay senedine bağlanmamış hamiline yazılı paylar bakımından kıyasen uygulanabileceği doktrinde savunulmaktadır. Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 400; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 2; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N. 770, Yıldız/Özbay, s. 8, dn.3; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1624; Karşı görüş Uzel, s. 98-99.

142 Ödeme gücüne dayanarak ortaklığın onay vermeyi reddetme olanağı, anonim ortaklıkta kişisel değerlendirme yapma bağlamında bir takdir hakkı tanımaktadır. Devralanın ödeme gücüne sahip olmasına rağmen, ortaklığın onay vermemesi dürüstlük kuralıyla (TMK m. 2) bağdaşmaz ve takdir yetkisi dürüstlük kuralı ile denetlenir. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 34; Karasu, Devir**,** s. 132. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 119.

143 Esas sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut değilse onay incelemesi yönetim kurulu tarafından yapılacak olup, yönetim kurulu, devredenin ödeme kabiliyetini gerekli özeni göstererek araştırmak zorunda olup, gerekli araştırmanın yapıl-

mından bir açıklık bulunmamakta olup, söz konusu teminat ayni veya şahsi nitelikte olabileceği gibi, devralan veya üçüncü bir kişi tarafından da gösterilebilir.[144] Ortaklığın devre onay vermemesinin sonuçlarına ilişkin kanuni bağlam bakımından ayrı bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay devirlerine ilişkin esas sözleşmesel bağlam hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.[145] Bu sebeple talep edilen teminat verilmediği veya teminat yetersiz bulunduğu için ortaklık devre onay vermez ise devre konu payların mülkiyet hakkı ve diğer pay sahipliği hakları devredende kalır (TTK m. 494/1).[146] Ortaklığın payın devrine onay vermesi durumunda paydan doğan taahhüt borcu TTK m. 501/1 uyarınca devralana geçer ve bedeli tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı bir payı iktisap eden kimse pay defterine kaydedilmekle ortaklığa karşı geri kalan pay bedelini ödemekle yükümlü olur.[147] Kanuni bağlam düzenlemesi nama yazılı payların devrinde uygulanacak bir düzenleme olup, paylar üzerinde intifa hakkı kurulması halinde ise -esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerinden- farklı olarak uygulama alanı bulmaz.[148]

---

mamış olması ve teminat istenmeksizin onay verilmesi halinde doğacak zarardan sorumlu olacaktır. Taşdelen, s. 3357; Uzel, s.101; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 30. Ret kararının hukuka aykırılığı halinde ise devralan pay defterine kayıt talebini içeren bir eda davası ikame edebilecektir. Uzel, s. 105; .Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung: Theorie und Praxis Im Neuen Aktienrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Frankfurt a.M. 1997, s. 299;Akın, s. 176; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 33-34.

144 Uzel, s. 102-103; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1621-1622.

145 Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay devirlerine ilişkin ortaklığın ret kararının, sadece genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların kullanılmasının engellenmesine yönelik olduğu ve bu durumun kanuni bağlam sistemi çerçevesinde sermayenin korunması ilkesi ile uygun düşmeyeceği dikkate alınarak, kanuni bağlam kapsamında ortaklığın reddinin hukuki sonuçlarına borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar hakkındaki hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz.:Kläy, Vinkulierung, s. 299; Akın, s. 176; Uzel, s. 104.

146 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1622; Uzel, s. 105. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 34.

147 Ortaklığın kuruluşu veya esas sermayesinin artırılması tarihinden itibaren iki yıl içinde ortaklığın iflas etmesi ve pay taahhüdünde bulunan veya sermaye artırımına katılan kişiden payı iktisap eden kişi ıskat olunmuş ise payı devreden kurucu veya iştirak taahhüdü sahibi eski pay sahiplerinin ikincil nitelikte sorumlulukları söz konusu olup, bunun dışındaki durumlarda ise devralanın pay defterine kaydedilmesiyle bu kişiler borçlardan kurtulmuş olurlar (TTK m. 501/2, 3).Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 93; Kläy, Vinkulierung, s. 302; Akın, s. 179-180

148 TTK m. 492/2 söz konusu sınırlama halini esas sözleşmesel bağlam hükümleri çerçevesinde düzenlenmiş olup, pay bedellerinin tam olarak ödenmemiş olmasının

TTK m. 491 kanuni bağlamın uygulanacağı nama yazılı payları borsaya kote edilmemiş paylar olarak sınırlandırmamış olmakla birlikte, borsaya kote edilen nama yazılı paylar bakımından kanuni bağlam hükümlerinin güncel mevzuat açısından uygulama alanı bulunmamaktadır (SerPK m.12/1). Zira anılan hükme göre halka arz edilecek payların bedelleri tamamen ödenmiş olmalıdır.

Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebri icra yolu ile devralınması halinde[149] ortaklığın onay vermekten kaçınamayacağı TTK m. 491/1'de ayrıca belirtilmiştir.[150]

2. Esas Sözleşmesel Bağlam

Esas sözleşmesel bağlam ile ilgili temel ilkelerin belirlendiği TTK m. 492'de esas sözleşme[151] ile nama yazılı payların ancak ortaklığın onayı ile devredilebileceğinin öngörülebileceği[152] bu sınırlamanın in-

---

intifa hakkı tanınacak kimseye onay verilmemesini haklı göstermemektedir. Bkz.:Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 23.

149 TTK m. 490, 493/3 gerekçelerinde söz konusu intikal halleri bakımından kanuni devir ifadesi kullanılmakla birlikte, belirtilen devir hallerinden bazılarında hukuki işleme dayalı olarak devrin gerçekleştiği de görülmektedir (vasiyetname, evlilik sözleşmesi, miras sözleşmesi). Bu sebeple doktrinde bu edinim halleri için farklı ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Hukuki işlemler dışında iktisap edilme (Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 201 vd); İrade dışı kazanım (Karasu, Devir, s. 132), özel iktisap halleri (Kläy, Vinkulierung, s. 205, Akın, s. 117, dn.399).

150 Doktrinde TTK m. 493/4'te yer alan payın miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmesi halinde ortaklığın gerçek değeri üzerinden payları satın alabilmesine ilişkin hükmün, TTK m. 491/1 kapsamında da uygulanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır. Bkz.: Karasu, Devir, s. 132; borsada kote edilmemiş nama yazılı paylarda anonim ortaklığın söz konusu payları gerçek değeri ile devralmayı önererek devri onaylamayabileceği görüşünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 34; Karşı görüşte: Uzel, s. 97. Konunun tartışılabileceği görüşünde Bkz: Bahtiyar, s. 325.

151 Nama yazılı payların esas sözleşme dışında başka bir işlemle, örnek olarak genel kurul kararıyla sınırlandırılması geçerli değildir. Ayrıca eTTK'nın aksine TTK'ya göre esas sözleşmede herhangi bir neden gösterilmeksizin pay devirlerinin sınırlandırılması da mümkün değildir. Bkz.: Karasu, Devir, s. 133-134; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 80-81;Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1607.

152 İBK 685/a hükmüne paralel 492/1 hükmünün payların borsaya kote olup olmaması ve borsa içi veya dışında gerçekleştirilen devirler bakımından farklılaşan hukuki sonuçları dikkate almaksızın düzenlendiği doktrinde ifade edilmiştir. Zira borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde ortaklığın onayı payın mülkiyeti ve paydan doğan hakların devralana geçişi için zorunluluk teşkil ederken, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde ortaklığın vereceği tanınma kararı sadece oy hakları ve buna bağlı hakların kullanılmasına ilişkindir. Uzel, s. 65.

tifa hakkı[153]kurulurken de geçerli olacağı ve ortaklık tasfiye haline girmiş ise devredilebilirliğe ilişkin sınırlamaların uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir.[154] TTK m. 492'de devre onay verme yetkisinin ortaklığa ait olduğu belirtilmiş olup, esas sözleşme ile aksi öngörülmemiş ise onay verme yetkisi yönetim kuruluna aittir.[155] Yönetim kurulu devrin esas sözleşmede mevcut bulunan bağlam hükümlerine uygunluğunu ve işlemin TTK m. 490/2 hükmüne uygunluğunu kontrol etmekle yükümlüdür (TTK m. 499/2).[156]

TTK m. 492'de pay üzerinde intifa hakkı kurulması halinde sınırlamanın geçerli olacağının ayrıca belirtilmiştir. Bunun sebebi ise intifa hakkı sahibinin aksine anlaşma yoksa payın çıplak mülkiyeti dışında paydan doğan yönetsel ve mali hakları edinmesinden kaynaklanmaktadır.[157] Esas sözleşmede öngörülen bağlam hükümlerinin intifa hakkı

153 Doktrinde intifa hakkının tek başına bağlama konu edinilemeyeceği savunulmaktadır. Altay, s. 592.

154 Pay devri sınırlamaları, ortaklığın ticari faaliyetlerini aktif olarak devam ettirdiği süre içinde, ortaklığın amacının gerçekleşmesini engelleyebilecek veya menfaatlerine zarar verebilecek unsurlardan korunmayı sağladığından, tasfiye haline giren bir ortaklıkta, serbestçe devir ilkesinin sınırlandırılmasını haklı gösteren gerekçeler ortadan kalkmaktadır. Gerekçe TTK m. 492/3; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 234. Ancak ortaklığın tasfiye halinde devredilebilirliğe ilişkin sınırlamanın ortadan kalkacağına ilişkin TTK m. 492/3, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrine ilişkin TTK m. 491'de öngörülen kanuni bağlam düzenlemesi bakımından uygulanamaz. Bkz.: Uzel, s. 99-100.

155 Onayın kabulü veya reddi doğrudan pay defteri ile ilgili olduğundan ve pay defterinin tutulması yetkisinin TTK m. 375/1 (f) hükmü uyarınca yönetim kuruluna ait bulunduğu dikkate alındığında karar organının yönetim kurulu olması gerektiği, TTK m. 365. maddesinin de bu görüşü desteklediği, ancak yönetim kurulunun bu yetkisinin devredilemez nitelikte olmadığı ve devre onay verme yetkisinin genel kurula bırakılabileceği kabul edilmektedir. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 21-22; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 129; Böckli §6 N. 31 vd; ayrıca Bkz.: Uzel,s. 57 vd; az sayıda ortağı bulunan anonim ortaklıklar için genel kurulun yetkili olması düşünülebilirse de çok ortaklı ve çağrı usulüne uygun genel kurulu davet etmek zorunda bulunan anonim ortaklıklar için yetkinin genel kurula verilmesi pratik olmayacaktır. Akın, s. 47, 185; Altay, s. 573 vd; Sevi, s. 258; Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 141; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 119.

156 Karar organı senet hamilinin şeklen yetkili hamil olup olmadığını değerlendirmelidir. Sevi, s. 240 vd. Yönetim kurulu bu kararı verirken TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile eşit işlem ilkesine uygun surette alınması gereklidir. Akın, s. 187.

157 Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 203 vd. Nama yazılı paylar üzerinde intifa hakkı, intifa hakkı sahibinin özellikle kanunen oy hakkına sahip olması sebebiyle bağlam bakımından önem taşımaktadır. Zira TTK m. 432/2 uyarınca bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması halinde aksi kararlaştırılmamış ise oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Bu sebeple bağlam hükümlerinin intifa hakkı sahibi-

kurulurken uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye esas sözleşmede ayrıca belirtilmesine ise gerek bulunmaz.[158]

TTK m. 492'de nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılması bakımından temel ilkeleri belirledikten sonra, TTK 493 ila 498 maddeleri arasında bağlam konusu pay senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre iki grup halinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

a. Borsaya Kote Edilmemiş Paylar

TTK m. 493/1'de ortaklığa, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların[159] devrini, esas sözleşmede öngörülmüş bulunan önemli bir sebebin varlığını öne sürerek onaylamama veya devredene, paylarını başvurma anındaki gerçek değeri ile kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önerme hakkını kullanması yolu ile devri engelleyebilme olanağı düzenlenmiştir.

TTK m. 493/1 de öncelikle nama yazılı payın devrinin esas sözleşmede öngörülmüş olan önemli bir sebebin ileri sürülmesi yolu ile engellenebilmesi olanağı düzenlenmiştir. Esas sözleşmede öngörülen önemli sebebin ortaklığın işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı[160] yönünden esas sözleşmede yer alan veya esas sözleşmeden anlaşılan pay sahipleri çevresinin bileşiminin korunması bakımından onayın reddini haklı göstermesi gerekmektedir (TTK m. 493/2).[161] Bu sebeple salt pay sahipleri çevresinin bilişimine ilişkin esas

---

ne uygulanmaması, bağlaman beklenen yararları etkisiz hale getirir. Bkz.:Gerekçe TTK m. 492/2. Karasu, Devir, s. 134; Altay, 590; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 22.

158 Altay, 590-591; Uzel, s. 126. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar üzerinde intifa hakkı kurulmasına onay talebi esas sözleşmede öngörülen bağlam hükümleri sebebi ile ortaklık tarafından reddedebilir. Ortaklığın aynı zamanda TTK 493/4 uyarınca satın alma teklifinde bulunma hakkı da bulunmaktadır. Uzel, s.127;eTTK döneminde 418/4 hükmündeki kanuni alım hakkının kullanılabileceği yönünde Bkz.: Kendigelen, İntifa Hakkı, s. 49-51.

159 Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar terimi kapalı anonim ortaklıklar ile halka açık olup borsaya kotasyon için başvurmamış halka açık anonim ortaklıkların nama yazılı paylarını ifade etmektedir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 39.

160 İşletmenin ekonomik bağımsızlığı TTK'da tanımlanmamıştır. İsviçre doktrininde, işletmenin bir başka işletmenin veya bireysel bir alıcının fiili veya hukuki olarak kontrolüne girmesi sonucunu doğuracak pay devirlerinin ekonomik bağımsızlık gerekçesi ile reddedilebileceği kabul edilmektedir. Böylece yabancılaşmanın önüne geçilebilecektir. Karasu, Devir, s. 136.

161 Borsaya kote olmayan nama yazılı paylar bakımından, pay sahipleri çevresinin

sözleşme hükümleri önemli sebep olarak kabul edilmez. Pay sahipleri bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin önemli sebep teşkil etmesi için mutlaka işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik veya ortaklığın ekonomik bağımsızlığının korunmasına ilişkin olması gerekmektedir.[162] Bu çerçevede doktrinde işletmenin konusunun gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak, rekabet eden kişilerin ortaklığa girmesinin engellenmesi[163] şirket amacının gerçekleşmesi için gereklilik arz eden pay sahiplerinin bazı kişisel niteliklere sahip olması koşulunu içeren bağlam düzenlemeleri[164] istisnaen vatandaşlık şartı temeline dayalı ret sebepleri[165] ile işletmenin ekonomik bağımsızlığının korunması bakımından kontrol değişikliğinin engellenmesi ve pay devirlerine getirilebilecek yüzdelik ve sayısal sınırlamalara ilişkin ret şartlarının geçerli olarak düzenlenebileceği belirtilmektedir.[166] Pay devrinin reddi sebepleri esas sözleşmede açık ve somut bir şekilde belirtilmelidir.[167]

TTK m. 493/1 de ikinci olarak ortaklığın satın alma teklifinde bulunarak devri engelleme olanağından bahsedilmiştir. *"Kaçış klozu"*

---

bileşimi bağlamında esas sözleşmeye konulacak önemli sebep ile payların devrinin onayını reddetme olanağı yönetim kuruluna tanınmış olup, bu hükümle kapalı anonim ortaklıklarda kişisel olarak nitelendirilebilecek menfaatlerin korunması amaçlanmıştır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40-41; Önemli sebep kavramı hakkında detaylı bilgi için Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 42 vd.; Uzel, s. 231 vd. önemli sebep kavramının kullanılmasına ilişkin eleştiriler için Bkz.: Akın, s. 37 vd. Devir sınırlamaları işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı bakımından devrin reddini haklı göstermelidir. Devrin reddine ilişkin sebep objektif olarak haklı görüldüğü takdirde önemli olarak kabul edilir, ortaklığın veya karar organının subjektif anlayışı yeterli değildir. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 139.

162 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44, N.140; Böckli, §6 N.244 ; 257vd; Kläy, Vinkulierung, s. 146; Kläy, Aktien, s. 50; Sevi, s. 263;Uzel, s. 237; Altay, s. 600.

163 Böckli, §6, N. 258 vd.;Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 143; Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2009, s. 126.

164 Karasu, Emredici, s. 126; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 144.

165 Sevi, s. 267; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s, 44.

166 Sevi, s. 263 vd; Uzel, s. 252 vd; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 43 vd; Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 151.

167 TTK m. 493 maddeye atıf yapılması veya anılan hükmün esas sözleşmede aynen tekrarı ile düzenlenen ve başkaca somut açıklama içermeyen devir sınırlamalarına ilişkin düzenlemeler geçersizdir. Sevi, s. 262; Kläy, Vinkulierung, s. 142 vd; Kläy, Aktien, s. 54; Böckli, § 6 N. 247; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N. 137, 156 vd; Akın, s. 37; Karşı görüş TTK 493/1 hükmünde yer alan kalıbın esas sözleşmede olduğu gibi kullanılabileceğini kabul eder. Bkz.: Altay, s. 601.

(*escape clause*) olarak adlandırılan devre konu payların gerçek değeri üzerinden devralma önerisinde bulunulması için, buna ilişkin bir hükmün esas sözleşmede öngörülmüş olması şart değildir.[168] Ancak bu ret imkânının kullanılabilmesi için ortaklığın nama yazılı pay devirlerinin kanuna uygun surette önemli sebebe dayanarak sınırlandırılmış olduğunun esas sözleşmede yer alması gerekir.[169] Bu düzenleme ile ortaklığa başka bir neden göstermesine-önemli sebep- gerek kalmadan sadece kanunda belirlenen şekilde alım teklifi yapması koşulu ile devrin onaylanması istemini reddedebilme olanağı tanınmıştır.[170] Ortaklığın kaçış klozunu kullanması payını devretmek isteyen pay sahibini paylarını devretmekle yükümlü kılmaz. Bu duruma pay sahibinin ortaklığın teklifini kabul etme veya teklifi reddederek payları elinde tutma seçeneklerinden birini kullanabilir. Böylece kaçınma klozu ortaklığa ortak olarak benimsemek istemediği kişileri ortaklıktan kabulden kaçınabilmesine imkân sağlarken, aynı zamanda da payını devretmek isteyen pay sahibine paylarını gerçek değeri üzerinden satarak ortaklıktan ayrılabilme olanağı tanımaktadır.[171] Ortaklık, satın alma teklifini payını devretmek isteyen pay sahibine yöneltmelidir.[172]

---

168 Bkz.: Gerekçe TTK m. 493/1; Karasu, Devir, s. 136-137; Uzel, s. 206 vd.

169 Uzel, s. 205; Sevi, s. 273; Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 402; Akın, s. 77; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, 44, § N. 121; Kläy, Aktien, s. 51.

170 Şafak Narbay, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 224; Narbay, Devir, s. 296; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 48.

171 Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 161, 166; Kaçış klozu bir önalım hakkı niteliğinde bulunmamaktadır. Kaçış klozu pay sahibinin rızası hilafına paylarının edinilmesini sağlamaz Kläy, Vinkulierung, s. 17; Kläy, Aktien, s. 67; Akın, s. 75; Uzel, s. 324vd.; Ortaklığın satın alma teklifinde bulunarak devir işlemine onay vermekten kaçınmasının yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde, ortaklığın icabı ile bağlı olduğu ancak teklifin yöneltildiği pay sahibinin söz konusu icabı kabul zorunda olmadığı yönünde Bkz.: Sevi, s. 274. Kişi icabı kabul ederse teklifte belirlenen kişiye satarak ortaklıktan çıkacak ancak kabul etmez ise paylarını devretmekten vazgeçmiş sayılacaktır. Böckli, §6 N. 237; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N. 166, Karşı görüş kaçış klozunun önalım hakkı niteliğinde olduğunu kabul eder Bkz.: Bahtiyar, s. 328; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 48, 50, 83. Sonuncu yazar kaçış klozunun önalım hakkı niteliğinde bulunduğu, devredecek olan pay sahibinin gerçek değerden daha yüksek bir fiyat elde edecek olsa dahi öneriyi geri çeviremeyeceğini belirtir. Ayrıca ortaklığın yenilik doğurucu satın alma beyanını yönelterek bu payları gerçek değerinden satın almasının söz konusu olduğu yönünde Bkz.: Altay, s. 603-604, 610; ortaklığın teklifinin kabul edilmesi gerektiği yönünde Bkz.: Karasu, Devir, s. 137.

172 Borsaya kote edilmemiş paylara ilişkin olarak öngörülen kaçış klozunun kullanılmasında, birlik teorisi uyarınca payın mülkiyetinin ve paya bağlı hakların devri ortaklığın onayına bağlı olduğu ve onay öncesinde bunların üçüncü kişiye geçmemiş olduğu dikkate alındığında payını devretmek isteyen pay sahibi malik

Ortaklığın satın alma teklifinde satın alınmak istenen payların gerçek değeri teklif edilmelidir. Ancak payların gerçek değerinin tespitinin ne şekilde yapılacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçek değerin payların piyasa değerine eşit olduğu kabul edilmektedir.[173] Satışa konu payların gerçek değeri kural olarak tespit tarihi itibari ile aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınarak tespit edilen bilanço değeri üzerinden hesaplanmakla birlikte, bu değere *good-will* (peştemaliye) eklenmelidir.[174] Pay sahibi ortaklığın teklif ettiği satın alma bedelini reddetmesi durumunda ise gerçek değer ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi tarafından tespit edilir (TTK m. 493/5). TTK m. 493/5 uyarınca mahkeme, ortaklığın karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır ve değerleme giderleri ortaklık tarafından karşılanır.[175] TTK m. 493/6 uyarınca devreden pay sahibi gerçek değeri öğrenmesinden itibaren bir ay içinde bu bedeli reddetmez ise ortaklığın devralma önerisini kabul edildiği varsayılır.

Ortaklığın diğer bir imtina sebebi ise, TTK m. 493/3'te öngörülmüş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, devralan payları kendi adına[176] ve hesabına aldığını açıkça beyan etmez ise, ortaklık, devrin pay defterine kaydını reddedebilir. Bu hüküm ile pay devir sınırlamalarının dolanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.[177] Doktrinde hâkim görüşe

---

sıfatını taşımaktadır, Uzel s. 325-326; Akın, s. 82; Sevi, s. 274.

173 Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1630.

174 Tespit edilecek değer tasfiye değerinin üzerinde olup, ortaklığın faaliyet dönemi değerlerini esas alır. Sevi, s. 277; ayrıca Bkz.: Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1630; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44 N. 168.

175 Gerçek değerin tespitinde mahkeme ortaklığın karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır hükmünün isabetli olmadığı, gerçek değerin tespitinin mahkemeden istenmesinden sonra payların değerindeki değişiklikten m. 493/1 hükmü uyarınca devredenin veya m. 493/4 uyarınca devralanın olumlu ve ya olumsuz bir şekilde etkilenmemesi gerektiği bu sebeple gerçek değer tespitinin değerlemenin talep edildiği tarihteki ortaklık mevcudu dikkate alınmasının menfaatler dengesine daha uygun olduğu yönünde Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s.404, İBK m. 685/b 5'den farklı şekilde düzenlenen TTK m. 493/5'in başvuru anındaki gerçek değerin esas alınacağına ilişkin TTK m. 493/1 ile çelişki yarattığı yönünde Bkz.: Uzel, s. 320.

176 Ortaklığın payları kendi hesabına iktisap etmesi halinde TTK m. 379 vd. hükümlerinin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Tartışmalara ilişkin Bkz.: Akın, s. 85 vd; Sevi, s. 274 vd.

177 Esas sözleşmede öngörülmüş bulunan önemli sebep dolayısıyla onay alamayacağını bilen kişi, nama yazılı payları başkasına, ancak kendi hesabına aldırıp, kendisini gizleyerek pay sahibi olmak isteyebilir. Kanun, bağlam hükümlerinin bu şekilde dolanılmasını engellemek için, ortaklığa, devralandan, arkasında başkası-

göre TTK m. 493/3 uyarınca pay defterine kayıt yapmaktan kaçınma imkânın esas sözleşmede açıkça öngörülmesi zorunlu değildir.[178] Bununla birlikte hükmün uygulama alanı bulması için esas sözleşmede nama yazılı pay senetlerinin ortaklığın onayına tabi olduğu hususunda bir düzenlemenin bulunması gereklidir.[179] Devralanın ortaklığın istemi uyarınca payları kendi ad ve hesabına aldığını beyan etmesi halinde ortaklığın TTK m. 493/3'te yer alan ret sebebini ileri sürmesi olanaklı değildir. Ortaklığın talebine uygun yanıt verilmediği veya talebe yanıt verilmemesi halinde ise birlik teorisi uyarınca payların devrinin reddedilmesi sonucunda payın mülkiyeti ve paydan doğan tüm haklar devredende kalır. Devralanın beyanının gerçeğe uygun olmadığı yönünde bulgular mevcut ise ortaklık pay defterine kayıt yapmaktan kaçınabilir. Devralanın beyanının doğru olmadığı daha sonra anlaşılır ise TTK m. 500'de öngörülen şartlarla yapılan kaydın pay defterinden silinmesi söz konusu olabilecektir.[180]

Bir üst başlıkta bahsedildiği üzere, bağlı nama yazılı payın senede bağlanmadığı hallerde, payın hukuken geçerli bir şekilde devri için, alacağın temliki hükümleri gereği, tasarruf yetkisine sahip olan devredenin yazılı bir devir beyanında bulunması, ortaklığın ise devre onay vermesi gereklidir. Payın senede bağlı olması halinde ise, bağlı nama yazılı senetler bakımından da uygulama alanı bulan TTK m. 490/2 uyarınca borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devri için, mülkiyetin devri amacını taşıyan zilyetliğin devralan geçirilmesi işleminden önce senedin devralana ciro edilmesi ve devrin ortaklık tarafından onaylanması gereklidir.[181] Taraflar arasında gerçekleştirilen

---

nın bulunmadığına ilişkin beyan vermesini isteme imkanı tanımıştır. Payları görünüşte alan kişinin beyan vermeyi reddetmesi halinde, ortaklık onay vermekten kaçınabilir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 50-51. Bu düzenleme"esas sözleşmeyle sınırlama" yan başlığı altında yer almasına rağmen, bütün bağlı nama yazılı paylara, buna ilişkin bir hüküm esas sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi uygulanır. Bkz.: Gerekçe TTK m. 493/3.Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 44, N. 171; hüküm inanca dayalı pay iktisabı veya saman adamlar vasıtası ile devir sınırlamalarının dolanılmasına engel olma amacına hizmet eder. Kläy, Aktien, s. 52.

178 Esas sözleşmede herhangi bir şekilde geçerli bir bağlam hükmünün bulunması yeterlidir. Altay, s.605; Karasu, Devir, s. 141; Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 402; Ayrıca Bkz.: Gerekçe TTK m. 493/3; Bilgili/Demirkapı, s. 551-552.

179 Altay, s. 605; Pulaşlı, 42-67; Uzel, s. 185; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1633; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 122.

180 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s.51.

181 Kıymetli evrakın devrinde kanun veya sözleşme ile başkalarının, özellikle borç-

devir sonrasında devreden veya devralanın istemi üzerine TTK m. 491/1 uyarınca ortaklığın vereceği onay payın mülkiyeti ve paya bağlı tüm pay sahipliği haklarının devralana geçmesini sağlayacaktır.[182] Payın devrine ortaklık tarafından onay verilmemesi durumunda ve ortaklık tarafından onay verilmesine kadar ise birlik teorisi uyarınca payların mülkiyeti ve paya bağlı tüm haklar devredende kalır.[183] Bu kuralın istisnası ise kanuni intikal halleridir.[184] TTK m. 494/3 uyarınca ortaklık devrin onaylanması istemini aldığı tarihten itibaren üç ay içinde ret etmemiş ise veya ret haksız ise onay vermiş sayılır.[185] Ortaklığın bu süre içinde sessiz kalması hali de onay verildiği anlamına gelmektedir.[186] Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri halinde devreden ve devralan onay isteminde bulunabilir.[187] Onay isteminin reddi kararına karşı TTK m. 497/4 hükmü kıyasen uygulanarak onayın sağlanmasına yönelik eda davası ile zarar halinde tazminat davası açılabilir.[188]

---

lunun devre katılmaları zorunluluğunun öngörülebileceğini düzenleyen TTK m. 647/3 hükmüne uygun surette, TTK m. 494 düzenlemesi gereği ortaklığın onayı olmadan devir gerçekleşmeyecektir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 4-5; Uzel, s. 38; Sevi, s. 250..

182 TTK m. 494/1 uyarınca ortaklığın devri onayının sonuçları ileriye etkilidir. Bkz.: Uzel, s. 66, ortaklık devre üç ay içinde reddetmezse veya ret haksız ise onay geriye etkili olarak verilmiş sayılır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40.

183 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44, N. 179; Kläy, Vinkulierung, s. 197; Kläy, Aktien, s. 52; Ortaklık tarafından payın devrinin kabul edilmemesi halinde, devralan ile devreden aralarında yapacakları anlaşma ile devredenin hak kazanacağı kar payını, pay sahibi sıfatını kazanamayan devralana aktaracağı hususunda bir anlaşmaya varmaları mümkün olup, bununla birlikte taraflar arasında akdedilen söz konusu anlaşmanın ortaklığa karşı ileri sürülmesi ve rüçhan hakkı ile bedelsiz paylara ilişkin malvarlıksal hakların sözleşmeye konu edilerek sözleşen tarafa aktarılması ise olanaklı değildir. Sevi, s. 285. TTK m. 492/1 uyarınca ortaklığın devre onay vermediği hallerde bu husus, taraflar arasındaki tasarruf işlemini etkiler ancak taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem geçerliliğini korur. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 5; payı devreden satım sözleşmesinde devrin onaylanmasının sağlanmasını yan yükümlülük olarak üstlenebilir. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 130.

184 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 40. Ayrıca Bkz.:Bkz.: II, D.

185 Altay, s. 611; esas sözleşmesel ret sebeplerinin bildirilmesine ilişkin kanunda öngörülen süre hak düşürücü niteliktedir. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 177.

186 Tekinalp, Bağlam Sistemi,s. 40.

187 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 21; Altay, s. 594; Uzel, s. 54.

188 Uzel, s. 217, 227, Kläy, Vinkulierung, s. 201, 360; Narbay, Devir**,** s. 231-232; Davanın niteliğinin eda davası olduğu hakim görüş olarak kabul edilmektedir. Tartışmalar için Bkz.: Uzel, s. 215, 227; onay isteminin reddine karşı eda davası niteliğinde reddin iptali ve TTK m. 497/4 e kıyasen zarar varsa tazminat dava-

b. Borsaya Kote Edilmiş Paylar

Payların devrinin sınırlanması ve -bu yola pay sahipliği sıfatının ve devir konusu paylara ait hakların geçişinin- ortaklığın onayına bağlanması, borsada işlem gören paylar açısından ihtiyaç duyulan tedavül kabiliyetinin ve işlem güvenliğinin zedelenmesine neden olur.[189] Bununla birlikte özellikle sermayenin bir veya birkaç kişinin elinde yoğunlaşmasının engellenmesi ve sermayenin tabana yayılmasının sağlanması bakımından bağlam düzenlemelerinin öngörülmesi gerekebilir. Bu sebeple borsaya kote payların devrinde yüzdeye bağlı sınırlama getirilmesi, ortaklığın halka açık ortaklık özelliğinin güçlenmesini sağlayacak bir araçtır. Bu şekilde halka açıklık niteliğinin sürdürülmesi olanağı yaratılarak, büyük birikim sahiplerinin ortaklık egemenliğini ele geçirmeleri engellenebilecektir.[190]

Borsaya kote edilmiş paylar bakımından bağlamın düzenlendiği TTK m. 495/1'e göre, ortaklık, borsaya kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas söz-

---

sı açılabileceği yönünde Tekinalp, s. 56-57. Davanın sonuçlarının hukuki etkisi ise doktrinde tartışmalıdır.: Mahkeme tarafından reddin haksızlığının kabulüne ilişkin kararının kesinleşmesi halinde kararın hukuki etkisinin ortaklığa yapılan onay için başvuru tarihine kadar geriye gitmesi ve devralan kişinin bu andan itibaren ortaklık karşısında pay sahibi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde Bkz.: Narbay, Devir, s.341, Narbay, Pay Defteri, s. 231-232; ortaklıkça onay istemine haksız ret kararı verilmesi halinde söz konusu haksız ret kararının verilmesi ile birlikte devralanın pay sahipliği ve hakları iktisap ettiğini kabul etmenin TTK m. 494/3 hükmüne uygun olduğu yönünde Bkz.: Sevi, s. 289; davacının istem tarihinden itibaren anonim ortaklık pay sahibi sıfatını kazanacağı, bu ara döneme dağıtılan karlara ve rüçhan haklarına hak kazanacağı, bunların elde edilmesinin mümkün olmaması halinde ise (üçüncü kişilerin bu hakları iyi niyetle kulanmış olması ve iktisap etmiş olmaları halinde) söz konusu zararlar için anonim ortaklığa karşı tazminat davası açılabileceği görüşünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 57. Karşı görüş ise borsaya kayıtlı anonim ortaklıklar açısından m. 497/4'te öngörülen mahkemenin kesinleşmesi ile tüm payları kullanabilmesi (ileriye etkili) olmasının kıyasen borsaya kayıtlı olmayan paylar bakımından uygulanması gerekliliğini savunur. Bkz.:Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s.238; Uzel s. 224 vd. Genel kurul kararı ile devrin reddi halinde genel kurul kararının iptali davası açılması da mümkündür. Bkz.:Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 132.

189 Sevi, s. 279.

190 Ömer Teoman, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler", Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim-C.I, 1971-1982, s. 58. İktisap üst sınırı yüzdesine ilişkin hükmün öngörülme amacı pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmasının yanı sıra halka açık anonim ortaklıklarda payların bir elde toplanmasına ve bu ortaklıkların bir veya birkaç kişinin hakimiyeti altına girmesini engel olmak ve sermayenin tabana yayılmasını sağlamaktır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 64-65.

leşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmış ise reddedebilir.[191] Yüzdelik sınır temel olarak ortaklığın halka açık olma niteliğini koruma amacı güder.[192] Esas sözleşme ile getirilecek yüzdesel sınırın halka açık ortaklık karakterini koruyacak oranda belirlenmesi gerekir.[193] Esas sözleşme düzenlemesi iktisap üst sınır yüzdesinin aşılması halinde yönetim kuruluna onay vermemeyi bir yükümlülük olarak öngörebilir veya bu konuda takdir hakkı tanıyabilir.[194]

---

191 Ortaklık, esas sözleşmede yüzdesel bir iktisap sınırı öngörülmüş ve belirlenen bu sınır aşıldığı takdirde kayıttan imtina edebilir. Bu hüküm bir taraftan pay sahiplerinin kompozisyonunu korumayı amaçlarken, diğer taraftan da hukuki güvenliği sağlamaktadır. Böylece ortaklığın hangi şartlarda pay devirlerine onay vereceği önceden öngörülebilmektedir. Karasu, Devir, s. 140.

192 Akın, s. 139. İsviçre değişiklik kanunu son hükümleri 4. madde uyarınca federal kanunlarla öngörülen gereklilikler çerçevesinde hissedar kompozisyonunun çoğunluğunun İsviçre tabiiyetinde olmasının öngörüldüğü hallerde İBK m. 685 d hükmüne ek olarak yabancıların ortaklıkta pay iktisabının sınırlandırılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm ile İsviçre'de borsaya kote payların devrinin yüzdesel olarak sınırlanmasına ek olarak bağlam düzenlemesi getirilebilir. Bu kapsama yabancının pay ediniminin reddi için belirli bir çoğunluğun federal kanunlar kapsamında ortaklığın amacının gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması veya bu hususta önemli bir tehdidin ortaya çıkması gerekir. Böckli, §6 N. 81. Aynı yönde bir sınırlamanın Türk hukukunda da uygulanabileceği yönünde Akın, s. 147. Türk mevzuatının yabancıların bazı anonim ortaklıklardaki paylarını belli yüzdeler ile sınırlayan kanunlara yollama yapan esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu yönünde Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 68.

193 Yüzdelik sınır halka açık ortaklıkların sisteminin korunmasına ve dolaylı olarak işletmenin bağımsızlığına hizmet eder. Kanun koyucu yüzdelik iktisap üst sınırının miktarı ile ilgili olarak açık bir hüküm öngörmemiş olup, ortaklık tarafından kural olarak bu sınır serbest biçime belirlenebilir. Bununla birlikte söz konusu sınırın payların borsada tedavül kabiliyetine engel olacak veya olumsuz etkileyecek derecede düşük bir seviyede olmaması gerektiği kabul edilir. Sevi, s. 280-281; Esas sözleşmede belirlenen yüzdelik sınır geçmişe etkili değildir ve bu sınırın esas sözleşmeye eklendiği tarih itibariyle ortaklıkta belirlenen orandan fazla paya sahip olanlar bu fazla kısmı elden çıkarmakla yükümlü değildir. Pay sahipliği haklarında da herhangi bir kısıtlama söz konusu olmaz. Sevi, s. 281.

194 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 64. Böckli §6 N 71. Kanun ifadesi karar organının takdir yetkisine işaret etmektedir. Karar vermeye yetkili olan ortaklık organının takdirine bağlı olarak devralanın pay sahipliğinin tanınması kararını esas sözleşmede öngörülen yüzdesel sınır aşılmış olsa dahi istisnaen verebileceği ifade edilmiştir. Payları devralanın esas sözleşmedeki yüzdesel oranın üzerinde pay edinebilmesi için bunun nesnel gerekçelere dayanması, ortaklığın keyfi nitelikte olmayan süreklilik arz eden bir uygulamasının olması ve iktisabın bağlam ile istenilen amaca aykırı olmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz.:Akın, s. 143. Somut sebeplerin ortaya çıkması durumunda karar organının mutlak surette devre onaydan kaçınma yükümlülüğü altında olması katı bağlam hükmü olarak adlan-

Borsaya kote nama yazılı paylar bakımından ikinci ret sebebi ise pay sahibi olarak tanınma isteminde bulunan kişinin payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmemesidir (TTK m. 495/2). Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde mevcut olan devralanın payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmemesi halinde ortaklığın, kendisini (devralanı) pay sahibi olarak tanımaktan kaçınması olanağı bu tür paylar için de geçerlidir(TTK m. 495/2). Bu şekilde bağlam hükümlerinin dolanılması engellenmek istenmiştir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri halinde payın mülkiyeti ve pay sahipliği hakları devir anında veya borsa dışında işlem yapılması durumunda tanınma isteminin yöneltildiği an itibariyle devralana geçmiş olacağı için ortaklığın, devralanın payları kendi ad ve hesabına aldığını beyan etmesi isteminin yanıtsız bırakılması veya uygun yanıt verilmemesi halinde oy hakkı ve buna bağlı haklar kullanılmasına olanak sağlayan tanınma kararının verilmemesi söz konusu olur.[195]

Borsaya kayıtlı bağlı nama yazılı payların devrinin hukuki sonuçları, devrin borsa içinde ve dışında olmasına göre ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. TTK m. 497 uyarınca borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsa içinde satış talimatı ile devri halinde, mülkiyet ve paydan doğan tüm haklar devir anında devralana geçmektedir. Ortaklığın tanıma kararının ise devrin gerçekleşmesi bakımından herhangi bir hukuki etkiye sahip bulunmamakta, sadece yönetsel hakların kullanımı açısından gerekli bulunmaktadır. Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay SPK m. 13 gereği kıymetli evraka bağlanması yasak olduğundan, burada alacağın temliki hükümleri uyarınca tasarruf yetkisine sahip bulunan devredenin talimatı ile devrin gerçekleşmesi söz konusudur.[196] Payın devri, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortama pa-

---

dırılırken onaydan kaçınma ilgili organın takdirine bırakılmış ise takdiri bağlam hükmü olarak tanımlanmaktadır. Altay, s. 568; ilgili organa takdir yetkisi verildiği halde eşit davranma yükümüne uygun şekilde karar alınmalıdır.Kläy, Aktien, s. 56.

195 Uzel, s. 189; borsaya kote bağlı nama yazılı payların devrini ortaklığın reddetmesi halinde bu husus devri geçersiz kılmaz, sadece paydan kaynaklanan bazı hakların kullanılması engellenmiş olur. TTK m. 647/3 hükmü ile uyum içerisinde olmayan bu düzenlemenin payların tedavül kabiliyetinin korunması amacı ile kabul edildiği anlaşılmaktadır. Sevi, s. 287-288.

196 Uzel, s.40; Aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği hakkında Bkz: Nusret Çetin, Ebru Töremiş, menkul Kıymet Borsalarında Alım

yın devredenin hesabından devralanın hesabına doğru yapılan kayıt ile gerçekleşir.[197] TTK m. 496 gereği borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada devre konu olmaları durumunda MKK, devredenin kimliğini ve satılan payların sayısını ortaklığa bildirir veya ortaklığın bu bilgilere teknik erişimini sağlar. Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların, borsa dışında devri ise kıymetli evrak niteliğini haiz bir belgenin söz konusu olmaması sebebi ile alacağın temliki hükümleri uyarınca, devredenin yazılı bir devir beyanında bulunarak devir sonrasında pay sahipliği sıfatının tanınması amacını talebin ortaklığa yöneltilmesi yolu ile yapılır.[198] Bağlı nama yazılı payların borsa dışında devre konu olması halinde[199] TTK m. 497/1 uyarınca pay sahipliği hakları devir anında değil, tanınma isteminin ortaklığa ulaşması ile birlikte devredilmiş olur.[200] Ortaklık tarafından pay sahipliği sıfatının devralana tanınması halinde ise yönetimsel hakların kullanımına izin verilmesi söz konusu olur.[201] Tanınma isteminin ortaklığa yöneltilme-

---

Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği", *GÜHFD,* C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 77 vd.

197 Uzel, s. 40; Ünal Tekinalp, Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru, Batider, C XIV, S.3, 1988, s.9; MKK kayıtlarının kurucu niteliği olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Çağlar Manavgat, sermaye Piyasasında İşleme Bağlı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Ankara 2008, s. 181; Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesi hükmüne göre Kaydi Sistemin Esasları, *AÜHFD*, C.50, S.2, 2001, s. 181; Ünal Tekinalp "Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği", Prof. Dr Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 542; Narbay, Pay Devri, s.163; Akın, s. 153; Uzel, s.40.

198 Tekinalp, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 542; Sevi, s. 289; Uzel, s. 46.

199 Borsa dışında iktisap borsa dışı bir piyasada satın alınan payların bir borsa üyesi tarafından borsaya getirilerek tescil edilmesini ve taraflar arasında bir borsa üyesinin katılımı olmadan yapılan devirleri kapsar. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s.61.

200 Payların borsa dışında satın alınmış olması halinde satın alan kişi ortaklığa devri bildirmelidir (TTK m. 497/1). MKK'nın bildirim ve teknik erişim sağlama yükümlülüğü bu duruma söz konusu değildir. Bildirim payları devralının oysuz pay sahibi olarak pay defterine yazılması için önem taşır (TTK m. 497/3).

201 Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsa içinde devri anında mülkiyet ile tüm pay sahipliği haklarının devralana intikal etmiş olduğu dikkate alınarak, tanınma isteminin devralan tarafından ortaklığa yönetilebileceği belirtilmektedir. Bkz.: Uzel, s. 55; borsaya kote edilmiş olup olmadığı hususunda bir ayrım yapılmaksızın devrin onaya tabi olduğu hallerde hem devredenin hem de devralanın talepte bulunabileceği yönünde Bkz.: Altay, s. 594. Borsaya kote edilmiş payların borsa dışında iktisap edilmeleri halinde ise devralanın tanınma isteminde bulunması gerekliliğinin TTK m. 497/1 c.2 de belirtilmiş olmasına rağmen hem devralan hem de devredenin talepte bulunabileceği doktrinde belirtilmektedir. Uzel, s. 56.

si ile birlikte devreden pay defterine oydan yoksun pay sahibi olarak kaydedilir. Devralan payın mülkiyeti ve paya bağlı malvarlıksal haklar üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunur ancak yüzdesel sınırı aşan paylarına ilişkin genel kurula katılma, oy hakkı ve buna bağlı hakları kullanması söz konusu olmaz.[202] Payın mülkiyeti ile paya bağlı tüm haklar mali haklar ve oy kullanma ve buna haklar ile genel kurula katılma hakları da geçer. Ancak bu oy kullanma ve buna bağlı haklar ile genel kurula katılma haklarının kullanılabilmesi için ortaklığın pay sahibi olarak tanınması gerekir.[203] Bu hakların kullanılamaması TTK m. 389/son cümle ve 201/1 anlamında donması ve bu payların genel kurul toplantı nisabının hesabında sermayeden düşülmesi anlamına gelir.[204]

Bu ayrım iradi devriler bakımından önem taşımaktadır. TTK m. 495/3'te öngörülen kanuni intikal halleri açısından ise bu ayrım herhangi bir önemi haiz bulunmaz. Bu duruma payın mülkiyeti ve paya bağlı haklar edinimin gerçekleştiği hukuki sebebin özellikleri uyarınca kazanılır.[205] Bununla birlikte payları kanuni intikal hallerinden biri ile edinen kişinin –ortaklık tarafından edinen kişinin bilinmesinin

---

202 Uzel, s. 214. Ancak burada bölünme teorisinin uygulanması söz konusu değildir. Zira bölünme teorisi uyarınca ortaklığın devre onay vermemesi halinde paydan kaynaklanan yönetimsel ve koruyucu hakların devredende kalacağı ve onun tarafından kullanılacağı kabul edilmektedir. Borsaya kote bağlı nama yazılı payların devri bakımından TTK m. 497 ortaklığın onay vermemesi halinde dahi paya bağlı hakların tümünün devralana geçeceği ancak ortaklık tarafından onaylanan tam bir pay sahibinin aksine pay sahibi olarak tanınmadığı sürece bu kişinin paydan doğan genel kurula katılma ve oy hakkı ile oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamayacağını öngörmektedir Sevi, s. 287; bölünme teorisine üstünlük tanındığı yönünde Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 407.

203 Devralan mülkiyet hakkına sahip olduğundan ortaklık tarafından tanınmasından önceki ara döneme payı tekrar satabilir. Bkz.:Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N 216, oy kullanma ve buna bağlı hakların ortaklığın onayına ilişkin geciktirici şarta bağlı olduğu yönünde Böckli, §6 N. 135. 497/3 ün ifadesinin isabetli olmadığı, payın devri ile birlikte tüm hakların payları edinene geçtiği sadece payları edinen kişinin bu oy hakkını kullanması için ortaklığın onayına ihtiyacı olduğu yönünde Bkz.: Akın, s. 151.

204 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 74. Bağlam hükümleri sebebi ile oydan yoksun pay sahibi olarak belirtilen devralan genel kurula katılamaz oy kullanamaz iptal davası açamaz, rüçhan hakları dahil tüm malvarlığı haklarını kullanabilir esas sözleşme hükümlerine uyan kişilere nama yazılı payları devredebilir. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 75.

205 Uzel, s. 174. Genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı hakların kullanılmasının ortaklığın onayına bağlı oluşu bu hakların geçici olarak donması veya kullanılması yasağı olarak nitelendirilebilir. Uzel, s. 213.

sağlanması amacı ile-kural olarak bir bildirim yaparak pay sahipliği sıfatının tanınmasını istemesi, kazanmış olduğu mülkiyet ve payın mülkiyetine bağlı tüm hakları kullanabilmesi bakımından önem taşımaktadır.[206]

TTK m. 497/3 uyarınca borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri halinde, devralan ortaklığın tanıma kararına kadar oydan yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydedilir.[207] Söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez. Ortaklık pay sahibi olarak tanınma istemini aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde reddetmez ise devralanı pay sahibi olarak tanımış kabul edilir (TTK m. 498).Bu sürenin geçirilmesi halinde devralan tüm haklarını kullanabilir. Ortaklıktan pay defterinde gerekli değişikliğin yapılarak tüm hakları kullanabilen pay sahibi olarak kaydının değiştirilmesini talep edebilir. 20 günlük süre hak düşürücü niteliktedir.[208]

Borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı paylar bakımından esas sözleşmede öngören yüzdesel sınırı aşacak şekilde intifa hakkı kurulmasında ortaklığın onayı kurucu bir işleve sahip olmamakla ve tanınma kararı verilmediği hallerde de geçerli şekilde intifa hakkı kurulmasının söz konusu olduğu halde bu sınırın üstündeki paylara ilişkin

---

206 Uzel, s. 127; yüzdesel sınırın hesaplanması ve genel kurula katılma ve oy hakları ile buna bağlı hakların kullanılması yasağının tespitinde edinilen tüm paylar değil, esas sözleşmede belirlenen yüzdesel sınırı aşan nama yazılı paylar dikkate alınır Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N.189.

207 Oydan yoksun pay sahibi, malvarlığı haklarını (bedelsiz payları edinme hakkı ve rüçhan hakkı, kar payı, tasfiye bakiyesine katılma, tesislerden faydalanma gibi) hakları sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabildiği halde, genel kurula katılma, oy ve oya bağlı haklar anonim ortaklığın pay sahibi olarak tanıma kararına kadar kullanılamaz. Bu çerçevede genel kurul toplantısına çağrılma, genel kurula katılma, öneride bulunma, bilgi alma ve inceleme hakkı ve oy hakkı ve buna bağlı olan diğer haklar ortaklık tarafından pay sahibi olarak tanınıncaya kadar kullanılamaz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1656 vd; Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 74; devralanın rüçhan hakkını herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabileceği kanunda (TTK m. 497/2) öngörülmüş olmakla birlikte rüçhan hakkı ve bedelsiz payları edinme hakkı ile kazanılan yeni paylar bakımından da TTK m. 497/2 amacı dikkate alınarak bunlara ilişkin genel kurula katılma, oy ve oy hakkına bağlı haklar ortaklık tarafından tanınmayan pay sahibi tarafından kullanılmaz. Bkz.: Sevi, s. 288.

208 Kanunda öngörülen esas sözleşmesel ret sebeplerinin bildirilmesine ilişkin süre hak düşürücü nitelikte olup, sürenin geçmesinden sonra ortaklığın tanınma istemini reddetmesi mümkün değildir. Altay,s. 611; Akın, s. 163; Böckli, §6 N 151; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 223, dp.95.

tanınma istemi reddedilebilir ve bu paylara ilişkin oy hakkı kullanılması engellenebilir.[209]

Borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı payların hukuka aykırı şekilde reddi halinde TTK m. 497/4 hükmü uyarınca ortaklığa dava ikame edilmesi mümkündür.[210] Doktrinde mahkeme kararının ortaklık kararının yerine geçeceği dikkate alınarak davanın hukuki niteliği hakim görüş eda davası olarak nitelendirilmektedir.[211] Ret hukuka aykırı ise ortaklık mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren oy hakkını ve buna bağlı hakları tanır. Ortaklık kendisine herhangi bir kusurun yükletilmeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın ret nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Bununla birlikte TTK'nın borsaya kote edilmiş paylara ilişkin bağlam düzenlemeleri ile 6362 sayılı SerPK ve bu Kanuna ilişkin çıkarılan ikincil mevzuat arasında uyumsuzluklar mevcut olup, anılan düzenlemelerde bağlam hükümlerinin uygulanmasını engelleyici ve ortaklıkların borsaya başvurusunda bağlama ilişkin hükümlerinin kaldırılmalarının talep olunacağı görülmektedir.[212]

---

209 Uzel, s. 127.

210 Hukuka aykırı ret halinde m. 497/4 uyarınca mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren oy hakkını ve buna bağlı hakları devralan pay sahibine tanır ve ortaklık kendisine kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe ret sebebi ile uğranılan zararı gidermekle yükümlüdür. Sevi, s. 290-291; TTK m. 497/4 uyarınca mahkemenin vereceği hüküm, verildiği tarihten ileriye etkili (exnunc) hüküm ifade eder.

211 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 75. Gerek borsaya kote edilmiş gerekse borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay devirlerinde onay ve tanınma kararı verilmesine yönelik bir iradenin varlığı gerektiğinden ve ortaklık iradesi olmaksızın pay devrinin sonuçlarını tam anlamıyla gerçekleşmeyeceğinden doktrindeki hakim görüşe göre açılacak davanın eda davası niteliğinde ve mahkeme kararının ortaklık iradesi yerine geçeceğinin kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz.: Uzel, s. 218.

212 6362 sayılı SerPK m. 137/3 c. 1 "halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemez"; Borsa İstanbul AŞ Kotasyon Yönergesi payların kotasyon şartlarının düzenlendiği madde 8/ç'de "Paylar üzerinde, pay sahibinin haklarını kullanmasına engel olacak kayıtlar bulunmaması ve esas sözleşmenin Borsada işlem görecek payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı hükümler içermemesi" şartı aranmış olup ayrıca Pay Tebliği (VII-128.1)(22/6/2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) madde 6 –(1) Halka arz edenlerin ortaklıkta sahip oldukları payları halka arz edebilmeleri için halka arz edilecek payların üzerinde rehin veya teminata verilmek suretiyle ya da başka bir şekilde devir veya tedavülünü kısıtlayıcı veya pay sahibinin haklarını kullanmasına engel teşkil edici kayıtların olmaması zorunludur.

D. Bağlamın Etkisini Kaybettiği Haller Çerçevesinde Eşler Arasındaki Mal Rejimine Göre Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Bağlamın etkisini kaybettiği hallerden biri ortaklığın tasfiyeye girmiş olmasıdır. TTK m. 493/3 uyarınca ortaklık tasfiye aşamasına girmiş ise nama yazılı payların devrine ilişkin esas sözleşmede yer alan sınırlamalar ortadan kalkacaktır. Bu hüküm herhangi bir sınırlama içermediğinden hem borsaya kote olan hem de olmayan nama yazılı paylar bakımından uygulanma alanı bulunur.[213] Bir diğer durum ise TTK m. 421/6 uyarınca işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararı alınması halinde ilgili genel kurul kararına olumsuz oy vermiş olan nama yazılı pay sahiplerinin bu kararın TTSG'de yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın paylarını devredebilmeleridir. Bağlamın etkisini kaybettiği son bir hal ise kanuni iktisap halleridir. Bunlar payların miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebri icra olarak belirlenmiştir.[214]

2. Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri ile Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı

Türk Ticaret Kanunu uyarınca anonim ortaklıkta pay devri sınırlamalarına ilişkin hükümlerin etkisini yitirdiği hallerden biri, eşler arasındaki mal rejimine göre payın iktisabıdır. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri kapsamında iktisaba TMK m. 202 ila 281. maddeleri kapsamında yer alan tüm edinim halleri girmektedir. Bu hükümler incelendiğinde bağlı nama yazılı payların, evlenme, evlilik birliği içerisinde mal rejimi değişikliği, ölüm, boşanma veya butlan sonucu evliliğin sona ermesi sonucu edinildiği görülmektedir.[215] Bu ihtimallerden ortaklık payının mal rejimi çerçevesinde kazanılması da çeşitli şekillerde olabilir.

---

213 Ancak TTK m. 491 hükmü uygulama alanı bulur. Sevi, s. 293.

214 Kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından TTK m. 493/4, TTK m. 494/2 ve borsaya kote edilen nama yazılı paylar açısından TTK m. 495/3.

215 Kläy, Vinkulierung, s. 204, Akın, s. 119.

TMK m. 208 "*Eşler, her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler*" demek suretiyle, eşlerin mevcut mal rejiminin değiştirilmesi hususunda anlaşmış olmaları halinde kanunun belirttiği şekilde rejimin değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğunu kabul etmektedir.[216] Ne var ki bu yolla bir değişiklik halinde ortaklık paylarının iradi olarak devri söz konusu olup, bağlam hükümlerinin etkisini kaybettiği kanuni intikal hallerinden biri olarak değerlendirilemez.[217]

Bağlam kurallarının etkisiz hale geldiği haller eşlerin iradesi dışında rejim değişikliğinin gerçekleştiği hallerdir. Eşlerin her ikisinin iradesi dışındaki rejim değişikliği ya "*kendiliğinden*" ya da "*mahkeme kararı*" ile gerçekleşir. Medeni Kanun, bazı hallerde mevcut mal rejiminin hâkim kararıyla mal ayrılığı rejimine, mevcut mal ortaklığı rejiminin kendiliğinden veya hakim kararıyla mal ayrılığı rejimine dönüşmesi, hatta bazı hallerde tekrar eski mal rejimine dönmenin hal ve şartlarını düzenlemiştir.

Kendiliğinden dönüşme, eşler arasında mal ortaklığı rejiminin bulunması halinde, eşlerden birinin iflasına karar verildiği takdirde, hiçbir karara gerek olmaksızın mal ortaklığının kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmesidir. TMK m. 209'da düzenlenen bu durumda, mal ayrılığı kendiliğinden, "*iflasın karar verildiği tarihten*" itibaren doğar.[218] Bir başka deyişle iflas kararının kesinleşmesiyle mal ayrılığı rejimi kendiliğinden yürürlüğe girmiş olacaktır.[219] Bu hükümle paralel olarak TMK m. 271/I'de de eşlerden bir hakkında iflasın açılmış olması, mal ortaklığının sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir.

---

216 Akıntürk/Ateş, s. 148.

217 Limited şirketler bakımından payın karı- koca mallarının idaresine ait hükümler gereği iktisabında ortakların muvafakati gerekliliğinin istisnasının düzenlendiği mülga TTK m. 521/1 hükmüne ilişkin Yarg. 11. HD. 28.06.2010 T., 2009/672 E. 2010/7517 K sayılı kararında ise böyle bir devirin mülga TTK m.. 521/1 kapsamında olup olmadığını açık bir şekilde değerlendirmeksizin –ancak bu şekildeki bir devrin mülga TTK m. 521/1 kapsamında sayılabileceği yorumuna açık olarak- taraflar arasında akdedilen mal rejimi sözleşmesini YK m. 10/3 de tanınan süre içinde yapılmamış olmasından bahisle geçerli bir devir olmadığı yönündeki yerel mahkeme hükmünü onamıştır.

218 Öztan, s. 423.

219 Bu hükümle hem iflas edenin eşi hem de eşin alacaklıları korunmaktadır. Ömer Uğur Gençcan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 2. Cilt, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2007, s. 1830.

Mal rejiminin tasfiyesi ise TMK. m. 212'deki atıf gereğince "*mal ortaklığı*" nın tasfiyesine göre yapılmalıdır. Mal ortaklığının tasfiyesinde, ortaklık malları ile kişisel malların kapsamının belirlenmesinde esas alınacak an, ortaklığın sona erdiği andır.[220] Mal ayrılığına geçişin mahkeme kararıyla olduğu bu halde, her eş edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olan nitelikteki malları, ortaklık mallarından geri alır. Geriye kalan mallar TMK m. 277/I ve II'ye göre eşler arasında başka bir anlaşma yoksa yarı yarıya paylaşılır.[221] [222] Ancak TMK m. 280 gereği eşlerden biri üstün bir yararının varlığını ispat etmek suretiyle, payına mahsuben eşyanın kendisine verilmesini isteyebilir. Mal ortaklığı rejimi sona erdikten sonra artık ortaklık malvarlığı söz konusu değildir. İstisnaen, edinilmiş mallara katılma rejiminden farklı olarak sona erme tarihinden sonra ortaklık mallarına dâhil malvarlığı değerlerinin yerine geçen değerler de ortaklık malvarlığına dâhil olur. Aynı şekilde mal rejiminin başlangıcının tasfiyesine kadar elde edilen ürünler de ortaklık malvarlığı içinde yer alır.[223]

Mahkeme kararıyla yürürlükte olan mal rejiminin eşlerden birinin[224] *istemi üzerine mal ayrılığı rejimine dönüşmesi* de TMK'nın çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu eşlerden birinin talebi üzerine, mal ayrılığına geçişi üç halde öngörmüştür. Bu haller; TMK m. 206'da düzenlenen haklı sebeplerin varlığı, TMK m. 197/II'de düzenlenen evliliği koruyucu tedbirlerden biri olarak eşlerin birlikte yaşamalarına ara verildiği durumlar ve TMK m. 169'da düzenlenen boşanma veya ayrılık davasının devamı sırasında veya hâkim tarafından ayrılığa karar verilmesi durumunda alınacak önlemlerdir.

---

220 Gümüş, s. 442.

221 Ne var ki eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul ettikleri hallerde "edinilmiş mal ortaklığı" söz konusu olup, bu düzenleme edinilmiş mal ortaklığında uygulama bulmaz. Yukarıda anılan sebeplerle mal ortaklığının sona ermesiyle birlikte, elbirliği halinde ve bir kül olarak sahip olunan "edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mal sayılacak olan ortaklık malları" üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliği durumu yasa gereği kendiliğinden tek başına mülkiyete dönüşür. Gümüş, s. 445.

222 Yargıtay 18. HD 05.04.2004 tarih, E.2004/1953, K. 2004/2636 sayılı kararda da her eşin ortaklık mallarının yarısına sahip olduğu, söz konusu ihtilafta mal rejimi dolayısıyla yasal olarak eşine düşen kamulaştırma bedelinin yarısının davacı adına yatırılmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

223 Gümüş, s. 443.

224 Eşlerden birinin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde yasal temsilci de talep hakkına sahiptir, Gençcan, Medeni Kanun, s. 1822.

TMK m. 206 "*Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir* " şeklindedir. "*Haklı sebep*" in ne olabileceği aynı maddede 5 bent halinde "özellikle" denilerek sınırlayıcı olmadan belirtilmiştir.[225] 1-5. Bentlerde, diğer eşin borca batık veya mal ortaklığındaki payının[226] haczedilmiş olması; diğer eşin, isteme bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması; diğer eşin ortaklığın malları üzerinde tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı sebep olmadan esirgemesi; diğer eşin, isteme bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması; diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, haklı sebep olarak kabul edilmiştir.

Mahkeme kararıyla mal rejiminin değiştirilebilmesi, evliliğin genel hükümleri arasında kabul edilen birliğin korunması amacıyla alınan tedbir sonucunda da gerçekleşebilir. Şöyle ki; TMK m. 197/II "*Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarını yönetime ilişkin önlemleri alır*" şeklindedir. Maddede ifade edilen "*malların yönetimi*" ne "*mal ayrılığına karar verilmesi*" de dâhil edebilir.[227][228]

TMK m. 169 ile hâkimin boşanma veya ayrılık davası açılınca eşlerin malların yönetimine ilişkin tedbirleri re'sen alacağını öngörmüştür. Bu durumda hâkim, eşlerden birinin malvarlığına ilişkin ufak bir tehlikenin varlığı halinde dahi mal ayrılığına geçilmesine karar verebilir. Bu tedbir geçici nitelikte olduğundan boşanma davası reddedildiği

225 Yarg. 2. HD'nin 02.06.2004 t. 6062 E. 7170 K. Sayılı kararında da bu hallerin sınırlayıcı olmadığı belirtilmiştir.

226 Ortaklıktaki payın haczi ancak mal ortaklığı rejiminde söz konusu olabilir.

227 Öztan, s.429.

228 Nitekim mehaz kanun İsviçre Medeni Kanun m. 176/I/b.3'te, hakimin hal ve şartlar haklı gösteriyorsa eşler arasında mal ayrılığı rejimine hükmedeceğini öngörmektedir. Gümüş'e göre de "malların yönetimine ilişkin önlemlerden" neyin anlaşılması gerektiği belirsiz olup, hakime "gerekiyorsa" " orantılılık ilkesinin ışığında" mal rejimine müdahale edebilme imkanının tanınması gerekir. Gümüş, s. 173; Aynı görüşte Dural/Öğüz/Gümüş, s 184; Zeytin, s. 56. Yargıtay ise eşlerin ayrı yaşadığı dönemde talep üzerine hakim kararıyla olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçişini TMK. 206 hükmü kapsamında ele alarak, haksız ayrılığın ancak evlilik ortaklığına ilişkin menfaatleri tehlikeye düşürerek bir haklı sebebin varlığına yol açtığı takdirde mümkün görmektedir. Yarg. 2. HD. 18.04.2005 t. E. 2005/3039, K. 2005/6149 s. Karar.

takdirde TMK m. 208'e göre, taraflardan birinin talebi üzerine mal ayrılığı rejimi hâkim tarafından kaldırılır ve eski mal rejimine dönülmesine karar verilir.

Eşlerden birinin talebi dışında mahkeme kararıyla mal rejiminin değiştiği bir diğer hal TMK m. 210'da düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasından zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesini isteyebilir. Alacaklı bu talebini her iki eşe de yöneltmeli ve zararını ispatlamalıdır.[229]

Bağlı nama payların kanun gereği başkasına intikalini doğuran mahkemenin mal ayrılığına geçiş kararı[230] ile eşler arasındaki mal rejimi dava tarihinden itibaren kendiliğinden sona ermiş ve eşler bu tarihten itibaren mal ayrılığına geçmiş olur. Eşler bir başka mal rejiminden mal ayrılığına geçtiklerinde, önceki mal rejimi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve sona ermiş olan mal rejiminin tasfiyesi işlemi, ilgili mal rejiminin tasfiye kurallarına göre yapılır.[231] Tasfiyeyi talep

229 Gençcan, Medeni Kanun, s. 1831.

230 Mahkemenin bu kararı Şıpka'ya göre değiştirici yenilik doğuran karar niteliğindedir, Şıpka, s. 45.

231 Tasfiyeye ilişkin hükümlere bakıldığında; Mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde, evliliğin genel hükümleri sonucu eşlerin mallarının birbirine karışması, ispat problemini doğurmaktadır. Eşlerin, malvarlığının kendilerine ait olduğunu ispatlayamamaları halinde TMK'daki atıf gereği paylaşmalı mal ayrılığı kuralları uygulanır. İlgili hüküm olan TMK m. 245/I gereğince de paylı mülkiyetin eşlerden birine özgülenmesi dışında bu rejimin sona ermesinde eşler açısından bir talep hakkı doğmaz. Paylı mülkiyet hükümleri gereği ve TMK m. 248 gereği eşlerden biri, diğer eşin payının ödeme günündeki karşılığını vermek ve malın kendisine kalmasında üstün yararı olduğunu ispatlamak şartıyla, paylı mülkiyete konu olan malın kendisine verilmesini isteyebilir. Paylaşmalı mal ayrılığının tasfiye aşamasında ise eşler arasında aileye özgülenen malların bütünü üzerinde elbirliği ile hak sahipliğine dayalı bir tasfiye ortaklığı kurulur. Tasfiyede mal ortaklığından farklı olarak kural olarak "aynen paylaşmaya" gidilir. TMK m. 251 uyarınca "Eşlerden biri, diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elden çıkardığı takdirde hakim, diğer eşin alacağı denkleştirme bedelini hakkaniyete uygun olarak belirler. Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yapılan karşılıksız kazandırmaların bu eşin payını azaltmak kastıyla yaptığı varsayılır. Bu tür kazandırmalara ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir." Esasen burada mevcut olan bir denkleştirme bedeli değil, aileye özgülenecek mallar içinde yer alması gerekirken dışarıda kalan mallar yerine eklenecek değerlerdir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, kişisel mallar tasfiye dışı kalmaktadır. Bu sebeple kişisel mal niteliğindeki ortaklık payı hangi eşin mülkiyetinde ise, o eşyanın maliki olmaya devam edecektir. Edinilmiş mallara katılma rejimi sonrası katılma alacağı TMK m. 239/I'e göre, ayın ya da na-

eşlere ve alacaklılara aittir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sonrası katılma alacağı TMK m. 239/I'e göre, ayın ya da nakit olarak ödenebileceğinden ortaklık payının devri karşımıza çıkar. Ancak ayın olarak ödeme, alacaklı eşin borçlu eşten nakit yerine ayni olarak verilmesini talebi üzerine gerçekleşmez. Bu hak, borçlu eşin nakit olarak ödeme imkânının bulunmadığı durumlarda, borçlu eşin üçüncü kişilere malını satması yerine, alacaklı eşe borçlu eşten ayın verilmesini talep imkânının daha uygun görülmesi sebebiyle verilmiş olup bu halde de devir söz konusu olacaktır.[232][233] Bununla birlikte bu hükümde, borçlu eşe nakden ödeme yerine aynen ödeme imkânı tanınmış olup, alacaklı eşin ayın verilmesi hususunda bir talep hakkı bulunmamakta, "alacaklı eşin hakkının şahsi hak olduğu" kuralına istisna tanınmamaktadır. Anonim ortaklığın bağlı nama yazılı payının bu şekilde bir devri ise iradi devir içinde değerlendirilmeli ve bağlamın etkisini yitirdiği kanuni intikal halleri kapsamında kabul edilmemelidir.[234]

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, kişisel mallar tasfiye dışı kalmaktadır. Bu sebeple kişisel mal niteliğindeki ortaklık payı hangi eşin mülkiyetinde ise, o eşyanın maliki olmaya devam edecektir. Bu sebeple bağlı nama yazılı payların ediniminde bağlamın etkisini yitirdiği kanuni intikal halleri kapsamında yer almayacaktır.[235]

---

kit olarak ödenebileceğinden ortaklık payının devri karşımıza çıkmaktadır. Ancak ayın olarak ödeme, alacaklı eşin borçlu eşten nakit yerine ayni olarak verilmesini talebi üzerine gerçekleşmez. Bu hak, borçlu eşin nakit olarak ödeme imkânının bulunmadığı durumlarda, borçlu eşin üçüncü kişilere malını satması yerine, alacaklı eşe borçlu eşten ayın verilmesini talep imkânının daha uygun görülmesi sebebiyle verilmiş olup bu halde de devir söz konusu olacaktır. Mal ortaklığında ise TMK m. 277/I, II ile her eş edinilmiş mallara katılma rejiminde kendi kişisel malı sayılacak olanları ortaklık mallarından geri alıp, geri kalan ortaklık malları eşler arasında yarı yarıya paylaşılır.

232 Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s. 60.

233 Yarg. 8. HD.'nin 05.06.2012 T. E.2012/3390, K. 2012/5321 sayılı kararında "kural olarak mal rejimi davalarında ayın istenemeyeceği ancak şahsi hak niteliğinde bulunan malların karşılığı olan alacak hakkı istenebileceği, ne var ki davalının davaya konu taşınmazın yarısını devre hazır olduklarını ama davacının kabul etmediği ve bu sebeple eksik inceleme yapıldığı…." şeklindeki kararında borcu eşten böyle bir yetkisinin olduğu belirtilmiştir.

234 İsmail Kırca, Çiğdem Kırca, "Edinilmiş Mallara katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, İstanbul 2008, s. 558-559.

235 Kırca/Kırca, s.555. Ayrıca anlaşmalı boşanmada bir eşin mahkemenin boşanma

Bağlı nama yazılı payların kanuni devri sonucunu doğurabilecek bir diğer hal ise paylı mülkiyete konu bir malın mahkeme kararıyla eşlerden birine tahsis edilmesidir. Şöyle ki TMK m. 226/II"ye göre "*Tasfiye sırasında paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden birisi kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir*." Bu maddede öngörülen hakkın hukuki niteliği tartışmalı olup[236] her halükarda talep hakkı kullanıldıktan sonra eşler arasında pay için ödenecek bedel üzerinde anlaşılıp, yapılan borç sözleşmesinin ifasına dayalı olarak payın ifası sağlanamazsa üstün hak sahibi eşin dava yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır.

TMK m. 226/II" ye dayanarak, eşlerden birinin mahkeme kararıyla eşyanın mülkiyetinin kendisine devri için, ilgili hükümden, sağlanması gerekli bir takım şartların olduğu sonucuna varılmaktadır. Şöyle ki; eşya sadece eşlerin paylı mülkiyetinde bulunmalı[237] eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermiş ve rejimin tasfiyesi başlamış olmalı, hak sahibi eşin üstün yararı olmalıdır.[238] Bu şartlara sahip olan eş, devir için yenilik doğuran talep hakkını kullandığı tarihteki malın sürüm değerini ödemelidir. Bu hak, mal rejiminin tasfiyesine kadar kullanılmalıdır. Ancak bu talebe uygun davranmayan eşe karşı, diğer eş dava yoluna başvurduğu takdirde hâkimin vereceği karar payın devrini sağlayacak tasarrufi nitelikte bir karar değildir.[239]

---

kararı ile diğer eşin kişisel malı niteliğindeki ortaklık payını iktisabı halinde de ortaklığın bağlı nama yazılı paylar bakımından bağlam hükümlerini ileri sürebileceği yönünde Kırca/Kırca, s. 555 vd.

236 Bir görüşe göre; talepte bulunan eş için, paylı mülkiyet payının kendisine devrini sağlamaya yönelik, borç sözleşmesi yapma borcu altına sokacak yasa kaynaklı kurucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 218, Gümüş, s. 315, Akıntürk/Ateş, s. 177. Aksi görüşte olan yazarlar için bkz: Gümüş, s. 314.

237 Doktrinde bu hükmün elbirliği mülkiyetine uygulanabileceği yolunda da görüş bulunmaktadır. Dural/Oğuz/Gümüş, s. 219.

238 Üstün yarar, söz konusu mala ilişkin mesleki, ticari ya da sağlığı bakımından ihtiyacı olan hatta saf duygusal menfaatler de olabilir. Dural/ Oğuz/Gümüş, s. 219; Zeytin, s. 183. Ancak doktrinde aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 288.

239 Gümüş, s. 315.

3. Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri ile Bağlı Nama Yazılı Payları İktisabının Hukuki Sonuçları

Kanuni bağlamın düzenlendiği TTK m. 491/1 hükmünde devrin miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yolu ile iktisap edilmesi halinde kanuni bağlam hükmünün uygulanmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple eşlerin mal rejimi hükümleri kapsamında payı edinimleri halinde bedeli tamamen ödenmemiş bir payın iktisabının teminat verilmesi şartına bağlanması veya satın alma teklifinde bulunma hakkı kullanılarak engellenmesi mümkün değildir.

Esas sözleşmesel bağlam hükümleri açısından ise payların borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre bir ayrım yapılmalıdır.

Borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı payların kanunda belirlenen irade dışı devir hallerinde TTK m. 493/4 ve TTK m. 494/2'nin dikkate alınması gerekmektedir. TTK m. 493/4 uyarınca ortaklık miras[240] mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yolu ile iktisap edilmesi halinde payları edinen kişiye paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.[241] Böylece payların eşler arasındaki mal rejimleri hükümleri gereği iktisap edildiği hallerde ortaklığın esas sözleşmedeki bağlam hükümlerine dayanamayacağı, bu halde ortaklığın elindeki tek imkânının payları edinen kişiye, paylarını gerçek değeri ile devralmayı önererek devre onay vermekten imtina edebileceği kabul edilmiştir.[242]

---

240 Bu hüküm ile getirilen istisnai düzenlemenin kapsamına hem kanuni mirasçılar hem de vasiyet şeklinde iradi mirasçıların girdiği kabul edilir. Akın,, s. 118.

241 Payların kanuni devir ile edinimine ilişkin TTK 493/4'te sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığı, benzer intikal hallerinin de bu hüküm kapsamında değerlendirilebileceği doktrinde belirtilmektedir. Özellikle birleşme, bölünme, malvarlığının devri, özelleştirme, MK 54 ve MK 640 uyarınca intikaller bu kapsama sayılmaktadır. Detaylı bilgi için Bkz.: Uzel, s. 162 vd. birleşme ve bölünme bakımından aynı yönde Akın, s. 122. TTK m. 493/4 gerekçesinde de sayılan edinim hallerinin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Birleşme esnasında pay edinimi hali için Bkz.: BGE 109 II 130 vd. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel 44 N 174.

242 Payların gerçek değerinin belirlenmesi konusunda ortaklık ile devralan arasında uyuşmazlık çıkması olasılığı dikkate alınarak devralana ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak payların gerçek değerini mahkeme aracılığı ile tespit ettirme olanağı tanınmıştır. Bu halde değerlendirme giderleri ortaklık tarafından ödenir (TTK m. 493/5). Bu tür kanuni geçiş hallerinde TTK m. 493/3 ün de kullanılması söz konusu değildir. Uzel, s. 154.

TTK m. 494/2'ye göre ise anılan edinim hallerinde payların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhal, genel kurula katılma haklarıyla oy hakları (yönetimsel haklar) ise ancak ortaklığın onayı ile birlikte devralana geçecektir. Bu sebeple irade dışı devir hallerinde, pay sahipliği sıfatının tanınması istemine onay verilmemesi halinde payları edinen kişi sadece genel kurula katılma, oy hakları ile buna bağlı diğer hakları kullanamaz. Doktrinde bu düzenleme sebebi ile birlik teorisinin kabul edildiği bir sisteme tekrar bölünme teorisinin kısmen de olsa –belirli bir süre pay sahibi olarak tanınma istemi ile ortaklığa TTK m. 494/3 uyarınca tanınan üç aylık süre-kabul edilip edilmediği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.[243] Kanuni devir hallerinde gerçek anlama bir devreden bulunmadığı bazı hallerde devreden kişinin artık mevcut olmadığı (ölüm, birleşme gibi) veya icra yolu ile edinim halinde olduğu gibi ortaklığın onay vermemesi halinde –diğer devir hallerinden farklı olarak- pay bağlı tüm hakların devredende kaldığını savunmak ve işlemin eski hale döndürülmesi mümkün görünmemektedir.[244] Bu sebeple kanaatimizce kanuni intikal hallerinde -bu kapsamda eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde- payın mülkiyet ve paya bağlı tüm hakların bu edinimi sonuçlayan kazanım halleri ile payları edinen kişiye geçtiği, ancak genel kurula katılma ve oy hakları ile bunlara bağlı diğer hakların kullanılmasının ortaklığın onayına bağlı olduğunun kabulü benimsenen sistemin bütünlüğü açısından daha uygun bir çözüm olarak görülmektedir.

---

243 Doktrinde bu duruma birlik teorisinden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığı, kanuni devir hallerinde de paya bağlı tüm hakların payları edinen kişiye geçtiği ancak paya bağlı yönetimsel hakların kullanımı için ortaklığın onayına ihtiyaç bulunulduğu savunulmaktadır. Bkz.:Kläy, Vinkulierung, s. 210-211; Uzel, s. 155, s. 156 dn. 148'de sayılan yabancı literatür; Akın, 119; Geçici bir süre bölünme teorisinin uygulama alanı bulduğu yönünde Bkz.: Karasu, Devir, s. 139; Tekinalp, s. 53; Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 404-405; Narbay, Devir, 231; Narbay, Pay Defteri, s. 308; Altay, s. 612; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, 44, N. 181; Böckli, §6 311 vd; Bu kişilerin oydan yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydı önerilmektedir. Kläy, Vinkulierung, s. 212-213; oydan yoksun pay sahibi olarak kaydın bölünme teorisini tekrar ortaya çıkaracağı ve 497/3 te öngörülen oydan yoksun pay sahibi olarak kaydın borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı payların devrinde öngörülmediği yönünde Akın, s. 125-126; İBK m. 685/c hükmü bakımından bölünme geçici de olsa devam ettiği yönünde Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı, s. 238.

244 Uzel, s. 210 vd; Akın, s. 123 vd; Kläy, Vinkulierung, s. 210-211.

Ortaklık satın alma teklifinde bulunma hakkını kullanmak istediğinde, bu teklifi payları kanuni intikal sebepleri ile edinen kişi/kişilere yöneltecektir.[245] Ortaklığın satın alma teklifini pay sahibi olarak onaylamaya ilişkin istemi aldığı tarihten itibaren üç ay içinde yapması gereklidir. Bu süre içerisinde ortaklık herhangi bir teklifte bulunmaz ise –sessiz kalması halinde- pay devrine onay verdiği kabul edilir (TTK m. 494/3). Kanuni intikal halleri ile payları edinen kişi/kişiler – bu kapsamda eşler arasındaki mal rejimleri hükümleri ile edinen-satın alma teklifini kabul etmekle yükümlü değillerdir.[246] Payın gerçek değeri üzerinde anlaşma sağlanamaması halinde payları edinen kişi/kişiler ortaklığın bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden payların gerçek değerinin belirlenmesini isteyebilir. Bu duruma mahkeme ortaklığın karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır.[247] Değerleme giderleri ortaklık tarafından karşılanır(TTK m. 493/5). Ortaklığın talebi haksız olarak reddetmesi halinde iktisap eden ortaklık aleyhine pay defterine kayda ilişkin eda davası ve uğradığı zararın tazmini davasını açabilir.[248]

Doktrinde hâkim görüş, payları gerçek değeri ile satın alma teklifinin sadece ortaklık tarafından yapılabileceği, satın alma teklifinde

---

245 Sevi, s. 274. Genel kaçış klozunun kullanılmasından farklı olarak TTK m. 493/4 uyarınca ortaklığa tanınan satın alma teklifinde bulunma hakkının muhatabı kanuni devir halleri ile payı edinen kişidir. Zira bu durumlarda (miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri, cebri icra) payların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar kanuni sebeplerin gerçekleşmesi ile derhal ilgili tarafa geçer (494/2). Akın, s. 82.

246 Teklifin reddi halinde ise payları edinen kişi sadece malvarlıksal hakları kullanabilecektir. Bkz.: Uzel, s. 157; Karşı görüşte Akın, s. 76, 125; yazar kanuni devir hallerinde ortaklığın payları gerçek değeri üzerinden satın alma teklifinin reddinin mümkün olmadığı görüşündedir. Anonim ortaklığın payları gerçek değeri ile almayı önerdiği takdirde mülkiyet ile tüm pay sahipliği haklarının bırakan ve devredenden doğrudan doğruya anonim ortaklığa geçeceği yönünde Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 55.Ortaklığın ulaştırdığı yenilik doğurucu irade beyanı ile satım sözleşmesinin kurulduğu yönünde Bkz.: Altay, s. 608. TTK m. 493/1 ve 4 bakımından kurucu yenilik doğuran bir satın alma hakkının düzenlendiği yönünde Bkz.: Yıldız/Özbay, s. 11, dn.14; kanuni bir önalım hakkı niteliğinde bulunduğu yönünde Bkz.: Bahtiyar, s. 334.

247 İBK m. 685b/5 ten farklı şekilde düzenlenen ve mahkemenin karar tarihine en yakın tarihteki ortaklığın değerini esas almasını öngören TTK m. 493/5'in pay bedelinin tespiti sürecinde değerde düşmenin meydana gelmesi olasılığı nedeni ile doktrinde eleştirilmekte ve kaynak hukuktaki kanun hükmü ile uyum sağlanarak değiştirilmesi önerilmektedir. Bkz.: Uzel, s. 32 vd; ayrıca Bkz.: Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 404.

248 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 55. Tazminat davasında TTK m. 497/4 kıyasen uygulanır. Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 57.

bulunacak pay sahipleri veya üçüncü kişilerin ise ortaklık tarafından temsil edilmeleri gerektiği yönündedir.[249] Payları edinen kişi/kişiler, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmez ise, ortaklığın devralma önerisini kabul etmiş sayılır (TTK m. 493/6).

Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda ise TTK m. 495/3 uyarınca miras, mirasın paylaşılması, eşler arasındaki mal rejimleri hükümleri veya cebri icra yoluyla[250] iktisap hallerinde, devralanın pay sahibi sıfatı alması reddedilemez. Bu duruma ortaklığa devralana paylarını gerçek değeri üzerinden almayı önererek, pay defterine kayıttan imtina olanağı da tanınmamıştır.[251] Ortaklık payı edinen kişiyi pay defterine kaydı zorunlu olup, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine kayıt imkânı bulunmaz.[252] Bu duruma esas sözleşmede öngörülen yüzdesel iktisap sınırı aşılmış olsa dahi payı edinen kişinin herhangi bir hak sınırlamasına tabi olmaksızın kaydı zorunludur (TTK m. 495/3).[253]

---

249 Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 55; TTK m. 493/4'te genel kaçış klozunun düzenlendiği m. 493/1 den farklı olarak ortaklığın ilgili payları kimlerin hesabına alabileceği düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde TTK m. 493/4 düzenlemesinin genel kaçış klozundan farklı ve daha dar yorumlanmasına gerek olmadığı kabul edilmekte ve bu sebeple ortaklığın payları kendi veya diğer pay sahipleri veyahut üçüncü kişi hesabına satın alabileceği kabul edilmektedir. Kläy, Vinkulierung, s. 208; Sevi, s. 298.

250 Kaynak kanun İBK 685/d 3'ten farklı olarak cebri icra uyarınca payların edinilmesi hali de devir sınırlamalarının ileri sürülemeyeceği kanuni devir halleri arasına alınmıştır. Eleştirisi için Bkz.: Uzel, s. 175 vd; Altay, s. 619 vd.

251 Payları borsada işlem gören bir anonim ortaklığın, kanuni bir iktisabı önlemeyi gerektirecek ortaklık menfaatinin bulunmadığından, ortaklığa devralma önerisinde bulunarak, devri onaylamama yetkisi tanınmamıştır. Bkz.: Tekinalp, Bağlam Sistemi, s. 63-64.

252 Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, §44, N. 210; Payları edinen kişi tanınma isteminde bulunmadığı süre zarfında pay sahipliği haklarını kullanamaz, TTK m. 495/3 uyarınca tanınma istemi ortaklığa yöneltildiğinde devralanın pay defterine kaydı zorunlu olup, doktrinde 497 ve 498 hükümlerinin dikkate alınarak tanınma kararına kadar isteme bulunan kişinin oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydedilmesi ve tanınma kararına kadar yönetsel haklar dışındaki tüm pay sahipliği haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir. Tanınma açısından esas sözleşmesel bağlam bakımından bir değerlendirme yapılamayacağı ve bu sebeple en kısa sürede pay sahipliği sıfatının kendisine tanınması gerektiği kabul edilmektedir. TTK m. 498' deki 20 günlük sürenin kıyasen uygulanması ve ortaklığın olumlu kararının bu süre içinde bildirileceği kabul edilmektedir. Uzel, s. 174-175.

253 TTK m. 495/3 emredici nitelikte bulunup, aksine bir düzenlemenin esas sözleşmeye eklenmesi kesin hükümsüzdür. Akın, s. 165-166.

SONUÇ

Mal rejimi, Eşlerin evlilik birliğinin kurulması öncesinde sahip oldukları ve birliğin devamı sırasında edindikleri malvarlığı üzerindeki hak ve yetkilerini ve evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde de malvarlığına giren değerlerin akıbetini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bu hükümlerle, eşlerin mevcut malvarlıklarının mülkiyetinin hangi esaslarla nasıl düzenleneceği; malların yönetimi, mallardan yararlanma ve mallara ilişkin tasarrufların nasıl olacağı, eşlerden her ikisine birden ait olan mallardan sorumluluk ve malvarlığının tasfiyesinde malların mülkiyeti göz önünde tutulmaksızın paylaştırmanın nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) mal rejimleri, Aile Hukuku kitabının dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. TMK m. 202'den 217'ye kadar devam eden ve "*Genel Hükümler*" başlığını taşıyan birinci ayrımdaki hükümler, mal rejimi türlerinin tamamı için uygulanacak niteliktedir. Türk Medeni Kanunu'nda dört çeşit mal rejimi öngörülmüştür. Bunlar; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (TMK m. 218-241), Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 242-243), Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 244-255) ve Mal Ortaklığı Rejimidir (TMK m. 256-281). Mal rejimini seçme konusunda eşler arasında teknik anlama sözleşme özgürlüğü değil aksine çerçeve ve içeriği kanun tarafından belirlenmiş olduğundan "*sınırlı sayı ve tipe bağlılık*" ilkesi söz konusudur.

Anonim ortaklıklarda payların devredilebilirliği ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilke payın ve pay sahipliğinin anonim ortaklığın onayı olmaksızın el değiştirebilmesi ve sadece nama yazılı paylarda/pay senetlerinde devredilebilirliğin sınırlanmasının kanundaki emredici hükümler çerçevesinde mümkün olduğu anlamına gelmektedir. Devredilebilirlik ilkesi uyarınca anonim ortaklıkta gerek senede bağlanmamış (çıplak) paylar gerek pay senetleri devre konu olabilir. TTK m. 490'da nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde kural olarak devredilebilirliği esas almış olmakla birlikte, bunların kanunda veya esas sözleşmede öngörülecek şartlarla devrinin sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Devrin sınırlandırılması bağlam olarak ifade edilirken, devri sınırlandırılmış nama yazılı paylar/pay senetleri bağlı nama yazılı paylar/pay senetleri olarak adlandırılır. Ancak Kanunun saymış olduğu bazı hallerde bağlam hükümleri etkisini kaybetmektedir. Bunlarda biri de payların eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesin-

de kazanım halleridir. Payların kanuni intikal halleri ve bu kapsamda eşler arasındaki mal rejimine göre edinim hallerinde, pay devri sınırlamalarının etkisinin yitirildiği haller kanuni bağlam bakımından TTK m. 491/1, esas sözleşmesel bağlam açısından borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından TTK m. 493/4, TTK m. 494/2 ve borsaya kote edilen nama yazılı paylar için TTK m. 495/3'te düzenlenmiştir. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde payların edinim hallerinin kapsamının çizilmesi ise söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri çerçevesinde kazanım halleri ise şu hallerdir:

İlk ihtimal; TMK m. 209'da düzenlenen eşler arasında mal ortaklığı rejiminin bulunması ve eşlerden birinin iflasına karar verilmesi halinde mal ortaklığının kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmesidir.

İkinci ihtimal; "dönüştürme davası" olarak da adlandırılan[254] mahkeme kararıyla yürürlükte olan mal rejiminin eşlerden birinin istemi üzerine mal ayrılığı rejimine dönüşmesidir. Bu dava TMK m. 206'da düzenlenen haklı sebeplerin varlığının ispatlanması halinde mümkündür.

Üçüncü bir ihtimal olarak TMK m. 197/II' de düzenlenen evliliği koruyucu tedbirlerden biri olarak eşlerin birlikte yaşamalarına ara verildiği durumlar ve TMK m. 169'da düzenlenen boşanma veya ayrılık davasının devamı sırasında veya hâkim tarafından ayrılığa karar verilmesi durumunda alınacak önlemler arasında kabul edilebilecek, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine ilişkin tedbirdir.

Eşlerden birinin talebi dışında mahkeme kararıyla mal rejiminin değiştiği bir diğer hal ise mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklının haczin uygulanmasından zarara uğraması ve ispatlaması halinde mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçilmesidir.

Bağlı nama payların kanun gereği başkasına intikalini doğuran mahkemenin mal ayrılığına geçiş kararı ile eşler arasındaki mal rejimi

254 Gençcan, Medeni Kanun, s. 1822.

dava tarihinden itibaren kendiliğinden sona ermiş ve eşler bu tarihten itibaren mal ayrılığına geçmiş olur. Eşler bir başka mal rejiminden mal ayrılığına geçtiklerinde, önceki mal rejimi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve sona ermiş olan mal rejiminin tasfiyesi işlemi, ilgili mal rejiminin tasfiye kurallarına göre yapılır.

Kaynakça

Acabey M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları,

İzmir 1998.

Akın Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul

2014., Aile Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2016.

Altay S. Anlam, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşmesel Bağlam",

İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 563-637.

Arslanlı Halil, Anonim Şirketler C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.

Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 12 bs., Beta Basım Yayım Dağıtım, İ

Akıntürk Turgut/Ateş Derya

stanbul 2017.

Başpınar Veysel, "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu

Konuda Bazı Önerilerimiz", *AÜHFD*, C.52, Sa.3, 2003, s.79-101.

Bilgili Fatih/ Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.

Bozgeyik Hayri, Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının

Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar, Batider, c.25, s.2, 2009, s. 211-226.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2009.

Domaniç Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II,

Temel Yayınları, İstanbul 1988.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan /Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku,

Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Forstmoser Peter/MeierHayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli,

Bern 1996.

Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2010.

Gençcan Ömer Uğur, 4721 Türk Medeni Kanunu, 2. Cilt: Bilimsel Açıklama-İçtihat-İlgili

Mevzuat, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2007.

Gümüş Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri,

Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Hatemi Hüseyin/Oğuztürk Burcu Kalkan, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Karasu Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler

İlkesi, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara 2009 (Emredici).

Karasu Rauf, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin

Sınırlandırılması", *GÜHFD*, C. XII, S.1-2, 2008, s. 127-147 (Devir).

Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Basım Yayım

Dağıtım, İstanbul 1994 (İntifa Hakkı).

Kendigelen Abuzer, "Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde

Şekil", Makalelerim C.I, 1986-2001, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, s.

215-243.

Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On

İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012 (Yeni Türk Ticaret Kanunu).

Kılıçoğlu Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Kılıçoğlu Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2014. (Yenilikler)

Kılıçoğlu Ahmet, Katkı- Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar), Ankara 2016. (Katılma Alacağı)

Kılıçoğlu Ahmet, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.

Kılıçoğlu Ahmet, Şirket Hissesinde Katkı- Katılma Alacağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, 27 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Kırca İsmail/Kırca Çiğdem, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited

Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi", Prof Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008,

s. 545-560.

Kläy Hanspeter, Die Vinkulierung Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Helbing &

Lichtenhahn, Basel, Frankfurt a.M. 1997 (Vinkulierung).

Kläy Hanspeter, Statutengestaltung bei der Vinkulierung nicht kotierter Aktien, Le Notaire

Bernois, N. 58, 1997, s. 49-79 (Aktien).

Manavgat Çağlar, "Sermaye Piyasasına Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi

Sistemin Esasları, *AÜHFD*, C.50, S.2, 2001, s. 159-191.

Moroğlu Erdoğan, "Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri ve Yargıtay Kararları", *Makaleler I*,

Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006.

Narbay Şafak, Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 (Pay Defteri).

Narbay Şafak, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay

Senetlerinin Devri", *EÜHFD*, C.XVI, S.3-4,2012, s.201-251. (Devir).

Oğuzman Kemal /Seliçi Özer /Özdemir Oktay Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul

2015.

Öztan Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat

Kitapçılık, İstanbul 2010.

Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul

2014.

Pulaşlı Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1992.

Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi C.I,II, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Sarı Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi,

Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

Sevi Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Şıpka Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya ilişkin Sorunlar, On

İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Tekinalp Ünal, Anonim Oraklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri ile Birlikte,

Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Teoman Ömer, "Bağlı Nama Yazılı Pay (Senedi) ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları

Üstüne Düşünceler", Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim- C.I 1971-1982, Beta

Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000,s. 46-59.

Töremiş Ebru, Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satıma Aracılık Faaliyeti Kapsamında

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, *GÜHFD*, C. XII,

Y. 2008, S. 1-2, 77- 102.

Uzel Necdet, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na

Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Ülgen Hüseyin, Anonim Ortaklıklarda Nama Yazılı Pay Senetlerinin (Ciro Yerine) Ayrı Bir

Temlikname ile Devri Caiz midir? İkt. Mal., 1980, C. 27, S.1, s. 18-25.

Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku,

On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Yıldırım Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2014.

Yıldız Şükrü/Özbay İbrahim, "Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418 f.4'de Yazılı

Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan

Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı", Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 15 Aralık 2006, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 7-40.

Yılmaz Lerzan, "İsviçre Borçlar Kanununda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay

Senetlerinde Bağlamın Sınırlandırılması Sorunu", *İBD*, C.60, S.4, 2007, s. 1571-1595.

Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Zeytin Zafer/Ergün Ömer, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

SINAİ MÜLKİYET KANUNU VE YARGITAY UYGULAMASINDA MARKA HUKUKUNDA TAZMİNAT

COMPENSATION IN BRAND LAW IN INDUSTRIAL PROPERTY LAW AND PRACTICE OF SUPREME COURT

Fatih AYDIN*

Özet: Marka hakkı ihlal edilen şahıs uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Markaya tecavüz fiili bir haksız fiil sorumluluğudur. Tazminat talebi için haksız fiilin tüm unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu unsurlar hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. Ancak ortada soyut bir hakkın ihlali bulunmaktadır. Bu sebeple kusurun derecesi ve zararın miktarını belirlemek kolay değildir. Kanuni şartlar oluştuğunda marka sahibi maddi ve manevi tazminat ile itibar tazminatını talep edebilir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, önceki düzenleme olan 556 sayılı KHK'nın tazminata ilişkin bazı hükümleri değiştirilmiştir. Çalışmamızda marka hukukunda tazminat ile ilgili bu iki düzenleme özellikle kusur ve zarar kapsamında karşılaştırılmıştır. Bunun yanı sıra doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde üç tazminat türünün tartışmalı konularına ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler : Marka Hukuku, Tazminat, Sınai Mülkiyet Kanunu, Fiili zarar, Yoksun Kalınan Kazanç

Abstract: The person whose trademark right is violated may request indemnification of his suffer. The act of trademark infringement is a responsibility of tortious act. For the claim of compensations, all elements of the tort must be fulfilled. These elements are; wrongful act, fault, harm and causal relation. However, there is an abstract violation of the right. and for this reason, it is not easy to determine the amount of defects and the amount of damage. In case of legal conditions, trademark owner may demand compensation for pecuniary damages with material and moral damages. Some provisions of the previous regulation on damages of the Decree Law no.556 have been amended with the entry into force of the Industrial Property Law No.6769. In our study, these two regulations regarding compensation in trademark law have been compared especially in terms of defect and damage. In addition to this, our

* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0001-7426-4701

assessments are carried out on the controversial issues of the three compensation classes on the basis of the Supreme Court decisions of the doctrine.

Keywords: Trademark Law, Compensation, Industrial Property Law, Actual Damage, Loss of Earnings

GİRİŞ

Bilindiği üzere sınai hakları içeren düzenlemeleri tek bir kanun çatısı altında toplama düşüncesinin neticesinde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 10.1.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili kanunla birlikte sınai haklar mevzuatında birçok değişiklik yapılmıştır. Markalar ile ilgili olarak 556 sayılı KHK'daki bir kısım hükümlerin değiştirilmeden aynen kanuna aktarıldığı, ancak özellikle markanın tescili ve incelenme süreci gibi bazı hususlarda önemli değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Marka hukukunda tazminat ile ilgili hükümlerde ise sorumluluğun kusur boyutu ve yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemlerinde birtakım değişikliklere gidilmiştir.

Markaya tecavüz fiillerinde, klasik haksız fiil ve tazminat hukukuna nispeten tecavüzün boyutu, kusur ve zararın belirlenmesi daha güçtür. Nitekim ortada soyut bir hakkın ihlali bulunmakta ve yine bu soyut hak ihlalden zarar görmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda kusur ve zarar ile ilgili özel bir hüküm yer almazken, yoksun kalınan kazancın belirlenmesi bakımından bazı hesaplama yöntemlerine yer verilmiştir.

Çalışmamız kapsamında ilk olarak marka hukukunda tazminat ile ilgili 556 sayılı KHK hükümleri ile Sınai Mülkiyet Kanunu'nun konuyu ele alışı, aynı veya benzer marka ile taklit marka kapsamında kıyaslanarak, yapılan değişiklikler genel hatlarıyla incelenecektir. Bu bölümde iki düzenleme hakkında özellikle taklit marka ve kusur kavramları açısından bazı teknik tartışmalara değinilecektir. Daha sonra ise marka hukukunda zarar ve tazminat türleri hakkında genel bilgiler ile tartışmalı hususlar değerlendirilecektir. Bu yapılırken yeri geldikçe iki düzenleme arasındaki farklara da yer verilecektir. Özellikle tazminatın hesaplanması ile ilgili bölümlerde Yargıtay içtihatlarına sıklıkla başvurularak, meselenin somutlaştığı kararlar hukuki açıdan değerlendirilecektir.

I. 556 SAYILI KHK VE 6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNUNDAKİ TAZMİNAT HÜKÜMLERİNE GENEL BAKIŞ VE TAKLİT MARKA KAVRAMI

A. 556 sayılı KHK Dönemi

Markaya tecavüz halinde oluşan zararın tazminine yönelik hükümler 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (MarKHK) m. 62/1-b ile m. 64-m.68'de yer almıştır. İlgili maddelerde üç çeşit tazminat davasına yer verilmiştir. Bunlar maddi ve manevi tazminat ile itibar tazminatıdır. Markaya tecavüz fiili farklı şekillerde tezahür etse de, bu başlık altında markanın aynısının veya benzerinin kullanılması ile markanın taklit edilmesi halleri incelenecektir.

Marka hakkına tecavüz hallerinin düzenlediği MarKHK m. 61/1-b'de "*Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*" fiili kullanıldığı halde aynı maddede, 9. maddenin ihlalinin de marka hakkına tecavüz olduğu belirtilmiştir. Hâlbuki 9. maddede zaten "*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan… herhangi bir işaretin kullanılması*" gibi durumların marka hakkına tecavüz olduğu açıkça belirtildiğinden, doktrinde m.m61/1-b'nin gereksiz olduğu yönünde bir görüş bulunmaktaydı.[1] Diğer bir görüş ise m. 61/1-b'deki fiilin m.m9'da zaten sayıldığını ancak bunun gereksiz bir tekrar olmadığını savunmuştur.[2] Bu görüşe göre KHK m.m9'daki fiillerin korumadan yararlanması için mutlaka tescilli bir marka üzerinde işlenmiş olması gerekirken, m.m61/b'de tescilli olmasalar dahi tanınmış veya kullanılmak suretiyle ayırt edicilik kazanmış markaların korunması amaçlanmıştır.[3] Üçüncü bir görüş ise m. 9'da markanın "*aynısı veya benzerinden*" söz edildiğini, m. 61 de ise "*ayırt edilemeyecek kadar benzer*" ifadesinin kullanıldığını, birincisinde iltibas, ikincisinde ise taklit markanın kastedildiğini ve KHK'da "*Markanın ayırt edilemeyecek benzerini kullanmak*

1 Sabih Arkan, Marka Hukuku C.2, Ankara 1998, s.216; Hamdi Yasaman, Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, s.1012.

2 Hakan Karan/Mehmet Kılıç, Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s.455.

3 Karan/Kılıç, s.455.

suretiyle markayı taklit etmek" ibaresinin kullanılmasıyla kanun koyucunun taklit markayı bu şekilde tanımladığını savunmuştur.[4]

İki maddede yer alan ilgili fiiller birbirinin benzeri olduğundan ilk görüşe hak vermek gerekirse de, ilgili maddelerde kullanılan tabirler birebir tekrar sayılmayacak kadar farklıdır. Kanaatimizce burada bilinçsizce ya da unutularak yapılmış tekrardan ziyade kanun koyucunun farklı bir maksat gözettiğini kabul etmek daha uygun olacaktır.

Benzer hükümlerin tekrar edilmesini, tescilsiz olsalar dahi tanınmışlık veya kullanma yolu ile ayırt edicilik kazanmış markaların korunması amacına yoran görüş de eleştiriye açıktır. Zira birinci maddede açıkça belirtildiği üzere, MarKHK'nın amacı, tescilli markaların korunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla m.62/b'de açıkça tescilli markadan bahsedilmemesi, bunun tescilsiz markaları kapsadığı anlamına gelmeyecektir. Asıl olan tescilli koruma olduğuna göre, istisnai bir yol olan tescilsiz korumanın kanunda açıkça yer alması gerekir.

Kanun koyucu markanın taklit edilmesini "*ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması*" olarak ifade etmiştir. Bu takdirde benzerlik (iltibas) ve taklide farklı anlamlar yüklendiğini kabul etmekle birlikte bu ayrımın yerindeliği ve sonuçları hakkında yorum yapmak gerekir.

İltibas ve taklit marka kavramlarının ayrıştırılması, tecavüz sonrası oluşan zararı tazmin etme noktasında önem taşır. Aslında tartışmanın kaynağı, markaya tecavüz halinde maddi ve manevi tazminatın MarKHK'da iki farklı yerde geçmiş olmasına rağmen, taklit marka kavramının sadece tazminat başlıklı 64. maddede kullanılmasıdır. Taklit ile iltibasın sınırlarını birbirinden ayırt etmek her zaman için kolay olmayabilir. Aynı zamanda m. 9/1-a'da geçen "*tescilli bir marka ile aynı veya benzer*" ibaresi, ayırt edilemeyecek kadar benzer olarak ifade edilen taklit marka kavramını da içine almaktadır. Dolayısıyla m. 64-68 arasında düzenlenen marka hukukuna münhasır tazminat taleplerine ilişkin hükümlerde taklit kavramının kullanılmış olması, markanın benzerini kullanmak yani iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilme halini de kapsamalıdır. Diğer bir deyişle markanın taklit edilmesini sadece ayırt edilemeyecek derecede benzer olma haline özgü-

[4] Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s.493-494; Yasaman/Ayoğlu, s.1012.

lemenin pratik bir yararı bulunmamaktadır. Zira benzer olma ile ayırt edilemeyecek derecede benzerliğin ayrımı her zaman kolay bir şekilde yapılamayacağı gibi her iki halde de markaya tecavüz fiili oluşacak ve tazminat talebi gündeme gelecektir. Dolayısıyla tazminata yol açma noktasında böyle bir ayrıma gerek olmadığı söylenebilir. MarKHK döneminde uygulamada m. 64-68 hükümlerine dayalı tazminat taleplerinin önemli bir kısmında iltibasa sebebiyet verecek benzerlikten yola çıkılması da bu yorumu desteklemektedir.[5] Diğer bir deyişle her ne kadar m. 64 ve devamında taklit markanın tanımı yapılmış olsa da, iltibas kavramını da bunun içinde değerlendirmek gerekir. Aksi takdirde iltibasa sebebiyet veren durumların m. 64-68 kapsamında tazminat taleplerine konu olmaması gerekirdi.

Diğer taraftan görüşlerden hangisi tercih edilirse edilsin markaya tecavüz fiilleri sonucunda tazminat taleplerini düzenleyen m. 62/b ile m. 64/1'de öngörülen maddi tazminatın aslında bir farkı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle markaya tecavüz ister iltibas, ister taklit marka yoluyla yapılmış olsun, her iki durumda da maddi tazminat sonucunun doğacağı ortadadır. Dolayısıyla bu iki maddede aynı tazminattan bahsedilmesi gereksiz olarak değerlendirilebilir[6]. Kanaatimizce tazminat ile ilgili maddelerde aynı veya benzer marka olarak ifade edilen iki tür benzerlik kıstasının yanına bir de ayırt edilemeyecek kadar benzer kıstasını getirmek ve bu son hali diğerlerinden farklı olarak

---

5 Yargıtay kararına konu olan bir olayda mahkeme iltibas oluşturacak şekilde benzerliğin neticesinde KHK m.64 ve m.68 hükümlerine göre tazminata hükmetmiştir. "Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının ürettiği çamaşır suyu ürününde kendi markasını tescil edildiği gibi kullanmayıp, davacının markasıyla karışabilecek biçimde ve davacının tescillenmiş şişe tasarımına benzer bir şişe tasarımıyla kullandığının belirlendiği, davalının tescilli markasının tescil edildiği şekil ve yazı unsurları içinde "Klor' tali unsurunun yer almadığı, davalının markasının ayırt edici karakterini bozduğu, dolayısıyla tescilsiz marka kullandığı, davalının ürettiği ürünlerin de davacı ürünlerine göre kalitesiz olduğu, dolayısıyla davacının marka itibarının da zarara uğradığı, haksız eylemin zaman içinde devam ediyor olması ve özellikle markaya tecavüzün aynı zamanda suç teşkil etmesi sebebiyle davalının zamanaşımı savunmasının yerinde görülmediği, davacıya ait marka ve tasarım haklarına tecavüz oluşturur mahiyette eylemlerinin ve haksız rekabetinin tespitine, hüküm özetinin gazetede ilanına, 39.948,89 TL maddi tazminatla takdiren 1.000,00 TL itibar tazminatının ve 3.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek ticari faizleriyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir" Y.11. HD, E. 2011/8982,K. 2013/12375, T. 13.6.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

6 Yasaman/Yüksel, s.1164.

taklit marka şeklinde tanımlamak kafa karışıklığına sebep olmaktan öteye gitmemiştir. Her iki maddede de tazminatın hesaplanmasıyla ilgili özel ve farklı bir hüküm de bulunmadığından dolayı bu kavram farkının tazminata yol açma noktasında tartışılması doğru değildir. Nitekim aşağıda belirteceğimiz üzere KHK m. 61'de markaya tecavüz sayılan fiiller içesinde hem benzerlik hem taklit edilme durumları sayılmıştır. Dolayısıyla iki halde de mütecavizin tazminat yükümlülüğü doğmaktadır. Tazminat yükümlülüğünün doğması için kusurun kasıt veya ihmal tarzında olması, tecavüzün iltibas veya taklit olmasının da bir önemi yoktur. Kusurun derecesi ve niteliği ancak tazminat miktarının belirlenmesi aşamasında önem taşır.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında markaya benzer veya ayırt edilemeyecek kadar benzer -yani taklit marka- kavramlarının ayrı fiiller olarak kullanılmasında bir sakınca olmamasına rağmen, markaya tecavüzün tazminini düzenleyen maddelerde tekrar iltibas/taklit ayrımına gitmenin pratik bir faydası bulunmamaktadır. Nitekim aşağıda belirteceğimiz üzere Sınai Mülkiyet Kanununun markaya ilişkin tazminat talebi ile ilgili maddelerinde bu gereksiz ayrımdan vazgeçilmiştir.

B. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

5 kitaptan oluşan Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK), Marka başlıklı birinci kitabında (1-32. maddeler arası) MarKHK'nın bazı hükümleri değiştirilerek bazıları ise aynen yer almıştır. Bunun yanı sıra aşağıda değineceğimiz üzere kanunun beşinci kitabında, tüm sınai haklar için uygulanacak ortak hükümler başlıklı bölümde de markalar ile ilgili birtakım düzenlememeler yer almaktadır.

Marka hukukunda tazminata sebebiyet veren ve marka hakkına tecavüz sayılan fiiller SMK m. 29'da tek tek sayılmıştır. Buna göre

1) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7. maddede belirtilen biçimlerde kullanmak[7].

[7] Sınai Mülkiyet Kanunu m.7/2 'ye göre aşağıda belirtilen fiillerin tescilli marka sahibinin izni olmadan yapılması halinde, fiillerin önlenmesini talep etme hakkı münhasıran marka sahibine aittir:
a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

2) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

3) Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

4) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

Markaya tecavüz dolayısıyla oluşan zararın tazmini ise kanunun beşinci kitabının birinci kısmı olan ortak hükümlerde(m. 146-m. 165) düzenlenmiştir. Böylece sadece marka hakkı değil, sınai mülkiyet haklarından herhangi birine tecavüz edilmesi halinde mütecavizin ödeyeceği tazminat açısından bu maddelere bakılacaktır.

SMK m.149'da, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler sıralanmıştır. Bu talepler arasında tecavüzün tespiti davası ile tecavüzün önlenmesi istemine de yer verilmiştir. MarKHK'da marka hakkı tecavüze uğrayan şahsın mahkemeden talep edebilecekleri arasında bu iki hak sayılmamıştı. Gerçi önceki dönemde bu hakkı tanıyan bir imkân olmasa da fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti ve muhtemel tecavüzün önlenmesi talebini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktaydı. Ayrıca diğer sınai mülkiyet hakları bakımından bu davaların açılabileceği ilgili mevzuatlarda açıkça zikredildiğinden, doktrinde MarKHK'nın bundan bahsetmemesi yasaklama iradesinden değil, kanun koyucunun ihmali olarak yorumlanmıştır.[8] Sınai mülkiyet kanunu ile bu durumun açıklığa kavuşturulmuştur.

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 tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil 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 tanınmışlık 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.

8 Karan/Kılıç, s.493.

Markalar bakımından da fiilin tecavüz olarak tespiti ve muhtemel tecavüzün önlenmesi isteminin ileri sürülebileceğinin açıkça belirtilmesi olumlu bir değişikliktir.

Yukarıda belirttiğimiz durum dışında, markası tecavüze uğrayan hak sahibinin talepleri bakımından eski düzenleme olan MarKHK m. 62 hükmü ile SMK m. 149 arasında ciddi bir fark bulunmamaktadır. Tazminat ile ilgili olarak MarKHK'da geçen "*Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi tazminat talep edebilme*" imkânı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149/1-b'de aynen yer almıştır.

Marka hakkı tecavüze uğrayanın tazminat isteme imkânı MarKHK'nın iki farklı maddesinde yer almaktaydı. M.62/b'nin yanı sıra tazminat başlıklı m.64'te sayılan bazı özel haller tazminat sebebi olarak sayılmıştır. Sınai Mülkiyet Kanununda ise içerik olarak KHK m. 64'ün muadili sayılabilecek bir hüküm yoktur.[9] Diğer bir deyişle Sınai Mülkiyet Kanunu ile MarKHK döneminde birçok tartışmaya sebep olan 64. madde kaldırılmıştır. Aşağıda KHK m.64 ile ilgili tartışmalara ve Sınai Mülkiyet Kanunundaki yeni düzenlemenin ayrıntısına değinilecektir.

MarKHK'da ayrı ayrı maddelerde düzenlenen itibar tazminatı (m. 68) ile tecavüzü kanıtlayan belgelerin istenebilmesi hususları (m. 65) SMK m.150'de tek bir başlık altında düzenlenmiştir. Fiili zararın tazmininde de bu maddeye bakılacaktır. Zarar olgusunun diğer kalemi olan yoksun kalınan kazanç ise SMK m.151'de yer almaktadır. Önceki düzenlemede yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında "markanın itibarının" zarara ne ölçüde etki ettiği önem taşırken, yeni düzenlemede hesaplamamın daha kolay yapılması ve tatmin edici oranda tazminata hükmedilmesine olanak sağlamak amacıyla "*markanın itibarı*" kavramı yer almamıştır. SMK'da, marka hukukunda tazminat ile ilgili genel değişikler bu şekilde olmakla birlikte yeri geldikçe bu değişikliklerin ayrıntılarına değineceğiz.

II. MADDİ TAZMİNAT

Markaya tecavüz nedeniyle marka sahibinin uğradığı maddi kayıp, fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtan oluşmaktadır. Marka huku-

[9] SMK m.150'nin başlığı, MarKHK m. 64 gibi "Tazminat" olsa da bu iki madde içerik itibarıyla birbirinden oldukça farklıdır.

kunda tazminatın ortaya çıkması için, marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden biri veya birkaçının gerçekleşmesi gerekir. Marka hakkına tecavüz fiilinin özünde haksız fiil sorumluluğu bulunduğu için, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 49 vd. uyarınca tazminat davalarının açılabilmesinde genel kural, hukuka aykırılık unsurunun yanında, kusur, zarar ve illiyet bağının bulunmasıdır.[10]

Hukuka aykırılık unsuru markaya tecavüz fiilinin özünde mevcut olup tecavüzün oluşmasıyla ilgilidir. Tazminata sebebiyet verme ve özellikle tazminatın hesaplanması bakımından haksız fiilin kusur ve zarar unsurları ayrı bir öneme sahip olduğundan bu iki unsur detaylıca incelenecektir. İlliyet bağı ise kusur ve zarar başlıkları altında farklı ihtimaller dâhilinde değerlendirilecektir.

A. Kusur

Borçlar kanununda kusurun bir tanımı yapılmamıştır. Kusur kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Kusur her şeyden önce hukuka aykırılığı gerektirdiğinden kusurlu bir davranış daima hukuka aykırı bir fiil olarak tezahür eder.[11] Hukuka aykırı sonucu istemek kast, bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradenin yeterli derecede kullanılmaması da ihmale yol açar.[12]

Marka hukukunda markaya tecavüz sayılan bir fiilin tazminata yol açması için kusur şart olmakla birlikte kusurun kasıt veya ihmal şeklinde olması, tazminat yükümlülüğünün doğmasında değil, miktarın belirlenmesinde rol oynar.[13] Marka hakkına tecavüz fiilinden dolayı zarar gören şahıs, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Tazminat ve kusur ile ilgili önceki düzenlemede çokça tartışılan MarKHK m. 64 hakkında SMK'da farklı bir düzenleme yapılmıştır.

---

10 Sevilay Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012, s.261. vd.;Arkan, s.240; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 516; Kemal Oğuzman/M.TurgutÖz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 2012, s.12.

11 Eren, s.569; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s.171.

12 Oğuzman/Öz, s.52.

13 Uzunallı, s.335.

SMK'daki hükmün anlaşılması ve farklılıklar hakkında kıyas yapılabilmesi için önceki düzenlememin yürürlükte olduğu zamanda doktrinde yapılan tartışmalara da değinmek gerekir.

1. 556 sayılı KHK Dönemi

MarKHK'da markaya tecavüzden dolayı tazminat yükümlülüğü hem 62. madde hem de 64. madde de düzenlenmişti. MarKHK m. 62/b hükmü klasik haksız fiil sorumluluğu olarak görüldüğünden marka sahibinin tazminat talep edebilmesi için failin kusurlu olması gerektiği kabul edilmişken, m. 64/1'e dayanarak başvurulacak tazminat taleplerinde, markaya tecavüz edenin kusurunun aranıp aranmayacağı tartışma konusu olmuştur.[14]

MarKHK m. 64'e göre;

"*Marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*

Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür."

Doktrinde bir görüşe göre taklit markanın kullanılmasından doğan tazminat talebini düzenleyen m. 64'ün birinci fıkrasında kusurdan bahsedilmeyip ikinci fıkrasında kusurdan açıkça söz edilmiş olması, ilk fıkranın kusursuz sorumluluk halini içerdiğini göstermektedir.[15] Söz konusu görüşün dayanağı olarak, 64. maddede taklit markadan söz edilirken, bu maddeye nazaran daha genel bir düzenleme olan 62. maddede ise marka hakkına tecavüz ibaresinin kullanılması gösterilmiştir.[16] Bu görüş esas alındığında taklit marka kullanımının tazminata yol açması için kusur şartı aranmayacaktır.

---

14 İlgili tartışma hakkında bkz. Arkan, s.240 vd. ; Uzunallı, s.333; Hanife Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s.307; Yasaman/Yüksel, s.1127; Tekinalp, s.499 vd.

15 Tekinalp, s.500; Yücel Baykal, Türk Ticaret Hukukunda Markanın Haksız Rekabete Karşı Korunması, İzmir 2001, s.118.

16 Tekinalp, s.500.

Diğer bir görüş ise 64. maddenin bir kusursuz sorumluluk olarak anlaşılamayacağını, zira bu maddede sayılan kişilerin işledikleri fiillerin nitelikleri itibariyle sadece kusurla işlenebileceği düşüncesini savunmuştur.[17]

Bu sorunun çözümü açısından 61 ve 62. madde ile 64. madde arasındaki ilişkiye bakmak gereklidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 64. madde, 62/2-b'nin bir tekrarı hükmünde olduğundan, tıpkı 62. maddede olduğu gibi burada da haksız fiil anlamındaki genel hüküm olan kusur sorumluluğu bulunmaktadır. Kaldı ki, haksız fiiller anlamında genel prensip kusur sorumluluğu olduğundan, kusursuz sorumluluk halleri için ayrıca ve açıkça düzenleme yapılmalıdır. Dolayısıyla 64. maddede açıkça kusursuz sorumluluktan bahsedilmediğine göre burada bir kusur sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Ayrıca KHK m. 62/1-c'de düzenlenen kişilerin markaya tecavüz suçunu işlemeleri için aranan kusur şartının, markayı tecavüzün bir neticesi olan tazminat bakımından genişletilerek kusursuz sorumluluğa dönüştürülmesini kabul etmek, kendi içinde bir çelişkiyi barındırır.

Diğer taraftan 64. maddede düzenlenen tazminat yükümlülüğü, 62/b'de olduğu gibi bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan TBK m. 51 vd. uyarınca marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olduğu sonucu çıkmaktadır.[18] Ayrıca hem m. 64/1'de geçen fiillerin tamamının kusursuz sorumluluk doğuracağını savunan görüş,[19] hem de bu maddenin her iki fıkrasında yer alan fiillerde kusurun varlığını asıl olarak gören görüş[20] eleştiriye açıktır. Her bir durumun ayrı ayrı incelenmesinde fayda vardır. Nitekim m. 4'de geçen taklit kavramı, m. 61-b'de geçen taklit kavramı olup, yalnızca kusurla gerçekleştirilebilecek bir tecavüzdür. MarKHK m.61-c'de sayılan fiillerin markaya tecavüz olarak sayılması için ilgili kişilerin, markanın taklit olduğunu bilmeleri yahut bilmelerinin gerekmesi şartı vurgulanmıştır

17 Arkan, s.240; Dirikkan, s.307; Yasaman/Yüksel, s. 1128; Karan/Kılıç, s.516.

18 Uzunallı, s. 334; Yasaman, "Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar", Marka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları III, İstanbul 2008, s.9.

19 Tekinalp, s.500. Yazar m.64/1'in tamamının taklit markadan bahsettiğini ve kusurdan söz edilmediğini belirterek burada bir kusursuz sorumluluk bulunduğunu savunmaktadır.

20 Arslan, s.290.

MarKHK m. 64/1'de sayılan kişilerin tazminat yükümlülüğünün doğması için kusur şarttır. Marka hakkına tecavüz, haksız fiilin bir türü olduğuna göre, markanın taklit olduğunun veya ürünün marka hakkına tecavüz yoluyla üretildiğinin bilinmesine rağmen ürünlerin ticari sahaya çıkarılması hali, özünde bir kusurlu hareket barındırır.[21] Ancak m. 61/1-c'de sayılan kişilerin, markanın taklit olduğunu bilmemeleri veya bilmelerinin gerekmediği hallerde, söz konusu ürünlerin ticaret hayatına konu edilmesi marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecektir.[22] Zira taklit malın üretilmesinde temelden var olan kusur hali, bu malın ticari hayata konu edinmesi halinde, markanın taklit edilmesi bakımından kötü niyete (MK m. 3) bağlanmıştır. Dolayısıyla bu kişiler, kusurlu olmadıkları takdirde tazminat yükümlülükleri bulunmayacaktır.

O halde ilk olarak, markayı taklit edenler bakımından kusurun varlığının esas olduğu sonucuna varılır.[23] Çünkü bu kişiler asıl markanın varlığını bildiği halde bunun aynısını veya benzerini kullanarak haksız ticari fayda elde etmeyi amaçlamaktadırlar. Ancak taklit markalı ürünleri satan, dağıtan veya başka şekilde ticaret alanına çıkaranlar ya da bu amaçla ithal edenler veya ticari amaçla elde bulunduran kişilerin marka hakkına tecavüz ettikleri, bu kişilerin markanın taklit edilmiş olduğunu (yani ürünün markaya tecavüz yoluyla üretildiğini) bilmeleri veya bilmelerinin gerekmesi halinde söz konusu olacaktır. Aksi halde bu kişilerin kendi fiilleri ile markaya tecavüz ettiklerinden bahsedilemez.[24] Burada taklit olgusunun aksine kusur asıl değildir. Kusurun ispatı marka hakkı sahibine düşer.

Bu değerlendirmeler neticesinde, m. 64/1'in kaleme alınış tarzında problem olduğu görülmektedir. Zira bu madde m. 61/1-b ve m. 61/1-c'nin yaptırımını düzenlemiş olmakla birlikte, failin kusurlu bulunmadığı durumlarda taklit söz konusu olmayacağı gibi, m. 61/1-c'de geçen markanın taklit olduğunu bilme veya bilinmesi gerektiği

---

21 Yasaman/Yüksel, s.1128.

22 Arkan, s.242.

23 Yasaman/Yüksel, s.1128; Arslan Kaya, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s.290; Arkan, s.241, Dirikkan, s.307.

24 Yasaman/Yüksel, s.1128. Yazar, burada markayı taklit edenler ile taklit markayı m. 61/c'ye göre kullananları ayrı yorumlayarak, ilkinde kusurun varlığının asıl, diğer durumda ise kusurun asıl olmadığını belirtmesine rağmen, m. 64/1'in tamamen kusurlu sorumluluğa dayandığını belirtmiştir.

koşulları da oluşmayacaktır. Böylece bu iki bendin yaptırımı olan m. 64 uygulanamayacaktır.

Tazminatla ilgili m. 64/2'de ise "*Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*" demek suretiyle, ilk fıkranın aksine açıkça kusurdan bahsedilmiştir.

Burada sayılan kişilerin m. 61'de marka hakkına tecavüz olarak düzenlenen fiilleri işlemedikleri görülmektedir. Ancak bildirim ve ihtara rağmen kullanımın devam etmesi halinde bu durum kusur teşkil eder ve tazminat talebinin şartı gerçekleşmiş olur.[25] Zira bu fıkrada kastedilen kişiler taklit markayı ne üreten, ne üretilmiş taklit markalı ürünü ticaret alanına çıkaran, ne ticari amaçla elinde bulunduran ne de nihai tüketicilerdir. Bu fiillerin faili, tamirci, boyacı gibi, taklit markayı taşıyan malları meslekleri gereği kullananlardır.[26] Bu kişiler mesleki kullanım gereği taklit malı elinde bulundurmakla markaya tecavüz fiillerini belirten m. 61'deki hiçbir fiil kapsamına girmezler.

Bu kişiler hakkında özel bir tecavüz hali ve yaptırımı olarak kanun koyucu m. 64/2'yi öngörmüştür. Tazminat yaptırımını ise haksız fiil tazminatına yönelik genel prensip olan kusur olgusuna dayandırmıştır. Zira ilk fıkrada taklit malın piyasaya sürülmesi, sirkülasyonu biçiminde bir kullanım varken, burada böyle bir kullanımdan değil, meslek veya faaliyetin niteliği gereği taklit malların bizzat bu kişiler tarafından sarf edilerek kullanımı söz konusudur.[27]

Kanun koyucu bu iki kullanım arasında fark gözeterek ikinci tür kullanımda kullanan kişinin, böyle bir marka tescilinden haberdar olmayabileceğini düşünerek somut olayın özelliğine göre kusurun ortaya konabilmesi için kusur şartını ayriyeten belirtmekte fayda görmüş olabilir.[28] Ancak piyasada tamirci, boyacı gibi meslek gereği taklit markalı ürünleri kullanan şahısların kullandıkları ürünlerin taklit markalı olduğunu bildiği ve hatta müşteriye fiyat sunarken işinde kullanaca-

25 Uzunallı, s.341; Yasaman/Yüksel, s.1166; Tekinalp, s.501.
26 Tekinalp, s.500.
27 Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2014, s.612.
28 Çolak, s.612.

ğı malzemenin orijinal veya yan sanayi/taklit markalı olmasına göre farklı fiyat tercihi sundukları görülmektedir. Bu şahısların fiilleri aksi kanıtlanmadığı müddetçe KHK m. 61 kapsamında markaya tecavüz hallerinden herhangi birine girmediği için belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde sadece tazminat sorumluluğu doğmaktaydı.

Netice itibariyle 64. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında iki ayrı kullanım hali bulunmuş olsa da, yukarıdaki açıklamalarımız sonucunda her iki fıkrada da kusur sorumluluğu halinin düzenlendiği görülmektedir. Ancak ilk fıkrada kusurun varlığı asıl olduğundan, kusurlu olmadığını ispat yükü davalı tarafın üzerindeyken, ikinci fıkrada kusurun varlığını ispat hakkı marka hakkı sahibi üzerindedir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu tartışma büyük ölçüde sona ermiştir.

Bazı fiillerin tecavüz niteliğini kazanmaları için kasıt yahut ihmal derecesindeki kusurun varlığının şart olduğu görülmektedir. Kasıt derecesinde kusur özellikle markanın taklit edilmesinde rastlanılan bir durum olmakla birlikte, ihmal derecesinde kusur iş hayatında gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu meydana gelir. Doktrinde, kullanılan bir markanın hâlihazırda başkası adına tescilli olduğunun araştırılmaması (marka sicilinin kontrol edilmemesi) ihmal derecesinde kusura örnek olarak gösterilmiştir.[29] Bir satıcıya belirli bir markayı taşıyan ürünlerin alışılmışın dışında kaynaklardan son derece düşük fiyatlarla teklif edilmesi halinde, bu olağandışı avantajın nedeni ve malı teslim edenin gerçek hak sahibi olduğunun araştırılmaması da satıcı yönünden ihmal teşkil eder.[30]

2. Sınai Mülkiyet Kanunu

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.149'da marka hakkına tecavüz halinde marka sahibinin dava yoluyla isteyebileceği talepler sayılmıştır. Maddede sayılan hususlar sınırlı sayıda değildir. Gerekli hallerde kanunda öngörülmeyen başka bir tedbire de başvurulabilir. Alınacak tedbirler ve istenebilecek talepler arasında tecavüzün kaldırılması ile beraber maddi ve manevi zararının tazmini istemi de bulunmaktadır (SMK m.149/1-ç).

---

29 Arkan, s.241.
30 Yasaman/Yüksel, s.1130.

SMK'da tazminat bakımından 149 ve 150. maddeler irdelenmelidir. İlk olarak SMK m.149'un tazminat bakımından, MarKHK m. 62'den pek bir farkının bulunmadığını belirtmek gerekir. SMK'nın Tazminat başlıklı 150. maddesinde ise markaya tecavüz sayılan fiillerin herhangi birini işleyen kişilerin, hak sahibinin zararını karşılama yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Aslında tecavüz fiilinin tazminat sonucu doğurduğunu belirten SMK m.149/1-ç hükmü mevcutken aynı anlama gelen SMK m.150/1 hükmünün gerekli olup olmadığı eleştiriye açıktır. Kanaatimizce SMK m.150/1 hükmü olmasa dahi mütecavizin tazminat sorumluluğu bakımından bir değişiklik olmayacaktır. Ancak kanun koyucunun tazminat başlığı altında düzenlediği maddede bu hususu tekrar etmesi bir derece anlaşılabilir. Nitekim m. 149 genel olarak tecavüz halinde alınacak tedbirlerle ilgili iken m.150'de itibar tazminatı da dâhil olmak üzere tazminat talepleri bakımından temel olan hususlar düzenlenmiştir. Tecavüz fiilinden ötürü maddi ve manevi tazminatın istenebileceği hususu sadece bir yerde düzenlenecekse bu 150. madde olmalıydı. Böylece, hem gereksiz tekrardan kaçınılmış hem de madde başlığına uygun olarak tüm tazminat talepleri tek bir yerde toplanmış olacaktı.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere marka hakkına tecavüz fiili borçlar hukuku anlamında haksız fiil niteliğinde olduğu için, tecavüz eyleminde haksız fiillerin unsurları olan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı bulunduğunda mütecavizin tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu husus sadece maddi ve manevi tazminat açısından değil, aynı zamanda markanın itibarının zedelenmesi halinde itibar tazminatı istenebilmesi bakımından da geçerlidir.

MarKHK'nın farklı maddelerinde tazminatla ilgili karışık hükümlerin bulunması, birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalardan birisi yukarıda zikrettiğimiz üzere KHK'nın 64. maddesinin iki fıkrasındaki 'kusur' farklılığıdır. Nitekim ilk fıkrada taklit malın tecavüz ve tazminat sonucu doğuracağı belirtilirken kusurdan söz edilmemişken ikinci fıkrada kusurdan açıkça bahsedilmiştir. Bunun neticesinde ilk fıkradaki markanın taklidi bakımından kusursuz sorumluluğun olduğu yönünde bir görüşün ortaya çıktığını belirtmiştik. Sınai Mülkiyet Kanunu ise tazminatla ilgili 150. maddesinde hiçbir şekilde kusur kelimesini kullanmayarak bu tartışmayı sona erdirmiştir. Böylece markaya tecavüz fiilinin özünde olan haksız fiil

sorumluluğunun asıl olduğu, kusursuz sorumlulukla ilgili herhangi bir hükmün bulunmadığı hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim kanun gerekçesinde de tazminat hukukunun temel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülerek metinden çıkarıldığı belirtilmiştir.

Sınai Mülkiyet Kanununu, MarKHK'nın tazminat ile ilgili düzenlemesinden ayıran diğer bir fark ise ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etme olgusunun bir tecavüz fiili olarak belirtilmesine rağmen tazminat başlıklı maddede ayrıca geçmemesidir. Marka hukukunda tazminat yükümlülüğünün doğması için gerekli olan markaya tecavüz hallerine, taklit marka bağlamında bakacak olursak:

SMK'nın markaya tecavüz fiillerini saydığı 29. maddede ilk olarak 7. maddeye atıf yapılarak markanın aynı veya benzeri bir işaretin kullanılması fiillerinin markaya tecavüz olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak ise marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek fiili ayrı bir tecavüz hali olarak sayılmıştır. Aslında markayı taklit etme fiilinin zaten 7. madde kapsamında markanın aynısının veya benzerinin kullanılması kapsamında olduğunu, dolayısıyla tekrar böyle bir durumdan bahsetmenin gereksiz olduğu söylenebilir.[31] Ancak önceki düzenlemenin aksine markaya tecavüz fiili olarak ayrıca sayılan bu halin, ayriyeten tazminatla ilgili hükümlerde (SMK m.150 vd.) bir daha geçmemiş olması olumlu bir gelişmedir.

Markaya tecavüz olarak sayılabilecek fiillerin üçüncüsü ise markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmaktır (SMK m.29/1-c). Kanun koyucu taklit marka kavramına sadece bu maddede farklı bir anlam yüklemiştir. Nitekim ilgili fıkraya göre markaya tecavüz ve tazminat sorumluluğu açısından iltibas, yani benzerlik yetmemekte, markanın ayırt edileme-

[31] 556 sayılı KHK döneminde aynı tartışma için bkz. Kaya, s.269; Tekinalp, 493 vd.;Yasaman/Ayoğlu, s.1012.

yecek derecede benzer olması (yani taklit marka olması) gerekmektedir. Burada MarKHK m.7/4 anlamındaki bir kullanımdan farklı olarak taklit markalı ürünü ticari amaçlarla elde bulundurma şartı aranmaktadır. Zira ilgili fıkraya göre tecavüzün oluşması için taklit markalı ürünle ekonomik bir menfaat elde etme amacıyla yukarıda sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki MarKHK m.61/1-c hükmünde taklit markalı ürünleri ticari gayelerle ithal etmek markaya tecavüz olarak sayılmışken, bu ürünlerin aynı amaçlarla ihracından bahsedilmemiştir.[32] Ancak SMK m. 29'da açıkça bu hususun da markaya tecavüz sayılacağı yer almıştır.

SMK m. 29'da geçen yukarıda saydığımız markaya tecavüzün ilk üç örneği, markanın taklit edilmesi, marka hukukunda tazminat ve markaya tecavüz konularının kesiştiği alanı oluşturmaktadır. Nitekim kanunda sayılan tecavüz fillerinden dördüncüsü, marka lisansının izinsiz genişletilmesinden bahsetmiştir ki markaya tecavüz halleri içinde bu hususun taklit marka ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Marka hakkına tecavüz ve tazminat için taklit marka kavramı büyük bir öneme sahip olmakla birlikte tecavüz fiillerinin sadece SMK m. 29'da belirtilenlerle sınırlı olmadığı, bu fiillerin örnek olarak sayıldığını belirtmek gerekir.

Önceki düzenlemede taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişilerin, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi veya kullanmanın kusurlu bir davranış

[32] KHK'da açıkça geçmese de, Yargıtay kararlarında taklit markalı malı ticari amaçlarla yurt dışına ihraç etme fiili markaya tecavüz olarak sayılıp tazminata hükmedilmiştir. "Davacı vekili, müvekkilinin Türkiye'de de adına tescilli Paul&Shark ibareli markasının taklitlerini taşıyan emtialara gümrükte el konulduğunu, bu malların ihracatçısının davalı BGS firması, imalatçısının ise diğer davalı olduğunun anlaşıldığını, marka hakkına tecavüzde bulunduklarını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına, 100.000.000 TL maddi, 4.000.000.000 TL manevi ve 1.000.000.000 TL itibar tazminatının davalılardan tahsiline, el konulan ürünlerin imhasına ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı Edesan firmasının imalatçı diğer davalının ihracatçı sıfatıyla davacının markasının taklitlerini içeren emtiaları ihraç etmek isterlerken bu mallara gümrükte el konulduğu hususu çekişmesizdir. 556 sayılı KHK'nın 61/c maddesi uyarınca davalıların eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Bu eylemin davacının satış tutarını olumsuz şekilde etkileyeceği kuşkusuzdur.. Ticari amaçla taklit markalı emtiaları elinde bulunduran davalılar davacının uğradığı zararı karşılamak durumundadırlar." Y. 11. HD, E. 2008/1536, K. 2009/5629, T. 11.5.2009, Kazancı İçtihat Bankası.

teşkil etmesi halinde, sebep olunan zararı tazmin etme yükümlülükleri bulunmaktaydı (MarKHK m. 64/2). Doktrinde bu hükmün muhatabının taklit markalı malları meslekleri gereği kullanan tamirci, boyacı gibi kişiler olduğu belirtilmiştir.[33] Kanaatimizce boyacı, tamirci gibi meslekleri icabı taklit markalı ürünleri kullanan kişilerin, hayatın olağan akışı içinde hangi malların taklit olduğunu, piyasaya yabancı olan sıradan insanlara nispeten daha iyi bilmeleri gerekir. Bu kişiler her ne kadar markayı taklit etme veya direkt olarak taklit markalı ürünleri ticari maksatlarla kullanma fiilini işlemeseler de, nihai tüketiciler gibi tamamen sorumsuz oldukları da kabul edilemez. Dolayısıyla KHK'da belirtilenin aksine burada asıl karine, kullanmanın kusurlu bir davranış sayılması gerektiğidir. Bu kişiler kullandıkları ürünün, taklit markalı olduğunu bilmediklerini ispat etmedikleri müddetçe markaya tecavüz fiilinin muhatabı olmalıdırlar. SMK'da bu kişilerin tazminat sorumluluğu ile ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olaya göre, taklit markalı ürünün kullanılma ölçüsü, gelire katkısı yani meslek icabı kullanmanın ticari amaca yaklaşması, bedeni faaliyetin önüne geçmesi gibi kıstaslar uygulanarak, genel hükümlere göre bir sonucu varılmalıdır. Ancak bir terzi kullandığı dikiş makinesinin veya bir boyacı kullandığı boyaların taklit olduğunu bilmediğini ispat ederse veya halin icabından bu durum anlaşılıyorsa, kullanım kusurlu sayılmayacak, dolayısıyla tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.

3. Kusurun Belirlenmesinde Özen Yükümlülüğü

Markanın aynı veya benzeri bir işareti üreten, bilinçli bir şekilde markayı taklit eden kişinin kusurunun kast derecesinde olduğu açıktır. Ancak taklit markalı ürünlerin piyasaya sürülmesinden sonra, ticari amaçlarla elde bulundurmak, ticaret alanına çıkarmak, satmak, ithal veya ihraç etmek gibi durumların tecavüz sayılması için bu fiilleri işleyen kişilerin markanın taklit edildiğini bilmesine veya bilecek durumda olmasına ihtiyaç duyulmuştur. Burada ilgili kişilerin kusurunun belirlenmesinde somut olayın özellikleri ile failin mesleği, cinsiyeti gibi unsurlar dikkate alınarak o olay ile ilgili normal insan tipi belirlenmelidir.[34]

---

33 Tekinalp, s.500.
34 Oğuzman/Öz, s.530; Eren, s. 120 vd., Tandoğan, s.52.

TTK m.18/2 gereği her tacir ticaretine ait faaliyetinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek durumundadır. Tacir ticari faaliyetlerinde sıradan insanlara göre daha fazla tedbirli ve dikkatli davranmalıdır.[35] Tacirden beklenen özen yükümlülüğü objektif kriterlere göre belirlenmelidir.[36] Marka hakkına tecavüz yoluyla kullanılan malları satan kişinin tacir olması halinde, basiretli bir iş adamı gibi davranması, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekir.

Yargıtay birçok kararında taklit markalı malları satan tacirin TTK m.18/2 hükmü gereği, ürünlerin taklit olduğunu bilmediği savunmasının dinlenmeyeceğine karar vermiştir.

25.02.2015 tarihli bir Yargıtay kararında:[37]

"*Davalı 'nın* işyerinde yapılan ve 15.06.2012 tarihli arama el koyma ve yediemin tutanağına göre 2073 adet *Cricket markasını taşıyan taklit çakmakların bulunduğu, markanın haksız olarak kullanıldığı, malları satan kişinin tacir olması halinde, basiretli işadamı gibi davranması, aynı ticaret alanında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerektiği, tacir olan davalının ürünlerin taklit olduğunu bilmediği savunmasının dinlenmesinin mümkün olmadığı"*neticesine varılmıştır.

Marka hukukunda özellikle tacirler açısından özen yükümlülüğü oldukça yüksek olduğundan, bir markayı kullanmak isteyen kişinin ilk olarak düşündüğü marka ile ilgili araştırma yapması beklenir. Bu araştırma yükümlülüğü SMK m. 7/4 uyarınca marka tescilinin marka bülteninde yayımlanmasından sonra doğar. Diğer bir ifadeyle henüz marka bülteninde yayımlanmamış bir başvuru sahibi, SMK m. 7 uyarınca markasına tecavüz edildiğini iddia edemez. Markanın aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri bir işareti kullanarak markayı taklit etmek, markanın benzeri bir işareti kullanarak iltibas tehlikesine sebebiyet vermekten daha ağır ve kusura daha yakın bir fiildir. Bundan dolayı markanın taklit edilmesi suretiyle marka hakkına tecavüz edildiği iddiası olan fiillerde – ve özellikle tacirlerde– kusurun varlığı esastır.

35 İsmail Kayar, Ticaret Hukuku, Ankara 2015, s.127-128.

36 Kayar, s.127; Uzunallı, s.336; Arkan, s.138.

37 Y 11. HD, E. 2014/16190, K. 2015/2521, T. 25.2.2015. Aynı yönde bkz. Y.11.HD, E.2015/13415, K. 2015/13108,T. 7.12.2015; Y.11.HD, E.2014/3391, K.2014/9751, T.27.5.2014; Y.11.HD, E. 2010/785, K. 2011/8627, T. 11.7.2011. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

Netice itibariyle markaya tecavüz fiiliyle ilgili olarak ispat hukuku ile ilgili şu sonuçlara varılabilir: Taklit markalı ürünleri ticaret alanına çıkaran, satan, ticari amaçla elinde bulunduran, ithal veya ihraç eden şahsın -tacir olsun veya olmasın- kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir durumda TTK m. 18/2 gereği tacirlerin durumu bilmedikleri yönündeki savunmaları dikkate alınmayacak, tacir olmayanların ise ürünün taklit markalı olduğunu bilmediklerini ispat etmeleri gerekecektir. İltibas olarak kullanımda da ikili bir ayrım yapmak gerekir. Tacirlerin iltibas oluşturacak kullanım halinde kusursuzluklarını ispat yükü varken, tacir olmayanların kusurlu olduklarını asıl marka sahibinin ispat etmesi gerekir. Uygulamada ve Yargıtay kararlarında SMK m. 29/1-c' de bahsedilen fiillerin genellikle tacirler tarafından işlendiğini belirtmek gerekir.

B. Marka Sahibinin Zarara Uğraması

Zarar kavramı malvarlığı ve malvarlığı olmayan zarar şeklinde ikiye ayrılır. Markaya tecavüz fiili neticesinde iki tür zararın oluşması da mümkün olmakla beraber bu başlık altında malvarlığı zararı incelenecektir.

Malvarlığı zararı, malvarlığının aktifindeki azalma yoluyla gerçekleşebileceği gibi pasifin artması ve pasifin artışının engellenmesi yoluyla da ortaya çıkabilir.[38]

Markaya tecavüz teşkil eden fiiller nedeniyle uğranılan zarar miktarının hesaplanması, örneğin bir taşınıra verilen zararın hesaplanmasına göre kuşkusuz daha zordur.[39] Bu sorun marka değerinin hesaplanmasında ortaya çıktığı gibi, marka ile markanın ayırt ettiği ürünün ayrıştırılmasında da kendini göstermektedir.

Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler(TBK m. 50).

Tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için ortada hukuka aykırı eylemden doğan bir zararın bulunması gerekir. Huku-

38 Eren, s.472 vd. ; Uzunallı, s.342.
39 Yasaman/Yüksel, s.1131.

kumuzda tazminatın asıl amacı malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesidir.[40] Bu nedenle tazminat miktarı zarar ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle markasına tecavüz edilen marka sahibinin lehine hükmedilecek tazminatın üst sınırı, uğranılan zararı aşmayacaktır. Ortada bir zarar yok ise kişinin kusurlu olup olmadığının da önemi yoktur, bu durumda tazminat ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Nitekim bir Yargıtay kararında her markaya tecavüz fiilinin tazminat sonucunu doğurmayacağı şu şekilde ifade edilmiştir:[41]

"*Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, davacının devren aldığı "Mavi Jeans" markasının tanınmış seviyesinde olduğu, davalı tarafın daha sonra tescil ettirdiği "Mavi Sho+" markasını kendi ürettiği giysilerde davacı markasını taklit eder şekilde kullandığı ve davacı markasından yararlanmayı amaçladığı, davacı ile davalı markalarında asıl yönlendirici sözcük olan "Mavi" sözcüğünün davalı markasından çıkartılması gerektiği ve davacının maddi bir zararının olmadığı gibi, manevi zarara da uğramadığı gerekçesiyle, davalı markasında ki "Mavi" sözcüğünün iptaline, maddi durumun ortadan kaldırılmasına, davacının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir*."

Ancak belirtmek gerekir ki fikri mülkiyet hukukunda bu ilkeye sıkıca bağlı olmak bir takım haksızlıklara sebebiyet verebilir. Nitekim marka gibi soyut hakların ihlalinde zararın miktarını belirlemek kolay olmadığı gibi, bazen zararın mevcudiyetini ispat etmek dahi güçleşebilir. Örneğin taklit markalı ürünlerin yurt dışında, marka sahibinin faaliyet göstermediği bir piyasada teşhir edilmesi, satılması durumunda asıl marka sahibinin her seferinde doğrudan bir zararı oluşmayabilir.

Taklit marklı ürünlerin her zaman asıl marka sahibinin satışlarını etkilediğinden de bahsedilemez. Çok karşılaşılacak bir durum olmasa da, taklit markayı kullanan şahıs, markası taklit edilen şahıstan başka bir pazarda faaliyet gösteren ve bu pazarda tanınan bir markaya sahip olduğunda, mütecaviz kendi marka gücünü ve imkânlarını kullanarak taklit ettiği markanın itibarını düşürmek bir yana, değer bile katmış olabilir. Hatta markası taklit edilen şahsın tecavüz fiilinden sonra satışları daha fazla artmış dahi olabilir. Yine taklit markalı ürünlerin henüz piyasaya sürülmeden tespit edilmesi, ihraç edilmeden gümrükte

40 Eren, s.691.
41 Y.11. HD, E. 2001/10685, K. 2002/2514, T. 19.3.2002. Kazancı İçtihat Bankası.

yakalanarak el konulması gibi durumlarda marka sahibinin doğrudan zarara uğramadığı açıktır. Ancak böyle durumlarda zarar görme ihtimali yeterince değerlendirilmeden, ortada somut bir zarar oluşmadığından bahisle tazminata hükmedilmez veya çok cüzi miktarlarda tazminata hükmedilirse bu durum hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Bu durum aynı zamanda taklit markalı malı kullanan açısından tazminatın caydırıcılık fonksiyonunu da zedeler. Zararın tam olarak ispat edilemediği durumlarda TBK m. 50/2 hükmünce "*U*ğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler" kuralı kıyasen uygulanarak, zararın yüksek ihtimalle oluştuğu kanaatine varıldığında zararın varlığı da karine olarak kabul edilmelidir.[42]

Yargıtay'ın bazı kararlarında taklit markalı ürünlerin piyasaya sürülmeden imha edilmesinde dahi markaya tecavüz fiili neticesinde tazminata hükmedilmiştir. Konuyla ilgili 11.2.2015 tarihli bir Yargıtay kararına göre:[43]

"*Mahkemece iddia, savunma, kısmen benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının işyerinde bulunan ürünlerde davacının garanti markası olan TSE ibaresinin izinsiz olarak kullanıldığı, her ne kadar davalı taraf davaya konu edilen ürünlerin piyasaya sürülmesinin söz konusu olmadığını, imal edildikten sonra gereken testleri geçemediği için atıl bir vaziyette imha edilmek üzere bekletilirken tespit edildiğini savunmuş ise de davalının basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiği, davalının izinsiz olarak davacıya ait markayı kullanmasının kusur teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle markaya tecavüzün durdurulmasına, 6.500,00 TL maddi, 5.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiştir*."

Yüksek mahkeme ilgili kararında zarardan ziyade kusur olgusunu öne çıkararak ortada somut bir zarar bulunmasa dahi tazminata hükmetmiştir.

Bir başka Yargıtay kararında, taklit markalı ürünlerin yurt dışına ihraç edilmek üzereyken gümrükte tespit edilmesi üzerine davacının tecavüzün önlenmesi ve tazminat taleplerine karşı, yerel mahkeme te-

42 Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 263.
43 Y.11. HD, E. 2015/544,K. 2015/1666,T. 11.2.2015. (Kazancı İçtihat Bankası)

cavüzün durdurulması ve ürünlerin imha edilmesini kararlaştırmış, zarar oluşmadığı için tazminat taleplerini reddetmiştir. Yargıtay ise yerel mahkeme kararını bozarak zarar tehlikesini tazminat için yeterli saymıştır. İlgili karara göre:[44]

"*Mahkemece; davalı defter ve kayıtları incelenmesinde zararın hesabının yapılamadığı, davalının henüz ihracatı yapamadan başka bir anlatımla taklit markaları ihtiva eden ürünleri ticari alana sunmadan yakalandığı, yurt içinde piyasaya sunduğuna dair kanıt sunulmadığı, kar yoksunluğunun ispat edilemediği, tecavüzün sabit olmasının tek başına yeterli olmadığı, ticari kazanç elce edilemediğinden manevi zararın da oluşmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, davalının davacı markasına tecavüzünün durdurulmasına, el konulan ürünlerin imhasına, hüküm özetinin ilanına, maddi ve manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.*

MarKHK m.61/c uyarınca davalının bu eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Davacının satış tutarının olumsuz yönde etkileneceği kuşkusuzdur. Davalı, davacının uğrayacağı zararı karşılamak durumundadır…BK'nın 42. maddesi uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir."

Özellikle fikri mülkiyet haklarına tecavüz edilmesinde zararın somut olarak hesaplanmasının güçlüğü karşısında TBK'nın hâkime verdiği yetkinin, zararın mevcudiyeti bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. SMK m. 29'da marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin işlenmesi durumunda, failin kusuru varsa zarar tehlikesinin oluştuğunu, marka sahibinin muhtemel bir gelirden yoksun kaldığı ve özellikle taklit markalı ürünler piyasaya dağıtılmamış olsa dahi ilgili markanın taklit edildiği duyumunun piyasada yankılanmasının bile zarar oluşmasına sebebiyet vereceği kabul edilmelidir. Bu şekilde bir kabul, kasıt veya ihmal derecesinde kusuru bulunan mütecavizin markaya tecavüz eyleminin karşılığı olarak bir tazminat ödemeye mahkûm edilmesini de sağlayacak ve hakkaniyetli bir yaklaşım olacaktır.

Markaya tecavüz halinde zararın ortaya konması kolay olmamakla birlikte, Yargıtay'ın tecavüzün sabit olduğu tüm durumlarda zararın da oluşacağını peşinen kabul ederek tazminata hükmedilmesini

[44] Y. 11. HD, E. 2006/9700, K. 2007/12510, T. 8.10.2007. (Kazancı İçtihat Bankası)

gerekli gören yaklaşımını da doğru bulmuyoruz. Nitekim konuyla ilgili birçok kararda Yargıtay, marka hakkına tecavüzün oluşmasıyla birlikte başka hiçbir gerekçe ve zarar ihtimali zikretmeksizin tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Örneğin 15.02.2016 tarihli bir Yargıtay kararında markaya tecavüzün sabit olmasına rağmen tazminat şartları oluşmadığından dolayı tazminat istemini reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur:[45]

"*Dava, marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, her ne kadar maddi tazminata esas alınacak bir miktarın tespit edilemediği gerekçesiyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmişse de, davalının eyleminin marka hakkına tecavüz oluşturduğu mahkemece kabul edildiğine göre, davalının bu tecavüzünün her halükârda davacının sahip olduğu pazar payına olumsuz etkisinin bulunacağı nazara alınarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 50 ve 57. maddeleri uyarınca uygun bir maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, davacı yararına bozmayı gerektirmiştir.*"

9.4.2014 tarihli başka bir kararda ise, yerel mahkeme markaya tecavüzü sabit gördüğü halde tazminat şartlarının oluşmadığından bahisle tazminat istemini reddetmiş, Yargıtay ise tazminat istemini reddeden kararı bozmuştur:[46]

"*Dava; markaya tecavüzün men'i ve tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda markaya tecavüzün önlenmesine karar verilmiş, maddi zararına ilişkin herhangi bir delilin dosyaya sunulmadığı, bu nedenle maddi tazminat talebinin yerinde görülmediği, manevi tazminat talebi yönünden ise, her iki şirketin farklı illerde faaliyet göstermesi ve davalı tarafın kötü niyetli olduğunu gösterir herhangi bir delilin de davacı tarafça dosyaya sunulamadığı gerekçesi ile tazminat talebi reddedilmiştir. Dosya kapsamı itibariyle davalının, ticaret unvanındaki "ERİŞİM" ibaresini davacının faaliyet alanında marka olarak kullanmak suretiyle davacının marka hakkına tecavüz ettiği sabittir. Davacının tazminat talebi 556 sayılı KHK'nın 62/b maddesine dayalı olup, markaya tecavüzün önlenmesine karar verildiği halde maddi-manevi tazminat talebinin reddi doğru bulunmamıştır.*

---

45 Y. 11. HD, E. 2015/7266, K. 2016/1398, T. 15.2.2016. (Kazancı İçtihat Bankası)
46 Y.11. HD, E. 2013/7693, K. 2014/6966, T. 9.4.2014. (Kazancı İçtihat Bankası)

Bu itibarla, davacının tazminat talebinin 556 sayılı KHK'nın 66 ve devamı maddelerine göre değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir."

Kanaatimizce markanın taklit edilmesi veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilmesi halinde ikili bir ayrım yapılmalıdır. İlk olarak markaya tecavüz fiilinde taklit ya da iltibas ihtimali bulunan ürünler piyasada henüz işlem görmeden tespit edilip piyasaya girişleri önlenmişse, bu durumun piyasada duyulup duyulmadığına ve satışların bu durumdan etkilenme ihtimaline bakılmalıdır. Diğer bir deyişle, bir başkasının marka değerinden yararlanan şahsın taklit ürünleri piyasaya girmeden tespit edilip gerekli önlemler alınsa, hatta ürünler imha edilse dahi, markanın taklidinin üretilmiş olduğu haberinin yayılması ihtimali vardır. Bu durumda uygun bir tazminata hükmedilmelidir. Ancak örneğin ihraç amaçlı üretilen taklit markalı ürünlerin gümrükte yakalanması veya satışa sunulmadan bir depoda ele geçirilmesi durumu ilgili sektörde duyulmamışsa sırf markaya tecavüzden dolayı tazminata hükmedilmesi doğru olmayacaktır. Nitekim burada herhangi zarar ihtimali belirmemiştir.

İkinci durum ise taklit veya iltibas ihtimali olan markanın ticaret alanına çıkarıldıktan sonra fark edilmesidir. Kanaatimizce bu durumda markaya tecavüzün sabit olması halinde her halükarda bir tazminata hükmetmek gerekir. Nitekim bu durumda asıl marka sahibinin markası ve satışlarının bundan etkilenme ihtimali kaçınılmazdır.

Zararın varlığı, ispatının güçlüğü ve bunun tazminat hukukuna yansımalarından bahsettik. Şimdi ise kanunda geçen zarar kalemleri ve hesaplama yöntemlerine değinilecektir. Maddi tazminatın iki önemli ayağı vardır. Fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç. Kanunda fiili kaybın ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bir yöntem bulunmazken, yoksun kalınan kazanç için SMK m.151'de üç türlü hesaplama yöntemi öngörülmüştür.

1. Fiili Zarar

Fiili zarar, markasına gerçekleştirilen tecavüz nedeniyle dava açmaya yetkili kişinin malvarlığında uğramış olduğu mevcut kaybı ifade eder. Bu kayıp, aktifin azalması şeklinde olabileceği gibi, pasifin

artması suretiyle de gerçekleşebilir.[47] Fiili kaybın nasıl hesaplanacağı madde metninde açıkça yer almamakla birlikte, burada genel hükümlere başvurularak TBK m. 51 vd. kıyasen uygulanmalıdır.[48]

Marka hakkına tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, mal veya hizmet pazarında pazar kaybı, yatırımların bu süreçte boşa gitmesi, istihdam edilenlere bu süreçte ödenen fazla paralar ile bunun telafi edilmesi için yapılan masraflar (promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vs.) fiili zarar kapsamındadır.[49] Bu kapsamda pazar kaybının telafi edilmesi için yapılan her türlü masraf ile reklam giderleri, yoksun kalınan kazanç ve itibar tazminatından farklıdır.

Markaya tecavüz sebebiyle açılan tazminat davalarında, hak sahibi, uğranılan zarara ilişkin ayrıntılı fiili zarar ve kazanç kaybı açıklaması yapmadan genel açıklamalarla yetinmekte olduğundan, dosya sadece olaylara yer verir biçimde bilirkişi önüne gelmektedir.[50] Nitekim ulaşabildiğimiz Yargıtay kararlarının neredeyse tamamında, markasına tecavüz edildiğini iddia eden davacı genel ifadelerle fiili zarara uğradığını belirterek maddi/manevi tazminat ile yoksun kalınan kârını istemektedir. Sorunu çözmek için ise çoğu zaman defter kayıtları ile yetinilmektedir.[51]

SMK m. 150 uyarınca, hak sahibi tazminat davası açmadan önce delil tespitinde bulunmak için veya açılan tazminat davasında uğramış olduğu zararı belirlemek için gerekli belgeleri mütecavizden isteyebilir. Bu belgelerin kapsamı, ticari defterler olmak üzere, TTK m. 80 uyarınca istenebilecek belgeleri de içermektedir.

Marka hakkına tecavüzü, fiili zararı, yoksun kalınan kazancı ve zarar miktarını ispat yükü kural olarak davacı üzerindedir. Bu noktada kanun koyucu klasik ispat hukuku kurallarından ayrılarak, marka hakkı sahibinin mütecavizden markanın kullanılmasına ilişkin belgeleri vermesini talep edebileceğini hükme bağlamıştır.[52] Böylece Roma

47 Çolak, s.612; Kaya,s. 291; Tekinalp, s.501; Yasaman/Yüksel, s.1131; Uzunallı, s.344.
48 Yasaman/Yüksel, s.1131; Tekinalp, s.501;Uzunallı, s.340; Haluk N. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s.33 vd.
49 Uzunallı, s.344; Kaya, s.291; Arkan, s.244; Karan/Kılıç,, s.520.
50 Kaya, s.291.
51 Kaya, s.292.
52 Tekinalp, s.503.

hukukunda kabul edilen ve Türk hukukunda da geçerli olan, kimsenin kendi aleyhine olan belgeleri mahkemeye ibrazla yükümlü tutulamayacağı ilkesine kanuni bir istisna getirilmiştir.[53] Böyle bir düzenlemenin amacı sınai mülkiyet haklarının ihlalinde zararı ispat etmek ve zarar miktarını belirlemenin klasik haksız fiil eylemleri sonucu oluşan zararı ispat etmekten daha zor olmasından dolayı, hak sahibine ispat kolaylığı sağlamaktır.

İlgili defterlerin sadece fiili zararın tespiti kapsamında istenebileceği hususu akla gelse de bu belgeler hem fiili zarar hem yoksun kalınan kazanç ile ilgili taleplerin yerine getirilmesi için istenebilir. MarKHK döneminde ayrı fiili zararla ilgili m. 64'ten hemen sonra m. 65'de belge istenebilmesi hakkı düzenlendiğinden, yoksun kalınan kazanç ile ilgili m. 66 vd. hükümler bakımından karşı taraftan belge istenip istenmeyeceği net değildi. Ancak belgelerin istenmesini mümkün kılan düzenleme SMK m. 150'de tazminat başlığı altında genel bir hüküm olarak yer almıştır. Yoksun kalınan kazanç için karşı tarafın belgelerinin istenebilmesi SMK m. 151'de ayrıca düzenlenmiş olsa bu durum gereksiz bir tekrardan ibaret olurdu. Kaldı ki, SMK m.151 uyarınca davacıya üç farklı hesaplama yöntemi sunulmuştur. Davacı bu yöntemlerin hangisinin daha ziyade menfaatine olduğunu baştan bilemeyeceğinden yoksun kalınan kazancın hesaplanması için dava öncesinde veya dava sırasında bu belgeleri isteyebilmesi normal karşılanmalıdır. Öte yandan yoksun kalınan kazancı hesaplama yöntemlerinden biri olan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazancın hesaplanabilmesi için ilk başvurulacak delil ilgilinin ticari defterleridir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde marka hakkı ihlal edilen şahsın, gerek fiili zarar gerekse yoksun kalınan kazanç kalemlerinin hesaplanması için tazminat davası sırasında veya öncesinde karşı taraftan marka hakkı ihlali ile ilgili belgeleri isteyebilmesi önem arz etmektedir.

2. Yoksun Kalınan Kazanç

a. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz edilen hak sahibinin zararı, yalnızca fiili kaybın değeri ile sınırlı olmayıp tecavüz nedeniyle yoksun kalınan

53 Tekinalp, s.503

kazancı da kapsamaktadır. Yoksun kalınan kazanç, marka hakkına tecavüz edilmesi dolayısıyla malvarlığında kesin olarak ya da büyük ihtimalle gerçekleşecek artışın kısmen veya tamamen önlenmesi, yitirilmesi olarak tanımlanabilir.[54] Yoksun kalınan kazançta, fiili zarardan farklı olarak malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış değil; marka hakkına tecavüz edilmeseydi, ileride markanın kullanılmasıyla elde edilecek kazancın belirlenmesi ile somutlaşacak bir miktar bulunmaktadır.[55]

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında somut ve net olarak ispat edilebilecek bir zarar bulunmamakta, markaya tecavüz fiilinin geleceğe dönük muhtemel etkisi saptanmaktadır. Nitekim tecavüzün etkisiyle marka değerinde azalma oluştuğunda, bu durum kendi içerisinde ileriye dönük sonuçları da barındırır. Hali hazır sonuçlar zaten fiili zarar kapsamında istenebilirken ileriye dönük muhtemel etkiler ise yoksun kalınan kazanç olarak talep edilecektir.

Fikri mülkiyet haklarının yapısı itibariyle, hakka tecavüz eden, -örneğin markayı taklit eden- hak sahibini marka hakkından yoksun bırakamaz, somut bir eşyaya zarar verilmesinden farklı olarak, hak sahibi bu haktan bizzat yararlanmaya devam edebilir.[56] Bu yüzden yoksun kalınan kazancın iade edilmesi, marka hakkına müdahaleden kaynaklanan kazancın, hakka tecavüz edene bırakılmasının adil olmayacağı fikri ile de bağlantılıdır.[57]

Marka değeri ile markanın ayırt ettiği ürünlerin değerinin ayrıştırılması iktisadi anlamda son derece güçtür.[58] Bu zorluk sadece marka sahibinin uğradığı kaybın belirlenmesi bakımından değil, aynı zamanda mütecavizin elde ettiği gelir bakımından da geçerlidir.[59] Nitekim bir ürün veya hizmette kullanılan marka, ciroya etki eden faktörlerden sadece biriyken kullanılan satış yöntemleri, reklam, satış organizasyonu gibi ciroyu etkileyen çok sayıda bağımsız faktör bulunmaktadır. Dolayısıyla soyut marka değerinin, satış, pazarlama ve müşteri nezdindeki somut etkisini tam olarak belirleyecek herhangi bir parametre bulunmamaktadır.

54 Eren, s.526; Oğuzman/Öz, s.499.
55 Yasaman/Yüksel, s.1171.
56 Uzunallı, s.345.
57 Uzunallı, s.345.
58 Yasaman/Yüksel, s.1171
59 Yasaman/Yüksel, s.1171.

Mahkemeler, fikri mülkiyet haklarına tecavüz sonucu oluşan zararı belirleme noktasında TBK m. 50/2 gereğince geniş takdir yetkisine sahiptirler. 551 sayılı Markalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde (1965-1995) ise maddi ve manevi zararların tazmini haricinde yoksun kalınan kazanca ilişkin bir hesaplama yöntemi bulunmamaktaydı. Bu dönemde hükmedilen tazminat miktarları hak sahibinin gerçek zararını karşılama noktasında tatmin edici düzeylerde olmamıştır.[60]

Marka hakkına tecavüz sonrası, hak sahibinin gerçek ve potansiyel alıcıları, tecavüz fiili sebebiyle ya başka arz edenlere -genellikle hak sahibinin rakiplerine- geçer, ya da sadece hak sahibi ile işlem yapmayı keser. Bu iki durum haricinde, hakkı tecavüze uğrayanın tecavüz nedeniyle ürünlerinin fiyatlarını düşürmek zorunda kalması da, hak sahibinin yoksun kalınan kazanç olarak hesaplanan zarar kalemlerinden birini oluşturur.

b. Kanunda Öngörülen Hesaplama Yöntemleri ve Usul Tartışmaları

Kanun koyucu yukarıda zikredilen hakkaniyete aykırı durumları ortadan kaldırmak ve tazminatın hesaplanmasında yaşanan zorlukları aşmak için, birtakım hesaplama yöntemleri öngörmüştür.[61]

Sınai Mülkiyet Kanunu m.151'de yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından 556 sayılı MarKHK'da olduğu gibi 3 farklı yönteme yer verilmiştir. Hak sahibi bu üç yöntemden birini seçmek zorundadır. Bir başka deyişle, bu hükümde yer alan hesaplama yöntemleri dışında başka bir yönteme başvurulamaz.

Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak;

1) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

---

60 Coşku Gönen, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2011, s.64.

61 Bu yöntemlerin uygulamada karşılaşılan birçok sorunu çözdüğü yönünde bkz.; Ergün Özsunay, "551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Bazı Önemli Sorunlar ve 556 sayılı KHK ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler" İstanbul Ticaret Odası Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-3, İstanbul 1995, s.3.

2) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre,

3) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanabilir.

Bu yöntemler uygulanırken özellikle markanın ekonomik önemi, tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi, marka hakkına ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler de göz önünde tutulur.

Bu 3 yöntemin ayrıntısına girmeden önce, usule yönelik birtakım bilgiler vermek gerekir. İlk olarak maddenin lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere davacı bu yöntemlerden istediği herhangi birini seçme yetkisine sahiptir. Davacı bu yöntemlerden birini seçtiğini dava dilekçesinde belirtmezse mahkemenin bu durumu açıklığa kavuşturması gerekmektedir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararına göre:[62]

"*Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda davacılar vekilinin belirttiği yasal düzenlemede ifade edilen üç usulden hangisine dayandığı açıklattırıldıktan sonra maddi tazminatın tespitinin yapılacağı belirtilmiştir. İstemini açıklaması için kendisine süre verilen davacılar vekili, aynı zamanda bilirkişi raporuna karşı beyanlarını içeren dilekçesinde bu hususta tercihini tam olarak ifade etmiş değildir. O halde mahkemece, davacılar vekiline 556 sayılı KHK'nin 66. maddesinde yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin usullerden hangisine dayandığını tereddütsüz şekilde açıklattırılması gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.*"

Kanaatimizce davacının dava dilekçesinde yoksun kalınan kazanç için hangi yöntemi seçtiğini belirtme zorunluluğu yoktur. Nitekim SMK m.150/3 uyarınca davacı gerek dava öncesi gerek dava sırasında davalının marka ihlaline yönelik belgeleri mahkemeye sunmasını talep edebilecektir. Bu belgeler mahkemeye teslim edilip değerlendirildikten sonra davacı tercihini yapabilmelidir. Bu noktada mahkeme devreye girerek davacıya tercihini sormalıdır.

Diğer bir tartışma ise yoksun kalınan kazancın tazmininde yuka-

62 Y. 11. HD T. 2.6.2005 E. 2004/7923 K. 2005/5758, Kazancı İçtihat Bankası.

rıdaki seçeneklerden birini seçen davacının, sonradan farklı bir yöntemi tercih edip edemeyeceğidir. Bir görüş, davacının baştan yapmış olduğu tercihi sonradan değiştirebilmesinin ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah yolu ile olabileceğini savunmaktadır.[63] Diğer bir görüşe göre SMK m.151'de geçen üç usulden birini seçen davacı, sonradan bu seçiminden vazgeçip zararın öngörülen usullerden bir başkasıyla hesaplanmasını isteyebilmelidir.[64]

Konuyla ilgili olarak Yargıtay 2012 yılında verdiği bir kararda şöyle demiştir:[65]

"556 sayılı KHK'nın 66'ıncı maddesinde marka hakkının ihlali halinde yoksun kalınan kazancın temini için talep edilebilecek tazminat talebi 3 ayrı seçenek halinde belirtilmiş olup, davacı marka hakkı sahibi başlangıçtaki tercihi itibariyle bunlardan lisans bedeline ilişkin (c) bendine dayalı talepte bulunduğuna göre, karşı tarafın muvafakati olmaksızın bu talebini değiştiremeyeceği gibi ıslah sureti ile de söz konusu tazminata dair 66'ıncı maddesindeki seçeneklerden bir diğerine dayanılmadığından, artık mahkemece 556 sayılı KHK'nun 66/1- (c) bendi yani lisans bedeli dışında bir başka tazminat seçeneğine dayalı olarak maddi tazminata hükmedilemez."

HMK m. 107 uyarınca belirsiz alacak davası açma hakkı ile birlikte tartışma başka bir boyut kazanmıştır[66]. Uzunallı, HMK m. 107 ile birlikte davacının karşı tarafın muvafakatini almaksızın sonradan talep miktarını artırılabileceğini ve artık bu tartışmanın bittiğini belirterek, davacının başlangıçtaki seçimini sonradan ıslah veya muvafakate gerek olmaksızın değiştirebileceğini ifade etmiştir.[67] Ancak kanaatimizce talep miktarının değiştirilebilmesi ile miktarı belirleme yönteminin değiştirilmesi aynı şey değildir. Marka hakkının ihlali sonucu açılacak

63 Yasaman/Yüksel, s.1172-1173; Çolak, s. 616.
64 Arkan, s.245; Uzunallı, s.371-372; Gönen, s.66.
65 Y.11.HD. T.27.2.2012, E.2010/10672, K.2762. Kazancı İçtihat Bankası, E.T: 22.04.2017
66 Anılan kanun maddesinde "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açarak, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği" belirtilmiştir. (HMK m.107/1-2).
67 Uzunallı, s.372-373.

tazminat davası HMK m. 107 uyarınca belirsiz alacak davası şeklinde açılacaksa, bu hükmün işlevi, sadece başlangıçta talep edilen zarar miktarının seçilen yöntem sonrasında daha fazla olduğu ortaya çıktığında etkili olacak ve davacı başlangıçtaki talep miktarını ıslah ya da muvafakate gerek duymaksızın arttırabilecektir. Diğer bir deyişle bu hüküm, seçilen zarar yöntemini değiştirebilmek açısından bir fonksiyona sahip değilken, sadece tahkikat sonucundaki miktarın talep olarak revize edilmesinde kolaylık sağlar. Uygulamada sıkça karşılaşılan bu durumu somutlaştıracak olursak; örneğin marka hakkı ihlal edilen şahıs dava dilekçesinde 20.000 TL'lik maddi zarar tazminatı talep edip, SMK m.151/2'deki üç yöntemden birine göre yoksun kalınan kazancının hesaplanmasını isteyebilir. Tercih edilen yöntem sonucu yapılan hesaplamada maddi zararın 20.000 TL'nin üzerinde bir rakam çıkması halinde, taleple bağlılık ilkesi gereği hâkim ancak talep tutarına hükmedecektir. Böyle bir durumda davacı, ya karşı tarafın açık muvafakati ile talep miktarını değiştirmelidir ki böyle bir ihtimal çok düşüktür. Ya da davasını ıslah etmek suretiyle talep miktarını değiştirmelidir.[68] Ancak davacı davasını HMK m. 107'ye göre belirsiz alacak davası olarak açmışsa, ilk etapta talep ettiği 20.000 TL'lik tazminatı, yargılama sonucunda ortaya çıkan tutara yükseltme imkânına sahiptir. Böylece karşı tarafın muvafakatine veya davayı ıslah etmeye gerek olmaksızın davacı talep tutarını arttırmış olacaktır. Görülmektedir ki belirsiz ala-

---

[68] "Davacı vekili, davalı şirketin müvekkili adına marka olarak tescilli 500 gr.'lık Filiz Lüks çayını renk, dizayn, ambalaj ve isim ile aynen taklit ederek 500 gr.'lık... çay Filizi çayı olarak piyasaya sürdüğünü, bu şekilde haksız rekabette bulunup 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye muhalefet ettiğini, müvekkilinin bu nedenle maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, şimdilik (400.000.000.-) TL maddi ve (200.000.000.-)TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini, davalının haksız fiilinin önlenmesini ve hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir.
Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının üretip piyasaya sürdüğü çay ambalajlarının davacı ürünleri ile aynı resim, renk ve dizaynda olduğu, bu durumun TTK uyarınca haksız rekabet ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca marka hakkına tecavüz oluşturduğu, davacının maddi zararının (15.740.452.000.-)TL olduğu, davalı taraf tazminatın fahiş olduğunu savunsa da TTK' nın 58 ve 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 67'nci maddesi uyarınca hâkimin elde edilmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da hükmedebileceği, davacının davasını bu meblağda ıslah ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne, davalının haksız rekabetinin önlenmesine, (15.740.452.000.-)TL maddi ve (200.000.000.-)TL manevi tazminatın temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir." Y.11. HD, E. 2005/2840,K. 2006/2522, T. 13.3.2006.

cak davası talep miktarının sonradan değişmesi ile ilgili olup, başlangıçta seçilen hesap yöntemini değiştirme noktasında bir işleve sahip değildir.

Usulle ilgili akla gelen ve uygulamada karşılaşılan başka bir sorun da marka hakkı ihlal edilen davacının dava dilekçesinde üç tür yönteme göre hesap yapılarak hangi yöntem sonucu kendisi lehine olacaksa ona göre karar verilmesini talep edip edemeyeceğidir. Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Nitekim kanun koyucunun SMK m.151'deki yöntemleri öngörmekteki asıl amacı marka hakkı ihlal edilen şahıs adına en tatmin edici tercihin tespit edilmesinden ziyade farklı alternatifler sunularak zararın belirlenmesini kolaylaştırmaktır. Kaldı ki SMK m. 151/4 uyarınca yoksun kalınan kazanç hesaplanırken marka sahibinin rekabeti olmasaydı elde edeceği muhtemel gelir yöntemi veya tecavüz edenin net kazancının istenebildiği yöntemlerin seçilmiş olması halinde, mahkemenin kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın eklenmesine karar verebilme yetkisinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla bu iki yöntemden birinin seçilmesiyle hesaplanan miktar eğer hakkaniyete uygun değilse hâkim bu miktara sonradan ekleme yapabilecektir. Yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde muhtemel lisans bedelinin seçilmesi halinde ise SMK m. 151/3 uyarınca ihlalin nitelik ve boyutunun dikkate alınması tazminatta artırım sebebi olabilecektir.[69] Görülmektedir ki her üç yönteme göre hesaplanacak tazminat açısından da, dava esnasında ortaya çıkan belge ve muhakeme neticesinde hesaplanan tazminatı arttırarak hakkaniyete uygun bir tazminat belirlenmesi için hâkime yetki verilmiştir. Kanaatimizce SMK m. 151/3-4'de geçen bu telafi hükümlerine rağmen, davacıya başlangıçta seçtiği yöntemi sonradan değiştirme imkânının verilmesi, ya da her üç yönteme göre ayrı ayrı hesaplama yaptırılması yargılamayı gereksiz yere uzatacak ve usul hukuku bakımından da sorun oluşturacaktır.

ba. Marka Sahibinin Muhtemel Geliri

Yoksun kalınan kazanca ilişkin SMK m. 151'de belirtilen üç yöntemden ilki marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı mar-

[69] Nitekim madde gerekçesinde önceki düzenlemede yer almayan "ihlalin nitelik ve boyutunun dikkate alınması" ifadesiyle, tazminatın belirlenmesinde artırım ve indirim sebebi olabileceği belirtilmiştir.

ka sahibinin elde edeceği muhtemel gelirin tazminat olarak belirlenmesidir.

MarKHK m.66/1-a'da Markaya tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelirden bahsedilmişken, SMK'da "markanın kullanılması" ibaresi çıkarılmıştır. Bu değişikliğin önemli sonuçları vardır. Nitekim markanın kullanılması yoluyla mütecavizin markaya tecavüz sonucu elde ettiği gelire markanın hangi oranda etki ettiğini belirlemek için marka dışındaki diğer tüm belirleyici faktörler hesap edilerek elde edilen gelirden çıkarılmalıdır. Bir mal veya hizmetin ticareti suretiyle elde edilen geliri belirleyen birçok faktör vardır. Marka da bu faktörlerden sadece birisidir. Bunun yanında, uygulanan pazarlama teknikleri, kadro, yönetim, organizasyon becerisi, verimlilik, satış sonrası hizmetler gibi diğer etkenler de geliri doğrudan etkiler.[70]

MarKHK dönemindeki Yargıtay kararlarında da bu hususa değinilmiştir. 28.5.2015 tarihli bir Yargıtay kararında:[71]

"*556 sayılı KHK'nın 66/1-a maddesinde, markaya tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin, markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel geliri esas alınmaktadır. Ancak burada markanın, geliri etkileyebilecek diğer faktörlerden olabildiğince ayrıştırılması gerekir. Zira gelir, yalnızca markanın kullanılmasıyla elde edilmez. Mütecavizin işletmesinin verimliliği, organizasyon becerisi gibi nedenlere de bağlı olabilir. Buna karşın markanın ekonomik önemi arttıkça ciro üzerinde etkisi de artar.*" denilmiştir.

Markanın ekonomik önemi arttıkça, söz konusu hesaba etkisi ve diğer etkenlerden ayrıştırılmasının daha da kolaylaşacağı söylenebilirse de her şeye rağmen bu yöntemle zararın hesaplanabilmesi oldukça güçtür.[72]

Söz konusu tazminatın belirlenmesinde uygun illiyet bağı aranmalıdır. Yani marka hakkı sahibinin gelirinin azalmasına neden olan olaylar kendi pazarlama ve organizasyon stilini değiştirmesinden, ulaştırma, satış sonrası gibi hizmetlerdeki tutumundan kaynaklanıyorsa, diğer bir deyişle mütecavizin fiilleri ile ilgili olmayan gelir kaybı

---

70 Tekinalp, s.502.
71 Y.11. HD, E. 2014/10637, K. 2015/7197, T. 28.5.2015. Kazancı İçtihat Bankası
72 Yasaman/Yüksel, s.1173; Uzunallı, s.389; Gönen, s.67

mevcutsa, bu durum yoksun kalınan kazanç olarak nitelendirilemeyecektir.[73] Bunun yanında zarar hesaplanırken, pazarın doymuş olması, azalan konjonktür, trendin tersine dönmesi, cironun hukuka uygun olarak üretilen rakip firma mallarına kayması gibi durumlarda dikkate alınmalı ve yoksun kalınan kazanç kaleminden ayrıştırılmalıdır.

SMK gerekçesinde belirtildiği üzere eski düzenleme döneminde uygulamada bu yönteme çok başvurulmamış ve bu yöntemin talep edildiği ulaşabildiğimiz Yargıtay kararlarının neredeyse hiçbirinde sağlıklı bir zarar hesaplaması yapılamamıştır. Nitekim markasına tecavüz edilen hak sahibi tazminatın bu yöntemle belirlenmesini talep ettiğinde yerel mahkemeler bazen bu talebi dikkate almaksızın nispeten daha kolay bir yöntem olan davalının markayı kullanmak suretiyle elde ettiği kazanca göre hesaplama yapmış,[74] bazen de elde edilmesi muhtemel gelire göre ayrıştırılma yapılmadan brüt mal satış kârını esas almıştır.[75] Nihayet tüm bu kararlar Yargıtay tarafından bozularak BK uyarınca hâkimin takdir yetkisine göre bir hesaplama yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Her ne kadar SMK m. 151/2-a'daki yoksun kalınan kazancı hesaplama yöntemlerinde, eski düzenlemedeki "markanın kullanılmasıyla" ibaresi yer almıyor ise de, bu durum hesaplamayı zorlaştıran hususların tamamen ortadan kalktığını göstermez. Nitekim bir taraftan yine kesin olmayan muhtemel bir gelir söz konusu iken, diğer taraftan bu gelirin marka hakkına tecavüz edenin rekabetinin olmadığı varsayımında değerlendirileceği belirtilmektedir. Ancak şu kadar var ki yeni yöntemde, marka sahibinin muhtemel gelirinde markanın etkisi haricinde diğer faktörlerin etkisi kapsam dışı bırakılmayacak böylece daha yüksek oranda tazminat miktarlarına hükmedilebilecektir. Diğer bir anlatımla MarKHK döneminde 66/1-a hükmü uyarınca marka sahibinin muhtemel geliri hesap edilirken, bu gelire marka haricinde etki eden diğer unsurların etkisi gelirden çıkarılmak zorunda olduğundan, elde edilen gelire sadece markanın ettiği etki miktarınca hesap yapılıyordu. Ancak SMK m. 151/2-a'ya göre yapı-

73 Tekinalp, s.502; Gönen, s.68.

74 Y.11. HD, E. 2015/3564, K. 2015/10289, T. 12.10.2015. Kazancı İçtihat Bankası

75 Y 11. HD, E. 2013/14841,K. 2014/3935,T. 3.3.2014. Kazancı İçtihat Bankası, Bu karar tasarım hakkına ilişkin olsa da konumuz bakımından sonuç olarak bir fark doğurmamaktadır.

lacak hesaplamalarda salt marka katkısı değil, ciroya etki eden kadro, organizasyon becerisi, satış sonrası hizmetler gibi etkenler de hesaba katılacaktır[76]. Böylece yoksun kalınan kazanca marka dışındaki diğer faktörlerde dâhil edilmiştir.

Muhtemel gelirin tecavüz fiiliyle bağlantılı olması gerektiği de gözden kaçmamalıdır. Zira asıl marka sahibinin tecavüze uğrayan markasından başka, tecavüzle ilgisi olmayan markalarından elde edeceği gelirin yoksun kalınan kazançla bir ilgisi yoktur. Bu ihtimalde zarar ile fiil arasında illiyet bağı kesileceği için tazminat da gündeme gelmeyecektir.

Marka sahibinin tecavüz edilmeseydi elde edeceği muhtemel gelir hesaplanırken, mütecavizin fiilinin boyutu ile haksız olarak elde ettiği kazanç miktarlarına da bakmak gerekir. Nitekim SMK m. 151/4 uyarınca yoksun kalınan kazancın hesabında ihlalin nitelik ve boyutu da dikkate alınmalıdır. Aynı zamanda yaşam tecrübesinden hareketle, tecavüze maruz kalanın yoksun kaldığı kazancın tespitinde tecavüz edenin kazancı çoğu zaman yol gösterici olacaktır.[77] Kanaatimizce SMK m. 151/2-a ile m.151/2-b'de geçen iki yöntem her ne kadar bağımsız yöntemler olarak öngörülmüşse de birbiriyle ilişkili ve dengeleyici unsurlar olarak kullanılmalıdır. Nitekim böyle yapılmazsa hakkaniyete uygun düşmeyen tazminatlara hükmedilebilir. Konu ile ilgili bir Yargıtay kararında yerel mahkeme davacının İstanbul'da faaliyette bulunan şubelerinin kârlarını esas almıştır. Ancak davalı, tecavüz fiilini Batman ilinde işlediğinden, bu fark gözetilmeden yani davalının bulunduğu piyasa şartları değerlendirilmeden hesaplanan tutarın yoksun kalınan kazanç olarak belirlenmesi, kararın Yargıtay tarafından bozulmasına sebep olmuştur.[78] İlgili karara göre:

---

[76] SMK m. 151'in gerekçesinde "hakkın (markanın) kullanılması ile" ibaresinin yeni kanuna alınmamasının sebebi olarak tecavüz suretiyle yapılan satışlardan elde edilen kazanca, markanın katkısı oranında tazminata hükmedilmesinin oldukça düşük tazminat sonucunu doğurduğu ve yeni düzenleme ile daha etkin bir tazminat sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir. Gerekçede bu değişikliğin sanki sadece mütecavizin elde ettiği gelire göre hesaplanan yönteme etki edeceği anlamı çıksa da, marka sahibinin muhtemel gelirine göre yapılacak hesaplama da bundan etkilenecektir. Nitekim MarKHK'daki "markanın kullanılması" şartı her iki yöntem bakımından da kaldırılmıştır.

[77] Uzunallı, s.391.

[78] Y. 11. HD, E. 2012/14674, K. 2013/13300, T. 25.6.2013.

"Dava, markaya tecavüz sebebiyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Davacı taraf, maddi tazminat talebi hakkında 556 Sayılı KHK'nın 66/a bendindeki seçeneğe dayanarak, yoksun kalınan kazancın tahsilini istemiştir. Mahkemece, anılan madde hükmü uyarınca maddi tazminatın belirlenmesinde davacı şirketin markasını franchise sistemiyle kullandırdığı İstanbul Yenibosna ve Ataşehir Şubelerinin 2010-2011 yılı franchise karı ve mal satış karı ortalamasının, tespit tarihiyle dava tarihi arasındaki izinsiz kullanım süresine göre hesaplanan 19.738,46 TL'ye hükmedilmiştir. Bu hesaplama şeklinde markanın ekonomik öneminin yanı sıra, davalı işletmesinin konumu ticari faaliyetlerinin ve tecavüz eyleminin boyutuyla ticari kayıtlarının da dikkate alınması gerekir. Bu durumda, 556 sayılı KHK'nın 65. maddesi de dikkate alınmak suretiyle gerektiğinde davalı işletmenin ticari kayıtları üzerinde inceleme yapılmaksızın ve davalı işletmenin faaliyette bulunduğu Batman ili ile farklı ticari konumda bulunan İstanbul'daki bazı işyerlerinin faaliyet karları emsal alınmak suretiyle yapılan hesaplamaya dayalı maddi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu bakımdan davalı yararına bozulması gerekmiştir."

Bu yöntem hakkında değinilmesi gerekin son bir durum daha vardır. Markaya tecavüz edenin tecavüz fiili devam ettikçe asıl marka sahibinin satış gelirlerinin bundan olumsuz etkilenmesi normal olan bir durum ise de bazen bunun tam tersi de olabilir. Örneğin tecavüz edenin markayı kaliteli ürünlerde kullanması, reklam vs. gibi başarıları marka sahibinin gelirlerini arttırabilir.[79] Kanaatimizce bu tarz istisnai durumlarda marka sahibinin muhtemel gelirine dayalı yönteme başvurularak yoksun kalınan kazanç miktarı hesaplanamaz. Çözüm olarak kanunda öngörülen diğer yöntemlerden biri tercih edilmeli veya BK uyarınca hâkim uygun bir tazminata hükmetmelidir. Davacının tecavüz boyunca gelirlerinde artışın yaşanmasının, mütecavizin fiiliyle somut bir ilişki içinde olmadığı durumlarda da yoksun kalınan kazanç talep edilebilmelidir. Diğer bir deyişle davacının satışlarında tecavüz dönemi boyunca bir artış mevcutsa, tecavüzün artışa olumlu etkisinin olması veya artışı hiç etkilememesi halinde dahi bu durumdan bağımsız olarak yoksun kalınan kazanç talep edilebilmelidir. Konuya ilişkin 30.06.2014 tarihli bir Yargıtay kararında, davacının her halükarda tecavüz fiilinden zarara uğrayacağı varsayımıyla uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır:[80]

79 Uzunallı, s.391
80 Y 11. HD, E. 2014/6714,K. 2014/12541,T. 30.6.2014.

"Davacı vekili; müvekkili adını TPE nezdinde tescilli Şahin+Şekil *ibareli 29, 30,31. sınıflarda tescilli markasının bulunduğunu davalının müvekkilinin markasını taşıyan tabelayı kullanmaya devam ettiğini, müvekkiline ait olmayan ürünlere müvekkilinin markasını taşıyan etiketleri kullanmak suretiyle sattığını, 556 Sayılı KHK'nın 66/a maddesi gereğince 500.00 TL maddi, 5.000.00 TL manevi tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Mahkemece, alınan raporlar uyarınca davacıya ait ticari defterler üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi neticesinde davacının maddi zararının ispatlanamadığı davacının Sivas İlinde 2010-2011 yıllarında satış kaybı yaşamadığı, aksine satışlarının arttığı gerekçesiyle maddi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Mahkemece; dosyada mevcut deliller, iddia ve savunma gözönüne alınıp, davalının eylemleri sebebiyle davacının her halükarda maddi zararının olacağı, adalete uygun bir maddi tazminata hükmetmek gerekirken yazılı gerekçeyle bu istemin reddi doğru olmamış, kararın temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir."

Ancak tecavüz edenin tecavüz fiilinin, marka sahibinin satışlarının artmasına olumlu bir katkısı mevcutsa[81], hesaplanan miktardan uygun bir bedelin indirilmesi gerekir.

bb. Tecavüz Edenin Elde Ettiği Kazanç

Yoksun kalınan kazancın hesaplanma yöntemlerinden bir diğerinde ise, mütecavizin hukuka aykırı eylemi neticesinde elde ettiği kazanç, marka hakkı tecavüze uğrayanın yoksun kaldığı kazanç olarak değerlendirilir. Burada amaç somut olarak ortaya çıkan zararın tazmini değil, marka hakkı sahibinin maruz kaldığı zararın adil bir biçimde denkleştirilmesi olduğundan zarar miktarı dolaylı bir yoldan belirlenmektedir.[82] Bu yöntemin uygulanabilmesi için, zarar ile tecavüz arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır. Bunun olmadığını ispat yükü tecavüz edenin üzerindedir.

---

81 Örneğin beyaz eşya sektöründe tanınmış bir markanın, yerel bir ısıtıcı markasını taklit ederek, kendi firmalarında bu taklit ısıtıcıları satması halinde, yerel markanın hem marka değeri artıp hem de müşteri çevresi genişleyebilir. Böylece yerel markalı malların sahibinin, tecavüze rağmen, hatta deyim yerindeyse tecavüz vesilesiyle satışlarında artış meydana gelebilir.

82 Uzunallı, s.395.

MarKHK döneminde bu yöntemde hesaplama yapmayı güçleştiren "markayı kullanmak yolu ile elde edilen" ibarelerinin SMK'da kaldırılmasının yerinde bir değişiklik olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim yukarıda "marka sahibinin muhtemel geliri" yöntemi için de dile getirdiğimiz hesaplama zorlukları ve marka katkısının diğer etkenlerden ayrıştırılması güçlüğü bu yöntem bakımından da söz konusuydu. Eski düzenleme zamanında doktrinde bu yöntemin "mütecavizin net geliri" olarak anlaşılmasının daha doğru olacağı savunulmuştur.[83] Yargıtay ise bazı kararlarında taklit markanın kullanılmasıyla elde edilen net kâra markanın etkisinin hangi oranda olduğunun araştırılması gerektiğini belirtirken,[84] bazı kararlarında ise doktrinde savunulan görüşe paralel olarak markaya tecavüz yoluyla elde edilen kazancın – bu kazanca markanın hangi oranda etki ettiğinden bağımsız bir şekilde - yoksun kalınan kazanç olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[85] SMK'da bu yöntem "Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç" olarak tanımlanmış ve ilgili tartışma açıklığa kavuşturularak "markanın kazanca etkisinden" bahsedilmemiştir. Bu yöntemle yapılacak hesabın eski düzenlemeye göre nispeten kolaylaşacağı ve hükmedilen tazminat miktarlarında eskiye nazaran bir artış yaşanacağı söylenebilir.

SMK m. 151'de elde edilen net kazanca, yani kâra vurgu yapıldığı görülmektedir. Böylece mütecavizin tecavüz fiiliyle ortaya çıkan brüt kazancı değil, maliyetlerin elde edilen gelirden düşürülmesiyle kalan net kazancın iadesi esas alınır. Net kazanç belirlenirken mütecavizin yaptığı tüm fiillerin markaya tecavüz fiili kapsamında olmadığı du-

83 Tekinalp, s.502; Yasaman/Yüksel, s.1173-1174.

84 "Davacı maddi tazminatın 556 sayılı KHK'nın 66/b maddesine göre hesaplanmasını talep etmiş olup, bu hükme göre, davalının bu markayı kullanması sebebiyle elde ettiği kazanca hükmedilmesi gerekir. Bu durumda mahkemece, davalı şirketin defterleri ve bu konudaki taraf delilleri incelenmek suretiyle davalının elde ettiği kâr belirlenip, bu markayı kullanması sebebiyle bu markanın davalının kârına ne oranda etki ettiği belirlenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, hiç bir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın talebin tamamen kabul edilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." Y11. HD, 2015/8453,K. 2016/3119,T. 21.3.2016. Kazancı İçtihat Bankası

85 "Davacı tarafça markaya tecavüz sonucu uğradığı zararı marka hakkına tecavüz eden davalının elde ettiği kazanca dayandırdığına göre, markaya tecavüz oluşturan davalı eylemine konu davacının markasını taşıyan Levi's" markalı ürünlerden sağlanan kazancın somut olarak hesaplattırılıp tazminata esas alınması gerekirken,.." Y 11. HD, E. 2005/3507, K. 2006/3137, T. 27.3.2006. Kazancı İçtihat Bankası.

rumlarda -örneğin bir işletmenin birçok sahada faaliyet gösterirken sadece bir alandaki ürünlerde başkasının marka hakkına tecavüz ettiği durumlarda- tecavüz ile elde edilen gelirden işletmeye bağlı genel masraflar, muhasebe ve personel giderleri düşürülmeyecektir.[86] Ürün için yapılan reklam masrafları da, elde edilen gelirden düşürülmeyecektir. Hatta marka hakkına tecavüz edenin tecavüz fiilinin dışında başka hiçbir ürünü satmamış olması halinde dahi genel masraflar bir bütün olarak elde edilen gelirden mahsup edilmeyecek, sadece hammadde ve satış maliyetleri gibi işin doğası gereği oluşan giderler tecavüz yoluyla elde edilen gelirden mahsup edilecektir.[87]

Markasına tecavüz edilen şahıs ile mütecavizin satış bölgelerinin ve müşteri çevrelerinin farklı olması gibi hallerde de marka sahibinin zarara uğradığını ispatlaması çok zor olabilir. Hatta her tecavüz fiilinin mutlaka belirlenebilen bir zarar oluşturacağını savunmak da doğru değildir.[88] Bazen mütecavizin elde ettiği gelir, marka sahibinin

---

86 Uzunallı, s.397. Bu duruma örnek olarak tanınmış bir markanın başka bir ürünü taklit etmesini gösterebiliriz. Nitekim bir Yargıtay kararında "Davacı vekili, müvekkilinin Volcano ibareli markanın sahibi olduğunu, enfrared (kızılötesi) elektrikli ısıtıcı imâl edip bu marka ile satmakta olduğunu, davalı Arçelik A.Ş'nin, müvekkili şirketin izni olmaksızın müvekkili markası ile iltibasa sebebiyet verecek biçimde Volkano tanıtıcı işareti ile elektrikli ısıtıcılar imal edip satışını gerçekleştirdiğini,, davalının eylemi sonucunda müvekkilinin tüketiciler nezdinde davalı şirketin ürettiği emtianın taklitçisi konumuna düştüğünü, zira davalıya ait Arçelik markasının kamuoyu nazarında haiz olduğu güven ve itibarın bu sonucu doğurduğunu, diğer yandan davalı eyleminin müvekkili ürünlerinin satış kabiliyetini de ortadan kaldırıldığını ileri sürerek 556 sayılı KHK 66/b maddeleri uyarınca davalının markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre hesaplanacak yoksun kaldığı kâr kaybından, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 10.000,00 TL maddî tazminatın 22.11.2007 tarihinden itibaren itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ve 62/f maddesi uyarınca mahkeme kararının ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.
Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporu tüm dosya kapsamına göre, davacının VOLCANO ibareli markası ile davalının VOLKANO ibareli tanıtım işareti, görsel, sesçil ve anlamsal olarak benzer olduğu ve ortalama tüketicileri, biri yerine diğerini satın almak veya işletmeler arasında idari ve ekonomik bağlantıbulunduğu biçiminde algılama yaratacak şekilde yanılgıya düşürebilecek nitelikte olduğu, davalının eylemleri davacının marka hakkına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir." Y. 11. HD, E. 2011/3763, K. 2012/11932, T. 4.7.2012.(Kazancı İçtihat Bankası) Burada hesap yapılırken Arçelik A.Ş'nin tecavüz fiilini işlerken yaptığı genel ve işletmesel masrafların yanında yapılan reklam masrafları da kazançtan düşürülmeyecektir.

87 Uzunallı, s.397.

88 Yargıtay haksız rekabetle ilgili bir davada bu hususu şöyle belirtmiştir : "Haksız rekabette davacının maddi tazminat istemine konu ettiği zararı, davalının elde etti-

zararını aşabileceği gibi, tecavüz sırasında markasına tecavüz edilenin satışları ve net kârının arttığı ve bu artışın tecavüz fiiliyle bağlantılı olması dahi mümkündür. Dolayısıyla bu tarz durumlarda sadece zarar miktarını değil zararın bizzat kendisini bile ispatlamak güçtür. Kanun koyucu bu gibi hususları gözeterek her ne kadar tecavüz fiili neticesinde hak sahibinin somut bir zararı oluşmasa da bu yönteme dayanılarak karşı tarafın haksız olarak elde ettiği gelirin talep edilebileceğini kabul etmiştir. Nitekim kesin bir zarar söz konusu olmasa bile tazminata hükmetmenin hakkaniyet gereği olduğu bu tarz durumlarda karşı tarafın haksız olarak bir başkasının hakkından faydalanması olgusu somut olarak SMK m.151/2-b hükmünde karşılık bulmuştur.

SMK m. 151/2'de öngörülen ilk iki yöntemin birbiriyle bağlantılı olduklarını zikretmiştik. Marka hakkı ihlal edilen taraf, davacının elde ettiği net kazancı talep ettiğinde, hesaplama yapılırken iki tarafın piyasadaki etkinliği, ürün yelpazeleri ve ticari hacimleri de göz önüne alınmalıdır[89].

Uygulamada bu hesap yöntemi tercih edildiğinde bazen ürünlerin toplam kâr marjı üzerinden belirlenen bir oran üzerinden hesaplama yapıldığını,[90] bazen de tecavüz konusu ürünlerin adet başına kâr marjı belirlenerek bu oranın tecavüze konu ürün sayısı ile çarpılarak tazminatın hesaplandığı görülmektedir.[91]

ği kar miktarı olmayıp, davalının haksız rekabeti nedeniyle davacının elde etmekten mahrum kaldığı kar miktarıdır. Bu zarar, kural olarak tarafların ticari defterleri ve diğer kanıtlarıyla beraber bilirkişi incelemesiyle tespit edilir.
Bu şekilde bir tespit yapılamaz veya davacının kazanç kaybına uğramadığı anlaşılsa bile, haksız rekabetin varlığında yargıç, TTK'nın 58-e maddesine göre tazminatı belirler. Öte yandan, marka hakkına tecavüzün söz konusu olduğu hallerde marka hakkı sahibi, genel hükümlere göre zarar talep edebileceği gibi 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/ilk-b, 64 ve 66 ncı maddelerine göre de tazminat isteyebilir. Dava konusu olayda davacı vekili, dilekçesinde maddi zararı genel olarak talep etmiş, hukuki dayanağını açıklamamıştır. Mahkemece de bu hususlar açıklığa kavuşturulmamıştır…." Y 11. HD, T. 20.9.2004 E. 2003/1415 K. 2004/8512. (Kazancı İçtihat Bankası, E.T.23.10.2016); Uzunallı, s.408.

89 Y. 11. HD, E. 2009/3296, K. 2011/5684, T. 10.5.2011. Kazancı İçtihat Bankası

90 "Mahkemece görüşüne başvurulan bilirkişiler kök raporlarında, davacıya ait markanın davalının karına olan etkisini %2 olarak değerlendirilmiş, davalının 2009, 2010 ve 2011 yıllarında yaptığı satışlar üzerinden, yıllara göre ayrı ayrı belirlenen kar üzerinden tutarlar belirlenmiştir…"Y.11. HD. T. 24.5.2016, E. 2015/11791, K. 2016/5632. Kazancı İçtihat Bankası.

91 "Davalının haksız rekabete konu elde edilen tüp miktarı ve bu tüplerin bir yıldaki sirkülasyonu ve her tüp için %25 kar marjı da nazara alındığında davacının iste-

Üzerinde durulması gerekilen diğer bir husus ise marka hakkına tecavüz edenin elde etiği gelir hesaplanırken, piyasa araştırmasının yalnız tecavüze konu ürünler hakkında yapılmasıdır.[92] Nitekim markaya tecavüz edenin ilgili olduğu sektörün ülke genelindeki yaklaşık kâr oranları tek başına baz alınamayacağı gibi[93] mütecavize ait olan ancak tecavüz fiili ile ilgisi olmayan başka markaların kullanımı ile elde edilen gelirlerin kâr marjı da tazminat hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır.[94]

---

yebileceği tazminatın (200.000.000) TL olduğu sonucuna varılarak…."Y 11. HD, E. 1997/10356, K. 1998/4776, T. 23.6.1998. Kazancı İçtihat Bankası; Güneş, s. 260; Yasaman/Yüksel, s.1192-1193.

92 Tasarım hakkı ile ilgili bir kararda Yargıtay, perde ile alakalı tasarım hakkının ihlalinde, ilgili dönemde yapılan tüm perde satışlarının tazminat miktarında hesaba katılmasının hatalı olduğunu belirterek, sadece tasarım hakkına ihlal teşkil eden perdelerin satışının hesaba dâhil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Y.11 HD, T. 27.3.2006, E.2005/3232, K.2006/3226. Suluk/Orhan, s.560 vd.

93 "Davacı tarafın yoksun kalınan kazanç tercihi, 556 sayılı ....'nın 66/1-b maddesine dayalı olup, davalının davaya konu ürünler sebebiyle elde ettiği karın belirlenmesi gereklidir. Bu yöntemde mütecavizin malvarlığında markanın haksız kullanımı sonucu meydana gelen artış hesaba katılmaktadır. Kazanç hesaplanırken, mütecavizin sadece haksız markalı ürünlerden elde ettiği kazanca bakılır. Mahkemece alınan 7.1.2013 tarihli bilirkişi raporunda kar marjı hesaplanırken "..'..+" olarak adlandırılan sosya-ekonomik gruba yönelik tekstil/konfeksiyon ürünleri üreten şirketlerin kar oranının ortalamasını kullanmanın uygun olacağı belirtilerek dava dışı ... ve.... firmalarının bilançolarındaki brüt kar oranı dikkate alınarak ortalamasına göre hesaplama yapılmıştır. İtiraz üzerine alınan ikinci heyet raporu ve ek raporda ise Türkiye'de tekstil sektöründeki perakende satış mağazacılığında kar oranının %15 ila %40 arasında değiştiği, davalı tarafça yapılan üretim miktarının 12.700 adet olduğu kabul edilerek, davalının davaya konu mallar sebebiyle elde edebileceği net gelirin % 30 kar marjı üzerinden 108.845,22 Euro olabileceği belirtilmiştir. Davalı vekili, söz konusu rapora tazminat hesabının somut veriler yerine afaki oranlar baz alınarak yapıldığını, satış fiyatını düşüren faktörlerin dikkate alınmadığını belirterek itiraz etmiştir. Bu durumda mahkemece davalının davaya konu ürünler sebebiyle elde ettiği karın belirlenmesinde dosyaya ibraz edilen sipariş formları, davalı tarafça kesilen faturalar ve satış fiyatını etkileyen diğer hususlar nazara alınıp davaya konu ürünlerin üretim giderleri de düşülmek suretiyle davalının satışa sunduğu 12.700 adet ürün üzerinden hesaplama yapılıp sonucuna göre maddi tazminatta karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Y.11. HD, E. 2015/5115, K. 2016/2672, T. 10.3.2016. Kazancı İçtihat Bankası.

94 Tasarım hakkına tecavüz ile ilgili olsa da konumuzla ilgili bir kararda Yargıtay, tecavüz fiili işleyen işletmenin tüm ürünlerinin toplam kâr marjını esas alan yerel mahkeme kararını bozmuştur. Nitekim doğru olan sadece tecavüz konusu mallara ilişkin bir hesaplama ve kâr marjının yapılmasıdır. "Davacı vekili hükme esas alınan bilirkişi raporuna vaki itirazında maddi tazminat hesaplamasında kullanılan birim fiyatın hatalı olduğunu, sunulan katalogda tescilli tasarım ürünü ile birlikte satışa arz edilen msc-523c kodlu ürüne ilişkin 270 TL'lik fiyatın esas alındığını, oysaki müvekkilinin davaya konu tescilli tasarımının msc-523a olarak satışa arz

Markaya tecavüz edenin düzenli bir şekilde tutulmuş ticari defterleri veya satışlara ilişkin belgelerin bulunmaması ihtimalinde bu yönteme göre hesaplama yapmak güçleşecektir. Böyle bir durumda başka bir hesaplama yöntemi tazminatı belirlemeye daha elverişli olsa bile, hâkim, davacının talep ettiği yöntem ile bağlı olduğundan, mütecavizin elde ettiği kazancı BK m. 50/2 hükmüne göre değerlendirerek uygun bir tazminata hükmetmelidir.

bc. Tecavüz Edenin Ödeyeceği Varsayımsal Lisans Bedeli

Üçüncü hesaplama yöntemine göre yoksun kalınan kazanç, marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre belirlenir. Bu yöntem için doktrinde kısaca "lisans örneklemesi" tabiri de kullanılmaktadır.[95]

SMK m. 24'e göre "Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir." Marka sahibi lisans sözleşmesi ile markayı kullanma hakkını lisans alana verir. Böylece marka sahibi, markasının başkası tarafından kullanılmasını yasaklama konusundaki hakkını lisans alana karşı kullanmamayı, bunun karşılığında lisans alan ise marka sahibine belirli bir bedel ödeyerek lisansa konu markayı sözleşmeye uygun olarak kullanma ve mevcut kaliteyi koruma borcunu üstlenir.[96]

Markanın inhisari veya basit lisansa konu olması, lisans alanın markadan doğan davaları açabilmesinde özellik arz eder. Buna göre;

---

edildiğini ve birim fiyatının 451,77 TL olduğunu ve hesaplamanın da bu birim fiyat üzerinden yapılması gerektiğini, ayrıca müvekkili şirketin 2011 yılındaki toplam kar marjının % 12,5 olduğundan bahisle satış fiyatı üzerinden bu oranın uygulandığını, oysa müvekkili şirketin faaliyet alanının yalnızca dava konusu çöp kovaları olmadığını, bunun yanında daha birçok ürün üretimi ve satışı da yapmakta olduğunu, ticaret hayatı içerisinde bazı ürünlerin kar marjlarının diğerlerine göre değişkenlik gösterebilmekte olduğunu belirterek, hesaplamanın hatalı olduğunu ileri sürmüş olduğuna göre, mahkemece davaya konu tescilli ürüne ait faturada yer alan birim fiyat ve bu ürüne ilişkin kar marjı esas alınarak hesaplama yapılıp oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden taraflar yararına bozulması gerekmiştir." Y.11. HD, E. 2014/6903,K. 2014/16920,T. 5.11.2014.

95 Tekinalp, s.75.

96 Çağlar Özel, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2015, s.43; Saibe Oktay Özdemir, Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Haksız Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmesine Uygulanması, İstanbul 2002, s.141; Arkan, s.190.

aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip ve lisansı marka siciline kayıtlı olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin SMK uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir. İnhisari lisansa sahip olmayan basit lisans sahiplerinin ise dava açma hakları yoktur. Bunlar marka sahibine tecavüz bildiriminde bulunur, bildirime rağmen marka sahibi 3 ay içinde dava açmazsa artık basit lisans sahibi kendi adına dava açabilir. MarKHK'da bildirimin noter kanalıyla yapılacağı belirtilmişse de bunun bir ispat şekli olduğu kabul ediliyordu. SMK'da önceki düzenlemede geçen "noter aracılığıyla bildirim" ibaresi kaldırılmıştır(SMK m. 158). Böylece ispat edilebildiği takdirde bildirimin başka vasıtalarla yapılabileceği açıklığa kavuşturulmuştur

Diğer iki yöntemde hesaplamayı etkileyen faktörlerinin fazlalığı ve bazı bilgi-belgelere ihtiyaç duymanın güçlüğü yanında bu yöntemin nispeten daha kolay bir hesaplama aracı olduğu söylenebilir. Lisans bedelinin götürü bir tazminat miktarı belirlendiği durumlarda, ne zarar miktarını ne de tecavüz ile zarar arasındaki illiyet bağını ispata gerek yoktur.[97] Bu yüzden doktrinde bir görüş, markayı haksız olarak taşıyan ürünlere henüz ülkeye giriş yapmadan gümrükte el konulması veya tecavüz konusu ürünlerin piyasaya sürülmeden tespit edildiği hallerde diğer iki türlü hesabın yapılmasının imkân haricinde olduğunu ve lisans bedeline göre hesaplama yapılması gerektiğini savunmuştur.[98] Kanaatimizce zararın somut olarak belirlenemediği durumlarda davacı tarafından tercih edilen yöntemle hesaplama yapılamaz ise, başka bir yöntemin somut olaya daha uygun olduğu açık olsa bile, mahkeme, davacının seçimiyle bağlı kalmalı, tazminat bu yolla hesaplanamadığında genel hükümler uyarınca(TBK m. 50/2'ye göre) uygun bir tazminata hükmedilmelidir. Yargıtay kararlarında da mahkemenin davacının seçtiği yöntemle bağlı olduğu, seçilen yöntemle bir hesaplama yapılamaması halinde TBK m. 50/2 uyarınca uygun bir tazminata hükmedildiği görülmektedir.[99]

---

97 Yasaman/Yüksel, s.1175.

98 Yasaman, Tazminat, s. 19.

99 "Mahkemece; davalı defter ve kayıtları incelenmesinde zararın hesabının yapılamadığı, davalının henüz ihracatı yapamadan başka bir anlatımla taklit markaları ihtiva eden ürünleri ticari alana sunmadan yakalandığı sabit olmakla birlikte, Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini aynı KHK'nın 62, 66/b ve 67. maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalının markayı kullanmak

Yoksun kalınan kazancın lisans örneklemesi yoluyla belirlenmesinde, emsal bir araştırma yapılarak, markanın tanınmışlık düzeyi, ekonomik önemi, markanın konu olduğu lisansların sayısı, türleri ve özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada marka hakkı ihlal edilenin daha önce akdetmiş olduğu lisans sözleşmeleri mevcutsa ilk olarak bundan faydalanılmalıdır. Önceki dönemlerde akdedilen lisans sözleşmeleri mahkeme açısından bağlayıcı olmamakla birlikte, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kolaylık sağlayacaktır. Bu lisans sözleşmeleri ile mütecavizin tecavüz fiili karşılaştırılarak, iş hacimleri ve süreleri arasında uygun bir uyarlama-oranlama yapılmalıdır. Burada hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapar.[100] Davacı taraf dosyaya emsal bir lisans anlaşması koymazsa, lisans ücretinin belirlenmesinde piyasada uygulanan kriterlere göre farazi bir lisans sözleşmesi bedeli belirlenmelidir. Taraflar arasında önceden herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcutsa uygun lisans bedeli belirlenirken bundan faydalanılabilir.[101]

Lisans bedeli götürü bir bedel olarak üretim veya satışa bağlı olmaksızın baştan belirlenebileceği gibi uygulamada daha ziyade ciroya uygulanacak bir orana göre tespit edildiği görülmektedir. Ancak yoksun kalınan kazanç hesaplamasında sadece davacı tarafın cirosu esas

---

yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, davalı defter ve kayıtlarının incelenmesinde elde edilen kazanç tespit edilememiştir. Bu durum karşısında, davacının zarara uğradığı sabit olduğuna ve bunun miktarı ispat edilemediğine göre, BK'nın 42. maddesi uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Y. 11. HD, E. 2006/9700, K. 2007/12510, T. 8.10.2007. Kazancı İçtihat Bankası

100 "Lisans bedeli hesaplanırken markanın ekonomik önemi, marka hakkı sahibinin cirosu ve elde ettiği kazancın yanında davalının cirosu, üretim ve satış kapasitesi, satabileceği ürün miktarı da nazara alınarak davalının ticari iş ve işlem hacmine uygun bir bedelin belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla somut olayın özelliklerine, davacının ve davalının cirosuna, davalının üretim ve satış kapasitesine, davalının elde ettiği gelire göre ödemesi gerekli, hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun, makul bir miktarın lisans bedeli olarak tespitiyle hüküm altına alınması gerekir…" Y.11. HD, E. 2013/5020,K. 2014/10820, T. 6.6.2014. Kazancı İçtihat Bankası

101 "Dosyada başkaca emsal lisans sözleşmeleri bulunmadığına göre, taraflar arasında önceki tarihlerde yürürlükte olan franchise sözleşmesindeki lisans bedeline ilişkin hüküm de dikkate alınarak, davalının uyuşmazlık konusu dönemlere ilişkin defter ve belgeleri incelenmek suretiyle bu yıllardaki cirosu itibarıyla hakkaniyete uygun bir lisans bedeline hükmedilmesi gerekirken…" Y 11. HD, E. 2010/14829, K. 2012/6085, T. 16.4.2012. Kazancı İçtihat Bankası.

alınarak belirlenen lisans bedelinin hakkaniyete aykırı durumlara yol açabileceğini belirtmek gerekir. Nitekim uygulamada yerel mahkemelerin bu yöndeki kararları Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Örneğin davacının 40.000 TL civarı davalının ise 1.000 TL civarında cirosunun olduğu bir durumda sadece davacı cirosuna göre hesaplama yapmak hakkaniyete aykırı düşecektir. Yukarıda bahsettiğimiz birkaç kriteri de özetleyen 13.6.2013 tarihli bir Yargıtay kararında şöyle denilmiştir:[102]

"Çamaşır suyu sektöründe tanınmış ve bilinen "*Klorak" markasıyla iltibas yaratacak şekilde "Aydora Klor" markasıyla çamaşır suyu ürünü satılması sonucu markaya tecavüz fülinin oluştuğu sabittir. Zarar hesabı için Lisans bedeli hesaplanırken sadece davacının ihlalin yapıldığı yıldaki cirosu göz önüne alınmış, buna göre davalının ödemesi gereken lisans bedeli belirlenmiştir. Davacının cirosu esas alınarak belirlenen lisans bedelinin 39.948,89 TL olmasına karşın, davalının ihlale konu yılda ihlal ettiği ürüne yönelik cirosu 1.081,69 TL'dir. Bu durumda lisans bedeli hesaplanırken sadece marka hakkı sahibinin cirosu, elde ettiği kazancın değil, davalının cirosu, üretim ve satış kapasitesi, satabileceği ürün miktarı da nazara alınarak davalının ticari iş ve işlem hacmine uygun bir bedelin belirlenmesi gerekmektedir*."

Aynı şekilde lisans bedelinin davacının yıllık brüt satış tutarlarının toplamı üzerinden belirlenmesi de hakkaniyete aykırı olacaktır. Nitekim öncelikle davacıların yıllık brüt satış tutarlarının ne kadarlık kısmının davalının tecavüzüne konu ürünlerine dair olduğunun açıklığa kavuşturulması, bu husus açıklığa kavuşturulduktan sonra lisans bedeli hesaplamasının yapılması gerekir.[103] Diğer bir deyişle ilk olarak davacının satışını gerçekleştirdiği tüm ürünlerdeki ciro değil, tecavüze konu ürünlerin cirosu hesap edilmelidir. Daha sonra ise davalının üretim hacmi gibi diğer kriterlere geçilerek menfaatler dengesine uygun bir sonuca varılmalıdır.

Uygulamada ciroya belirli oranların uygulanması suretiyle lisans bedelinin hesap edildiği kararlara da rastlanmaktadır. Bu yöntem iki şekilde uygulanmaktadır. Lisans bedeli, ilk olarak marka hakkı ihlal edilenin cirosuna belirli oranların uygulanması yoluyla hesaplanabilir. İkinci olarak, tecavüz edenin satışlarını gösteren defter ve belgelere

[102] Y. 11. HD, E. 2011/8982, K. 2013/12375, T. 13.6.2013. ; Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. E. 2013/6117, K.2013/21847, T. 2.12.2013. Kazancı İçtihat Bankası.
[103] Y. 11. HD, E. 2011/14066, K. 2013/16864, T. 26.9.2013. Kazancı İçtihat Bankası

ulaşım imkânı varsa bu belgelerden ulaşılan ciroya uygulanacak bir oran üzerinden de lisans bedeli hesaplanabilir.

Yargıtay kararlarında lisans bedeli belirlenirken markasına tecavüz edilen davacının kazancı üzerinden hesap yapıldığında genellikle cironun %1'i ile % 4'ü arasında bir oran uygulanmaktadır.[104] Mütecavizin gelirine göre hesaplama yapıldığında ise bu gelire uygulanan oranın alt sınırı çoğu zaman %5'in altına düşmemekte[105] somut olaya, tecavüze konu olan ürünün çeşidi ve fiyatı ile markanın tanınmışlığına göre ciroya uygulanan oran %25'lere kadar çıkabilmektedir.[106]

III. MANEVİ TAZMİNAT

SMK m. 149/1-ç'ye göre marka hakkı ihlal edilen hak sahibi, manevi zararının tazminini de talep edebilir. Manevi tazminat esas itibariyle özel hukuka ilişkin bir konu olup, amacı fiziki veya ruhsal acıların, üzüntülerin, ihlal sonucu oluşan yaşama sevincindeki azalmanın bir miktar para veya başka yolla giderilmesidir.[107]

Markaya tecavüz sayılan fiiller aynı zamanda birer haksız fiil niteliğinde olduğu için TBK m. 58'de geçen, haksız fiilin kişilik hakkını zedelemesi halinde manevi tazminata hükmedileceği hükmü, SMK bakımından da kabul edilmiştir. TBK m. 58 duygusal ve sosyal kişilik değerlerini ve özellikle şeref, haysiyet, özel hayat, ticari itibar gibi değerlerin ihlalinden doğan zararlar bakımından söz konusudur.[108] Marka hukukunda manevi tazminatın amacı markanın haksız kullanımı veya itibarının zedelenmesi sonucu, marka hakkı sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasıdır.[109] Nitekim hakka tecavüzün güveni sarstığı bazı durumlarda

---

104 Y. 11.HD, E. 2011/15649, K. 2013/82, T. 7.1.2013; Y. 11. HD, E. 2011/8982, K. 2013/12375, T. 13.6.2013. Kazancı İçtihat Bankası

105 Y. 11.HD, E. 2002/102, K. 2002/3006,T. 2.4.2002; Y.11. HD, E. 2014/9602, K. 2014/19971, T. 17.12.2014. Kazancı İçtihat Bankası. (Yargıtay her ne kadar ciroya %5'lik oranın uygulandığı bu kararı bozsa da, bozma gerekçesi ciroya uygulanan oran değil, cironun toplam değerinin belirlenmesinde eklenmemesi gereken kalemlerin ciroya dâhil edilmesidir.)

106 Y.11. HD, E. 2006/14108, 2008/964, 4.2.2008. Kazancı İçtihat Bankası; Uzunallı, s.423-424.

107 Noyan, s.399; Reisoğlu, s.228; Eren, s.780.

108 Eren, s.781.

109 Yasaman/Yüksel, s.1133; Suluk, s.377; Tekinalp, s.504.

manevi-ticari varlığın yitirilmesi, tazmini gereken bir kayıptır.[110] Marka sahibinin uzun süre boyunca emek harcayarak bir anlam kattığı markaya müşteri nezdinde duyulan güvenin, tecavüz fiili sebebiyle zihinlerde tereddüte yol açması, marka sahibi açısından manevi acıya sebep olduğunda manevi tazminat yükümlülüğü doğar.

Yargıtay kararlarında, markaya tecavüz fiilinin varlığında mutlaka uygun bir manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Nitekim bir Yargıtay kararına göre:[111]

"*Davalının `ROYALTENTE` ibaresini marka gibi kullandığı, bu durumun davacının tescili markasına tecavüz teşkil ettiği dosya kapsamıyla sabittir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 62 nci maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sabinin diğer istemlerinin yanı sıra manevi tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak, anılan Kanun Hükmünde Kararname'de manevi tazminata hangi koşullarda hükmedileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu istemin, genel hükümler arasında yer alan BK'nın 49 ve TTK'nın 58/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Davalının eylemleriyle davacı markasına tecavüz ettiği sabit olduğuna göre, uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.*"

Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatların gerekçesi bilinmemekle birlikte bazı kararlarda manevi tazminata hükmedilmesi için kusurlu olmanın yettiği, markaya tecavüz fiilinin özünde de kusur bulunduğu için her markaya tecavüz fiilinin neticesinde manevi tazminata da hükmedileceği belirtilmektedir.

Manevi zararı açıklayan iki teori bulunmaktadır; Objektif ve Sübjektif teori. Objektif teoriye göre manevi zarar, hukuka aykırı bir fiil neticesinde kişi varlığında objektif olarak meydana gelen eksilmedir.[112] Kişi varlığından kastedilen, kişiyi oluşturan yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, şeref, ticari itibar, özel hayat ve aile hayatı gibi bir değerin

---

110 Tekinalp, s.504.

111 Y. 11. HD, E. 2005/13781, K. 2007/565, T. 22.1.2007; Aynı yönde başka bir karar için bkz.Y.11. HD, E.2006/9700, K. 2007/12510, T. 8.10.2007.

112 Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 145.

objektif olarak saldırıya uğramasıdır. Bu teoriye göre zararın muhatabı olan kişinin duyması muhtemel acı ve ızdıraplar manevi zararın varlık şartı olmadığından bu duygular hissedilmese bile manevi zarar tazmin edilmelidir. Ancak doktrindeki hâkim görüş, manevi zararın tazmini için sadece kişilik haklarına haksız bir saldırıda bulunulmasını ve bu ihlali yeterli bulmayarak, bunun yanında sübjektif bir unsur daha aramaktadır.[113] Sübjektif unsur ise, kişinin objektif olarak uğradığı saldırı neticesinde acı ve ızdırap duyması, yaşama sevincinin eksilmesi ve huzurunun kaçması gibi ihlalin sonucuna bağlı olarak bilinçli bir şekilde bu duyguları hissetmesidir.[114] Yargıtay'ın her ne kadar her haksız fiilde BK m.58 anlamında manevi tazminata hükmedilmesinin doğru olmadığı yönündeki içtihadı sabit olsa da,[115] marka hukukunda bu yorumdan sapıldığı görülmektedir. Burada manevi tazminata hükmedilmesi için markaya tecavüzü yeterli bulan içtihatlar, Yargıtay'ın marka hukukunda manevi tazminat bakımından objektif teoriyi benimsediğini göstermektedir.

Kanaatimizce marka hukukunda her tecavüz fiilinin manevi tazminata yol açacağını öngören Yargıtay kararlarına tereddütle yaklaşılmalıdır. Her olay kendi içinde değerlendirilerek olayın manevi acı ve üzüntüye sebep olup olmadığına bakılmalıdır. Marka ve marka sahibi arasındaki bağlantı, diğer fikri mülkiyet haklarına göre daha zayıftır. Markanın, sahibinin adını içermesi veya tüzel kişinin ayırt edici ekini oluşturması durumunda bu bağ daha kuvvetlidir.[116] Özellikle tanınmış markalarda marka ve sahibi arasında bağlantı daha kolay kurulur. Bu tarz durumlarda markanın itibarının zedelenmesi ile marka sahibinin itibarının zedelenmesi bir arada bulunabilir. Dolayısıyla marka hukukunda özellikle isim markaları ve tanınmış markaların tecavüze uğraması halinde manevi tazminata hükmedilme olasılığı artacaktır.

Mahkemenin manevi tazminata hükmedebilmesi için, SMK'da başkaca hüküm bulunmadığından, TBK m.58'deki şartların varlığı

---

113 İki teorinin karşılaştırması ve eleştirileri için bkz. Eren, s.532 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s.145 vd.

114 Eren, s.532.

115 Y.3. HD. E. 2015/12763, K. 2016/6630, T. 27.4.2016; Y13. HD, E. 2014/4307, K. 2014/18635, T. 11.6.2014.

116 Uzunallı, s.440.

aranacaktır. Öte yandan manevi tazminat TBK'nın haksız fiillerle ilgili kısmında düzenlendiği için, tazminatın talep edilebilmesi için mütecavizin kusurlu olması gerekir.[117]

Manevi tazminat miktarının tayininde, bu tazminatın bir zenginleşme aracı olması ve hukuka aykırı eylemin yapılmasını istenir hale getirecek aşırı miktarlarda olması kabul edilmemekte ise de, zarara uğrayanda manevi huzuru sağlayacak oranda, tecavüzü yapanda da caydırıcı bir etki bırakacak miktarlarda olmasına özen gösterilmelidir.[118]

Marka sahibinin tüzel kişi olması halinde de manevi tazminat istenmesine engel bir durum yoktur.[119] Nitekim Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere ilgili markaya ve tüzel kişiye karşı tüketici tarafından duyulan güvenin sarsılması, tüzel kişi lehine de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini göstermektedir.[120] Kaldı ki manevi tazminatla ilgili TBK m. 58'de genel olarak "kişi" kavramı geçtiğinden bu ifadeden hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin kastedildiği anlaşılmaktadır.

---

117 Yasaman/Yüksel, s. 1133; Tekinalp, s. 468; Karan/Kılıç, s. 495; Kaya, 297; Meran, 248.

118 Y. 11 HD, 13.10.2005, E.2005 / 12156, K.2005/9680. (Karar için bkz. Eriş, s.1403)

119 Arkan, s.249; Eren, s.752.

120 "Taraflar arasındaki diğer uyuşmazlık, davacının ticari itibarının sarsılması sebebi ile manevi tazminata hak kazanıp kazanmadığı konusundadır. Medeni Kanun'un 24. maddesi "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karsı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır" şeklinde bir düzenlemeye yer vererek gerçek kişi veya tüzel kişi ayrımı yapmaksızın kişilerin kişilik haklarını hukuken koruma altına almıştır. Bir tüzel kişi ya da bir kuruluşun sosyal değeri doğrudan ekonomik şöhreti ile de ilgilidir. Hukuken korunan kişinin kişisel yargısı değil; toplumun kişi hakkındaki objektif değer yargısıdır. Hukuki korumanın asıl amacı budur. Kuruluşun ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık onun kişisel değerleri içerisinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Tüzel kişilerin ya da bir kuruluşun kişilik haklarının zarar görmesi halinde, kişilik haklarına saldırıda bulunan kişi veya kişilere karşı yetkili organları aracılığıyla, kişilik haklarında ortaya çıkan azalmanın giderilmesi için dava açabilmesi uygulama ve Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiştir. Manevi tazminatın zenginleşme aracı olmadığı da gözetilerek uygun oranda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Ör: Y. 22. HD, E. 2016/31994, K. 2016/26706, T. 12.12.2016; Aynı yönde bkz. Y.11. HD, E.2006/4452, K.2007/7710. T. 21.5.2007. Kazancı İçtihat Bankası.

IV. İTİBAR TAZMİNATI

SMK m. 150/2 uyarınca marka hakkına tecavüz durumunda, hakka konu ürün ve hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda markanın itibarı zarara uğrarsa bu nedenle ayrıca tazminat talep edilebilir. Bu özel tazminat türü, MarKHK m. 68'de yer almaktaydı. İlgili maddede marka hakkına tecavüz edenin markayı uygun olmayan bir şekilde kullanması sonucunda markanın itibarı zarara uğradığında bunun ayrıca tazminata konu olacağı belirtilmekteydi. Burada markanın itibarının gördüğü zarar tazmin edileceği için doktrinde bu hüküm itibar tazminatı olarak anılmıştır.[121]

SMK m. 150/2'de itibar tazminatı bakımından önceki düzenlemede yer alan sorumluların genişletildiği göze çarpmaktadır. Nitekim MarKHK'da itibar tazminatının sadece markaya tecavüz eden kişiden, kötü üretim veya malın uygun olmayan tarzda piyasaya sürülmesi halinde istenebileceği belirtilmişti. Markaya tecavüz fiillerinin işlenebilmesi için ortada tecavüze konu edilmiş ürünlerin varlığı -yani bu ürünlerin üretilmiş olması- şarttır. Dolayısıyla bu tazminatın üretim yapan mütecavizden istenmesi doğaldır. Bununla birlikte tecavüze konu ürünlerin üretim sonrası piyasaya sürülmesi ile tüketiciye ulaşması sürecinde, -ürünlerin tecavüze konu olduğunu bildikleri halde - birden çok kişi tarafından ve birden çok defa satım/dağıtım işlemine maruz kalma fiilleri gerçekleştiğinde bu kişilerden de itibar tazminatı istenip istenemeyeceği MarKHK döneminde tartışmalıydı.[122] Kanunun lafzından sanki sadece üretim faaliyeti ile ilk tecavüzü gerçekleştiren kişilerden itibar tazminatı istenebileceği anlaşılmaktaydı. Ancak SMK ile birlikte bu husus açıklığa kavuşturularak tecavüz konusu malın üretimi yanında bu şekilde üretilen malların temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi durumlarının da itibar tazminatına yol açacağı açıkça belirtilmiştir. İlgili maddedeki değişiklik bu yönü itibarıyla olumludur.

---

121 Ünal Tekinalp, "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan", İstanbul 1999, s.589.

122 Bkz. Tekinalp, s.509.

Kanaatimizce bu madde ile ilgili olarak asıl tartışılması gereken şey itibar tazminatına yol açan fiilleri işleyenlerin kimler olacağı değil, marka hukuku ile ilgili diğer tazminat istemlerinin yanında itibar tazminatının bizatihi kendisine ihtiyaç olup olmamasıdır. Bu sorunun cevabını bulmak için itibar tazminatın düzenleniş şekli ve diğer tazminat türleri ile bağlantısına bakılmalıdır. Gerek 556 sayılı MarKHK, gerek SMK'da itibar tazminatının düzenlendiği madde metninde geçen "ayrıca" kelimesi bu tazminat türünün maddi veya manevi tazminat taleplerinden ayrı, onlara ek olarak üçüncü bir tazminat türü olduğunu göstermektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere maddi tazminat, marka hakkı sahibinin tecavüz fiili dolayısıyla uğradığı maddi zararı ve yoksun kalınan kârı tazmin amacıyla düzenlendiğinden amacı, malvarlıksal zararı karşılamaktır. Haksız fiil sonucu oluşan fiziki veya ruhsal acıların ve zararların bir miktar para veya başka yolla giderilmesi olan manevi tazminat kavramı ise esas olarak kişilik haklarının ihlalinde gündeme gelir. Dolayısıyla manevi tazminatta maddi maldaki objektif eksikliğin değil, kişinin varlığındaki objektif eksikliğin parasal olarak ifade edilerek giderilmesi esastır.

Doktrinde bir görüş markanın itibarı ile ticari işletmenin itibarı ayrımından hareket ederek tecavüz fiilinin ayrıca teşebbüsün ticari itibarına zarar verebileceğini ancak SMK m. 150/2 uyarınca itibar tazminatı talep edebilmek için teşebbüsün itibarının değil markanın itibarının zedelenmesinin esas olduğunu belirterek itibar tazminatı düzenlemesine olumlu yaklaşmıştır.[123] Bu görüşe göre itibar tazminatı ne fiili zararın ya da yoksun kalınan karın tazmini, ne de marka sahibinin imaj ve itibar kaybının karşılığı değil bizzat markanın kendisinin itibar ve güven kaybının karşılığıdır.[124]

Yargıtay'a göre de itibar tazminatı maddi ve manevi zararın dışında ancak her iki tazminatın özelliklerini içinde barındıran kendine özgü bir tazminat türüdür. Nitekim 5.5.2016 tarihli bir Yargıtay kararına göre:[125]

---

123 Karan/Kılıç, s.533.
124 Kaya, s. 299; Karan/Kılıç, s. 533; Meran, s. 248
125 Y. 11. HD, E. 2015/8175, K. 2016/5114, T. 5.5.2016. Kazancı İçtihat Bankası

"Maddi ve manevi tazminattan farklı olarak düzenlenen bu tür zarar istemine, 556 Sayılı KHK'nın 68., 551 sayılı KHK'nın 142. ve 554 Sayılı KHK'nın 54. maddelerinde de yer verilmiştir.

Markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. Zira imaj ve güven oluşturmanın bir maliyeti vardır. İtibar zararı ise inşa edilen veya edilmekte olan imajın zedelenmesi sebebiyle doğan zarardır. İtibar tazminatı belirlenirken, bir taraftan imaj inşası için gerçekleştirilen giderlerden hareket ederek zararın giderilmesi için yapılması gereken (reklam kampanyası gibi) giderleri dikkate almalı, diğer taraftan da itibar kaybının manevi yönünü göz önünde tutulmalıdır."

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise itibar tazminatı ile ilgili hüküm gereksiz olmakla birlikte, itibarın uğradığı zarar maddi tazminatın içerisinde dikkate alınmalıdır.[126] Bu görüşe göre markanın kötü veya uygun olmayan tarzda kullanımı, markanın itibarında yani imajında bir eksiklik meydana getirecekse bu yine maddi zarar olarak tezahür edecektir.

Zarar büyük çapta malvarlığında kendini gösterir ancak işletmedeki rahatsızlık da bir tarafa bırakılamayacağından itibar tazminatının hem maddi hem manevi yönü bulunmaktadır.[127] Kanaatimizce markanın itibarının zedelenmesi halinde bu durum hem maddi ve hem de manevi zarar içerisinde zaten değerlendirilmektedir. Nitekim yukarıda fiili zarar kavramını anlatırken, mal veya hizmet pazarında pazar ve imaj kaybı ile bunun telafisi için imaj yenileme, karışıklığı kaldırma masrafları gibi kalemlerin fiili zarar kapsamında olduğunu belirtmiştik. Diğer taraftan markaya ve işletmeye duyulan güvenin azalması da itibar tazminatının manevi yönü olarak göze çarpmaktadır. Hatta doktrinde itibar tazminatına sebep olarak gösterilen marka imajının zedelenmesi, yakın tarihli bazı Yargıtay kararlarında sadece manevi tazminat sebebi olarak değerlendirilmiştir.[128] Marka sahibinin itibarı ile

---

126 Hamdi Yasaman, "Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri" *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.1, s.64; Uzunallı, s.434.

127 Tekinalp, s.507.

128 "Davacı marka sahibinin piyasada edindiği imaj ve güvenden oluşan manevi ticari varlığında meydana gelen kayıp ve zararlar ile uzun süren çabalarla yaratılan marka imajının zedelenmesi sebebiyle manevi tazminat isteminin yerinde olduğu…" Y. 11. HD, E. 2015/7122, K. 2016/1148, T. 8.2.2016. Aynı yönde bkz. Y 11. HD, E. 2010/14829, K. 2012/6085, T. 16.4.2012; Y11. HD, E. 2003/4454, K. 2003/11481, T.

işletmenin itibarı, markanın itibarı ile de yakından ilişkilidir. Nitekim kötü ve uygun olmayan üretim sonucu, markanın müşteri nazarında itibarının düşmesi, markayı emek harcayarak belli bir konuma getiren marka sahibinin ve işletmenin itibarına da zarar verecektir. Diğer taraftan olması gereken hukuk açısından fiili zarar ve yoksun kalınan kazancın tazmini yanında manevi tazminat davası açma imkânı varken, hatta bu tazminat miktarlarının belirlenmesinde markanın ekonomik önemi ve piyasadaki etkinliğinin nazara alınarak hakkaniyet ölçüsünde artırım yapma imkânı da bulunmaktayken markanın kötü kullanımı veya uygun olmayan şekilde piyasaya sürülmesinin ayrı bir tazminat sebebi olarak öngörülmesi eleştiriye açıktır.

Üzerinde durulması gerekilen diğer bir nokta da, işin doğası gereği markaya tecavüz fiillerinin büyük çoğunluğunda zaten markanın kötü kullanımı veya uygun olmayan şekilde piyasaya sürülmesi, daha ucuz ve kalitesiz malzemelerin kullanıldığı gerçeğidir. Diğer bir deyişle markaya tecavüzün, asıl markanın standardını değiştirmeden veya markaya değer katacak bir şekilde vuku bulması çok istisnai hallerde mümkün olur. Dolayısıyla mevcut düzenleme kapsamında hemen hemen bütün markaya tecavüz hallerinde itibar tazminatına hükmedilmesi gündeme gelecektir. Bu anlamda itibar tazminatının genelde tanınmış markalara tecavüz halinde oluşacağı görüşüne[129] katılmamaktayız. Kanaatimizce her markanın kendine göre bir itibarı olduğundan dolayı, kanundaki itibar tazminatının uygulanması açısından bir ayrım yapılmamalıdır. Ancak böyle bir ayrımın işlevi itibar tazminatının varlığı bakımından değil, miktarı bakımından bir anlam taşıyabilir. Diğer bir deyişle tanınmış markaların itibarının alelade markaların itibarından fazla olduğu ve kötü kullanım veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürülme durumlarında bu itibarın daha fazla zedeleneceği aşikâr olsa da bu durum yalnızca tazminat miktarı açısından bir anlam ifade eder.

İtibar tazminatı bakımından değinilmesi gereken diğer bir nokta ise kötü kullanım veya uygun olmayan şartlarda piyasaya sürme eyleminin her zaman üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmeyeceğidir. Marka sahibi ile arasında lisans anlaşması gibi hukuki ilişki içinde olan kişiler de markanın itibarına zarar verebilir. Nitekim lisans alan

8.12.2003. Kazancı İçtihat Bankası.

[129] Dirikkan, s. 309; Kaya, s. 300;Çolak, s.648.

markayı lisans sözleşmesine uygun olarak kullanmak zorunda olduğu gibi, bu yükümlülüğünü yerine getirmezse marka sahibinin tecavüz dolayısıyla açacağı davalara ve dolayısıyla itibar tazminatına maruz kalabilecektir. Hatta uygulamada lisans sözleşmelerinin sona erme halleri içinde, lisans alanın sözleşme devam ederken markayı sözleşmeye uygun kullanmaması, kaliteyi düşürmesi veya bunun sonucunda sözleşmenin lisans alan tarafından haklı olarak feshedildiği haller hatırı sayılır bir orana sahiptir.

Marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için ekonomik kullanım esas alındığı için, kişisel kullanım esnasındaki kötü veya uygun olmayan kullanımlar, itibar tazminatına neden olmayacaktır.[130] İtibar tazminatının tam olarak hesaplanması ve ispatı mümkün değildir. Hâkim takdir yetkisiyle zararın gerçekleştiğini muhtemel kılan somut olguları değerlendirmelidir. İtibar tazminatının istenebilmesi için hukuka aykırı fiil yani marka hakkına tecavüz mevcut olmalıdır. Orijinal markayı taşıyan malların kötü kullanımı veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürülmeleri durumunda itibar tazminatına hükmedilmeyecektir.[131]

SMK'da düzenlenmiş bulunan maddi, manevi ve itibar tazminatlarının birlikte talep edilmesi mümkündür.[132] Ancak tazmini amaçlanan zararların maddi veya manevi zarar içinde hesap edilmiş olması durumunda ayrıca itibar tazminatına hükmedilemeyecektir. Diğer bir deyişle, fiili zarar, yoksun kalınan kazanç ve manevi zarar belirlenirken, markanın kötü ve uygun olmayan kullanımı nedeniyle uğranılan zararın dikkate alınmamış olması halinde ayrıca itibar tazminatına hükmedilebilecektir.

V. MARKA HAKKI VE DİĞER FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININA TECAVÜZ HALİNDE TAZMİNAT TALEBİ

Tek bir eylemle birden fazla fikri mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda her bir hakka tecavüz nedeniyle ayrı ayrı tazminat talep edilebilmesi, yani hakların yığılması durumu söz konusu olacaktır.[133] Hak sahiplerinin farklı kişiler olmasının bir önemi yoktur.

130 Çolak, s.802.
131 Tekinalp, İtibar Tazminatı, s.595.
132 Saraç, s.302.
133 Uzunallı, s.454.

Uygulamada bu durumun en sık rastlanılan şekli markanın taklit edildiği durumlarda fiilin sadece marka hakkına tecavüz ile kalmayıp aynı zamanda ürünün biçimi ve ambalajının da taklit edildiği hallerdir. Böyle durumlarda Yargıtay'ın bazı kararlarında, hâkimin takdiri çerçevesinde iki talebe ilişkin tek bir tazminat miktarı belirlenmektedir. Örneğin 19.6.2015 tarihli bir Yargıtay kararına göre;[134]

"*Davalıların müvekkili kurumun tasarım ve marka tescil belgeli "Ç. F. Ç." paketlerini, renk, dizayn, ambalaj ve isim ile aynen taklit ederek "M. Ç. F." markası adı altında piyasaya sürdüklerini, davalıların gerek marka haklarına gerekse endüstriyel tasarım haklarına tecavüzde bulunduklarını, 554 sayılı KHK'nın 52/2-b ve 556 sayılı KHK'nın 66/2-b maddesine göre 10.000,00 TL maddi, 5.000,00 TL manevi tazminatı talep ve dava etmiştir.*

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacı adına tescilli 151576 sayılı markalar ile davalı İ. D. (Ç.-P.) tarafından kullanılan çay ambalajı arasında, ambalajın kullanım biçimine göre tüketiciler üzerinde karıştırılma ihtimalinin doğduğu, davalının tasarımındaki farklılıkların yeterince ayırt edici özellikte olmadığı, bu açıdan markanın kullanım biçiminin ve tasarımının davacının marka ve tasarım hakkına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalı İ. D.'in davacıya yönelik marka hakkına ve endüstriyel tasarım hakkına tecavüzün giderilmesine, 1.700,86 TL maddi, 1.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, "M. Ç. F." markası adı altında üretilen çay poşet ve paketlere el konulması ve imhasına, sair talepler ile diğer davalı hakkındaki davanın ispatlanamadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir"

Bazı Yargıtay kararlarında ise, mahkemece hem marka hem de tasarım hakkının ihlaline ilişkin tespit sonucunda tek bir tazminata hükmedilmesi doğru bulunmayarak her iki hak bakımından ayrı ayrı tazminatın belirlenmesi gerektiği belirlenmiştir. Örneğin 9.11.2013 tarihli bir Yargıtay kararına göre:[135]

"*Mahkemece, davacıya ait markanın tescilli olduğu çay ürünü üzerinde kullanmasının davacının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği, ayrıca davalı-*

134 Y. 11. HD, E. 2015/2397, K. 2015/8545, T. 19.6.2015.

135 Y. 11. HD, E. 2011/15505, K. 2013/239, T. 9.1.2013. Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde bkz. Y.11 HD, E. 2009/4769, K. 2010/11782, T. 22.11.2010, Uzunallı, s.456-457.

nın ürününü piyasaya sunduğu ambalajın da davacıya ait tasarımın bire bir aynısı olduğu, bu haliyle tasarım hakkına da tecavüzün gerçekleştiği, bu eylemlerin aynı zamanda haksız rekabette oluşturduğu, davacının, 2.232,88 TL maddi, 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Tasarım ve marka hakkına tecavüz sebebiyle birbirinden bağımsız birden fazla asli talebin aynı dava içinde ileri sürülerek tazminat talebinde bulunulmuş olmasına göre, söz konusu eylemlerin hangisine dayalı olarak ne miktarda maddi ve manevi tazminat istenildiği davacıya açıklattırılmaksızın tazminata hükmedilmesi doğru olmadığı gibi, hüküm bu sebeple taraflar yararına bozulmuştur. Bu gibi durumlarda marka hakkına tecavüz edilen şahıs aynı zamanda başka bir fikri mülkiyet hakkına da tecavüz edildiğini iddia ve ispat ettiği takdirde, Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz kararında olduğu gibi her iki hak için ayrı ayrı tazminata hükmedilmelidir. "

Bu gibi durumlarda marka hakkına tecavüz edilen şahıs aynı zamanda başka bir fikri mülkiyet hakkına da tecavüz edildiğini iddia ve ispat ettiği takdirde, Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz kararında olduğu gibi her iki hak için ayrı ayrı tazminata hükmedilmelidir.

SMK m .4'de açıkça yer almasa da üç boyutlu şekillerin de marka olarak tescil edilebileceği doktrin ve uygulamada kabul edilen bir durumdur. Üç boyutlu bir şeklin hem marka hem tasarım olarak korunduğu hallerde ise marka ve tasarıma tecavüz gerçekleştiğinde iki durum için ayrı ayrı tazminata hükmedilemez.[136] Örneğin üç boyutlu şekil markalarının klasik örneği olan Coca-Cola şişesi ayna zamanda tasarım olarak korunduğunda, bu şişenin aynısının veya taklidinin izinsiz olarak ticari amaçlarla kullanılması ile hem marka hakkına hem de tasarım hakkına tecavüz oluşacaktır. Ancak böyle bir durumda TBK m.60 uyarınca hâkim zarar gören açısından en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir.[137]

SONUÇ

Marka hukukunda tazminat ile ilgili doktrinde birçok tartışma olmakla birlikte, yargıya intikal eden tazminat davalarında da tam bir

[136] Cahit Suluk, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması" *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* (*FMR)*, S. 2001/3 s.43 vd.

[137] Uzunallı, s.454.

istikrardan bahsedilemez. Gerçekten fikri mülkiyet haklarının soyut haklar olmaları hasebiyle marka değerini belirlemek, marka sahibinin ve markanın uğradığı zararı somutlaştırmak kolay değildir. Bunun yanı sıra kanunda yer alan fiili zarar, yoksun kalınan kazanç, manevi tazminat, itibar tazminatı gibi iç içe geçmiş tazminat türlerini ayrıştırmak işin doğası gereği bazen çok zordur. Yargıtay kararlarında yeknesaklığın sağlanamaması ve hükmedilen tazminat türlerinin yeterince gerekçelendirilmeden genel ifadelerle geçiştirilmesinde bu sayılan sebepler etkili olmuştur. Ancak marka hukukunda en sık karşılaşılan markaya tecavüz sonucu tazminat isteminin önemi de göz önüne alındığında, her kararın hukuki alt yapısının net olarak ortaya konulması gerekir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte marka hukukunda tazminat ile ilgili bazı değişikler yaşanmıştır. Örneğin 556 sayılı KHK'nın kaleme alınış tarzından doğan, maddi tazminatın kusursuz sorumluluk olup olmadığı tartışması SMK ile sona erdirilmiştir. Marka hakkının ihlalinde tazminat sorumluluğunun klasik kusur sorumluluğu olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. İtibar tazminatı bakımından sorumluluk şartları genişletilerek daha net ifadelerle belirlenmiştir. Yoksun kalınan kazancın hesaplanması usullerinde "markanın kullanılması" ibaresi kaldırılarak tazminat hesabının kolaylaşması amaçlanmıştır. Bu sayede artık hammadde ve satış maliyetleri gibi işin doğası gereği oluşan giderler tecavüz yoluyla elde edilen gelirden mahsup edilmeye devam edilecekken, muhasebe ve personel giderleri gibi genel ve işletmesel masraflar ile reklam masrafları kazançtan düşürülmeyecektir. Böylece daha yüksek tazminat miktarlarına hükmetme imkânı doğmuştur. Tüm bu değişiklikler olumlu olarak görülebilir.

Kanunda marka hukukunda manevi tazminatın şartları ve kriterleri hakkında herhangi bir düzenleme yapılmaması eleştiriye açıktır. Böyle olunca Yargıtay kararlarında her tecavüz fiili sonrası manevi tazminata mutlaka hükmedildiği, kimi zaman da itibar tazminatı yerine manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Ayrıca marka hukukunda manevi tazminatın miktarını ölçme noktasında genel hükümlerin yetersiz kaldığını da belirtmek gerekir. Diğer taraftan markanın itibarının zedelenmesini tazminat sebebi olarak gören itibar tazminatı düzenlemesi de eleştiriye açıktır. Zira markanın itibarının zedelenmesi diğer tazminat kalemleri içinde zaten değerlendirilmektedir.

Netice itibariyle SMK'nın marka hukukunda tazminat hakkında olumlu değişiklikler içerdiği ancak hala eleştiri konusu hususların olduğu ortadadır. Diğer taraftan mahkeme kararlarında, tazminat türleri, şartları ve bunları gerekçelendirme noktasında salt hâkimin takdir yetkisiyle yetinilmemesi gerektiği de vurgulanmalıdır. Hükmedilen kararın kanuni dayanakları yeterince açıklanmalı, hukuki temellendirme yapılırken doktrindeki tartışmalar da göz önüne alınmalıdır. Böylece uygulamada birlik sağlanarak verilen kararların hukuki altyapısı sağlamlaştırılmış olacaktır.

Kaynakça

Arkan Sabih, Marka Hukuku C.2, Ankara1998.

Baykal Yücel, Türk Ticaret Hukukunda Markanın Haksız Rekabete Karşı Korunması, İzmir 2001.

Çağlar Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esasları, Ankara 2013.

Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012.

Dirikkan Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.

Eren Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

Gönen Coşku, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul 2001.

Güneş İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 2009.

Karan Hakan/Kılıç Mehmet, 556 sayılı KHK Şerhi, Ankara 2004.

Kaya Arslan Marka Hukuku, İstanbul 2006.

Kayar İsmail, Ticaret Hukuku, Ankara 2015.

Meran Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2008.

Nomer Haluk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996 .

Oğuzman Kemal/Öz M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2009.

Özdemir Saibe Oktay, Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Haksız Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmesine Uygulanması, İstanbul 2002.

Özel Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2015.

Özsunay Ergün, "551 sayılı Markalar Kanunu Döneminde Bazı Önemli Sorunlar ve 556 sayılı KHK ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler" İstanbul Ticaret Odası Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları-3, İstanbul 1995.

Pekcanıtez Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011.

Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

Saraç Tahir, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.

Suluk Cahit, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması" *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* (*FMR)*, S:2001/3.

Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.

Tekinalp Ünal, "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999. (İtibar Tazminatı)

Uzunallı Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi Ankara 2012.

Yasaman Hamdi, 556 sayılı KHK şerhi, İstanbul 2004.

Yasaman Hamdi, "Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan C1, İstanbul 2004.

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI UYARINCA SİGORTACININ SİGORTA ETTİRENE RÜCU DAVASI

THE INSURER'S RIGHT TO RECOURSE AGAINST THE INSURED ACCORDING TO THE HIGHWAYS MOTOR VEHICLES MANDATORY LIABILITY INSURANCE GENERAL CONDITIONS

Sinan MİSİLİ*

Özet: Karayolları Trafik Kanunu (KTK) md. 95/1 ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (KMAZMSS) B.4.1 maddesi gereğince sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Oysa KTK md. 95/2 ve KMAZMSS Genel Şartları B.4.2 maddesi gereğince zarar görene ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilmekte ve rücu davası açabilmektedir. Bu rücu davasının, hukuki sebepleri KMAZMSS Genel Şartlar B.4 maddesinde 7 bent halinde sayılmıştır. Eğer rücu sebepleri gerçekleşirse, sigortacı zarar görene ödediği sigorta tazminatını rücu davası sayesinde sigorta ettirenden alabilmektedir. Bu rücu sebeplerinin varlığı belirli şartlara bağlanmıştır. Sigortacı genel olarak rücu sebeplerini ispat yükü altındadır.

Anahtar Kelimeler: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolları Trafik Kanunu, Rücu Davası, Sigortacı, Sigorta Ettiren

Abstract: According to the Highways Traffic Act article 95/1 and Highways Motor Vehicles Mandatory Liability Insurance General Conditions article B.4.1, the circumstances, arising from the insurance contract or the provisions of law in respect of the insurance contract that caused the removal or reduction of compensation, shall not be asserted against the aggrieved. However, according to the Highways Traffic Act article 95/2 and Highways Motor Vehicles Mandatory Liability Insurance General Conditions article B.4.2 the insurer who paid the damage to the aggrieved, at a rate that can lead to removal or reduction of compensation according to the insu-

* Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD., Araştırma Görevlisi (LL.M.)

rance contract and the provisions of law in respect of the insurance contract, shall recourse to and sue the insured. Highways Mandatory Liability Insurance General Conditions article B.4 stated the legal reasons of this action in 7 paragraphs.

Keywords: Highways Motor Vehicles Mandatory Liability Insurance, Highways Traffic Act, the Recourse Case, the Insurer, the Insured

GİRİŞ

Motorlu taşıt aracının trafiğe çıkması, başlı başına hem aracı trafiğe çıkaranı ve hem de başkalarını tehlikeye sokmaktadır. Taşıt aracının trafikte iken kaza yapması ve tehlikenin gerçekleşmesi ile sadece araç ve aracı işleten değil, aynı zamanda üçüncü kişiler de zarar görebilmektedir. Zarar gören üçüncü kişileri korumak ve araç işletenin hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere 'trafik sigortası' adı altında bir sorumluluk sigortası ortaya çıkmıştır. Zarar gören üçüncü kişiler bu sigorta sayesinde doğrudan sigortacıya başvurabilmektedir. Trafik sigortasında sigortacı ile sigorta ettiren işleten arasındaki iç ilişkilerden zarar görenlerin haberdar olması mümkün olmadığı gibi, bu iç ilişkilerin onlara karşı ileri sürülmesi de yerinde değildir. Öyle bazı durumlar olabilir ki, sigortacı aslında bunları defi olarak sigorta ettirene ileri sürebilmektedir. Ancak sigortacı, trafik sigortasının sosyal amacı olan zarar görenleri koruma ilkesi sebebiyle, bu defileri kanun gereğince zarar gören üçüncü kişilere ileri sürememektedir. Bununla birlikte sigortacı bu defilere dayanarak, zarar görene yönelik gerçekleştirdiği tazminat ödemesini kendi sigorta ettirenine rücu edebilmektedir. Biz çalışmamızda sigortacının kendi **âkidi** olan sigorta ettirene Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KMAZMSS) Genel Şartları B.4. maddesi fıkralarına dayanarak sahip olduğu rücu hakkını işleyeceğiz. Diğer bir anlatımla çalışma konumuz sigortacının sigorta ettirene KMAZMSS Genel Şartları gereği rücu davası olup, rücu sebepleri KMAZMSS Genel Şartları'nda sayılanlarla sınırlı olarak ve Yargıtay kararları ışığında işlenecektir.

I. DAVANIN YASAL DAYANAKLARI

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) md. 85/1 gereğince bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanma-

sına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Bu hüküm işleten için öngörülen bir tehlike sorumluluğudur.[1] KTK md. 91/1 uyarınca da işletenlerin, bu Kanunun 85' inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumlulukların karşılanmasını sağlamak üzere malî sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. KTK md. 95/1 ve KMAZMSS Genel Şartları B.4.1. maddesi gereğince sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez[2]. Oysa sigortacı aynı nedenleri sigorta ettirene karşı ileri sürebilmektedir.[3] Şöyle ki, KTK md. 95/2. ve KMAZMSS Genel Şartları B.4.2. maddesi gereğince zarar görene ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilmektedir.

KTK 95/2. maddesi ve KMAZMSS Genel Şartları B.4. maddesi gereğince, tazminat yükümlülüğünün azaltılması veya kaldırılmasına dair halleri üçüncü kişilere karşı ileri süremeyen sigortacı, zarar görene ödeme yaptıktan sonra sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye dair kanun hükümlerine göre kendi sigorta ettirenine rücu edebilmektedir.[4] KMAZMSS Genel Şartlar B.4. maddesi esasen KTK md. 95'in si-

---

1 Hamdi Yılmaz, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul 2014, s. 297.

2 Örneğin; KMAZMSS poliçesinin varlığı halinde KTK'nın 95/2. maddesi gereğince sigortacının tazminat yükümlülüğünün azaltılması ve kaldırılmasına ilişkin poliçenin iptal edildiği, geçersiz olduğu bu nedenle sorumluluğunun bulunmadığı gibi haller sigortacı tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden sigortacı zarar görene ödeme yaptıktan sonra sigorta sözleşmesinin sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını veya indirilmesini sağlayabileceği oranda kendi sigorta ettirenine rücu edebilecek, dolayısıyla KTK 95/2. maddesi gereğince feshe ilişkin bu savunmalar sigortacı ile sigortalı arasındaki iç ilişki olup zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Bkz. Y. 17. HD., 14.03.2013 T., E: 3227, K: 3492 (Kazancı İçtihat).

3 Hasan Tahsin Gökcan, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk Tazminat Sigorta ve Rücu Davaları, Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2014, s. 913.

4 Y. 17. HD., 26.05.2016 T., E: 2030, K: 6411 (Kazancı İçtihat).

gorta poliçesine aksettirilmiş bir hükmüdür.[5] KMAZMSS Genel Şartlar B.4. maddesinde sayılan hususlardan birinin gerçekleştiği bir olayda sigortacı üçüncü şahsın zararını ödeyecek, ödediği zarar miktarını teminen sigorta ettirene müracaat edebilecektir.[6] B.4. maddesinde sayılan sebepler sigortacının üçüncü kişiye karşı ileri süremediği, ancak sigorta ettirene ileri sürebildiği sebepler olup, sigortacı zarar görene ödeme yaptıktan sonra kendi sigorta ettirenine rücu edebilmektedir.[7]

II. DAVANIN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Zorunlu trafik sigortası ile güdülen amaç zarar gören üçüncü şahısları daha iyi korumaktır.[8] Zorunlu trafik sigortalarında zarar gören kişiler sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan defilere muhatap olmamaktadır.[9] Sigortacı yasadan veya sigorta sözleşmesinden (KMAZMSS Genel Şartlar B.4) kaynaklanan savunmaları zarar görene karşı ileri süremediğinden zarar gören böylece korunmuş olmaktadır.[10] Aksi durumda yani, sigortacının iç ilişkiden (poliçe) kaynaklanan defilere dayanarak zarar görenlere karşı sorumluluktan kurtulması, zorunlu trafik sigortasının sosyal amacı olan zarar görenleri

---

5 Y. 11. HD., 20.02.2006 T., E: 1722, K: 1657 (Gökcan, s. 936); Y. 11. HD., 12.02.2001 T., E: 2000/10216, K: 1131 (Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Genel Hükümler, Mal ve Sorumluluk Sigortaları), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Yeniden Derlenmiş ve Yazılmış 8. Bası, Ankara 2012, s. 856 ve 1011).

6 Ergun Orhunöz, Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk – Tazminat – Sigorta, Ankara 1998, s. 209.

7 Oysa KTK md. 86'da sayılan hallerde olduğu gibi zaten üçüncü kişiye de ileri sürülebilen sebepler somut olayda söz konusu ise, sigortacı zarar görene tazminat ödemiş olsa bile, kendi sigorta ettirenine rücu edebilmesi mümkün değildir. Bkz. Gökcan, s. 913 - 914.

8 Ali Bozer, Sigorta Hukuku Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2007, s.157; Zahit İmre, "Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı", Trafik Sigortası – V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası – Bildiriler Tartışmalar, 25 – 28 Nisan 1973, BATHAE, Ankara, s. 274; Yılmaz, s. 306; Hikmet Sami Türk, "Mecburi Mali Sorum Sigortası ve İzinsiz Kullanımlar", *BATIDER*, C. VI, S. 2, Aralık 1971, s. 347; Güven Vural, Trafik Sigortası Motorlu Taşıt Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası, Ankara 1981, s.74; Orhunöz, s. 209.

9 Rauf Karasu, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016, s. 114; Orhunöz, s. 209.

10 Yılmaz, s. 306.

koruyup kollama amacı ile çelişirdi.[11] Belirtmek gerekir ki, sigortacının sorumluluğu, sigorta ettiren işletenin sorumluluğuna bağlı olduğundan, işleteni sorumluluktan kurtaran mücbir sebep veya zarar görenin kastı gibi uygun illiyet bağını kesen defileri ise sigortacı zarar gören üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir.[12]

Sigortacı bu savunma - defileri zarar görene ileri süremese de, kanun (KTK md. 95/2) ve genel şartlar (KMAZMSS Genel Şartlar B.4) bunu sigortacıya kendi sigorta ettirenine rücu yoluyla ileri sürmesini mümkün kılmıştır.[13] Sigortacının zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri süremediği ancak, sigorta ettirene karşı ileri sürebildiği defiler sadece KMAZMSS Genel Şartlar B.4'de sayılan hususlar olmayıp, sigortacı ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi, primin ödenmemesi, hata, hile, ikrah, sözleşme yapma ehliyetine sahip bulunmama gibi aralarındaki iç ilişkiden kaynaklanan, diğer defileri de sigorta ettirene ileri sürebilmektedir.[14]

B. HALEFİYET HAKKI – RÜCU HAKKI?

Çalışma konumuz olan rücu davasının hukuki nitelendirmesini yaparken bu davanın halefiyet hakkına mı, yoksa sadece rücu hakkına mı dayandığını tespit etmek gerekir. Halefiyet ve rücu, hukuki mahiyetleri farklı[15] ama aynı hukuki sonuca yönelmiş iki kurumdur.[16] Halefiyet kısaca alacaklıya ifada bulunan bir kimsenin, onun bütün hak ve yetkilerine sahip olarak, sorumlu olan bir başka kimseye başvurmasıdır.[17] Halefiyet hakkı, kişinin başkasına ait bir borcu yerine getirerek alacaklıyı tatmin ettiği ve onun haklarını yasada belirtilen durumlarda, yerine getirdiği oran kadarını kendiliğinden elde etmesini sağlayan bir hak iken, rücu hakkı bir dönme hakkı olarak, başkasına ait borcu

11 Vural, s.74.
12 Vural, s.77.
13 İmre, s. 275; Mustafa Kılıçoğlu, Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Trafik Kazaları Tazminat – Sigorta – Rücu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2014, s. 606.
14 Bozer, s. 157; Orhunöz, s. 209; Vural, s. 75 - 77.
15 Ahmet Kılıçoğlu, "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", *AÜHFD,* S. 1-2, C. XXXI, 1974, s. 397.
16 Zekeriya Yılmaz, Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 1106.
17 Ahmet Kılıçoğlu, s. 397.

yerine getiren kişinin bu yerine getirme sebebi ile kendi malvarlığında meydana gelen kaybı kanunda belirtilen sebepler gerçekleşmiş ise, gidermeye yönelik tazminat niteliğine[18] sahip bir haktır.[19]

Halefiyet ile ifada bulunan şahıs alacaklının yerine geçmekte, borcun çeşidi ve mahiyetinde, borçlunun şahsında ve görevlerinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır.[20] Halefiyet hakkı alacaklı ile onu tatmin eden kişi arasında iken, rücu hakkı ise borçlu ile alacaklıyı tatmin eden kişi arasındaki bir ilişkidir.[21] Rücu hakkında rücu hakkı sahibinin şahsında yeni bir hak doğarkan, halefiyet durumunda alacaklıya ait olan bir (mevcut) hakkın intikali söz konusudur.[22] Zira rücu hakkı, ifa edilen alacaktan bağımsız bir hak iken, halefiyet ise, alacağın ifasına rağmen, alacağı sona erdirmeyip, onun ifa edene geçmesi sonucunu doğurmaktadır.[23] Halefiyet de kişi yeni bir hak elde etmemekte, alacaklıya ait olan hakkı kanundan dolayı aynen devralmaktadır.[24] Halefiyet rücu hakkından daha geniş olup, kişinin alacaklıya yaptığı ödemeyi ispat etmesi yeterli olup, rücu hakkında ise ayrıca kanunda yazılı rücu sebepleri de ispat edilmelidir.[25] Öğretide[26] çok doğru bir tespitle belirtildiği üzere halefiyetin varlığı için kanunda rücü hakkı olan kimsenin alacaklının haklarına halef olduğunun belirtilmesi gerekir ve böylece denilebilir ki her halef olan kimse rücu hakkına sahiptir, fakat her rücu hakkı olan kimse halefiyet hakkına sahip değildir.

Bu sebeplerle çalışma konumuz olan sigortacının kendi sigorta ettirenine açtığı bu rücu davası kaynağını halefiyet ilkesinden almamakta, bu dava ile sigortacının sözleşme ve kanun gereği sigorta sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan sigorta ettirene karşı defi hakkına dayanarak kendi **âkidi**ne dönmesi sağlanmaktadır.[27] Sigortacının rücu

---

18 Bkz. Y. HGK., 28.09.2012 T., E: 4-426, K: 639 (Zekeriya Yılmaz, s. 1108 – 1109).
19 Yılmaz, s. 1106.
20 Ahmet Kılıçoğlu, s. 397.
21 Zekeriya Yılmaz, s. 1107.
22 Y. HGK., 28.09.2012 T., E: 4-426, K: 639 (Zekeriya Yılmaz, s. 1108 – 1109).
23 Ahmet Kılıçoğlu, s. 398.
24 Y. HGK., 28.09.2012 T., E: 4-426, K: 639 (Zekeriya Yılmaz, s. 1108 – 1109).
25 Ahmet Kılıçoğlu, s. 397.
26 Ahmet Kılıçoğlu, s. 398.
27 Y. 11. HD., 09.05.2005 T., E: 8306, K: 4863 (Zekeriya Yılmaz, s. 1126, dpn. 125); Y. 11. HD, 29.03.2005 T., E: 2004/6413, K: 2942 (Ulaş, s. 1028 – 1029); Y. 11. HD., 28.12.2004 T., E: 3559, K: 12978 (Karasu, s. 190 ve Zekeriya Yılmaz, s. 1126, dpn. 124); Ulaş, s. 1010; Zekeriya Yılmaz, s. 1126.

hakkı kaynağını sigorta sözleşmesinden almaktadır.[28] Rücu hakkını doğuran rücu sebepleri de KMAZMSS Genel Şartları'nda[29] belirtilmiştir. Kanunda veya genel şartlarda sigortacının halefiyet hakkından söz edilmemiştir. Fikrimizce çalışma konumuz olan rücu davası halefiyete dayalı olmayıp, sadece rücu hakkına dayanmaktadır. Nitekim sorumluluk sigortalarında halefiyeti düzenleyen özel hüküm olan TTK md. 1481 uyarınca '*Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur*' şeklindedir. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere sigortacının halefiyet hakkı ancak sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı olması halinde, bu sorumlulara karşı sigortacıya ait olmaktadır. Çalışma konumuz olan rücu davasında böyle bir durum mevzubahis değildir. Kısaca çalışma konumuz olan KMAZMSS Genel Şartları B.4 rücu sebeplerine dayanan sigortacının kendi **âkidi**ne yönelik rücu davası TTK md. 1481 kapsamı dışında, sadece rücu hakkına ve sigorta sözleşmesine dayanan, şartları kanun, genel şartlar ve sözleşme ile belirlenen bir davadır.[30]

III. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) yürürlüğe girmesinden önce TTK uyarınca sigorta uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların, mutlak ticari davalardan olduğu[31] ve bir olayda, talebin trafik kazası nedeniyle zarar görenlere davacı trafik sigortacısı tarafından ödenen tazminatın rücuen tazmini istemine ilişkin ve davanın, zorunlu mali sorumluluk sigortasına dayalı ve Türk Ticaret Kanunun 1483 vd. maddelerinde sayılan hususlardan olduğunun anlaşılması halinde TTK md. 3, 4 ve 5 maddeleri uyarınca, uyuşmazlığın Asliye Ticaret Mahkemesi görevine girdiği kabul edilmekteydi.[32]

---

28 Y. 11. HD., 22.06.2000 T., E: 4923, K: 5853 (Ulaş, s. 1010 – 1011). Ayrıca bkz. Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K:743 (Zekeriya Yılmaz, s. 1131 – 1137). Aksini düşünen İmre'ye göre rücu hakkının kaynağı TTK md. 1472'de yer alan halefiyet hakkıdır. Bkz. İmre, s. 278.

29 Bundan sonra yeri geldiğince 'KMAZMSS Genel Şartları', yeri geldiğinde sadece 'Genel Şartlar' olarak ifade edilecektir.

30 Zekeriya Yılmaz, s. 1128.

31 Y. HGK., 15.04.1998 T., E: 11-258, K:273 (Kazancı İçtihat).

32 Y. 17. HD., 12.06.2014 T., E: 10503, K: 9574 (Legalbank).

Bununla birlikte durumun TKHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan ihtilaflar bakımından değiştiği görülmektedir.

TKHK 'Tanımlar' başlıklı 3. maddede 'k' fıkrasında tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu madde hükmünce tüzel kişi tacirlerin de ticari işletmeleri ile ilgili ticari faaliyet kapsamında olmayan işlemleri bakımından tüketici kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.[33] Bununla birlikte, gerçek kişiler bakımından istisnaları olabilirse de, bir kişinin ticari işletmesi ile ilgili olan her hukuki işlem ticari veya meslek amaçlıdır.[34] Bu sebeple tacir niteliğindeki tüzel kişilerin tüketici kabul edilmemeleri gerekir.[35] Böylece, tacir niteliğindeki tüzel kişilerin bütün işlerinin ticari sayılması dolayısı ile bu kimselerin ticari veya mesleği dışında amaçlarla hareket etmelerinden söz edilemez.[36] Gerçek kişilerin tüketici sayılması için önemli olan ise işlemi yaparken güttüğü amaç olup, mal veya hizmetin mesleki veya ticari amaçla edinilmesi halinde gerçek kişi, tacir olmasa bile tüketici sayılmamaktadır.[37]

TKHK 'Tanımlar' başlıklı 3. maddede 'l' fıkrasında tüketici işlemi; 'mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi' olarak tanımlanmıştır. TKHK md. 2'ye göre de, TKHK her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamına almaktadır. Tüketici işlemi kavramının 'tüketici sözleşmesi' olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.[38] TKHK md. 73/1'e göre tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir ve TKHK md. 73/1'e göre de taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile

33 Sezer Çabri, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s.59.
34 İ. Yılmaz Aslan, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2015, s. 4.
35 Aslan, s. 7.
36 Sabih Arkan, "Tüketici Kredileri", *BATIDER*, 1995, C. XVIII, S. 1 – 2, s. 36.
37 Çabri, s. 53.
38 Aydın Zevkliler/Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku (Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun), Ankara 2016, s. 78.

ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellememektedir. Bu hüküm dolayısıyla artık sigorta, taşıma, eser veya simsarlık sözleşmeleri gibi başka kanunlarda düzenlenen sözleşmelerden doğan davalar da tüketici mahkemesinin görevine girebilecektir.[39]

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesinde esas alınan ölçüt, sözleşmenin kimler arasında yapıldığıdır.[40] Böylece tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu işlemler tüketici hukukunun konusuna girmekte olup, TKHK md. 3'de belirtilen nitelikleri sağlayan yani 'tüketici' sayılan kişinin sözleşmenin tarafını oluşturması halinde işlem TKHK kapsamında sayılmaktadır.[41] Bu hükümler dikkate alındığında, sigortacının kendi **âkidi** olan tüketici niteliğindeki sigorta ettirene aralarındaki sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücu davasında görevli mahkemenin TKHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen olaylarda artık Tüketici Mahkemeleri olduğu anlaşılmaktadır.[42]

---

39 Zevkliler/Özel, s. 490. Ayrıca bkz. aynı yönde Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23. Bası, Ankara 2017, s. 114.

40 Çabri, s. 16.

41 Zevkliler/Özel, s. 79 ve 83.

42 'Somut olayda; davacı vekili, müvekkili sigorta şirketinin KTK'nın zorunlu sigortasına binaen 12.06.2011 tarihinde meydana gelen maddi hasarlı trafik kazasında ehliyetsiz sürücü idaresinde bulunan aracın diğer bir sürücü idaresinde bulunan araca çarpması sonucu zarar verdiğini, oluşan zararın müvekkili şirket tarafından karşılandığını, aracın ehliyetsiz sürücüye kullandırıldığı ve davalıların asli kusurlu olduğu iddiası ile rücuan tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalılarca itirazda bulunulduğunu ileri sürerek itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiş olup dava, 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 26.01.2015 tarihinde açılmıştır. Davacı ile davalı arasında sigorta sözleşmesi mevcuttur. Davalı 6502 sayılı Kanun'un 3/1-(k) maddesi uyarınca "tüketici" olup, sigorta sözleşmeleri aynı Kanun'un 3/1-(l) maddesi kapsamında "Tüketici işlemi"dir. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bu uyuşmazlık, 6502 Sayılı Kanun'un 73/1 ve 83/2. maddeleri uyarınca tüketici mahkemesi tarafından çözümlenmelidir. Y. 20. HD., 22.12.2016 T., E: 14023, K: 12515 (Kazancı İçtihat); 'Somut olayda, davacılar, murisi ile davalı arasında imzalanmış olan hayat sigortasından kaynaklanan alacağın tahsilini talep etmiş olup, dava tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3, 73/1 ve 83/2 maddeleri uyarınca sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu nazara alındığında uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir. Y. 20. HD., 03.12.2015 T., E: 14498, K: 12180 (Legalbank)'. Ayrıca sigorta sözleşmelerinin TKHK kapsamına girdiğine dair bkz. Zevkliler/Özel, s. 80 - 81; Çabri, s. 18 – 20. Tüketicilerle yapılan sigorta sözleşmesinden çıkan ihtilaflarda Tüketici Mahkemelerinin yetkili olduğuna dair bkz.

Bununla birlikte bir ayrım yapmak gerekmektedir. TKHK md. 3'de yer alan tüketici tanımına girmeyen bir kişi tüketici sayılamayacağından, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan da tacir ise, bu tür sözleşmeler TKHK kapsamı dışındadır. Böylece aşağıda belirttiğimiz üzere, trafik sigortası sözleşmesinin bir tarafını her zaman tacir olan sigortacı teşkil ettiğinden, karşı tarafını oluşturan kimse ticari işletmesine ait olan aracını sigorta ettirmiş ise sigorta ettiren ticari amaçla hareket etmiş olacağından bu kimse tüketici sayılamayabilecek ve bu tür sigorta sözleşmelerinden doğan rücu davaları ise ancak asliye ticaret mahkemelerinde görülebilecektir.

Ticari işletmenin sahibi veya çalışanı tarafından hem işyerinin ve hem de kendi ihtiyacı için karma amaçla araç satın alması halinde bu satış işlemi tüketici işlemi olarak sayılmamaktadır.[43] Bu sebeple ticari işletmenin sahibinin kızı için satın aldığı ancak hem kızı tarafından özel işlerinde ve hem de işletme için kullanılan bir otomobil için yaptırılan trafik sigortası sözleşmesi de tüketici sözleşmesi olarak sayılmamalıdır.

Aslan'ın[44] da ifade ettiği gibi, sigorta sözleşmeleri bakımından, özellikle de trafik ve kasko sigorta sözleşmelerinde esas alınması gereken ölçüt, sigortalanan aracın (otomobil, minibüs vs.) kişilerin ticari işletmesine kaydedilmiş olup olmadığıdır. Böylece trafik sigortası yapılan aracın maliki tüzel kişi olup da, bu otomobilin maliyeti o tüzel kişinin ticari işletme kaydına geçmiş olması, bu otomobil için trafik sigortası yaptıran tüzel kişinin tüketici niteliğini ortadan kaldıracaktır. Tüzel kişinin tacir olduğu hallerde, ruhsatta yer alan tacir tüzel kişi ile bu araç için sigortacı ile trafik sigorta sözleşmesi yapıldığında, bu sözleşmeye dayalı sigortacının sigorta ettirene[45] açacağı rücu davasında görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olmalıdır.[46]

Tüketici mahkemelerinde açılacak davalarda yer bakımından yetki kural olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 6'ya bağlı

Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016, s. 122.

43 Zevkliler/Özel, s. 95; Aslan, s. 6.

44 Aslan, s. 6.

45 Böyle bir olayda işleten tüzel kişi tacirdir.

46 Benzer şekilde bir ticaret şirketine ait fabrikada çıkan yangın sebebi ile Yangın Sigortası Sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda da görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Bu konuda bkz. Şener, s. 122.

olmakla birlikte, TKHK md. 73/5 uyarınca tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilmektedir.[47] Tüketici işlemi niteliğindeki trafik sigortası sözleşmelerinde yer alan yetki şartı geçerli değildir.[48] Tüketici işlemi niteliğinde olmayan sigorta sözleşmelerinden doğan rücu davalarında yetki HMK md. 6'ya göre tespit edilir.[49] Yine bu tür trafik sigortası sözleşmelerinde yetki anlaşması yapılması da mümkündür.

IV. İSPAT YÜKÜ

Rücu hakkının doğduğunu ve ilgili maddelerde (Genel Şartlar B.4) sayılan hallerin mevcut olduğunu ispat yükü sigortacıya aittir.[50] Diğer bir ifadeyle rücu sebeplerinden birinin varlığını sigortacı kanıtlamalıdır.[51] Sigorta ettirenin sigortacısına açtığı bir davada ise sigortacının rücu sebebini defi olarak ileri sürmesi gerekir.[52]

V. ZAMANAŞIMI

TTK md.1420/1 gereğince 'sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482' nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar'. Sorumluluk sigortalarında ise TTK md. 1482'ye göre sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğramaktadır.

Mülga TTK md. 1268'e göre ise 'sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dâhil sigorta mukavelesinden doğan bütün mutalebeler, iki yılda müruruzamana uğrar'.

---

47 Çabri, s. 1048; Zevkliler/Özel, s. 493.
48 Çabri, s. 1049; Zevkliler/Özel, s. 494.
49 Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan (Kaya)/Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2015, s. 133.
50 Y. 17. HD., 18.01.2011 T., E: 2010/4885, K: 89 (Kazancı İçtihat); Yılmaz, s. 307; Ulaş, s. 1021; Zekeriya Yılmaz, s. 1128; Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. 1 (Genel Hükümler md. 1401 – 1452), İstanbul 2016, s. 302.
51 Yılmaz, s. 307.
52 Y. 11. HD., 06.03.1997 T., E: 688, K: 1394 (Ulaş, s. 1021).

KTK md. 109/4'e göre 'motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar' şeklindedir.

Öğretide de belirtildiği üzere karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi uyarınca sigortacının sigorta ettirene açacağı rücu davası, KTK md. 109 kapsamına girmediğinden, bu tür davalar sigorta hukukuna ilişkin TTK md. 1420 (eski TTK md.1268) maddesinde yazılı zamanaşımına tabidirler.[53] KTK md. 109 hükmündeki zamanaşımı kuralı ise ancak sigortacıların birbirine açtığı rücu davalarında uygulanmaktadır.[54] KTK md.109/5'de 'diğer hususlarda, genel hükümler uygulanır' ve aynı şekilde Genel Şartlar C.8/son fıkrasında da zamanaşımı hakkında 'diğer hususlarda, genel hükümler uygulanır' denmektedir. Zamanaşımı süresinin başlangıcı ise alacağın muaccel olduğu tarihtir.[55] TTK md.1420'yi karşılayan eski TTK md.1268 zamanında zamanaşımının başlangıcı sigortacının rücu hakkının doğduğunu öğrendiği tarih olarak belirtilmekteydi.[56]

Rücu hakkı başkasına ait olan bir borcu yerine getiren kişinin mal varlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelen, tazminat niteliğinde bir hak olup, rücu hakkı doğduğu andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır.[57] Rücu alacağı bakımından zamanaşımı, rücu alacağının doğduğu ve muaccel olduğu an olan, alacaklıya tazminatın ödendiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır.[58] Sigortacının rücu hakkı, onun zarar gören üçüncü kişilere sigorta sözleşmesi gereği yaptığı ödeme günleri itibarı ile doğmaktadır.[59]

Yargıtay kararları da bu yöndedir. Yargıtay'a[60] göre de zorunlu

---

53 Ulaş, s.1073; Zekeriya Yılmaz, s.1161; Kılıçoğlu, s. 614.
54 Zekeriya Yılmaz, s.1163; Bozer, s.160 - 161.
55 Zekeriya Yılmaz,s.1161.
56 Zekeriya Yılmaz, s.1161; Y.11. HD., 03.12.1998 T., E: 6907, K: 8471 (Ulaş, s.1073).
57 Zekeriya Yılmaz,s.1108
58 Leyla Müjde Kurt, "Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz – Ağustos 2011, Y. 24, S. 95, s. 149 ve Y. HGK. 28.09.2012 T., E:4/426, K:639 (Zekeriya Yılmaz, s. 1108 – 1109).
59 '…davacının rücu davasını açabilmesi için belirlenen tazminatın ödenerek paranın davacıdan çıkmış olması gerekir…' Bkz. Y. HGK. 28.09.2012 T., E:4/426, K:639 (Zekeriya Yılmaz, s. 1108 – 1109).
60 Y.11. HD., 03.12.1998 T., E: 6907, K: 8471 (Ulaş, s. 1073).

mali sorumluluk sigortasında sigortacının, sigorta ettiren motorlu araç işletenine karşı açacağı rücu davaları sigorta sözleşmesinden kaynaklandığından ve sigorta hukukuna ilişkin bulunduğundan TTK'nın 1420'nci maddesindeki iki yıllık zamanaşımına tabidir.

Çalışma konumuz olan sigortacının zarar gören üçüncü kişilere sigorta sözleşmesi gereği ödediği tazminatların rücuen sigorta ettirenden tahsili istemi hakkında olduğundan KTK md. 109/2'de yer alan uzamış ceza zamanaşımı da uygulanamaz. Kaldı ki, ceza davası sigorta ettiren değil de, onun sorumlu olduğu bir başkasına açılmış ise zaten KTK md. 109/2'nin sigorta ettirene ileri sürülmesi herhalde mümkün değildir.[61]

Öğreti ve Yargıtay kararlarında da vurgulandığı gibi sigorta sözleşmesinden doğan sigortacının sigortalısına rücu davası zamanaşımı onun zarar gören üçüncü kişilere sigorta sözleşmesi gereği yaptığı ödeme tarihinden itibaren olmak üzere, ancak TTK md. 1420 (eski TTK md. 1268)' e göre belirlenebilir. Böylece sigortacının sigorta ettirene rücu davası zamanaşımı onun zarar gören üçüncü kişilere zorunlu trafik sigortası sözleşmesi gereği yaptığı ödeme tarihinden başlayarak iki yıl ve 1482'nci madde hükmü gereğince rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır. Böylece çalışma konumuz olan rücu davasında iki ayrı zamanaşımı süresi birlikte uygulanmaktadır. İlki zarar görenlere sigortacının ödeme yaptığı tarihte başlayan iki yıllık 'rücu zamanaşımı' ve bir de tüm sorumluluk sigortalarına dair rizikonun gerçekleşmesinden itibaren başlayan on yıllık 'genel zamanaşımı[62]'. Bu sürelerin birinin geçmiş olması davanın zamanaşımına uğramasına yeterlidir.

---

61 'Davalı vekili, TTK'nın 1268. madde hükmüne dayalı 2 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra bu davanın açıldığını savunmuş olup, mahkemece, bu savunma, ceza zamanaşımı dolmadan davanın açıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa ceza zamanaşımı hukuk davasında, haksız eyleme uygulanır ve sonuç doğurur. Diğer anlatımla haksız eylemin faili aleyhine uygulanır ve sonuç doğurur. Somut olayda ise, davacı sigorta ettiren, davalı ise sigortacı olup, haksız eylem niteliğindeki yangın rizikosu, davacı işyerinde çıkmış ve davacı elemanı hakkında kamu davası açılmıştır. Taraflar arasındaki sigorta sözleşmesine ilişkin zamanaşımı, TTK'nın 1268. maddesi uyarınca 2 yıl olup, ceza zamanaşımına ilişkin gerekçe ile bu savunmanın reddi doğru olmamıştır Y.11. HD., 04.04.2005 T., E: 2004/6510, K: 3221(Legalbank)'.

62 Bkz. TTK md. 1482 madde gerekçesi.

VI. DAVANIN TARAFLARI

A. DAVACI

KTK md. 95/2'ye dayanılarak çıkarılan KMAZMSS Genel Şartları'nda düzenlenen rücu hakkına dayalı bu dava ancak sigortacı tarafından açılabilir. Bu davayı açma hakkının sigortacı dışında bir başka kimseye temliki mümkün değildir.

B. DAVALI

1. Genel Olarak

KTK md. 95/2'ye dayanılarak çıkarılan trafik sigortası genel şartlarında düzenlenen rücu hakkına dayalı bu dava sigortacı tarafından ancak kendi **âkidi**ne karşı yöneltilebilir.[63] Böylece sigortacı kendi tazminat yükümlülüğünü kaldıran veya azaltan halleri kendisine başvuran zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecek, ancak kendi sigorta ettirenine karşı ileri sürebilecektir.[64] Sigortacının kendi **âkidi** ise sigorta ettirendir. Öyleyse bu davanın davalısı ancak sigorta ettiren olabilir.[65] Zaten KTK md. 95/2'de 'ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya *azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir*' şeklindedir. Bu sebeplerle sigortacı, rücu davasını sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan aracın sürücüsüne, bu kişi sigortacının kendi **âkidi**, sigorta ettiren olmadığından yöneltemez.[66] Sürücüye karşı açılan davalar arada sözleşme ilişkisi bulunmadığından husumet yönünden reddedilmelidir.[67]

---

63 Ulaş, s. 1011; Zekeriya Yılmaz, s. 1126. Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 30.10.2008 T., E: 3721, K: 4991 (Ulaş, s. 1012).

64 Karasu, s. 114.

65 Y. 11. HD., 12.02.2001 T., E: 2000/10216, K: 1131 (Ulaş, s. 1011).

66 'Davacı ile davalı arasında sigorta sözleşmesi bulunmadığı cihetle yukarıda anılan madde hükümlerinin bu davacıya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Y. 11. HD., 30.10.2001 T., E: 5330, K: 8413 (Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 27.06.2005 T., E: 10172, K: 6817 (Yılmaz, s. 1126 - 1127, dpn. 125); Zekeriya Yılmaz, s. 1126. '… sigorta şirketi sözleşmenin kendi âkidi olmayan araç sürücüsünden rücuan tazminat talep edemez… Y. 17. HD., 16.03.2010 T., E: 2009/10832, K: 2311 (Gökcan, s. 924 - 925). Aynı yönde bkz. Y. 11. HD., 20.02.2006 T., E: 1722, K: 1657 (Gökcan, s. 936); Y. 11. HD., 16.02.2004 T., E: 2003/6745, K: 1329 (Gökcan, s. 940 - 941).

67 Y. 11. HD., 19.06.2006 T., E: 7433, K: 7083 (Gökcan, s. 937); Y. 11. HD., 17.11.2003 T., E: 11975, K: 11020 (Zekeriya Yılmaz, s. 1126, dpn. 125). '… sürücü C.Ü sözleşmenin tarafı olmadığından husumet yöneltilemez… Y. 11. HD., 02.04.2009 T., E:

KMAZMSS Genel Şartları 14 Mayıs 2015 Tarihli ve 29355 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, böylece 12.8.2003 tarihli ve 25197 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan KMAZMSS Genel Şartları yürürlükten kaldırılmıştır. 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı resmi gazetede yayınlanıp, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları B.4. maddesi önceki genel şartlardan farklı olarak sigorta ettiren yerine 'sigortalı' ifadesini kullanmış ve A.2 Tanımlar başlığı altında sigortalıyı, poliçe konusu motorlu araçta 2918 sayılı KTK'ya göre işleten sayılan kişi olarak tanımlamıştır. Önceki genel şartlar madde A.1 son fıkrada işleten ifadesi yanında parantez içinde (sigorta ettiren) ifadesi yer almaktaydı. O halde eski genel şartlar araç işleteni sigorta ettiren olarak ifade ederken yeni genel şartlar sigortalı olarak ifade etmektedir.

2. İşleten Sıfatı

İşletenin belirlenmesinde şekli ve maddi olmak üzere iki ayrı ölçüt esas alınmaktadır.[68] Şekli ölçüte göre işleten, aracın ruhsatında (trafik tescil belgesinde) veya sigorta poliçesinde adı yazılı olan kimsedir.[69] Maddi ölçüte göre işleten ise, aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere kullanan ve araç ve aracın işletilmesine katılan yardımcı kişiler üzerinde fiili hâkimiyete sahip, araçtan yararlanan, aracın giderlerini karşılayan, aracın bakım, donanım ve kullanım konularında karar verme yetkisine sahip olan kişidir.[70] Böylece maddi anlamda işleten kimse araç üzerinde ekonomik yarar ve eylemli egemenlik ilişkisi bulunan kimsedir.[71] KTK md. 3 tanımlar başlığı altında işleten, araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişi olarak tanımlanmıştır. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi

---

2007/14513, K: 4017 (Gökcan, s. 932).

68 Ergun Özsunay, "Trafik Hukuku'nda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak 'İşleten' (Araç Sahibi) Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar", *BATIDER*, C. 6, S. 1, Temmuz 1971, s. 88; Yılmaz, s. 49; Hatice Karacan Çetin, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), Ankara 2016, s. 67.

69 Özsunay, s. 88; Yılmaz, s. 50.

70 Özsunay, s. 90 vd.; Yılmaz, s. 50.

71 Yılmaz, s. 50.

hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edildiği takdirde, bu kimse işleten sayılmaktadır. KTK'da yer alan işleten tanımı dikkate alınınca maddi ölçütün benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır.[72] Bu durumda gerçek işleten maddi anlamda işletendir.[73]

Böylece diyebiliriz ki, KTK gereğince araç işleten; araç üzerinde fiili hâkimiyet icra eden ve aracı yararı, masrafları ve rizikosu kendisine ait olmak üzere kullanan kimsedir.[74] Araç sahibi, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen kişi, aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehninde kiracı, ariyet alan veya rehin ve diğerleri karine olarak işleten sayılmakta,[75] bu karine ise aksi ispatlanabilen bir adi karine olarak kabul edilmektedir.[76] Bu hallerde işleten ve malik sıfatları birbirinden ayrılmıştır.[77] Bununla birlikte araç işleten tabirinden akla ilk gelen araç sahibi olup, çoğu trafik kazasında da araç sahibinin aynı zamanda gerçek işleten olduğu görülmektedir.[78] Aracın sahibi gerçek işleten ise hem şekli ve hem maddi ölçüte göre işleten sayılır. İşleten sıfatının tayininde kaza anı esas alınmaktadır.[79] Kira, ariyet ve rehin sözleşmesi yapılan hallerde bu kimselerin işleten sayılması için aracın zilyetliğini elde etmiş ve bu muamelelerin belirli bir süre devam etmesi aranmaktadır.[80] Kısa süreli kira sözleşmesi işleten sıfatını değişikliğe uğratmaz iken, uzun süreli kiralamada, kiracı işleten sayılmaktadır[81]. Ancak KTK'ya göre gerçek işleten, maddi anlamda işleten olarak kabul edildiği için, kanunda araç sahibi, uzun süreli kiracı vs. işleten sayılsa da, bunun aksi kanıtlanarak maddi anlamda işletenin bir başkası olduğu belirlenebilir.[82] Bu tür uyuşmazlıklarda

---

72 Karacan Çetin, s. 67.
73 Yılmaz, s. 50.
74 Haluk Tandoğan, "İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği Şartları Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler", Trafik Sigortası – V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası – Bildiriler Tartışmalar, 25 – 28 Nisan 1973, BATHAE, Ankara, s. 199.
75 Karacan Çetin, s. 65 ve 67.
76 Yılmaz, s. 50.
77 Kemal Tahir Gürsoy, İsviçre Hukuku'nda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974, s. 20; Tandoğan, s. 200.
78 Karacan Çetin, s. 73; Tandoğan, s. 199.
79 Özsunay, s. 96.
80 Karacan Çetin, s. 79.
81 Yılmaz, s. 57.
82 Yılmaz, s. 61 – 62; Karacan Çetin, s. 66.

örneğin finansal kiralamada, finansal kiralama sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ve sözleşmenin imzalanmasından sonra aracın tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir.[83]

3. Sigorta Ettiren – Sigortalı

Sigorta sözleşmesi, bir tarafta sigortacının sigorta himayesini üzerine aldığı, diğer tarafında ise sigorta ettirenin bir prim ödeme borcunu üzerine aldığı tam iki taraflı borç doğuran bir sözleşmedir.[84] Sigorta sözleşmesi sigortacı ile sigorta ettirenin karşılıklı anlaşması ile kurulur.[85] Sigorta sözleşmesinin tarafları sigortacı ve sigorta ettirendir.[86] Sigorta ettiren sigorta sözleşmesinin karşı tarafıdır (**âkidi**dir).[87] Bu sebeple sigorta sözleşmesinden doğan borçlar da sigorta ettirene aittir.[88] Sigortacılıkta başkası hesabına sigorta olarak adlandırılan, sigortanın (zarar sigortalarında) üçüncü şahıs lehine yapılması halinde, bu üçüncü kişiye 'sigortalı' adı verilmektedir.[89] Sigorta ettiren ve sigortalı kavramları aynı anlama gelmemektedir.[90] Bir sigorta sözleşmesi bu şekilde başkası hesabına yapılmış olsa da sigorta sözleşmesinin **âkidi** ve sözleşmeden doğan borçların sorumlusu yine sigorta ettirendir.[91] Sözleşmeden doğan haklar ise sigorta ettirenden başka bir kimseye, sigortalıya ait olabilir.[92] Sigortalı riziko gerçekleşince zarar görecek olan kişi olup,[93] sigorta sözleşmesi ile menfaatleri güvence altına alınan kişidir.[94] Başkası hesabına yapılan sigorta sözleşmelerinde, hak sahibi kural olarak menfaati teminat altına alınan sigorta ettiren dışındaki

---

83 Y., 11. HD., 20.11.2000 T., E: 7567, K: 9051 (Emin Şahin, Açıklamalı – İçtihatlı Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk Sigorta Tazminat Rücu Davaları, Ankara 2005, s. 1449 - 1450).

84 Rayegan Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku (Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi), Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2016, s. 169; Mustafa Çeker, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011, s. 41; Ünan, s. 11.

85 Çeker, s. 41.

86 Ünan, s. 11.

87 Kender, s. 215; Çeker, s. 41.

88 Kender, s. 215; Ünan, s. 19.

89 Kender, s. 220; Ünan, s. 19.

90 Çeker, s. 41.

91 Kender, s. 220; Çeker, s. 41.

92 Kender, s. 220; Ünan, s. 19.

93 Kender, s. 220.

94 Çeker, s. 41.

kişi olan sigortalıdır.[95] Bu halde sigortalı riziko gerçekleşince sigorta tazminatını talep hakkına sahip olan kimsedir.[96] Başkası hesabına sigorta söz konusu değilse sigorta ettiren, aynı zamanda sigortalıdır. Bir pasif sigorta türü olan zorunlu trafik sigortasının da başkası hesabına sigorta şeklinde yapılması mümkündür.[97] Sigorta ettiren ile sigortalı aynı kimse olduğu hallerde, yani başkası hesabına sigorta söz konusu değilse, bu kimse sadece sigorta ettiren olarak ifade edilmelidir. Çünkü sigorta sözleşmesi başkası hesabına akdedilmediği sürece sigorta ettiren sigortalıyı da içine alan bir kavramdır. Diğer bir ifadeyle bir kimse hem sigorta ettiren ve hem de sigortalı ise sigorta hukukuna dair metinlerde o kimseden sigortalı değil de, sigorta ettiren olarak bahsetmek sigorta hukuku anlamında daha uygundur.

Yukarıda değindiğimiz üzere, KMAZMSS Genel Şartları A.2 tanımlar başlığı altında sigortalı, poliçe konusu motorlu araçta 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işleten sayılan kişi olarak tanımlamıştır. Bu sebeple aracın uzun süreli kiracısı, ariyet alanı veya rehin sahibi olduğu hallerde araç sahibi bu kimseler hesabına sigorta sözleşmesi yapar ise, bu kimseler hem sigortalı ve hem de işleten sayılır. Bununla birlikte bu kimseler hesabına araç sahibi sigorta sözleşmesi yapmamış ise bu kimseler sigortalı sayılamayacakları gibi, araç sahibi kendi menfaatini sigorta ettirip zorunlu trafik sigortası yaptırmış ise sigorta ettiren araç sahibi olacaktır. Bu son tahlilde araç sahibi, KTK'ya göre eğer aracını uzun süreli kiraya verip aracın zilyetliğini de kiracıya geçirmiş ise gerçek işleten sayılmayacaktır. Bu durumda aracın sahibi KTK uyarınca gerçek işleten sayılmamasına rağmen, trafik sigorta poliçesinde sigorta ettiren/sigortalı olarak görülecektir. Bu somut olay bakımından KMAZMSS Genel Şartları A.2 tanımlar başlığı altında sigortalı tanımı ile uyumsuzluk ortaya çıkacaktır. Belirtelim ki bu uyumsuzluğa rağmen fikrimizce, sigortacı zorunlu trafik sigortası gereği zarar görenlere, sigorta ettiren gerçek işleten sayılmayacağı gerekçesi ile ödeme yapmayı reddedemez, Sigortacı, zarar görenlere ödeme yapınca da, gerçek işleten olmayan ancak zorunlu trafik sigortasının sigorta ettireni olan araç sahibine, Genel Şartlar'da yer alan rücu sebeplerinden biri gerçekleşmişse, rücu edebilir.

---

95 Ünan, s. 19.
96 Çeker, s. 41.
97 Bkz. Kender, s. 220.

Bu nedenlerle sigortalı yerine sigorta ettiren tabirini tercih etmek bu sorunları kolay çözmemize yardımcı olmaktadır. Biz çalışmamamızın bundan sonraki kısmında sigortacının Genel Şartlar'da yer alan rücu sebeplerine dayanarak açtığı rücu davasında, davalı olarak yürürlükteki genel şartlara uygun olarak 'sigortalı' olarak ifade etmek yerine, çalışma konumuza dair Yargıtay kararlarında da düzenli olarak kullanıldığı üzere ve KTK md. 95/2'de belirtildiği gibi, sigorta hukukuna göre daha doğru olan eski genel şartlarda yer aldığı şekli ile davalıyı 'sigorta ettiren' olarak ifade etmeye devam edeceğiz.

Böylece KMAZMSS'na dayanan rücu davalarında davalı her zaman sigorta ettirendir. Bu açıdan, finansal kiralama şirketlerinin kiraladığı araçların gerçek işletenleri kiracıları olsa da, çalışma konumuz olan rücu davaları da ancak sigorta ettiren olan finansal kiralama şirketine açılabilir.[98]

4. Aracın Devri Halinde

a. 12/8/2003 tarihli KMAZMSS Genel Şartları Dönemi

Sigorta ettiren aracı işleten kimse aracı noter kanalı ile devrettikten sonra, KTK md. 94[99] gereğince 15 gün içinde devri sigortacıya bildirmesi gerekmekte[100] ve noter devrinin de KTK 20. maddeye uygun olması gerekmektedir. Sigorta ettiren ve aracı işleten konumunda bulunan kimse aracı devretmesine rağmen sigortacıya durumu bildirmemiş olabilir. Bu sırada araçta riziko meydana gelirse bu kimse sigorta

98 '… davalı finansal kiralama şirketinin işleten sıfatı taşımaması, onun kiracısıyla arasındaki iç ilişkiye ait bir sorundur ve sigortacının trafik sigortasına dayalı olarak tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda başvurabileceği kimse, aracın gerçek işleteni kim olursa olsun, sadece sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren olduğu… Y. 11. HD., 12.02.2000 T., E: 2000/10171, K: 1158 (Ulaş, s. 1012 - 1014). Ayrıca bkz. aynı yönde Çeker, s. 208 - 209 ve orada dpn. 43'deki Yargıtay kararları.

99 'Sigortalı aracı işletenlerin değişmesi halinde, devreden kişi 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorundadır. Sigortacı sigorta sözleşmesini durumun kendisine tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde feshedebilir. Sigorta fesih tarihinden on beş gün sonrasına kadar geçerlidir'.

100 '…2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 94. maddesine göre; sigortalı aracı işletenlerin değişmesi halinde, devreden kişi 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorundadır. Sigortacı sigorta sözleşmesini durumun kendisine tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde feshedebilir. Sigorta fesih tarihinden on beş gün sonrasına kadar geçerlidir… Y. 10. HD., 16.10.2014 T., E: 16741, K: 19794 (Kazancı İçtihat).'. Ayrıca bkz. Yılmaz, s. 305.

ettiren sayılsa da araç işleteni değildir. Bununla birlikte sigortacı, trafik sigortası genel şartlarına göre rücu davasını, bu kimse araç işleten sıfatına sahip olmasa da,[101] sözleşme ilişkisi halen devam ettiği ve sigorta ettiren de olduğundan, ona yöneltebilmekteydi.[102] Diğer bir anlatımla araç maliki değişmiş olsa da sözleşme ilişkisi halen sigorta ettirenle devam ettiğinden, sigorta ettirenin de sorumluluğu devam etmek-

101 '…Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. 2918 sayılı KTK.nun 94. maddesi uyarınca, sigorta ettiren araç işleteninin devri, 15 gün içinde sigortacıya bildirmesi gerekmekte olup, sigortacının da yeni işletenle sigorta sözleşmesini devam ettirip, ettirmeme hususunda takdir hakkı bulunmaktadır. Somut olayda, davalı sigortalı aracın devredildiğini davacı sigortaya bildirdiğini de iddia etmemiştir. Dolayısıyla, davalı Z K. olay tarihine kadar, davalı N. Z.'in in sigortacı ile yaptığı poliçe ile aracı trafiğe çıkarmış, bir zeyilname düzenlettirerek davacı ile sigorta sözleşmesi yapma yolunu tercih etmemiştir. Bu durumda, davalı N. Z.'in olay tarihi itibariyle işleten sıfatı kalmasa da davacı sigorta şirketi ile olan sigorta ilişkisinin devam ettiğinin kabulü gerekir.. Y. 17. HD., 01.02.2011 T., E: 2010/2887, K: 1755 (Kazancı İçtihat)'.

102 'Aynı Kanun'un 94.maddesinde de; "Sigortalı aracı işletenlerin değişmesi halinde, devreden kişi 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorundadır... Sigortacı sigorta sözleşmesini durumun kendisine tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde feshedebilir... Sigorta fesih tarihinden on beş gün sonrasına kadar geçerlidir." hükmüne yer verilmiştir. Araç satışının 2918 sayılı Kanun'un 20/d maddesine uygun yapılması halinde ise Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartlarının C-4 maddesinde;" sigorta sözleşmesi sözleşmeye taraf olan araç işletenini takip eder. İşleten sahip olduğu yeni araca dair bilgileri sigortacıya bildirir. Sigorta sözleşme süresi içinde işletenin değişmesi halinde sigorta sözleşmesi işletenin değiştiği tarihten itibaren 10 gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten içinde geçerli olacağı" açıklanmıştır.…somut olaya bakıldığında, kaza yapan araç davalı ... şirketine zorunlu mali mesuliyet sigorta poliçesi ile sigortalıdır. Dosya kapsamına göre, söz konusu aracın, 10.5.2010 tarihinde noter satışı ile dava dışı ...'a satıldığı, 16.5.2010 tarihinde ise kazanın gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Araç satışı yasaya uygun şekilde gerçekleşmiş olmakla geçerli bir satıştır. Ancak aracı satan eski malikin, bilirkişi raporu aksine satışı kazadan önce davalı ... şirketine bildirmediği başka bir deyişle yukarda açıklanan yasa ve genel şartlarda belirtilen hususları yerine getirmediği anlaşılmaktadır… Hal böyle olunca, eldeki davanın konusuna göre kaza tarihinde malik-işleten olup olmamasının bir öneminin olmadığı, sigorta poliçesinin tarafı olarak davacının poliçeden kaynaklanan sorumluluğunun kaza tarihinde devam ettiği kabul edilerek davanın reddine karar vermek gerekirken, Y. 17. HD., 26.05.2016 T., E: 2030, K: 6411 (Kazancı İçtihat)'. '…Sigorta ettirence bu ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, araç maliki değişmiş olsa da sözleşme ilişkisi devam ettiğinden, sigorta ettirenin sorumluluğu devam edecektir. Somut olayda, kaza tarihi itibariyle aracın tescil kaydı davalı adına olduğu gibi, davacı ile davalı arasındaki sözleşme ilişkisi de devam etmektedir. Bu durumda mahkemece, davalıya husumet yöneltilebileceği gözetilerek, işin esası incelenmesi gerekir…Y. 17. HD., 24.11.2008 T., E: 3236, K: 5456 (Kazancı İçtihat)'. . Aynı yönde ayrıca bkz. Y. 11. HD., 14.07.2009 T., E: 2007/13958, K: 8712 (Gökcan, s. 927); Y. 11. HD., 12.04.2001 T., E: 2103, K: 3102 (Ulaş, s. 1011 - 1012)

teydi[103]. Bu sebeple, rizikonun meydana geldiği olay tarihi itibariyle eski malikin işleten sıfatı kalmasa da sigortacı ile olan sözleşme ilişkisi devam ettiğinden, davanın sigortacı tarafından zeyilname ile sigorta sözleşmesine üzerine almayan yeni işletene değil de, sigorta ettiren olan eski malik/işletene açılması gerekmekteydi.[104] Bununla birlikte Yargıtay'ın[105] başka bir sebeple verdiği kararın öğretide yanlış değerlendirilmesi ile işleten değişince devredenin bunu sigortacıya bildirmemesi halinde sigorta sözleşmesi aynı şartlar altında yeni işletenle sürüyor sayılır şeklinde görüşe[106] katılmak mümkün değildir. Eğer böyle bir durum söz konusu olsaydı, yeni işleten kendiliğinden kendisinin akdetmediği sigorta sözleşmesinin tarafı haline gelmiş olurdu. Oysa durum böyle değildir, eski işleten sigorta ettiren olarak aracın devrini bildirmemiş ve yeni işleten de o araç için yeni bir sigorta sözleşmesi akdetmemiş veya zeyilname ile mevcut sigorta sözleşmesini üzerine almamış ise, rizikonun o sigorta süresi içinde meydana gelmesi şartıyla, eski işleten/sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi olayda esas alınmakta, zarar görenler eski işleten/sigorta ettirenin sigortacısına başvurmakta, bu sigortacıda şartları varsa eski işleten olan kendi **âkidi**ne rücu davası açabilmektedir.

KTK 94. maddesine göre araç işleteninin değişmesi halinde sadece sigortacıya fesih hakkı tanınmış olduğundan, sigortacı devir işleminin kendisine bildirilmemiş olmasını bir fesih sebebi olarak ileri süremeyip, zarar gören üçüncü kişiye ödemede bulunduğu zaman, aslında bu davranış devir alan işleten ve zarar gören kişilerin hukuki yararlarını gerektirdiğinden, mahkemece devir işlemi ile sigorta ilişkisinin sona erdiğine karar verilememekteydi.[107] Diğer bir anlatımla, işleten değişmiş olsa bile sigortacının sözleşme ilişkisini bozmayarak üçüncü kişiye sigorta bedelini ödedikten sonra kendi sözleşme tarafına rücu

103 Y. 11. HD., 25.05.2009 T., E: 2008/2060, K: 6269 (Gökcan, s. 930 - 931).
104 Y. 11. HD., 06.10.2003 T., E: 2666, K: 8767 (Kazancı İçtihat).
105 Y. 11. HD., 01.05.1995 T., E: 115, K: 1781 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1995 Temmuz, C. 21, S. 7, s. 1070 - 1071 ve Kazancı İçtihat). Bu karar genel şartlarda yer alan rücu sebepleri dışında bir sebebi ileri süren sigortacının iddiasının reddi hakkında olup aşağıda dava sebepleri başlığı altında bu karar incelenmiştir.
106 Bkz. Yılmaz, s. 306.
107 Y. 11. HD., 26.01.2004 T., E: 2003/6034, K: 644 (Ulaş, s. 1007); Y. 11. HD., 31.05.1999 T., E: 2579, K: 4846 (Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 09.06.1995 T., E: 3479, K: 4828 (Ulaş, s. 1006 -1007).

edebileceği kabul edilmekteydi.[108] Kısaca sigortacı araç işleteni değişmesine rağmen bunun kendisine bildirilmediğini ileri sürerek, trafik sigortasının geçersiz hale geldiğini iddia edememekteydi.[109] 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca sigorta ettiren araç işleteninin devri 15 gün içinde sigortacıya bildirmesi gerekmekte olup, sigortacının da yeni işletenle sigorta sözleşmesini devam ettirip, ettirmeme hususunda takdir hakkı bulunmaktadır.[110] Sigortacı sigorta sözleşmesini durumun kendisine tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde feshedebilir. On beş günlük süre esasen, aracın sigortasız kalmaması için olup, sigortacı isterse bu süre içinde sözleşmeyi feshedebilir ve bu halde yeni işleten yeni bir zorunlu trafik sigortası yaptırmak zorunda kalır.[111] Eğer işleten değişikliği zeyilname ile belirlenmiş, yani işleten sigorta ettiren olarak artık belirlenmiş ise, bu andan sonra riziko gerçekleşmiş ise rücu davası ancak yeni işletene açılabilir.[112]

12.8.2003 tarihli KMAZMSS Genel Şartları C.4 maddesi ilk hali ile KTK md.94 ile uyumluydu. Şu an yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları C.4 maddesi ise kapsamlı olarak değişmiştir. Yürürlükteki C.4'e göre '*sigorta sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan sigortalıyı takip eder.*[113] *Sigortalının değiştiği her durumda mevcut sözleşme değişim tarihi itibarıyla kendiliğinden sona erer ve ilgiliye gün esasına göre prim iadesi yapılır. Ancak, mevcut sözleşme sigortalının değiştiği tarihten itibaren on beş gün süre-*

---

108 Ulaş, s. 1007.

109 '…Somut olayda, davalı sigorta şirketine sigortalı araç, 07.11.2005 tarihinde noter satış sözleşmesi ile dava dışı T... Turizm Şirketine satılmıştır. Kaza ise 18.11.2005 tarihinde meydana gelmiş olup, araç 01.12.2004 ve 01.12.2005 tarihleri arasında davalı K... Allianz Sigorta A.Ş.'ye trafik sigortalıdır. Aracın işleteninin değiştiği davalı sigortacıya bildirilmemiştir. Bu durumda, yukarıda açıklanan yasa hükümlerine göre, işleten değişse bile, sigortacının sorumluluğu devam edeceğinden davalı sigorta şirketinin poliçe uyarınca sorumlu olduğu hususunda tereddüt yoktur. Bu nedenle, davalı vekilinin kaza tarihinde poliçenin kendiliğinden hükümsüz olduğuna ilişkin temyiz itirazları yukarıda reddedilmiştir.. Y. 17. HD., 25.02.2012 T., E: 2011/7919, K: 6804 (Kazancı İçtihat).

110 Y. 11. HD., 27.10.2003 T., E: 3321, K: 9943 (Kazancı İçtihat). Ayrıca bkz. Çeker, s. 208 ve orada dpn. 42'deki Yargıtay Kararı.

111 Yılmaz, s. 306.

112 Y. 11. HD., 27.10.2003 T., E: 3321, K: 9943 (Ulaş, s. 1008).

113 Bu ifade sigorta hukukuna tamamen aykırı bir ifadedir. Sigorta sözleşmesine taraf olan sigorta ettiren olup, sigortalı sözleşmeye taraf değildir. Sigorta ettiren ile sigortalı aynı kimse olduğu haller de bu kimse sadece sigorta ettiren olarak ifade edilmelidir. Çünkü sigorta sözleşmesi başkası hesabına akdedilmediği sürece sigorta ettiren sigortalıyı da içine alan bir kavramdır.

since herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için sözleşme yapılana kadar geçerlidir'. Söz konusu değişikliğin Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik (Tarife Yönetmeliği)[114] md. 11/1'den alındığı anlaşılmaktadır. Söz konusu Yönetmelik md.11/1 ise 19.06.2013[115] tarihinde değişikliğe uğrayıp son halini almıştır. Değişiklikten önceki Tarife Yönetmeliği md.11/1 **hükmü şöyleydi;** *Sigorta sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan araç işletenini takip eder. Ancak, sözleşme süresi içinde işletenin değişmesi halinde sigorta sözleşmesi, işletenin değiştiği tarihten itibaren on gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için de geçerlidir*'. Haliyle değişiklikten önce Tarife yönetmeliğinin bu maddesi KTK md.94 ile uyumluydu. Son değişiklik ile Tarife Yönetmeliği md. 11/1 şu şekli almıştır; '*Sigorta sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan araç işletenini takip eder.* İşletenin değiştiği her durumda mevcut sözleşme değişim tarihi itibarıyla kendiliğinden sona erer *ve ilgiliye gün esasına göre prim iadesi yapılır. Ancak, mevcut sözleşme işletenin değiştiği tarihten itibaren on beş gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim* ödenmeksizin yeni işleten için de geçerlidir.

Genel Şartlar C.4'de Tarife Yönetmeliği'nden farklı olarak işleten yerine sigortalı ifadesi tercih edilmiştir. Ancak bu hatalı bir tercihtir. İşleten ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu. Fikrimizce Tarife Yönetmeliği'ne uygun olarak sigortalıyı işleten olarak anlamak gerekir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, değişen Tarife Yönetmeliği md. 11/1'den alınan ve değişen yeni genel şartlara göre araç işletenin değişim tarihi anında sigorta sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Ancak işletenin değiştiği tarihten itibaren 15 gün süresince yeni işleten bakımından mevcut sözleşme prim ödenmeksizin geçerli olacaktır. Bu 15 günlük süre sona erince yeni işleten bir KMAZMSS sigortası akdetmez ise, on altıncı günden itibaren sigortacı sorumlu olmayacak, zarar görenler belirli zararlar için[116] ancak güvence hesabına başvurabileceklerdir.[117]

Hâlbuki 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı Resmi Gazete'de yayın-

114 RG., T. 14.07.2007, S. 26582.
115 RG, S. 28682.
116 Bkz. Aşağı.
117 Zekeriya Tepedelen, Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, Ankara 2017, s.37.

lanıp, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları'ndan hemen önce yürürlükte bulunan 12.8.2003 tarihli KMAZMSS Genel Şartları son halinde C.4 şu şekildeydi; '*sigorta sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan araç işletenini takip eder. İşleten, sahip olduğu yeni araca ilişkin bilgileri sigortacıya bildirir. Araç grubunda herhangi bir değişiklik meydana gelmesi halinde, C.3 maddesi hükümleri kıyasen uygulanır. Ancak, sözleşme süresi içinde işletenin değişmesi halinde sigorta sözleşmesi, işletenin değiştiği tarihten itibaren on gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için de geçerlidir*'. Bu dönem içinde meydana gelen bir olayda yakın tarihli bir Yargıtay kararı da[118] '…yukarıda açıklanan yasa hükümlerine göre, somut olaya bakıldığında, kaza yapan araç davalı ... şirketine zorunlu mali mesuliyet sigorta poliçesi ile sigortalıdır. Dosya kapsamına göre, söz konusu aracın, 10.5.2010 tarihinde noter satışı ile dava dışı ...'a satıldığı, 16.5.2010 tarihinde ise kazanın gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Araç satışı yasaya uygun şekilde gerçekleşmiş olmakla geçerli bir satıştır. Ancak aracı satan eski malikin, bilirkişi raporu aksine satışı kazadan önce davalı ... şirketine bildirmediği başka bir deyişle yukarda açıklanan yasa ve genel şartlarda belirtilen hususları yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, eldeki davanın konusuna göre kaza tarihinde malik-işleten olup olmamasının hiç öneminin olmadığı, sigorta poliçesinin tarafı olarak davacının poliçeden kaynaklanan sorumluluğunun kaza tarihinde devam ettiği kabul edilerek davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir'. şeklindedir.

b. Yürürlükteki KMAZMSS Genel Şartları Dönemi

Aracın devrinden sonra eski işletenin 'araç işleten sıfatı' ortadan kalkmaktadır. Bu halde eski işleten sigorta ettiren olarak devri sigortacısına bildirmelidir. Eski Genel Şartlar uyarınca sigortacıya aracın devri bildirilmemiş olsa bile eski işletenin mevcut sigorta sözleşmesi içerisinde riziko gerçekleşmiş ise, devredenin işleten sıfatı kalmasa da, sigorta ettiren sıfatının devamı dolayısı ile devredenin sigortacısının sorumluluğu devam etmekte olduğu kabul edilmekteydi. Böyle bir olayda rücu sebeplerinden biri de gerçekleşmiş ise, sigortacının dev-

[118] Y. 17. HD., 26.05.2016 T., E: 2030, K: 6411 (Kazancı İçtihat).

reden eski işleten sigorta ettirene rücu etmesi mümkündü. Oysa yürürlükteki KMAZMSS Genel Şartları C.4'e göre ise sigortalının (araç işletenin) değişmesi ile sigorta sözleşmesi eski işleten bakımından devir anında sona ererken, değişim tarihinden itibaren 15 gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için de geçerlidir. 15 gün süre geçince ve eğer yeni işleten yeni sözleşme akdetmemiş ise, araç zorunlu trafik sigortasız hale gelmekte, bu halde riziko gerçekleşir ise zarar görenler ancak güvence hesabına başvurabilmektedir.[119] Belirtelim ki, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 14. ve Güvence Hesabı Yönetmeliği'nin[120] 9. maddeleri uyarınca, güvence hesabından rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dahilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır.[121] Bunun dışında kalan örneğin kazanç kaybına (iş göremezlik zararı)[122] veya araç zararları[123] güvence hesabı kapsamı dışındadır. Güvence hesabının kaza tarihi itibariyle geçerli olan zorunlu mali mesuliyet sigortası kişi başına maluliyet için teminat limiti ile sınırlı olduğunu da belirtmek gerekir.[124] Böylece rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu zararlardan ancak bedensel zararlar güvence hesabından talep edilebilmektedir.[125]

Sigorta genel şartları sigorta sözleşmesinin ana muhtevasını oluşturan sigorta sözleşmesinin hükümleridir.[126] TTK md. 1470 uyarınca sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi halinde, aksine sözleşme yoksa sigorta ilişkisinin sona ereceği kuralı yer almaktadır. Böylece yürürlükteki C.4 maddesinde yer alan işletenlerin değişmesi halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği kuralının TTK md. 1470 gözönüne alınınca, KTK md. 94 ile uyumlu olmasa da, uygulanabileceği ileri sürülebilir. Bununla birlikte TTK md. 1470 hükmü, sorumluluk

119 Tepedelen, s. 37.
120 R.G. 26.07.2007 T., S. 26594.
121 Y. 17. HD. 25.01.2010 T. E: 2009/4567, K: 310 (Kazancı İçtihat). Ayrıca bkz. Tepedelen, s. 189.
122 Y. 17. HD. 25.01.2010 T. E: 2009/4567, K: 310 (Kazancı İçtihat).
123 Y. 17. HD. 25.10.2011 T. E: 2010/10618, K: 9772 (Kazancı İçtihat).
124 Y. 17. HD. 23.02.2017 T. E: 2014/18510, K: 1836 (Kazancı İçtihat).
125 Y. 17. HD. 02.03.2017 T. E: 2014/18849, K: 2205 ve Y. 17. HD. 25.10.2011 T. E: 2010/10618, K: 9772 (Kazancı İçtihat). Ayrıca bkz. Tepedelen, s. 189 vd..
126 Kender, s. 72.

sigortalarına uygulanabilecek hükümleri gösteren TTK md. 1485'de sayılmadığından birer pasif sigortası olan zorunlu trafik sigortalarında TTK md. 1470 uygulanamaz.[127] İşletenin değişmesi durumunda, sigorta bakımından nasıl bir yol izleneceği KTK md. 94'de gösterilmiştir.[128] Bu sebeplerle fikrimizce yürürlükteki Genel Şartların C.4 maddesinde (ve Tarife Yönetmeliği md.11/1) yer alan işletenin değişimi anında sigorta ilişkisini devreden ile sona erdiren hüküm, KTK md. 94'de yer alan devredenin sigortacısına bildirim şartını içeren hükmü ilga edemeyeceğinden uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Bu konuda fikrimizce halen, KTK md. 94 uyarınca bildirim yapılmamış ise sigorta sözleşmesi süresinde meydana gelmesi şartıyla, riziko meydana gelirse ve yeni işleten zeyilname ile mevcut sigorta sözleşmesini üzerine almamış veya yeni bir sigorta sözleşmesi akdetmemiş ise, sigortacı zarar görene ödeme yapması hukuka uygun olup, sigortacı da, kendi **âkidi** olan sigorta ettirenine artık işleten olmasa da rücu edebilmelidir. Ayrıca aksinin kabulü aynı zamanda uygun olmayan sonuçlara da yol açabilmektedir. Şöyle ki, yürürlükteki genel şartlar uyarınca sigortacı devirden sonra sadece 15 gün içerisinde gerçekleşen rizikolar sebebi ile zarar görenlere ödeme yapmakla yükümlüdür. Yapar ise rücu hakkı o sırada araç işleten olan yeni işletene yönelik olacaktır. Çünkü işletenin değişmesi ile sigorta sözleşmesi eski işleten için kendiliğinden sona ermektedir. Oysa eski düzenlemeye göre eski işleten bildirim yapmamış ise, işletenin değişmesinden sonra riziko gerçekleşmiş olsa bile eğer sigorta sözleşmesi süresi içinde gerçekleşmiş ise sigortacı rücu hakkını yeni işletene değil de, artık işleten olmasa da sigorta ettiren olan eski işletene karşı açabilirdi.[129]

Yine sigortacı ile önceki sigorta ettiren sıfatını taşıyan işleten ve aracı devir alan yeni işleten arasındaki iç ilişkiler, sigortalı aracın oluşturduğu riziko nedeniyle üçüncü kişilere zarar verilmesi halinde, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülemez.[130] Mahkemece, sigorta süresinin bittiği veya akdin yenilenmediği hususlarının üçüncü kişilere karşı

---

127 Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. II (Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları md. 1453 – 1486), İstanbul 2016, s. 217 (C. II).

128 Yılmaz, s. 305.

129 Bkz. Çeker, s. 208 ve orada dpn. 41'de yer alan Yargıtay kararı.

130 Y. 17. HD., 09.10.2008 T., E: 1576, K: 4536 (Kazancı İçtihat).

ileri sürülemeyeceği göz önünde bulundurularak, sigortacının sorumluluğuna gidilmek gerekmektedir.[131]

Eski işleten/sigorta ettiren ile sigortacının akdettiği sözleşme dönemi[132] geçtikten sonra Yargıtay artık eski işletene rücu davası açılamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay[133] sonraki sigorta dönemi zamanına ilişkin kaza tarihini kapsayan poliçe düzenletmekte sigorta ettirenin menfaati olmadığı için somut olayda devir durumunu sigortacısına bildirip bildirmediğini araştırmaya gerek olmadığına ve bildirimde bulunmayan eski işleten/sigorta ettirene sigortacının rücu edemeyeceğine karar vermiştir. Bu halde sigortacı riziko anındaki sigorta ettiren olmayan mevcut işletene de rücu edemeyecektir. Fikrimizce sigorta dönemi biten ve devam etmeyen bir sigorta ilişkisinde, eski işletenin sigorta ettiren konumu bulunmadığından bildirimde bulunup bulunmadığının aranmasına da gerek yoktur.[134]

Eğer aracı yasaya uygun devreden işleten, aracın devrini sigortacıya 15 gün içinde bildirmiş ise sigortacı da takdir hakkını kullanarak sigorta sözleşmesini sona erdirmemiş ise aracın devrinden itibaren meydana gelen riziko dolayısıyla sigortacının ödediği tazminattan artık ancak yeni işletene rücu davası açabilir. Çünkü artık yasa gereği sigorta sözleşmesinin sigorta ettireni yeni işleten olacaktır. Böyle bir

---

131 Y. 11. HD., 20.10.2003 T., E: 5421, K: 9509 (Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 27.12.1990 T., E: 1989/5136, K: 8436 (Ulaş, s. 1006).

132 TTK md. 1411/1 uyarınca prim daha kısa zaman dilimlerine göre hesaplanmamış ise bu Kanuna göre sigorta dönemi bir yıldır.

133 '…Mahkemenin gerekçesinde dayandığı, 2918 sayılı KTK'nun 94. maddesi hükmü uyarınca, sigortalı motorlu aracın işleteninin değişmesi halinde devreden işletene, on beş gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorunluluğu getirilmiştir. Yeni işletenle sözleşmeyi devam ettirme konusunda takdir hakkı sigortacıya bırakılmış ve sigortacının, durumun kendisine bildirilmesinden itibaren on beş gün içinde sigorta sözleşmesini feshedebilme hakkı tanınmış bulunmaktadır. Ne var ki, somut olayda davalılardan Mustafa'nın yeni döneme ilişkin poliçe tanziminden 1,5 yıl kadar önce sattığı araç için, kaza tarihini kapsayan poliçe düzenletmekte menfaati kalmadığına göre, bu yasal düzenlemede ihbar yükümlülüğü olan işleten konumunda olmayıp, bu yükümlülüğü yerine getirmediğinden ve devir durumunu sigortacısına bildirmediğinden söz etmeye gerek kalmamaktadır.. Y. 11. HD., 28.09.2005 T., E: 2004/11274, K: 8891 (Kazancı İçtihat). '

134 Mülga mevzuata göre hükmedilen eski tarihli bir Yargıtay Kararı'na (Y. TD., 08.01.1968 T., E: 1967/109, K:23 (*BATIDER*, C.V, S. 2, Eylül 1969, s. 309)) göre sigorta sözleşmesinin yenilenmediğini trafik idaresine bildirmeyen sigortacı üçüncü kişilere karşı sorumlu kalmaya devam eder. Yürürlükteki mevzuata göre ise sigortacının böyle bir yükümlülüğü yoktur.

olayda devri bildirmiş olan eski işletene açılan dava husumet nedeniyle reddedilmeli[135] ve eski işleten rücudan (tazminattan) sorumlu olmamalıdır.[136]

5. 'Kazaya Sebebiyet Veren' İfadesi

14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı resmi gazetede yayınlanıp, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları md. B.4 ikinci paragrafı, 02.02.2016 tarihinde (RG. S.29612) değişikliğe uğramış ve 'ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda '*kazaya sebebiyet veren*' sigortalıya rücu edebilir' şeklini almıştır. '*Kazaya sebebiyet veren*' ifadesi yapılan değişiklik ile paragrafa eklenmiştir. Yeni eklenen ifade kapsamlı bir değişiklik getirmiştir. Değişiklikten önce aynı fıkra, 'ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda '*sigorta ettirene*' rücu edebilir' şeklindeydi. Eski düzenlemede işleten/sigorta ettirenin sorumlu olduğu aracı kullanan şöförün kazaya sebebiyet vermesi halinde de, eğer B.4'de sayılan rücu nedenleri olayda söz konusu ise kazaya kendisi sebebiyet vermeyen sigorta ettirene de, sigortacı bu sebeplerle rücu edebilmekteydi.

Yapılan değişiklik ile net bir biçimde 'kazaya sebebiyet veren' sigortalı ifadesi kullanılmıştır. Burada yapılan değişikliğin dar yorumlanması halinde, rücu nedenlerine sigortacının başvurabileceği hallerin ancak sigortalının (sigorta ettiren) kendisinin sebebiyet verdiği kazalar ile sınırlanmış olduğu savunulabilecektir. Bu durum elbette rücu nedenlerindeki ifadelerle çelişmektedir. Örneğin B.4.a'da tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmesi bir rücu nedenidir. Bu nedene göre kazaya sebebiyet veren

---

135 'Somut olayda da, bu yasal düzenlemelere uygun olarak, davacının, davalılardan Halil ile olay tarihinden önce sigorta ilişkisi sona erdiğinden, bu davalıya husumet düşmeyeceği açıktır. Zira kaza tespit tutanağında, davacının düzenlediği zeyilname bilgilerinin ve malik olarak da sigorta ettiren konumundaki dava dışı Ali`nin yer alması ve de zarar gören 3 ncü kişinin kazadan sonra bu zeyilname ile davacıya başvurması da bu kabulü doğrulamaktadır… Y. 11. HD., 27.10.2003 T., E: 3321, K: 9943 (Kazancı İçtihat). '

136 Y. 11. HD., 05.05.1997 T., E: 2860, K: 3215 (Kazancı İçtihat); Gökcan, s. 915.

kimse, sigortalı dışında onun eylemlerinden sorumlu olduğu bir başka kimse de olabilir. Örneğin sigortalı oğluna arabayı vermiş ve bu kimsenin ağır kusuru sonucu kaza yani tazminatı gerektiren olay meydana gelmiş ise bu rücu nedenine göre sigortacının sigorta ettirene karşı rücu hakkı varken, bahsettiğimiz değişiklik gereğince ise olmadığı savunulabilecektir. Bu çelişkinin giderilmesi gerekir. Fikrimizce 'kazaya sebebiyet veren' ifadesi hüküm fıkrasından çıkarılmalıdır. Aksi halde, B.4 maddesinde sayılan rücu nedenleri yapılan bu değişikliğe göre yeniden düzenlenmelidir. Biz çalışmamızda aşağıda rücu nedenlerini incelerken sadece genel şartlarda yer alan rücu nedenlerinde ifadeler nasıl yazılmış ise o şekilde değerlendirme yapacağız.

VII. DAVANIN SEBEPLERİ

A. GENEL OLARAK

1. KTK'da

KTK'da sigortacının kendi **âkidi** olan sigorta ettirene rücu edebileceği sebepler ayrıca sayılmamıştır.[137] KTK md. 95/2 maddesinde sigortacının rücu hakkı genel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.[138] KTK md. 105/4 gereğince yetkili makamdan izin alınmaksızın düzenlenen bir yarışta gerçekleşen zararlar, zarara sebep olan motorlu aracın sorumluluk sigortacısı tarafından karşılanacağı ve bu durumda sigortacının, yarış için özel bir sigortanın yapılmamış olduğunu bilen veya gerekli özenin gösterilmesi halinde bilebilecek olan işleten veya işletenlere rücu edebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm haricinde KTK ayrıca bir sebep göstermemiştir. Rücu sebeplerinin düzenlenmesi sözleşme hükümlerine bırakılmıştır.[139]

2. KMAZMSS Genel Şartları'nda

Sigorta sözleşmesinin ana muhtevasını oluşturan KMAZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde sigortacının kendi **âkidi** olan sigorta ettirene rücu edebileceği sebepler sayılmıştır. KMAZMSS Genel

---

137 Karasu, s. 114; Yılmaz, s. 307. Ayrıca bkz. Y. 11. HD, 29.03.2005 T., E: 2004/6413, K: 2942 (Ulaş, s. 1028 – 1029).

138 Y. 11. HD, 29.03.2005 T., E: 2004/6413, K: 2942 (Ulaş, s. 1028 – 1029); Ulaş, s. 1014.

139 Y. 11. HD, 29.03.2005 T., E: 2004/6413, K: 2942 (Ulaş, s. 1028 – 1029).

Şartları'nda sayılan sebeplerin ise sınırlı olarak sayılmadığı[140] ve sayılan rücu sebeplerinin açıklama mahiyetinde olduğu ifade edilmektedir.[141] Böylece genel şartlarda sayılan sebepler dışında da başka sebeplerle sigortacının kendi **âkidi** olan sigorta ettirene rücu edebileceği söylenebilecektir. Örneğin öğretide[142] sebepsiz zenginleşme hükümleri sebepleriyle rücu hakkının olduğu ve buna dair Yargıtay kararı olduğu ifade edilmiştir. Buna karşın başka bir görüşe göre ise, zarar görenlere tazminat ödeyen sigortacının daha sonradan sigorta ettirene rücu etmesi istisnai durumlar dışında mümkün olmadığından sigortacının sigorta ettirene rücu etme hakkı, sadece genel şartlarda öngörülen istisnai hallerde tanınmıştır.[143] Yargıtay, KMAZMSS Genel Şartları'nda sayılmayan sebeplerle açılan rücu davalarını red edebilmektedir. Örneğin Yargıtay[144] KTK md. 94 maddesinde araç işletenin değişmesinin sigortacıya bildirimi halinde fesih hakkı verdiğini belirtirken, bu bildirimin rizikodan önce zamanında yapılamamış olması halini eski işleten/sigorta ettirene yönelik tek başına bir rücu nedeni olarak saymamıştır. Yine Yargıtay'a[145] göre sigorta ettirenin salt olay yerinden ayrılması bir rücu nedeni olarak sayılmamaktadır.

---

140 Ulaş, s. 1015; Karasu, s. 114; Zekeriya Yılmaz, s. 1128.

141 Zekeriya Yılmaz, s. 1128.

142 Zekeriya Yılmaz, s. 1128. Karar için bkz. Y. 11. HD., 30.10.2001 T., E: 5320, K: 8410 (Zekeriya Yılmaz, s. 1128, dpn. 126).

143 Çeker, s. 207.

144 '…KTK'.nın 94. maddesinde mülkiyet değişikliği halinde sigorta sözleşmesinin kendiliğinden münfesih olacağına ilişkin bir hüküm taşımayıp, sigortacıya fesih hakkı tanınmış olmasına, sigortacı mülkiyet değişikliğinden zamanında haberdar edilmiş olsaydı sigorta sözleşmesinin feshetme konusunda haklı nedenleri bulunduğunu ileri sürüp, kanıtlanmadıkça; rizikonun gerçekleşmesinden sonra sadece fesih hakkının bulunduğundan bahisle primini peşinen tahsil etmiş olduğu zorunlu trafik sigortası sözleşmenin geçersiz kaldığı görüşüyle üçüncü kişiye ödeme yaptıktan sonra kendi sigortalısına rücu etmesi, gerek bu madde gerekse sigorta poliçesi genel şartlarının 9 ve 4. maddelerine uygun düşmediğinden davacı sigorta vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, kararın onanması gerekmiştir…Y. 11. HD., 01.05.1995 T., E: 115, K: 1781 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1995 Temmuz, C. 21, S. 7, s. 1070 - 1071 ve Kazancı İçtihat)'.

145 17. HD., 03.07.2014 T., E:12746, K:10508 (Kazancı İçtihat); Y. 17. HD., 18.01.2011 T., E: 2010/4885, K: 89 (Karasu, s. 1014 - 1015 ve Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 15.05.2008 T., E:2007/4471, K:6444 (Muktedir Lale / İhsan Akgül, Özetli İçtihatlı Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku 6155 Emsal Karar, Ankara 2011, s. 462 - 463); Y. 11. HD., 10.02.2004 T., E: 2003/6717, K: 1071 (Ulaş, s. 1014 ve Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 11759, K: 4361 (Zekeriya Yılmaz, s. 1130, dpn. 129 ve Kazancı İçtihat). Bu kararların verildiği zamanda 'olay yerini terk' hakkında bir rücu maddesi KMAZMSS Genel Şartları'nda yer almamaktaydı.

Fikrimizce rücu sebepleri KMAZMSS Genel Şartları'nda sayılan rücu sebepleri ile sınırlı değildir. KMAZMSS Genel Şartları B.4 maddesinin kaynağı olan KTK md. 95/1'dir. KTK md. 95/1'de 'sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez' ifadesi bulunmaktadır. Bu ifadede yer alan 'haller' kelimesi geniş kapsamlı düşünülmeye müsait olup, hem defileri ve hem de itirazları kapsamaktadır.[146]

Belirtelim ki, sigortacıya rücu hakkı veren sayılan olayların her biri sigortacı bakımından sigorta himayesi kapsamındadır. Sigorta himayesi kapsamında olmasaydı zarar görenlerin sigortacıya doğrudan dava hakkı da olamazdı. Yani rücu sebeplerinden biri gerçekleşse bile sigortacı zarar görenlerin ona başvurması halinde, zararlarını karşılamak zorundadır.[147] Burada rücu hakkı ile sigortacıya, sigorta ettirene karşı defi hakkına dayanarak kendi **âkidi**ne dönmesi sağlanmaktadır.[148]

Aşağıda KMAZMSS Genel Şartları'nda sayılan sigortacının kendi sigorta ettirenine rücu edebileceği sebepler/haller ayrı ayrı açıklanacaktır. Genel Şartlar'da sayılan rücu sebeplerinde çoğunlukla genel bir prensip olarak sigorta ettirenin kendi kusuru oranında ve kendi kusuru kadar sorumluluğu kabul edilmiş görünmektedir. Örneğin sigortacı, bilirkişi incelemesi sonucu belirlenen sigortalı aracın kusur oranını aşacak şekilde üçüncü kişilere fazla ödeme yapması sigorta ettiren aleyhine sonuç doğurmayacaktır.[149] Diğer bir ifadeyle genel şartlarda sayılı rücu sebeplerinden birinin gerçekleştiği ve zarar görenin de kusurlu olduğu bir olayda, üçüncü kişiye bu sebebi ileri süremeyen sigortacı üçüncü kişiye ödemede bulunmuş olsa da fazla ödediği kısmı sigorta ettirenden talep edemeyecektir.[150] Sigorta ettiren sigortalı aracının sürücüsünün kusuru oranında gerçekleşen zarardan sorumludur.[151] Örneğin ehliyetsiz olarak aracı süren sürücünün kusursuz olması halin-

146 Yılmaz, s. 306; Vural, s. 75; Bozer, s. 157; Orhunöz, s. 209.
147 Yılmaz, s. 307.
148 Ulaş, s. 1010.
149 Y. 11. HD., 23.05.1997 T., E: 3089, K: 3717 (Ulaş, s. 1024).
150 Gökcan, s. 913 – 914 ve 915.
151 Y. 11. HD., 02.04.2009 T., E: 2007/14513, K: 4017 (Gökcan, s. 932).

de sigortacının rücu hakkı bulunmamaktadır.[152] Ceza davasında kusur oranı belirlenmiş olsa da, Yargıtay[153] hukuk mahkemesinin de ayrıca gerçek zarar araştırması yapmasını, gerçek zarar belirlendikten sonra rücu davasında karar tesis edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

B. KASDİ HAREKET VEYA AĞIR KUSURUN VARLIĞI

1. Genel Olarak

Genel şartlar B.4.a bendine göre tazminatı gerektiren olay, sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı bulunmaktadır. Bu hükümden sigortacının sigorta ettirene rücu edebilmesinin koşulunun, tazminata konu olayın kasti bir hareket veya ağır kusurla gerçekleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.[154] Dikkat edilirse, madde hükmünde tam kusurdan değil de, kast veya ağır kusurdan söz edilmektedir.[155] Sigortacı bakımından, sigorta ettiren kim ise, fiilinden sorumlu olduğu kimse (örneğin şöför) de o sayılmakta olup, bu kimselerin fiilleri de sigorta ettirenin fiili addedilmektedir.[156]

2. Kusur, Kast ve Ağır Kusur Kavramları

B.4.a bendinde kast ve ağır kusur kavramları yer aldığından, kast, kusur ve ağır kusur kavramlarına öncelikle değinilmelidir. Sigorta hukukunda kast ve kusur kavramları Borçlar Hukuku'ndaki gibidir.[157] Kusur; genel kabul gördüğü anlamı ile hukuk düzenince kınanan (beğenilmeyen) davranış (zihin ve ruh hali içinde bulunma) olarak tanımlanmaktadır.[158] Kusur diğer bir anlatımla, somut olaydaki hareket

---

152 Y. 11. HD., 19.01.2004 T., E: 2003/5567, K: 432 (Gökcan, s. 942 - 943).
153 Y. 11. HD., 22.05.2006 T., E: 5971, K: 6000 (Gökcan, s. 937).
154 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184); Zekeriya Yılmaz, s. 1129.
155 Y. 11. HD., 28.04.2003 T., E: 2002/11908, K: 4189 (Gökcan, s. 946).
156 Y. TD., 07.11.1967 T., E: 1966/3268, K: 3941 (Bahaettin Kars/İrfan Dönmez, Açıklamalı – İçtihatlı Trafik İş Kazası Tazminatı ve Sigorta Rücu Davaları (Genel ve Sosyal Sigorta), İstanbul 1976, s. 203 - 204).
157 Ünan, s. 297.
158 Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 492; Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 569; Gökhan Antalya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 2012, s. 416.

tarzının belli şartlar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olunmamasıdır.[159] Kusur, hafif, orta ve ağır olarak bir tasnife tabi tutulmakta[160] ve kendi içinde kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır.[161] Kast sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi[162] iken, ihmal zararlı sonucun meydana gelmemesi için gereken özenin (dikkat ve tedbirin) gösterilmemiş olmasıdır.[163]

Normal olarak aynı durum ve koşullar altında, herkesin göstereceği temel özen ihmal edilmiş ve en basit tedbirler dahi alınmamış ise artık ağır kusurdan bahsedilmektedir.[164] İsviçre Federal Mahkemesi'ne[165] göre de ağır kusur, en basit ihtiyat kurallarını ihlal eden, aynı hal ve şartlarda bulunan her makul insanın zorunlu sayacağı tedbirleri ihmal eden kimsenin davranışıdır.[166] Türk Hukuku bakımından da kabul edilebilecek trafik ile ilgili olaya dair bir Alman Federal Mahkemesi kararına[167] göre ağır kusur, bütün şartlar altında trafikte gerekli olan özenin mutat olmayan aşırı ölçüde ihlal edilmesi ve ortaya çıkan olayda açıkça belli olan şeylerin hesaba katılmaması hallerinde söz konusu

159 Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 46 (Mesuliyet Hukuku).

160 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021).

161 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 46; Antalya, s. 419; Eren, s. 574; Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021); Tekin Memiş, "Sigorta Hukukunda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlali Konulu Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Değerlendirmesi", Reasüror, S. 54, s. 4.

162 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 46; Eren, s. 574; Antalya, s. 420; Karasu, s. 114; Yılmaz, s. 307; Memiş, s. 5.

163 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 494; Ünan, s. 297; Memiş, s. 5.

164 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495; Eren, s. 580; Ünan, s. 297; Karasu, s. 115; Memiş, s. 5. Ayrıca bkz. Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021).

165 BGE 88 II 30. Kararın çevirisi için bkz. Selim Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955 – 1964), C. I (Borçların Genel Hükümleri), Ankara 1968, s. 102.

166 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 54 – 55.

167 Karar çevirisi için bkz. Tekin Memiş, "Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) 29.01.2003 tarihli Kırmızı Işık İhlali İle ilgili Kararı. (BGH: IV ZR 173/01)", *e-akademi*, S. 28, Haziran 2004, para.13: http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Alman%20Federal%20Mahkemesi%92nin%20(BGH)%20 29.01.2003%20tarihli%20K%FDrm%FDz%FD%20I%FE%FDk%20%DDhlali%20 %DDle%20ilgili%20Karar%FD&kimlik=-381674607&url=makaleler/tmemis-7. htm (erişim tarihi: 29.05.2017) (Karar).

olur. Yargıtay kararlarında belirtiği üzere ağır kusur kasta yakın bir kusurun varlığını gerekli kılmakla birlikte[168], kasta denk değildir.[169] Ancak öğretide ağır kusur ifadesinin kast ve ağır ihmale karşılık geldiği ifade edilmektedir[170]. Bununla birlikte ağır kusur denilince çoğunlukla ağır ihmal anlaşılır[171]. Ağır kusur durumunda kişinin kendisine ait olan özen gösterme ve tedbir alma ödevlerine veya belirli bir şekilde davranmayı emreden bir hukuk kuralına tam bir aldırmazlık ile uymaması söz konusudur.[172] Kişi ortalama hareket tarzından ne kadar uzaklaşır ve hukuka aykırı sonucu önlemeye engel olan hususların bertarafı ne kadar kolay olursa kusur o derece ağırdır[173].

Ağır kusur, bağışlanması kesinlikle olanaksız olan bir irade eksikliğine dayanmaktadır.[174] Aracın frenlerinin bozuk olduğunu bilerek sürücünün sefere çıkması durumu buna örnektir[175]. Böyle bir halde sürücü en kolay dikkat ve tedbiri almamış, yani hiç özen göstermemiştir. Bu sürücü aynı zamanda göstermesi gereken iradeyi de hiç göstermemiştir. Sigorta ettiren rizikonun gerçekleşme olasılığını zihninde canlandırabiliyor ve buna rağmen, rizikonun gerçekleşmesine neden oluyor ise kast gerçekleşmiş sayılmaktadır.[176] Böylece olası kast ile kast aynı sonuca bağlanmaktadır.[177]

Sigorta sözleşmesinin temel amacı rizikoya karşı koruma sağlamaktır.[178] Rizikonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olaydır.[179] Sigortadan yararlanan kimse rizikoyu kasten meydana getirir ise, rizikonun temelinde yer alan 'be-

168 Y. 17. HD., 11.06.2013 T., E: 6915, K: 8891(Gökcan, s. 919 – 920).
169 Y. 11. HD., 20.09.2004 T., E: 13993, K: 8495 ve Y. 11. HD., 20.10.2003 T., E: 3093, K: 9548 (Zekeriya Yılmaz, s. 1129, dpn. 128); Y. 11. HD., 28.04.2003 T., E: 2002/11908, K: 4189 (Ulaş, s. 1016); Y. 11. HD., 24.06.2002 T., E: 2679, K: 6416 (Ulaş, s. 1017); Y. 11. HD., 30.10.2001 T., E: 5330, K: 8413 (Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 05.12.1994 T., E: 5450, K: 9379 (Ulaş, s. 1015 - 1016); Karasu, s. 115; Yılmaz, s. 307; Zekeriya Yılmaz, s. 1129.
170 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495; Antalya, s. 420; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 54.
171 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 55.
172 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184); Karasu, s. 115.
173 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 55.
174 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021).
175 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 55.
176 Ünan, s. 297; Karasu, s. 114 – 115.
177 Ünan, s. 297
178 Ünan, s. 300 – 301.
179 Ünan, s. 300 – 301.

lirsizlik' unsuru ortadan kalkmış olacağından, bu kimsenin sigortanın sağladığı korumadan yine de yararlanması menfaatler dengesine uygun olmadığı gibi, adil ve tutarlı da değildir.[180] Kast ve ağır kusuru ispat yükü sigortacıya aittir.[181]

3. Asli Kusur, Tam Kusur ve Ağır Kusur Ayrımı

KTK md. 84'de kırmızı ışıkta geçme fiili dâhil sayılan eylemlerin hepsi, bu eylemleri işleyen bakımından asli kusur olarak nitelendirilmiştir. O halde kırmızı ışıkta geçen veya KTK md. 84'de yer alan filleri gerçekleştirenlerin asli kusurlu sayılacakları tartışmasız olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte belirtelim ki, Genel Şartlar B.4.a bendinde asli kusurdan değil de, ağır kusurdan söz edilmektedir.[182] Öyleyse sigortacının rücu hakkının varlığı için olayın gerçekleşmesinin asli kusura dayanması yetmemektedir. Önemli olan asli kusuru aşan bir ağırlıkta ağır kusurun bulunmasıdır.[183] Sürücünün 8/8 (veya %100)[184] kusurlu sayılması dahi, tek başına ağır kusurun varlığı ve rücu talebinde bulunmak için yeterli değildir.[185] Diğer bir ifadeyle tam kusur, ağır kusur ile eş anlamlı değildir.[186] Kısaca sürücünün tam kusurlu olması ağır kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir.[187] Yine aynı yönde, sigorta ettirenin kasdi hareketi sonucu meydana gelen zarar ile onun %100 kusurlu olması da aynı anlama gelmemekte, %100 kusurlu olmak kasdi olarak hareket edildiğini göstermemektedir.[188] Zaten Genel Şartlar B.4.a bendinde tam kusurdan değil de, kasıt veya ağır kusurdan söz edilmektedir.[189]

---

180 Ünan, s. 301; Karasu, s. 115.

181 Y. 11. HD., 17.04.1995 T., E: 2377, K: 3438 (Ulaş, s. 1021); Ünan, s. 302; Ulaş, s. 1021; Zekeriya Yılmaz, s. 1129; Memiş, s. 6.

182 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184); Karasu, s. 115; Memiş, s. 14.

183 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184); Karasu, s. 115.

184 Aynı yönde '… sürücünün 6/8 oranında kusurlu olması, sigorta şirketinin sigortalısı olan davalıya rücu etme hakkını vermez. Y. 11. HD., 05.03.2007 T., E: 962, K: 3850 (Gökcan, s. 934 - 935).

185 Y. 11. HD., 01.03.1999 T., E: 1998/9872, K: 1654 (Şahin, s. 1457 - 1458); Y. 11. HD., 16.01.2006 T., E: 2005/184, K: 121 (Karasu, s. 184); Zekeriya Yılmaz, s. 1129; Gökcan, s. 914.

186 Yılmaz, s. 307; Zekeriya Yılmaz, s. 1129. Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 21.01.2002 T., E: 8113, K: 255 (Zekeriya Yılmaz, s. 1129, dpn. 128).

187 Y. 11. HD., 16.01.2006 T., E: 184, K: 121 (Gökcan, s. 939); Y. 11. HD., 28.04.2003 T., E: 2002/11908, K: 4189 (Gökcan, s. 946) .

188 Orhunöz, s. 210.

189 Y. 11. HD., 28.04.2003 T., E: 2002/11908, K: 4189 (Ulaş, s. 1016); Y. 11. HD., 24.06.2002 T., E: 2679, K: 6416 (Ulaş, s. 1017); Y. 11. HD., 05.12.1994 T., E: 5450, K:

Sürücünün kırmızı ışıkta geçmesi, yüzde yüz kusurlu olduğunu gösterse bile, bu onun ağır kusurlu veya kasıtlı olduğunu göstermez.[190] Alman Federal Mahkemesi'ne[191] göre kırmızı ışıkta geçmek fiili objektif olarak ağır kusur olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte yine Alman Federal Mahkemesi'ne[192] göre de kırmızı ışık ihlalinin daima ağır kusur sayılması şeklinde bir ilke de çıkarılamaz. KTK md. 84'de sayılan asli kusur hallerinin aynı zamanda ağır kusur olarak sayılmasını gerektiren bir hukuk kuralı da bulunmamaktadır.[193] Motorlu araçların karayolunda karışmış olduğu kazaların bir bölümü kırmızı ışıkta geçme gibi trafik ışıklarına uymama sebebi ile meydana gelmektedir.[194] Türk Ceza Kanunu gerekçesinde olası kast örneklerinden biri olarak 'kırmızı ışıkta geçme'[195] sayılmıştır. Bununla birlikte kırmızı ışığa uymama eylemini gerçekleştirenin otomatik olarak kasıtlı veya ağır kusurlu olduğunu kabul etmek yerine, her somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır.[196] Sigorta ettirenin veya şoförünün salt kırmızı ışıkta geçmesi nedeniyle trafik kurallarına aykırı davranışı nedeniyle %100 kusurlu bulunması, başlı başına kasıtlı veya ağır kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir.[197]

9379 (Ulaş, s. 1015 - 1016).

190 Y. 11. HD., 24.06.2002 T., E: 2679, K: 6416 (Ulaş, s. 1017); Y. 11. HD., 30.10.2001 T., E: 5330, K: 8413 (Karasu, s. 184 ve Ulaş, s.1016 - 1017).

191 Kararın çevirisi için bkz. Tekin Memiş, "Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) Kırmızı Işık İhlali İle ilgili 8.7.1992 Tarihli Kararı (BGHZ 119, 147)", e-akademi, S. 28, Haziran 2004, para. 7: http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Alman%20Federal%20Mahkemesi%92nin%20(BGH)%20K%FDrm%FDz%FD%20I%FE%FDk%20%DDhlali%20%DDle%20ilgili%208.7.1992Tarihli%20Karar%FD&kimlik=-1346400217&url=makaleler/tmemis-8.htm (erişim tarihi 29.05.2017) (Karar2).

192 Memiş, Karar, para. 14.

193 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184).

194 Ünan, s. 312.

195 Türk Ceza Kanunu (TCK) md.21'de yer alan 'olası kast' hakkında kanun koyucunun madde gerekçesinde verdiği örnek şu şekilde yer almıştır: 'Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir'. Bkz. TCK md. 21 madde gerekçesi.

196 Ünan, s. 312; Karasu, s. 115 - 116. Ayrıca bkz. Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184)

197 Y. 11. HD., 03.05.2004 T., E: 2003/10906, K: 4814 (Gökcan, s. 943 - 944).

4. Ağır Kusurun Belirlenmesi ve İspatı

Kusurun derecelendirilmesinde somut olayın özelliğine ve delil durumuna göre mahkemece tüm hususlar tartışılarak ve somut deliller değerlendirilerek karara varılmalı,[198] hem objektif ve hem de sübjektif şartların birlikte gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır.[199] Alman Federal Mahkemesi'nin müstekar içtihatlarına göre ağır kusur kavramı için sadece trafiğin gerektirdiği objektif ölçüler geçerli olmadığı gibi, çoğu defa sorumlu tutulan kişiyi ilgilendiren sübjektif hal ve şartlar da dikkate alınmalı, zira sübjektif unsurlar ağır kusuru hafifletebilmektedir.[200] Böylece diyebiliriz ki, kusurun derecelendirilmesinde somut olayın özelliğine göre, belli bir şekilde hareketi emreden bir mutlak nitelikteki bir trafik kuralının ihlaline rağmen durumu ağır kusur kavramından ayırmak gerekebilir.[201] Örneğin kalp krizi geçirip bilincini yitiren bir sürücünün karışmış olduğu kaza da, sürücünün sadece trafik ışıklarına uymama eylemini esas alarak kasıtlı veya ağır kusurlu olduğu nitelendirilemeyeceği gibi,[202] kırmızı ışıkta geçmek bir dalgınlık sonucu veya zamanlama hatasından da kaynaklanabilir.[203] Sırf kırmızı ışıkta geçtiği için asli kusurlu sayılan bir kimse, buna rağmen o olayın kendi özel yapısı içinde ağır kusurlu kabul edilmeyebilir.[204]

Sigortacı bu tür ağır kusur hallerinde özellikle ağır kusurun objektif unsurlarını ispat etmelidir.[205] Sürücünün kusurlu olduğunun ispatlandığı, ancak ağır kusurlu olduğuna dair yeterli bir olgunun varlığı

198 Zekeriya Yılmaz, s. 1129.
199 Memiş, s. 5.
200 Memiş, Karar2, para. 10.
201 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021).
202 Ünan, s. 313.
203 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184); Karasu, s. 115. Bununla birlikte kısa bir dikkatsizlik veya dalgınlık durumunun her olayda ayrı değerlendirilmesi, ve bazı hallerde bunun ağır kusuru hafifletmeyeceği hakkında bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. Memiş, Karar2, para. 16. Bir anlık dalgınlık ile kırmızı ışık ihlali yapmak yalın bir halde ağır kusur teşkil ettiği ancak sigorta ettirenin hâkime mazur gösterilebilecek olayın özelliklerini ortaya koyarak mahkemeyi ikna edebileceği hakkında bkz. Memiş, s. 17. Böyle bir durumda kırmızı ışıkta geçmek ile objektif unsur gerçekleşmiştir. Ancak sigorta ettiren olayın özelliğine göre sübjektif unsurları ortaya koyarak sigortacının rücu davasının reddini sağlayabilir.
204 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021).
205 Karasu, s. 116.

sigortacı tarafından ortaya konulmadığı hallerde, sigortacının Genel Şartlar B.4.a bendine dayanarak açtığı sigorta ettirene rücu davası reddedilmektedir.[206] Sigorta ettiren, sürücünün (veya kendinin) olayın oluş şekli, davranışının sebepleri, olay anındaki kendi fiziksel veya ruhsal durumu gibi subjektif nedenleri ortaya koyarak ağır kusurlu olmadığını gösterebilir.[207] Sonuç olarak kırmızı ışıkta geçmek fiili tek başına ve daima, ilke olarak bir ağır kusur sayılamaz ise de, sigorta ettiren somut olayın özelliklerine göre dikkatsizlik, dalgınlık, hastalık veya zamanlama hatası gibi sübjektif unsurları hâkime beyan ederek göstermelidir.[208] Sigortacı ağır kusuru ispat ederken, zararın doğumuna neden olan olay ile ağır kusur arasındaki bağlantıyı da göstermelidir.[209] Sigorta ettirenin sigortacısına açtığı bir davada, kasıt veya ağır kusur gerekçesiyle tazminat ödemesi yapmayan sigortacının bu hususu defi olarak ileri sürmesi gerekir.[210]

Yukarıda ifade edilenler sadece kırmızı ışıkta geçme hali için değil, diğer haller için de aynıdır. Örneğin sürücünün önündeki aracın durmasından sonra, bu araç ile emniyetli mesafe bırakmadan bu araca çarpması onun KTK md. 84.d gereğince asli kusurlu sayılmasını gerektirse de, otomatik olarak onun ağır kusurlu veya kasıtlı olduğunu kabul etmeye yetmemektedir.[211] Yargıtay,[212] bilirkişi raporu ile şoförün aracı eğimli yolda park ederken el freni çektikten sonra ayrıca aracın takoza alınmaması, tekerleklerin sol refüje çevrilmemesi gibi ek önlemleri almaması nedeniyle %100 kusurlu olduğunun belirlenmiş olduğu bir olayda, şoförün aracı %3 gibi az eğimli bir yolda refüj kenarına çektikten sonra el frenini çekerek aracı park etmiş bulunmasında şoförün hiç önlem almadığının kabul edilemeyeceğini eksik önlem almakla kusurlu olduğunu ancak ağır kusurlu sayılamayacağına karar vermiştir. Yine sigortalı aracın taşıt giremez mahalde 'u' dönüşü yaptıktan sonra, karşı yönden gelen aracın seyir şeridine tecavüz edip kazanın oluştuğu bir olayda, bu oluşum şekli içinde tam kusurlu olan sürücünün ağır kusurlu olmadığının somut olayın şartlarına göre kabul edildiği

206 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184).
207 Karasu, s. 116.
208 Memiş, s. 18.
209 Karasu, s. 116; Memiş, s. 6.
210 Y. 11. HD., 06.03.1997 T., E: 688, K: 1394 (Ulaş, s. 1021).
211 Y. 11. HD., 15.10.2001 T., E: 5002, K: 7965 (Karasu, s. 184 ve Ulaş, s. 1018).
212 Y. 11. HD., 05.12.1994 T., E: 5450, K: 9379 (Ulaş, s. 1015 - 1016).

Yargıtay[213] kararı da mevcuttur. Üçüncü kişiye ait aracın seyir şeridine girilerek şeride tecavüz, hatalı doğrultu değiştirmek şeklinde tam kusurlu olmak, kasıt veya ağır kusur olarak kabul edilememektedir.[214] Bununla birlikte fren tertibatının hatalı – arızalı olduğunu bildiği halde yola çıkan ve bu arıza sebebi ile rizikonun gerçekleşmesine neden olan sürücü ağır kusurlu olup, bu sebeple sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı vardır.[215]

5. Yargıtay'ın Olay Yerini Terk Eylemini Kast ve Ağır Kusur Olarak Nitelendirmemesi

Yargıtay[216] sigorta ettirenin (veya sürücünün) salt olay yerinden ayrılmasını[217] bir rücu nedeni saymadığından, bu halleri kast veya ağır kusur hallerinden biri olarak görmemektedir. Yargıtay bu son görüşünde, olay yerini terk etmek %100 kusur sayılabilirse de, %100 kusur, yani tam kusur kasdi hareket veya ağır kusur demek değildir gerekçelerine dayanmaktadır. Yine, Yargıtay'a[218] göre sigortalı sürücünün tam kusurlu olduğu, geceleyin araç kullanarak yol kenarına park etmiş araca çarpıp olay yerinden kaçmış olması onun kastı veya ağır kusuru olarak nitelendirilemez.

C. EHLİYETSİZ ARAÇ KULLANMAK

1. Genel Olarak – Davalı Kimse

Motorlu aracın ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kimseler tarafından sevk edilmesi KMAZMSS Genel Şartları

---

213 Bkz. Y. 11. HD., 17.11.2003 T., E: 11975, K: 11020 (Zekeriya Yılmaz s. 1129 - 1130, dpn. 128).

214 Y. 11. HD., 11.06.2009 T., E: 2008/3047, K: 7239 (Gökcan, s. 929).

215 Y. 11. HD., 20.11.2006 T., E: 11122, K: 11935 (Gökcan, s. 935 - 936).

216 17. HD., 03.07.2014 T., E:12746, K:10508 (Kazancı İçtihat); Y. 17. HD., 18.01.2011 T., E: 2010/4885, K: 89 (Karasu, s. 1014 - 1015 ve Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 15.05.2008 T., E:2007/4471, K:6444 (Lale/Akgül, s. 462 - 463); Y. 11. HD., 10.02.2004 T., E: 2003/6717, K: 1071 (Ulaş, s. 1014 ve Kazancı İçtihat); Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 11759, K: 4361 (Zekeriya Yılmaz, s. 1130, dpn. 129 ve Kazancı İçtihat).
Ulaş, s. 1010. '… Salt olay yerinde bulunmamak sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkı vermez… Y. 11. HD., 10.02.2004 T., E: 2003/6717, K: 1071 (Gökcan, s. 940). Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 26.05.2003 T., E: 123, K: 5485 (Gökcan, s. 945).

217 Bu konuda bkz. aşağı.

218 Y. 17. HD., 11.06.2013 T., E: 6915, K: 8891 (Gökcan, s. 919 – 920).

B.4.b fıkrasında bir rücu sebebi olarak sayılmıştır.[219] Bu fıkra uyarınca rücu nedeni ehliyetsiz araç kullanmak değil, riziko gerçekleştiği sırada ehliyetsiz araç kullanmaktır. Bu rücu nedenine dayalı bir davanın davalısı sürücü değil ancak sigorta ettiren olduğundan[220] hüküm ancak sigorta ettiren hakkında tesis edilebilmektedir.[221] Diğer bir ifade ile bu rücu nedenine dayanarak sigortacı kendi **âkidi** olmayan ehliyetsiz sürücüye davayı yöneltemez.[222] Sigortacı tarafından kendi **âkidi** olmayan sürücüye açılan rücu davasının sıfat yokluğu (husumet) nedeniyle reddedilmesi gerekmektedir.[223] Bununla birlikte riziko gerçekleştiğinde aracı ehliyetsiz olarak kullananın sigorta ettiren olması zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle sigorta konusu aracı sigorta ettiren kendisi dışında ehliyetsiz bir kimseye kullandırırken rizikonun gerçekleşmesi halinde de sigortacının rücu hakkı doğmaktadır.[224] Hatta sigorta ettirenin kendi tespit edip yetki verdiği şoförünün ehliyetsiz muavinine aracı terk ve teslim etmesi sigorta ettirenden kaynaklanmış sayılmakta ve sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı doğmaktadır.[225]

2. Kusur Oranının Belirlenmesi

Hak sahiplerine ödeme yapan sigortacının ehliyetsiz araç kullanımı sebebi ile sigorta ettirene rücu hakkı, sürücünün kusur oranı ile sınırlıdır.[226] Çünkü araç sahibinin sorumluluğu aracı kullanan sürücü

---

219 'Dava konusu olayda kazadan sonra düzenlenen kaza tespit tutanağında davalıya ait araç sürücüsünün sürücü belgesinin bulunmadığı belirtilmiş olduğundan davacı sigorta şirketinin davalı sigortalısına rücu etme şartlarının oluştuğu gözetilerek… Y. 17. HD., 13.03.2012 T., E: 2367, K: 3063 (Zekeriya Yılmaz, s. 1138 - 1139).

220 Ulaş, s. 1025.

221 Y. 11. HD., 28.12.2004 T., E: 3559, K: 12978 (Karasu, s. 190).

222 Y. 11. HD., 04.02.2002 T., E: 2001/8798, K: 772 (Ulaş, s. 1025).

223 Y. 17.HD., 01.03.2012 T., E: 2011/8505, K: 2455. Aynı karar Y.HGK., 13.03.2015 T., E:2013/17 – 1757, K: 1038 karar ile onanmış ve kesinleşmiştir. Y.HGK. karar metni için bkz. Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 153, Eylül 2015, s. 307 – 309.

224 Y. 11. HD., 31.03.1990 T., E: 1990/7070, K: 4028 ve Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 2002/11832, K: 4369 (Ulaş, s. 1023 - 1025). KMAZMSS Genel Şartları md. B.4 ikinci paragrafı, 02.02.2016 tarihinde (RG. S.29612) yukarıda değindiğimiz değişiklik sebebiyle kazayı yapan ehliyetsiz kişi sigorta ettiren kimse dışında birisi ise sigortacı, B.4.b'ye dayanarak sigorta ettirene rücu edemeyecektir. Hâlbuki bu değişiklik öncesinde kazayı yapan aracın sigorta ettiren dışında ehliyetsiz kişi tarafından kullanılması halinde sigortacı sigorta ettirene bu sebeple rücu edebiliyordu.

225 Y., TD., 20.12.1970 T., E: 1107, K: 5507 (Kars/Dönmez, s. 200).

226 Y. HGK., 13.04.2011 T., E: 17-2, K: 40 (Karasu, s. 187). Ayrıca bkz. Y. 17.HD., 01.03.2012 T., E: 2011/8505, K: 2455. Aynı karar Y.HGK., 13.03.2015 T., E:2013/17 – 1757, K: 1038 karar ile onanmış ve kesinleşmiştir. Y.HGK. karar metni için bkz.

ehliyetsiz dahi olsa kusur esasına dayalıdır.[227] Ehliyetsiz olarak aracı süren sürücünün kusursuz olması halinde sigortacının rücu hakkı bulunmamaktadır.[228] Sigortacının kusur oranını aşacak şekilde üçüncü kişilere fazla ödeme yapması sigorta ettiren aleyhine sonuç doğurması da mümkün değildir.[229] Ehliyetsiz araç kullanma rücu nedenine dayalı davalarda mahkemenin mutlaka kusur değerlendirmesi için teknik bilirkişiden rapor alınması ve buradaki kusur değerlendirmesine göre rücu halinde istenebilecek tazminat miktarına hükmetmesi gerekir.[230]

3. Ehliyetsiz Kimse

KTK md. 36/1 uyarınca motorlu araçların, sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından karayollarında sürülmesi ve sürülmesine izin verilmesi yasaktır. Aynı hüküm uyarınca mahkemelerce veya cumhuriyet savcılıklarınca ya da bu kanunda belirtilen yetkililerce sürücü belgesi geçici olarak ya da tedbiren geri alınanlar da sürücü belgesi olmayan veya iptal edilenlerle aynı statüde kabul edilmektedir. Zaten Genel Şartlar B.4.b fıkra hükmünde de, geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kimseler tarafından sigortalı aracın sevk edilmesi de birer rücu nedeni olarak belirtilmiştir. Yargıtay'a[231] göre de haklı olarak rizikonun gerçekleşmesinden önce sürücü belgesi (alkollü araç kullanma, hız sınırını aşmak vs. sebepleri ile) elinden alınmış (diğer bir ifadeyle sürücü belgesine geçici olarak el koyulmuş[232]) olan sürücü, ehliyetnamesiz sürücü konumunda olup, sigortacının bu sebeple sigorta ettirenine rücu hakkı bulunmaktadır.[233] Kazadan önce sürücü belgesi yasa gereği (180) gün elinden alınmış sürücü ehliyetnamesiz sürücü konumundadır.[234]

Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 153, Eylül 2015, s. 307 – 309.

227 Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 2002/11832, K: 4369 (Ulaş, s. 1024 - 1025).

228 Y. 11. HD., 19.01.2004 T., E: 2003/5567, K: 432 (Gökcan, s. 942 - 943); Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 2002/11832, K: 4369 (Gökcan, s. 944 - 945) .

229 Y. 11. HD., 23.05.1997 T., E: 3089, K: 3717 (Ulaş, s. 1024).

230 Karasu, s. 117.

231 Y. 11. HD., 23.02.2006 T., E: 2004/15174, K: 1791 (Ulaş, s. 1026 - 1027).

232 'Sürücü belgesinin KTK hükümlerine göre geçici olarak geri alındığı sırada meydan gelen hasarlarında bu madde kapsamı içinde kalacağı, dolayısı ile teminat kapsamı dışında olduğu olduğu tabiidir… Y. 11. HD., 27.06.2005 T., E: 10172, K: 6817 (Zekeriya Yılmaz, s. 1137, dpn. 132).

233 Bkz. ayrıca Y. 11. HD., 25.05.2004 T., E: 2003/321, K: 210; Y. HGK., 31.05.2006 T., E: 11-299, K: 328 (Ulaş, s. 619 - 620).

234 Y. 11. HD., 23.02.2006 T., E: 15174, K: 1791 (Gökcan, s. 939).

Bu uyuşmazlıklarda önemli olan rizikonun meydana gelme anında sürücü ehliyetine sahip olup olmadığı olup, mahkemenin bu konuyu araştırarak hüküm sevk etmesi gerekmektedir.[235]

KTK md.36 hükmüne göre sürücü belgesi iptal edilenler de sürücü belgesi olmayanlarla aynı statüdedir. Bir kimsenin sürücü belgesi ancak hukuken iptal edilmiş ise, kişi ehliyetnamesiz sayılabilir. Diğer bir ifadeyle sürücü ehliyeti iptal edilmiş olmadıkça geçerlidir.[236] Sigortacının davalının bir sınıfta geçerli ehliyeti olup da, bu kimsenin o sınıfa dair koşulları taşımadığını rücu davasında ileri sürmesi ve bu koşulları taşıyıp taşımadığının rücu davasında değerlendirilmesi mümkün olmayıp, sürücü belgesi verilmesi işlemi idari bir işlem olduğundan, bu belgenin iptali için idare mahkemesinde dava açılmalı ve onun sonucuna göre karar verilmelidir.[237]

Sürücü kursunu tamamlamak ve sürücü sertifikası almak hukuken ehliyetli olmak anlamına gelmemektedir. Sürücü, yasanın öngördüğü şekilde sürücü sertifikasını sürücü belgesine dönüştürmedikçe ehliyetnamesiz sayılmaktadır.[238] KTK md. 42/son uyarınca sürücü sertifikaları, sınıfına uygun sürücü belgelerine dönüştürülmedikçe sahiplerine karayolunda araç kullanma yetkisi vermemektedir. Diğer bir ifadeyle şoför, sürücü sertifikası sahibi olup ehliyet alma hakkına haiz olsa dahi ehliyetini almadığı süre içinde araç kullanması durumunda sürücü belgesiz araç kullanan kişi konumunda olup bu sırada oluşan kazadan dolayı üçüncü kişiye ait araçta meydana gelen zararı ödeyen sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı bulunmaktadır.[239]

KTK md. 39/2 uyarınca sürücü belgesi sahiplerinin, sürücü belgelerinin sınıfına göre sürmeye yetkili oldukları araçların dışındaki araçları sürmeleri yasaktır. Bu sebeple de sürücü belgesi söz konusu sigortalı aracı sürmeye uygun bir sınıfta sürücü belgesi değilse, yani

---

235 Y. HGK., 31.06.2006 T., E: 11-299, K: 328 (Zekeriya Yılmaz, s. 1137, dpn. 132); Y. 11. HD., 30.11.2004 T., E: 2375, K: 11748 (Ulaş, s. 1025 – 1026; Y. 11. HD., 27.06.2005 T., E: 10172, K: 6817 (Zekeriya Yılmaz, s. 1137, dpn. 132).

236 Ulaş, s. 1027.

237 Y. 11. HD., 17.05.2004 T., E: 2003/11672, K: 5462 (Ulaş, s. 1027).

238 Y. 11. HD., 16.01.2007 T., E: 2005/13398, K: 316 (Karasu, s. 193 – 194 ve Kazancı İçtihat). Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 26.02.1996 T., E: 661, K: 1144 (Ulaş, s. 623 - 624).

239 Y. 17.HD., 01.03.2012 T., E: 2011/8505, K: 2455. Aynı karar Y.HGK., 13.03.2015 T., E:2013/17 – 1757, K: 1038 kararı ile onanmış ve kesinleşmiştir. Y.HGK. karar metni için bkz. *Legal Hukuk Dergisi,* C. 13, S. 153, Eylül 2015, s. 307 – 309.

sürücü gerekli ehliyetnameye sahip değilse, yani sigortalı aracı yetersiz sürücü belgesi ile kullanıyorsa[240], o kimse de ehliyetnamesiz araç süren sayılmakta ve sigortacının rücu hakkı doğmaktadır.[241] Böylece sigortalı araç türü için G sınıfı sürücü belgesi gerekmekte iken, sürücünün sürücü belgesinin C sınıfı olduğu belirlenen veya D sınıfı sürücü belgesi gerekmekte iken, sürücünün sürücü belgesinin E sınıfı olduğu hallerde sigortacının sigorta ettirene rücü hakkı bulunmaktadır.[242] İlgilinin sigortalı aracı kullanmaya ehil sürücü belgesine sahip olması halinde ise sigortacının rücu davası reddedilmelidir.[243] Bir yasanın yürürlüğe girmesinden önce o araç için gerekli ehliyetnameyi almış olan kimseler müktesep hak ilkesi sayesinde gerekli ehliyetnameye sahip sayılmaktadır.[244] Bununla birlikte kanun koyucunun müktesep hakkı korumakla birlikte eski yasaya göre müktesep hak kazanmış sürücülere bir geçiş süreci belirleyerek bazı ek kurslara katılmasını zorunlu koşabilmesi mümkündür.

Sigorta ettirenin aracı kullanmasına muvafakat ettiği kişinin ehliyetname sahibi olduğunu zannetmesi, yani ehliyetnamesiz olduğunu bilmemesi sonuca etkili değildir.[245] Yabancı ülkelerden alınan ehliyet ile araç kullanılması halinde yasal mevzuata uygunluğun olup olmadığı aranmalıdır. Yabancı ülkelerden alınan ehliyet ile araç kullanma hali Karayolları Trafik Yönetmeliği md. 88'de sayılmıştır. Örneğin md. 88.a uyarınca Türk vatandaşları dış ülkelerden alınan sürücü belgeleri ile Türkiye'ye giriş yapıldığı tarihten itibaren en fazla 1 yıl süreyle araç

240 Y. 17. HD., 24.05.2010 T., E: 2165, K: 4673 (Gökcan, s. 923).

241 Y. 11. HD., 19.01.1988 T., E: 1987/7238, K: 47; Y. 11. HD., 17.05.1999 T., E: 2087, K: 4105; Y. 11. HD., 02.04.2002 T., E: 2002/65, K: 3004; Y. 11. HD., 07.11.2002 T., E: 6845, K: 10118 (Ulaş, s. 620 - 623).

242 Y. 11. HD., 12.02.2001 T., E: 10171, K: 1158 ve Y. 11. HD., 07.11.2002 T., E: 6845, K: 10118 (Zekeriya Yılmaz, s. 1136, dpn. 131).

243 Bkz. Y. 17. HD., 13.02.2012 T., E: 2367, K: 1484 (Zekeriya Yılmaz, s. 1139). '…2918 sayılı KTK 39. maddesinde, sürücü adayı olarak araç kullanacakların 'K' sınıfı sürücü belgesine sahip olmaları zorunlu olduğu ve sürücü aday belgelerinin 6 ay geçerli olduğu düzenlenmiş olup, somut olayda sigortalı aracı kullanan sürücünün sürücü adayı olduğu, belgesinin 'K' sınıfı olduğu, sürücü kursu tarafından kullanılan araç ile ve yanında sorumlu sürücü bulunduğu sırada kazanın meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bu hale göre, aracın gerekli ehliyetnameye sahip sürücü tarafından kullanıldığı davacı sigorta şirketinin sigorta ettiren konumundaki davalıya rücu imkanı bulunmadığının kabulü… Y. 17. HD., 30.06.2009 T., E: 5042, K: 4792 (Gökcan, s. 928).

244 Y. 11. HD.,20.09.1973 T., E: 3098, K: 3397 (Kars/Dönmez, s. 202).

245 Y. 11. HD., 24.10.1979 T., E: 4973, K: 4927(Ulaş, s. 618).

kullanabilmektedir. Md. 88.b uyarınca da yabancılar dış ülkelerden alınan sürücü belgeleri ile Türkiye'ye giriş yapıldığı tarihten itibaren en fazla altı ay süreyle araç kullanabilir, altı ayın sonunda Türkiye'de araç kullanılabilmesi için dış ülkelerden alınan sürücü belgelerinin Türkiye'de geçerli sürücü belgesi ile değiştirilmesi zorunludur. Mahkeme önüne gelen olayda bu yasal mevzuata uygunluğu araştırmalı, eğer uygunluk var ise sürücü ehliyetli, yok ise ehliyetsiz sayılmalıdır.[246]

4. Ağır Kusur

B.4.b fıkrasında ehliyetnamesiz araç kullanma ile doğrudan ilgili olmayacak şekilde, aynı zamanda bir başka rücu nedeni daha tesis edilmiştir. Bu sebebe göre sigortacı sigorta ettirenin trafik kurallarını ağır kusuru[247] ile ihlali sonucunda kaza meydana gelmiş ise ona rücu edebilecektir. Bu husus zaten B.4.a fıkrası ile düzenlenmiş iken tekrar başka bir fıkra ile düzenlenmesi kanun yapma tekniğine aykırıdır. Bu konu hakkında B.4.a fıkrası için söylediklerimiz geçerlidir.

D. ALKOLLÜ VEYA UYUŞTURUCU MADDE KULLANMIŞ OLARAK ARAÇ KULLANMAK

1. Eski Mevzuatta Durum

Yukarıda da değindiğimiz gibi KMAZMSS Genel Şartları 14 Mayıs 2015 Tarihli ve 29355 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, böylece 12.8.2003 tarihli ve 25197 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan KMAZMSS Genel Şartları yürürlükten kaldırılmıştır. 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanıp, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları B.4.c fıkrasında sigortalı aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı

246 Bkz. Y. 11. HD., 19.02.2001 T., E: 2000/10346, K: 1417; Y. 11. HD., 25.09.2003 T., E: 2042, K: 8235 (Ulaş, s. 625 - 626).

247 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı resmi gazetede yayınlanıp, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları md. B.4.b ilk halinde 'trafik kurallarının ihlali' ifadesi vardı. Böyle bir ifade sonucu sigorta ettirenin herhangi bir ihmali dahi aranmıyordu. Bu hükmün iptali için davalar sonucu kanun koyucu değişikliğe giderek ifadeyi 'trafik kurallarının ağır kusuru ile ihlali' şeklinde bir ifade ile değiştirdi. Değişiklik 02.02.2016 tarihinde (RG. S.29612) yayınlandı.

mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması birer rücu sebebi olarak sayılmıştır. Oysa önceki genel şartlarda aynı rücu sebebini düzenleyen B.4.d fıkrasında tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay, yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeni ile aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği belirtilmişti.

24.05.2013 kabul tarihli 6487 sayılı Kanun[248]'un 19. maddesi ile değişen KTK md. 48/1 uyarınca 'uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır'. Oysa değişiklikten önce KTK md. 48, 'uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır' şeklindeydi. Görüldüğü gibi sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği sebepler arasında en tartışmalı olan[249] bu sebeple ilgili olarak kanun koyucu kapsamlı bir değişikliğe gitmiştir. Bu konuda eski genel şartlar ve eski KTK md. 48'de sigortacının rücu hakkının varlığı için alkolün tek başına yeterli olmaması[250] ve sürücülerin alkollü içki almış olmaları nedeni ile güvenli araç sürme yeteneklerini kaybetmiş olması olgusunun varlığının da kanıtlanması gerektiğine dair Yargıtay kararlarına[251], yeni genel şartlar ve yeni KTK md. 48 karşısında artık başvurulamayacağı kanaatindeyiz.[252]

Şöyle ki, KTK md. 48'de meydana gelen değişiklikten ve yeni genel şartların yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay[253] haklı ve doğru

248 Bazı Kanunlar ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG. 11.06.2013 T., S. 28674).

249 Bkz. Karasu, s. 117.

250 '…O halde, hasarın teminat dışı kalabilmesi için, kazanın meydana geliş şekli itibariyle sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir… Y. 17. HD., 16.03.2009 T., 2008/4510, K: 1458 (Kazancı İçtihat)'; '…hasarın teminat dışı kalabilmesi için kazanın meydana geliş şekli itibariyle sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir…Y. 17. HD., 19.04.2016 T., E: 2015/19444, K: 5007 (Kazancı İçtihat)'.

251 Kararlar için bkz. Ulaş, s. 1028 vd..

252 Aynı görüşte bkz. Karasu, s. 118.

253 '…Sigorta poliçesi genel şartları 4/b'e göre kaza ve hasar sürücünün, alkolün et-

olarak sigortacının rücu hakkının doğumu için alkolün meydana gelen zararın tek başına sebebi olması gerektiğini, sigortacının rücu hakkı için kazanın meydana geliş şekli itibarı ile sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olmasını aramaktaydı. Diğer bir anlatımla Yargıtay'a[254] göre sürücünün alkollü olması tek başına rücu etmek için yeterli olmamaktaydı. Yargıtay[255] sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından,

---

kisi altında bulunmasından ileri gelmiş olması durumunda teminat dışı kalır. Ancak sırf sürücünün alkollü olması hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez…. Y. HGK., 19.04.2000 T., E: 11-806, K:801 (Kazancı İçtihat); '…Rizikonun teminat dışında kalması için sürücünün sadece alkollü olması yeterli olmayıp, kazanın münhasıran alkolün etkisinde oluştuğunun sigortacı tarafından ispatlanması gerekir… Y. HGK., 23.10.2002 T., E: 11-768, K:840 (Kazancı İçtihat) ve Y. HGK., 14.12.2005 T., E: 11-624, K:715 (Kazancı İçtihat); '…sürücünün alkollü olması, yalnız başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Oluşan hasarın salt alkolün etkisi altında oluşup oluşmadığının saptanması gerekir….Y. HGK., 07.04.2004 T., E: 11-217, K:212 (Kazancı İçtihat)'; '…Hasarın teminat dışı kalabilmesi için aracı kullananın alkolün etkisi altında trafik kazasına yol açmış olması gerekmektedir…. Y. 11. HD., 28.09.2004 T., 2003/14413, K: 9000 (Kazancı İçtihat)'.

254 Y. 17. HD., 16.03.2009 T., 2008/4510, K: 1458 (Kazancı İçtihat).

255 Y. HGK., 07.04.2004 T., E: 11-217, K:212 (Kazancı İçtihat). Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 15.9.1997 gün ve 1997/5251-5773 şu ilamı Y. HGK tarafından aynen benimsenmiştir; 'Dairemiz uygulamasında; sürücünün alkollü içki almış olması nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunması halinde teminat dışı olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda sürücünün aldığı alkolün oranı doğrudan doğruya sonuca etkili değildir. Bu bağlamda mahkemece yapılacak iş; aralarında nöroloji uzmanı tabip ile trafik uzmanı kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulunca inceleme yaptırılması ve davalı yanın kazanın saat 05'de olduğu, alkol muayenesinin ise saat 07'de yapıldığı şeklindeki savunması da, göz önün de tutularak olayın meydana geliş şekli itibariyle bu kaza ve hasarın münhasıran sürücünün alkolün etkisi altında kalmasından ileri gelip gelmediğinin tespit ettirilmek ve sonucuna göre, hüküm kurulmak gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. Y. HGK., 15.04.1998 T., E: 11-258, K:273 (Kazancı İçtihat)'. Ayrıca bkz. Y. HGK., 19.04.2000 T., E: 11-806, K:801 (Kazancı İçtihat). Ayrıca bkz. 'Sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurlarında olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması, sonuçta olayın tek başına alkolün etkisiyle meydana geldiğinin belirlenmesi durumunda, oluşan hasarın poliçe teminatı dışında kalacağından davanın kabulüne aksi halinde reddine karar verilmesi gerekir' Y. 17.HD., 09.05.2016 T., E: 560, K: 5641 (Kazancı İçtihat)' ve '…kazanın münhasıran alkolün etkisi altında gerçekleşip gerçekleşmediğinin, başka unsurlarında etkili olup olmadığının tespiti hususlarında ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli, önceki bilirkişi kurulu raporunun da irdelendiği rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Y. 17.HD., 26.02.2015 T., E: 2014/24543, K: 3456 (Kazancı İçtihat)'.

mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla, olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurların da olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması gerektiğini kabul etmekteydi.[256] Özetle olayın tek başına alkolün etkisi ile meydana geldiğinin saptanması durumunda, oluşan hasarın poliçe teminatı dışında kalacağından davanın reddine, aksi halde kabulüne karar verilmesi gerekmekteydi.

Yargıtay'a[257] göre kazanın münhasıran alkol etkisiyle meydana gelip gelmediği konusunda rapor aldırılmalı ve alınması gereken bu raporun da somut olayda kazanın münhasıran (salt) alkolün etkisi altında gerçekleşip gerçekleşmediği ile başka unsurlarında etkili olup olmadığının belirlenmesi için gerekçeli ve denetime elverişli olması gerekmektedir. Bu anlayış doğrultusunda, kazaya karışan diğer araç sürücüsünün de kusurlu olduğunun belirlenmesi halinde kazanın münhasıran davalının alkollü olması nedeniyle meydana geldiği kabul edilmemekteydi.[258] Yargıtay'a göre eski KTK md. 48 hükmü uyarınca kandaki promil oranı dikkate alınmaksızın olayın sürücünün alkolün etkisi nedeniyle güvenli sürüş yeteneğini kaybetmesi sonucu meydana gelip gelmediğinin saptanması önem kazanmakta, zira alkolün etkisi kişilerin bünyesine göre değişik sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.[259]

---

256 '…kazaya başka bir aracın davalıya ait araca çarpmasının etken olup olmadığı, salt alkolün etkisi ile meydana gelip gelmediğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi yönünde bilirkişi heyetinden rapor alınması gerektiğinden… Y. HGK., 26.02.2014 T., E: 2013/17-626, K: 146 (Gürcan, s. 916 – 917). Böyle bir bilirkişi kurulunca davaya konu olayın sürücünün alkolün etkisinde kalması sonucu meydana geldiği tespit edilirse sigortacının rücu hakkı doğmaktadır. Bkz. Y. HGK., 02.03.2005 T., E: 11-81, K:118 (Kazancı İçtihat).

257 Y. 17. HD., 09.05.2016 T., E: 560, K:5641 (Kazancı İçtihat). Bu davada Yargıtay 'sigortalı araç sürücüsü kazadan sonra 04:25'de yapılan ölçüme göre 0,85 promil alkollü olarak tespit edilmiştir. Ancak münhasırlıktan bahsedebilmek için kazaya neden olan başka etkenin olmaması gerekir. Oysa somut olayda, dosya kapsamına göre 6.5.2015 tarihli Trafik İhtisas Dairesi raporunda davalı ZMSS'li sürücü ...'in %70 oranında, dava dışı araç sürücüsünün %30 oranında kusurlu olduğu belirlenmiş, aldırılan hasar raporuna göre belirlenen miktarın davalının kusuruna tekabül eden kısmı için davanın kabulüne karar verilmiştir. Kazanın gerçekleşme şekline göre münhasıranlıktan söz edilemez.' Şeklinde karar vererek sigortacının rücu talebini tamamen reddetmiştir.

258 Y. HGK., 13.05.2015 T., E: 17-2156, K: 1338 (Kazancı İçtihat).

259 Y. HGK., 02.03.2005 T., E: 11-81, K:118 (Kazancı İçtihat).

Yargıtay[260] haklı olarak olay alkollü içki alınması sebebiyle aracın güvenli sürme yeteneğinin kaybedilmesi sonucu meydana gelmiş ise, sigortacının sigortalısına rücu hakkı bulunduğunu kabul etmekteydi. Sürücünün münhasıran alkolün etkisiyle kaza yapmış olduğu ise, sigortacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.[261]

2. Yürürlükteki Mevzuatta Durum

KTK md. 48/son uyarınca alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin tespiti için kullanılacak teknik cihazların sahip olacağı asgari koşullar ile diğer usul ve esaslar yönetmelikte gösterilir. Karayolları Trafik Yönetmeliği (RG. 18.07.1997 T, S. 23053) md. 97/1[262] uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üzerinde olan hususi otomobil sürücülerinin ve kanlarındaki alkol miktarı 0.20 promilin üstünde olan diğer araç sürücülerinin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. KTK md.48/7 uyarınca ayrıca hususi otomobil sürücüleri bakımından 0.50 promilin, diğer araç sürücüleri bakımından 0.20 promilin üzerinde alkollü olan sürücülerin trafik kazasına sebebiyet vermesi hâlinde, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

KTK md. 48/1 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasak olduğundan ve bununla uyumlu olarak yürürlükteki KMAZMSS Genel Şartları B.4.c fıkrasında sigortalı aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması birer rücu sebebi olarak sayıldığından, artık yürürlükteki mevzuat gereği uyuşturucu

260 Y. 17. HD. 23.09.2008 T., E: 3274, K: 4234 (Ulaş, s. 1032).

261 Y. 17. HD. 15.04.1996 T., E: 2211, K: 2742 (Ulaş, s. 1032); Y. HGK., 23.10.2002 T., E: 11-768, K:840 (Kazancı İçtihat); Y. HGK., 14.12.2005 T., E: 11-624, K:715 (Kazancı İçtihat).

262 KTK md. 48 açıkça alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmelerini yasaklamış olduğundan, buna dair çıkarılan Karayolları Trafik Yönetmeliği md. 97. maddesi ile 'yasada yer alan hükmü (eski KTK md.48) dikkate almadan, salt 0.50 promilin üstünde alınan alkol miktarına göre araç kullanma yasağı getirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz bulunduğuna dair (bkz. Y. 17. HD. 16.03.2009 T., E: 2008/4510, K: 1458 (Ulaş, s. 1029 – 1030)) gibi Yargıtay kararlarına da artık başvurulamayacağı kanaatindeyiz.

madde kullanmakta olduğu gibi, başka bir şart aranmadan mevzuatta belirlenen miktarın üzerinde alkollü araç kullanırken kaza meydana gelmiş olması sigortacının rücü sebebine başvurması için yeterlidir. Özet olarak artık 'alkolün güvenli araç sürme yeteneğini engellemesi hali'[263] değil de 'mevzuatta belirlenen yasal sınırın[264] üzerinde alkollü araç sürme hali' birer rücu sebebi olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte sigortacının ispat yükünde bir değişiklik bulunmamaktadır. Sigortacı sürücünün yasal mevzuatta belirlenen sınırın üzerinde alkollü araç kullanırken kazayı yaptığını ispatlamalıdır. Zira zorunlu Genel Şartları B.4. maddesinde sigorta şirketinin sigortalısına rücu edebileceği haller düzenlenmiş olup, rücu hakkının doğduğunun ve maddede sayılan bu hallerin mevcut olduğunu ispat yükü sigorta şirketindedir.[265]

3. Görüşümüz

Yeni yasal düzenlemeler uyarınca artık, uyuşturucu madde almış olan sürücüler ile mevzuatta belirlenen sınırın üzerinde alkollü olan sürücüler arasında sigortacının rücu hakkına başvurması bakımından bir fark kalmadığı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, eski genel şartlar ve eski KTK md. 48 ile yeni mevzuat arasında uyuşturucu madde alınarak araç kullanılmasında sigortacının rücu sebebinde bir değişiklik bulunmadığı malumdur. Uyuşturucu madde alınarak araç kullanılması hali tek başına sigortacının rücu sebebini oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla uyuşturucu madde alınarak aracın kullanılması esnasında kazanın gerçekleşmesinde uyuşturucu madde alınması ile güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilip kaybedilmediği araştırması yapılmamakta, yani bu hal ile kaza arasında illiyet bağı aranmamaktadır.[266] Yargıtay[267] da sigortacının rücu hakkının doğabilmesi için uyuşturucu ve keyif verici maddelerin alınmış olmasını yeterli görmektedir. Bundan böyle aynı değerlendirme mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belir-

263 Bkz. Ulaş, s. 1029.
264 Oysa eski mevzuat gereğince 'sürücünün aldığı alkolün promil oranlarının doğrudan doğruya sonuca etkisi yoktu'. Bkz. Y. 11. HD., 08.04.1996 T., E: 2125, K:2595 (Ulaş, s. 1032).
265 Y. 17. HD., 18.01.2011, E: 2010/4885, K: 89 (Kazancı İçtihat).
266 Bkz. Ulaş, s. 1031.
267 Y. 11. HD., 08.11.1996 T., E: 7018, K:7722 (Ulaş, s. 1031).

tilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle aracın kullanılması sırasında meydana gelen zararlar bakımından da geçerlidir.

Yeni genel şartların yürürlüğe girmesinden sonra (ve yeni KTK md. 48 yönünden de) gerçekleşen olaylarda, artık kazaya salt-münhasıran alkolün etki etmesi rücu şartı olarak aranmayacak,[268] ancak meydana gelen zarara alkolün dışında başka bir unsur daha etken olmuş ise sigortacının rücu hakkının kapsamı alkolün kazaya etkisi oranında olması gerekecek[269] ve kazanın alkollü araç kullanma sebebi ile değil de, illiyet bağını ortadan kaldıracak şekilde, alkolün hiç etkisi olmadan meydana geldiği tespit edilebiliyorsa sigortacının rücu hakkının olamayacağı ileri sürülebilecektir.[270] Türk Medeni Kanunu md. 6 uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğundan bu

---

268 Böylece fikrimizce artık 'kazaya karışan diğer araç sürücüsüne de kusur verildiğinden kazanın münhasıran davalının alkollü olması nedeniyle meydana geldiği kabul edilemez' şeklinde karar verilmesi yasaya aykırı olacaktır. Bu karar için bkz. Y. HGK., 13.05.2015 T., E: 17-2156, K: 1338 (Kazancı İçtihat).

269 Yukarıda örnek olarak verilen bir içtihatta Yargıtay 'sigortalı araç sürücüsü kazadan sonra 04:25'de yapılan ölçüme göre 0,85 promil alkollü olarak tespit edilmiştir. Ancak münhasırlıktan bahsedebilmek için kazaya neden olan başka etkenin olmaması gerekir. Oysa somut olayda, dosya kapsamına göre 6.5.2015 tarihli Trafik İhtisas Dairesi raporunda davalı ZMSS'li sürücü ...'in %70 oranında, dava dışı araç sürücüsünün %30 oranında kusurlu olduğu belirlenmiş, aldırılan hasar raporuna göre belirlenen miktarın davalının kusuruna tekabül eden kısmı için davanın kabulüne karar verilmiştir. Kazanın gerçekleşme şekline göre münhasıranlıktan söz edilemez.' şeklinde karar vererek sigortacının rücu talebini tamamen reddetmiştir. Bkz. Y. 17. HD., 09.05.2016 T., E: 560, K:5641 (Kazancı İçtihat). Yeni genel şartların yürürlüğe girmesinden sonra (ve yeni KTK md. 48 yönünden de) gerçekleşen bir olayda artık bu şekilde karar verilemez. Olayın gerçekleştiği zaman yürürlükte bulunan mevzuata göre doğru olan bu karar artık doğru değildir. Bu olayda yerel mahkemenin o zaman verdiği kusur oranına göre verdiği karar yürürlükteki mevzuata göre artık yasaya uygundur. Zira sürücü yasal sınırın üzerinde alkollüdür. Artık tek başına bu husus bir rücu nedenidir. Ancak kazaya alkolün dışında etki eden unsur varsa bu da dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. Yine, somut olayda, olay anında (Widmark formülüne göre tespit edilen) 0.61 promil alkollü olarak araç kullanırken, bariyerlere çarparak kaza yapan sürücünün %100 kusurlu olması dahi, ZMSS şirketi yönünden sigortalıya rücu sebebi değildir şeklinde bir kararın (bkz. Y. 17.HD., 26.02.2015 T., E: 2014/24543, K: 3456 (Kazancı İçtihat)) verilmesi yeni genel şartların yürürlüğe girmesinden sonra (ve yeni KTK md. 48 yönünden de) artık yasaya uygun değildir. Böyle bir olayda sigortacının rücu sebebi kanıtlanmış ve gerçekleşmiştir. Bundan sonra sigorta ettiren olaya başka bir unsurun da sebebiyet verdiğini veya başka bir unsurun alkol etkisinin önüne geçerek illiyet bağını kestiğini ileri sürebilir. İspat yükü de sigorta ettirendedir.

270 Bkz. Karasu, s. 118 - 119.

hususların ispat yükü sigorta ettiren üzerindedir. Sigortacının sigorta ettirene bu sebeple başvurması halinde dahi, 'sigortacının ancak gerçek zarar miktarından, sürücünün kusuru oranında indirim yapılarak rücu edebileceği'[271] yeni düzenlemeler uyarınca da geçerlidir.

E. İSTİAP HADDİNİN AŞILMASI - PATLAYICI, PARLAYICI VE TEHLİKELİ MADDELERİ TAŞIMA RUHSATI BULUNMAYAN ARAÇLARDA TAŞINIRKEN BU MADDELERİN PARLAMA, TUTUŞMA VE İNFİLAKI – YOLCU TAŞIMA RUHSATI OLMAYAN ARAÇLA YOLCU TAŞIMA

KMAZMSS Genel Şartları B.4.ç fıkrasında tazminatı gerektiren olay, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş olması bir rücu nedeni olarak sayılmıştır.

Uygulamada bu rücu sebebi ile ilgili olarak Yargıtay önüne gelen olayların istiap haddinin aşılması hakkında olduğu belirtilmektedir.[272] İstiap haddi, aracın taşıyabileceği yolcu ve yük miktarını belirleyen azami sınırdır.[273] KTK md. 3 uyarınca aracın taşıma sınırı güvenle taşıyabileceği en çok yük ağırlığı veya yolcu sayısıdır. Rücu sebebi olarak gösterilen durumların kazanın oluşumuna münhasıran etken - sebep olması gerekmekte,[274] aksi halde bu sebeplerle kaza arasında uygun illiyet bağının bulunmaması halinde sigortacının rücu hakkı doğmamaktadır.[275] Yani olayın meydana gelişi ile istiap haddinin aşılması

---

271 Ulaş, s. 1034 ve orada Y. 11. HD. 17.05.2005 T., E: 2004/8256, K: 5242 (Ulaş, s. 1034).

272 Bkz. Ulaş, s. 1035; Karasu, s. 119.

273 Karasu, s. 119.

274 '…Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.4.e maddesine göre, tazminatı gerektiren olay, yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması yüzünden meydana gelmişse sigortacının işletene rücu hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın doğabilmesi için araca istiap haddinden fazla yolcu alınmasının kazanın oluşumuna münhasıran etken olması gereklidir…Y. 11. HD., 03.12.1996 T., E: 8118, K: 8507 (Ulaş, s. 1035).

275 Ulaş, s. 1035. '…Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, kazanın meydana gelmesinde araçta istiap haddi üzerinde yolcu bulunmasının etkili olmadığı gerekçesi ile asıl ve birleştirilen davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki

arasında uygun illiyet bağının olması[276] ve salt (münhasıran) bu nedenle rizikonun gerçekleşmesi gerekmektedir.[277] Hâkim önüne gelen olayda, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı konusunda ay-

bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre,…. Y. 17. HD., 24.06.2014 T., E: 2013/9634, K: 9903 (Legalbank)'; '…kazanın oluşumunda sigortalı araçta istiap haddinden fazla yolcu alınmasının etkisi olmadığı kesinleşmiş olması ve sigorta şirketinin dayandığı poliçe genel koşullarının 4/e maddesindeki rücu koşullarının oluşmadığı sabit olması karşısında davanın reddine karar vermek gerekirken… Y. 11. HD., 08.03.1999 T., E: 1998/10065, K: 1847 (Ulaş, s. 1035 - 1036)'.

276 '…Bu durumda mahkemece istiap haddinden fazla yolcu alınması ile kazanın meydana gelmesi arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı konusunda ek bilirkişi raporu alınarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken,.. Y. 11. HD., 02.03.2009 T., E: /200713595, K: 2298 (Gökcan, s. 933)'.

277 Bkz. Y. 11. HD., 05.07.1999 T., E:4361, K: 6300 (Gökcan, s. 91 ve dpn. 66); Y. 17. HD., 19.02.2013 T., E: 10264, K: 1983 ve Y. 17. HD., 10.06.2013 T., E: 2638, K: 8819 (Zekeriya Yılmaz, s. 1151 – 1153). '…mahkemece alınan ilk bilirkişi raporunda rizikonun aşırı yüklemeden değil, araç şoförünün viraja aşırı süratlı girmesinden doğduğunu açıklamıştır. Bu rapora itiraz üzerine, teknik sahada uzman bir bilirkişiden alınan raporda ise, rizikonun asıl gerçekleşme sebebi ilk rapora uygun bir şekilde araç şoförünün viraja aşırı süratli girmesinin neden olduğu açıklandıktan sonra, aşırı yüklemenin aracın devrilmesinde kolaylaştırıcı rol oynadığını açıklamış bulunmaktadır. Kısacası, her iki raporda da araç devrilmesinin yani rizikonun asıl sebebinin sürücünün viraja aşırı süratle girmesi olarak kabul edilmektedir. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bu gibi hallerde rizikonun sigorta teminatı dışında kalabilmesi için, riziko ile teminat dışı bırakılan husus veya eylem arasında uygun illiyet bağı olması ve rizikonun münharısan bu sebeple oluşması gerektiği aranmaktadır. Yukarıda açıklanan bilirkişi raporlarında ise, rizikonun asıl sebebinin aşırı yükleme olmadığı açıklandığına göre, bu hasarın sigorta teminatı için kaldığının kabulü gerekir. Y. 11. HD., 10.10.1997 T., E: 6225, K: 6841 (Kazancı İçtihat)'; '… taraflar arasındaki kasko sigorta sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olan poliçe genel şartlarının anılan maddesi ile aracın ruhsatında belirtilen istiap haddinden fazla yük ve yolcu taşınması halinde oluşan hasar ve ziyalar sigorta güvencesi dışında bırakılmıştır. Ancak, Dairemiz alkollü araç kullanma hallerinde olduğu gibi, bu istisna hükmünü uygularken, gerçekleşen riziko ile istiap haddinden fazla yük ve yolcu taşıma arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunmasını ve ancak kazanın salt bu nedenle meydana gelmesi koşulu ile riziko ve hasarın sigorta güvencesi dışında olduğunu kabul etmektedir. Oysa 4.6.1999 tarihli uzman bilirkişi raporunda istiap haddinin aşılması ile kaza arasında doğrudan sebep - sonuç ilişkisi bulunmadığı saptandığına göre, davanın (746.605.000) TL üzerinden kısmen kabulü gerekirken, değinilen gerekçelerle yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir... Y. 11. HD., 20.06.2000 T., E: 6225, K: 6841 (Zekeriya Yılmaz, s. 1151)'. Bu son karar YGK tarafından onaylanmıştır. Karar için bkz. Y.HGK, 05.12.2001 T., E: 11-1109, K: 1108 (Kazancı İçtihat). 'Dairemizin yerleşik uygulamalarında belirtildiği gibi, riziko ile istiap haddinden fazla yük ve yolcu taşıma arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kazanın münhasıran bu nedenle meydana gelmesi gerekmektedir. Y. 11. HD., 01.05.2006 T., E: 5077, K: 4916 (Gökcan, s. 939)'. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasının bu yönde olduğu hakkında bkz. Zekeriya Yılmaz, s. 1150. Ayrıca bkz. Yılmaz, s. 308.

rıntılı, gerekçeli ve denetime açık bir rapora göre karara varmalıdır.[278] Mahkemece, kazanın oluş şekli ile aracın nitelikleri ve araçtaki yolcu sayısı da dikkate alınarak kazanın sırf istiap haddinin aşılmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunda uzman bilirkişilerden rapor alınması gerekmektedir.[279] Eğer bu rapor ile istiap haddinin münhasıran kazanın gerçekleşmesine sebep olmadığı belirlenmiş ve olayın meydana gelmesine gelişen başka sebeplerin de etkili olduğu belirlenmiş ise kusurun bölünmezliği ilkesi esas alınarak dava reddedilmelidir.[280] Yok, olayın salt istiap haddinin aşılması neticesinde meydana geldiği bilirkişi raporu ile sabit hale gelmiş ise rücu davasının kabulüne karar verilmelidir.[281]

Ancak sigortalı araç sürücüsünün idaresindeki kamyona gabari dışında, yüklü halde izin verilen azami genişliği 2,55 metreyi aşacak ve kasa kenarlarından dışarıya taşacak şekilde yükleme yapması, bu şekilde trafiğe çıkmak suretiyle trafiği tehlikeye düşürmesi nedeniyle olayda %100 oranında tam kusurlu sayılsa bile, bu durum sürücünün başlı başına kasıtlı ya da ağır kusurlu olduğu anlamına gelmediği hakkındaki bir Yargıtay[282] kararına katılma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü istiap haddinin aşılmasından dolayı trafik kazası oluşması halinde sigortacının, sigorta ettirenine rücu edebilmesi için KMAZMSS Genel Şartları B.4.e'de ağır kusur şartı aranmamaktadır. Sigortacının rücu hakkının varlığı için istiap haddinin aşılması olgusu gerçekleşmeli ve arkasından da bu sebebin kazaya yol açması yeterli olup, başka bir şartın varlığı aranmamaktadır. İstiap haddinin aşılmasında kusurun var olup olmadığı önemsizdir. Önemli olan istiap haddinin aşılması ile kaza arasında uygun illiyet bağının varlığıdır.

Patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda taşınırken bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı

278 Y. 17. HD., 21.05.2012 T., E: 1099, K: 6467 (Kazancı İçtihat) ve Y. 17. HD., 18.03.2013 T., E: 2012/4603, K: 3641 (Karasu, s. 192 -193).

279 Y. 11. HD., 01.05.2006 T., E: 5077, K: 4916 (Gökcan, s. 939).

280 Y. 11. HD., 05.07.1999 T., E:4361, K: 6300 (Gökcan, s. 91 ve dpn. 66).

281 '…Mahkemece, dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi raporlarına göre, kazanın salt aşırı yük nedeniyle sağ tekerleğin aks kesmesi sonucu aracın şarampole düşmesi ile oluştuğu, yol bozukluğunun etkisinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere, mahkemenin kararındaki gerekçede dayanılan….usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına… Y. 11. HD., 10.07.2006 T., E: 8087, K: 8199 (Gökcan, s. 936 - 937).

282 Y. 11. HD., 14.10.2010 T., E: 5013, K: 8274 (Ulaş, s. 1022).

yüzünden kazanın gerçekleşmesi de sigortacı yönünden bir rücu sebebidir. Bu tür maddelerin taşıma ruhsatı olan bir araçta taşınırken parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden kazanın gerçekleşmesi ise bir rücu sebebi değildir. İstiap haddinin aşılması rücu sebebinde olduğu gibi, parlama, tutuşma ve infilakı ile kaza arasında uygun illiyet bağının varlığı da şarttır.

Yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması sırasında bu sebeple bir kazanın olması hali de, sigortacı bakımından kendi sigorta ettirenine yönelik bir rücu sebebi olarak sayılmıştır. Yolcu taşıma ruhsatı olmaksızın yolcu taşıyan sigorta ettiren, ya TTK md. 1435 gereğince ya önemli olan bu hususu sigortacıya sözleşmenin kurulması sırasında bildirmemiştir veya sigortacının izni olmaksızın rizikoyu ağırlaştıran bu sebebi TTK md. 1444 uyarınca sigortacısına bildirmemiştir. Her iki hal de, TTK md. 1439 ve 1445 bakımından birer sigorta sözleşmesinin sigortacı bakımından fesih sebebidir. Sigortacının fesih hakkını kullanmadan önce rizikonun gerçekleşmesi halinde, bu durumu bildirmeyen sigorta ettiren bu sebepten doğan zarara sigortacıya rücu hakkı verilerek kendisinin katlanması doğaldır.

F. RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİ HALİNDE SİGORTA ETTİRENİN BELİRLİ BAZI YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ

KMAZMSS Genel Şartları B.4.d fıkrasında sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi halinde bu genel şartların B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olması hali bir rücu sebebi olarak düzenlenmiştir. Sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesinden sonra yasada belirtilen sürede rizikoyu sigortacıya ihbar etmek, rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettiren bakımından zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya rücu haklarının korunabilmesi için, önlem almak ve sigortacının talimatlara uymak, gerekli bilgi ile belgeyi sigortacıya zamanında ulaştırmak, kendisine açılan dava, talep veya cezai soruşturmayı sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek, sigorta konusu ile ilgili başka sigortacılar varsa her birine rizikonun gerçekleştiğini bildirmek, maddi hasarlı trafik kazalarında motorlu aracı tutanak düzenlemek üzere güvenli

bir yere çekmek şeklinde sınırlı sayıda[283] sayılmış yükümlülüklerden bir veya birkaçını yerine getirmemiş ise ve bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle ödenecek tutar artarsa, zarar görenlere bu sebeple yapılan ödeme ihlaldeki kusur nispetinde sigorta ettirenden rücuen tahsil edilmektedir.

Belirtelim ki gerek TTK ve gerekse başka kanun veya mevzuatta sigorta ettirene Genel Şartlar B.1 maddesinde sayılmayan bir yükümlülük yüklenmiş olsa bile, sigorta ettiren tarafından bunun yerine getirilmemiş olması sigortacıya rücu hakkı vermemektedir. Ayrıca tek başına sayılan bu sebeplerden birinin gerçekleşmesi yeterli olmayıp, bu sebeplerin bir veya bir kaçının gerçekleşmesi ile birlikte bu yüzden sigortacının zarar görenlere ödemesi gereken tutar da artmış olmalıdır. Bunun yanında sigorta ettiren bu yükümlülükleri yerine getirmemek konusunda kusurlu olmalıdır. Sigorta ettirenin kusuru yoksa sigortacının sayılan bu sebeplere dayanarak, zarar artmış olsa bile rücu hakkı yoktur. Sigorta ettirenin kusuru tespit edilmiş ise, ancak kusuru oranında sigortacı ona rücu edebilmektedir.[284]

Rizikoyu ihbar yükümlülüğünü rizikoyu sigorta ettirenin öğrenmesinden itibaren 10 gün içinde yerine getirmiş olması gerekmektedir. Sigorta ettiren dışında sürücünün karıştığı olayda rizikonun öğrenilme anı sürücüye göre değil, sigorta ettirene göre belirlenmelidir. Çalınma ve gasp gibi rizikoların ayrıca resmi mercilere de bildirimi gerekmektedir. Genel şartlar B.1 hükmünde bu husus yer almamaktadır. Bununla birlikte genel şartlar B.1.a gereğince sigorta ettiren sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren on gün içinde sigortacıya ihbar etmek ve B.1.c gereğince de rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamak yükümlülüklerine sahip olduğundan, sigorta ettirenin bu gibi olaylarda olayı öğrenmesinden itibaren makul sürede resmi mercilere başvurması gerekmektedir. Gerek genel şartlar B.1.c ve gerekse resmi mercilere başvuru gereğince makul süre somut olaya göre değerlendirilmelidir. Yargıtay'a[285] göre gece gerçekleşen

283 KMAZMSS Genel Şartları B.4.d fıkrasında 'B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden' ifadesi sebebi ile B.1 maddesinden sayılanlar ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

284 Karasu, s. 120.

285 Y. 11. HD., 25.11.1996 T., E: 7895, K: 8427 (Ulaş, s. 1036 - 1037).

otomobil hırsızlığının ertesi gün öğle vakti polise bildirilmesi, makul süre içinde sayılmalıdır.

Genel şartlar B.1.a uyarınca sigorta ettiren kendisine yöneltilen istemi derhâl sigortacıya bildirmek ve B.1.ç uyarınca da zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı halde durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek yükümlülüğündedir. Bu yükümlülüğüne aykırı olarak sigortacıya herhangi bir bildirim yapmadan, zarar görenlerle anlaşıp kendisi zararlarını öderse ve sigortacısına da bildirim yapmadığı için sigortacı da zarar görenlere ödeme yapmış ise, artık sigorta ettirenin bu miktarı sigortacısından talep etme hakkı bulunmamaktadır.[286] Sigortacının yazılı iznini almadan ödeme yapan sigorta ettirene sigortacı, kendisine usulüne uygun ihbar yapılmadığı için daha önce ödeme yapıldığını bilmediğinden, sürücünün alkollü ve ehliyetsiz olması rücu nedeni ile zarar görene yaptığı mükerrer ödemeyi rücu etmesinde hakkı bulunmaktadır.[287]

G. SİGORTALI ARACIN ÇALINMASI VEYA GASP EDİLMESİNDE KUSURLU OLMAK

KMAZMSS Genel Şartları B.4.e fıkrasında tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigorta ettirenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğunun tespit edilmesi birer rücu sebebi olarak sayılmaktadır.

Sigortalı aracın çalınması veya gasp edilmesinde sigorta ettiren veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olmaları aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu kimseler aracın çalınması veya gasp edilmesinde kusurları bulunmuyorsa sigortacının rücu hakkı doğmamaktadır.[288] Sigorta ettiren veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler sigortalı aracın çalınması veya gasp edilmesinde kusurlu değillerse, oluşan zarardan aracı çalan veya gasp edenler sorumlu-

---

286 '…Zorunlu trafik sigortasında, zarardan dolayı hakkında dava açılan sigorta ettirenin bu durumu derhal belgeleriyle birlikte sigortacısına bildirmesi gerekir. Sigorta ettirenin, sigortacının yazılı iznini almaksızın, tazminat talebini kabul edip ödemesi de mümkün değildir. Bu hususlar gerçekleşmediği için, sigortacının olaydan zarar görenlere usulüne uygun ödeme yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulmuş bulunduğunun kabulü ile, sigortalının açtığı rücu davasının reddi gerekir Y. HGK., 03.04.1996 T., E: 11-35, K: 221 (Kazancı İçtihat).

287 Y. HGK., 12.06.2013 T., E: 2012/17-1828, K: 819 (Gürcan, s. 917 – 918).

288 Yılmaz, s. 309. Ayrıca bkz. KTK md.107.

dur.[289] Nitekim KTK md. 107 gereğince bir motorlu aracı çalan veya gasbeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Bu halde zarar görene ödeme yapan sigortacı, kendi **âkidi**ne dönerek ona rücu edemez.

Sigorta ettiren veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olup olmadıklarını ispat yükü sigortacıdadır.[290] Sigortacı kendisinin ve sözleşme **âkidi** olan araç işleteninin hukuki sorumluluğunun mevcut olduğunu ve üçüncü kişilere yapılan ödemelerin bu kapsamda olduğunu da ispatlamalıdır.[291] Zarar görenlerin doğrudan işletene dava açması halinde ise KTK md. 107 gereğince işleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat yükü altındadır. Sigortacı sigorta ettirenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğunu ispat ederek rücu davasını kazanır ise, sigorta ettiren işleten sorumlulara rücu edebilir (KTK md. 107). İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler sürücü ve aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerdir.[292]

KMAZMSS Genel Şartları A.6.h'ye göre çalınan veya gasp edilen araçların sebep oldukları ve Karayolları Trafik Kanununa göre sigorta ettirenin sorumlu olmadığı zararlar zorunlu trafik sigortası teminatı dışındadır. Karayolları Trafik Kanunu md. 104/1[293] gereğince de motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı; işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın işleteni ve araç için zorunlu mali sorumluluk sigortası yapan sigortacısı bu zararlardan sorumlu değildir. Böylece aracını onarım için bu konuda mesleki faaliyette bulunan bir işyerine bırakılması halinde, bu işyeri sahibi işleten gibi sorumlu olacağından, asıl işleten[294] ve onun sigortacısı bu zararlardan sorumlu olmayacaktır.[295]

---

289 Karasu, s. 121.
290 Zekeriya Yılmaz, s. 1154.
291 Ulaş, s. 1038.
292 Tandoğan, s. 200 – 202; Gürsoy, s. 21.
293 KTK md. 104/1 ve 2, İsviçre Trafik Kanunu (Strassenverkehrgesetz) md.71/1 ve 2 den iktibas edilmiştir.
294 Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan kişi 'farazi işleten' olarak anılmaktadır. Bkz. Tandoğan, s. 202.
295 '..Motorlu aracın onarımı için bu konuda mesleki faaliyette bulunan bir işyerine

Bu yasal düzenlemeler uyarınca motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan kişi çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden değildir. KTK md.104/2 uyarınca bu kimseler kendilerine bırakılan motorlu araçların tümünü kapsamak üzere esasları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilecek bir zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmaya mecburdurlar. Böylece bu kimseler elinde iken bu araç dolayısı ile zarar görenler bu kimselerin zorunlu mali sorumluluk sigortacısına başvurabilirler. Bu hüküm olmasaydı tamirhaneye bırakılan bir aracın tamirhane çalışanı olan şöför tarafından kullanılması sırasında üçüncü şahıslar aleyhine doğacak zararlar sigorta dışı kalacaktı.[296] Oysa zorunlu trafik sigortasında amaç motorlu araçların kullanılmasından doğacak tehlikelere karşı zarar gören (üçüncü) kişileri korumaktır.[297]

H. BAZI HALLER HARİÇ OLAY YERİNİ TERK ETMEK VEYA KAZANIN OLUŞ KOŞULLARINA İLİŞKİN GEREKEN BELGELERİN DÜZENLENMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMAK

1. Yeni Bir Hüküm

KMAZMSS Genel Şartları B.4.f fıkrasında bedeni hasara neden olan trafik kazalarında sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma gibi zorunlu haller hariç olmak üzere, olay yerini terk etmesi veya kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülü-

---

bırakılması halinde bu durumdaki aracın sebep olduğu kazalardan iş yeri sahibi işleten gibi sorumlu olup aracın asıl işleteni ile onun sigortacısı bu zararlardan sorumlu değildir… Y. 11. HD., 29.06.1995 T., E: 4359, K: 5563 (Kazancı İçtihat).

296 Eski tarihli bir Yargıtay kararında bu durumun menfi yönlerine dikkat çekilmiş ve henüz KTK md. 104/2 benzeri bir hüküm de bulunmadığından ticaret dairesi tamirhaneye verilen aracın asıl işleteni tarafından yapılan zorunlu trafik sigortasının tamirhanede bulunduğu sürece de işleyeceğine karar vermişti. Karar için bkz. Y. TD., 02.10.1965 T., E: 505, K: 2722 (Türk, s. 345 – 346). Aracın onarılmak üzere tamirhaneye bırakılması sırasında işleten sıfatının değişmesi yönünde Özsunay tarafından önerilen (bkz. Özsunay, s. 105) İsviçre Trafik Kanunu (Strassenverkehrgesetz) md.71/1 ve 2, KTK md. 104/1 ve 2'ye alınmıştır.

297 Türk, s. 347; İmre, s. 274.

ğüne aykırı davranması sigortacı bakımından bir rücu sebebi olarak sayılmıştır. Bu rücu sebebi eski KMAZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde yer almamaktaydı. 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı resmi gazetede yayınlanıp, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan KMAZMSS Genel Şartları B.4.f fıkrasına yeni bir hüküm olarak eklenen bu fıkra olay yerini terke dair sigorta ettiren lehine verilen yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına tamamen aykırı olarak genel şartlara eklenmiş olduğu göze çarpmaktadır.

2. KMAZMSS Genel Şartları B.4.f Hükmü Yürürlüğe Girmeden Önceki Durum

KMAZMSS Genel Şartları B.4.f fıkrasında düzenlenen aslında rizikonun gerçekleşme sebebinin sigorta ettirenin bildirdiği şekilde olmadığı, başka bir şekilde olduğunun sigortacı tarafından iddia edilmesi hakkındadır. Çünkü uygulamada da karşılaşıldığı gibi, bu tür durumlarda, yani sürücünün olay yerini terk etmiş olduğu hallerde, sigortacı sürücünün ya alkollü olduğu için veya ehliyetsiz olduğu için olay yerini terk ettiğini iddia etmektedir. Böyle bir durumda, olay yerini terk eden sürücünün kaza tutanağında yer alması söz konusu olmadığı gibi, alkol raporu da tutulamamaktadır. Bu durumlarda kaza tutanağı kolluk kuvvetlerince sürücünün yokluğunda tutulmaktadır.

Yargıtay'ın[298] yerleşmiş içtihatlarına göre sigortacı, rizikonun ih-

[298] 'Sigortacı, rizikonun ihbar edilenden farklı şekilde oluştuğunu, hasarın sigorta teminatı dışında kaldığını soyut iddialarla değil somut delillerle kanıtlamalıdır. Y.17. HD., 18.09.2014 T., E:10331, K:11972 (Kazancı İçtihat)'; 'Salt olay yerinin terk edilmesi veya sürücünün olay yerinden firar etmesi rizikonun ve dolayısıyla hasarın teminat dışında kaldığının kabulü için yeterli olmadığı gibi sigortalıya rücu sebebi de değildir. Ayrıca sigortalının kasten ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak rizikonun gerçekleşme şeklini ihbar ettiği de ispat yükümlülüğü davacı sigorta şirketinde olup, davacı rizikonun farklı bir şekilde meydana geldiğini ve bu oluş şeklinin teminat dışında kaldığını, davalı sigortalıya rücu sebeplerinin (şartlarının) gerçekleştiğini, davalının kasten ve iyiniyet kurallarına açıkça aykırı şekilde doğru ihbar mükellefiyetine uymadığını, ispat edememiştir. Y. 17. HD., 03.07.2014 T., E:12746, K:10508 (Kazancı İçtihat)'; 'Sigortalı, Kasko Poliçesi Genel Şartlarının B.1.5 maddesi ve 6762 sayılı T.T.K'.nın 1292. maddesinin 3. fıkrası uyarınca rizikonun gerçekleştiğine dair doğru ihbar mükellefiyetini kasten yerine getirmez veya iyiniyet kurallarına açıkça aykırı şekilde sigorta teminatı dışında kalan bir hususu sanki bu oluşan riziko teminat içinde kalmış gibi ihbar edildiği somut delillerle kanıtlanırsa, ispat külfeti yer değiştirip sigortalıya geçer. Bu durum karşısında, rizikonun ihbar edilenden farklı şekilde gerçekleştiğini ispat külfeti sigortacıda bulunmakta olup, sigortacı, rizikonun ihbar edilenden farklı şekilde meydana

bar edilenden farklı şekilde oluştuğunu, hasarın sigorta teminatı dışında kaldığını soyut iddialarla değil somut delillerle kanıtlamalıdır. Yargıtay'a[299] göre kazanın bildirildiği gibi olmadığını, olay yerini terk eden sürücünün olay esnasında alkollü veya ehliyetnamesiz olduğunu ispat yükü sigortacıdadır. Yargıtay'ın[300] yerleşmiş içtihatlarına göre

---

geldiğinin soyut iddialarla değil, somut delillerle kanıtlanması gerekir. Y.HGK., 05.06.2015 T., E:2013/17-2303, K:1497 ve Y. HGK., 22.12.2010 T., E: 2010/17-655, K:641(Kazancı İçtihat)'; 'İspat külfeti somut olayda davalı sigortacıda olmakla, sigortacı rizikonun ihbar edilen yerden farklı şekilde oluştuğunu aracın sigorta teminat dışında ve başka yerde hasarlanıp olay yerine getirildiğini soyut iddialarla değil somut delillerle kanıtlamalıdır. Y.HGK., 16.12.1998 T., E:11-872, K:905 (Kazancı İçtihat)'; 'Sigortacının bu sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerçeğe uygun olarak bildirilmeyen rizikonun, gerçekte ne şekilde meydana geldiğinin ve bu gerçekleşme tarzına nazaran yasa ve poliçe genel şartlarının öngördüğü teminat dışı hallerinden birinin varlığını veya riziko başlı başına sigorta teminatı kapsamı dışında kalmıyor olsa bile yapılan ihbar yanlışlığının doğrudan zarar sorumlularına karşı rücu hakkını etkisiz kılma sonucunu ortaya çıkardığını ispat etmesi gerekir. Y.HGK., 10.12.1997 T., E:11-772, K:1043(Kazancı İçtihat)'.

299 Y. 11. HD., 25.05.2009 T., E: 2008/2065, K: 6291 (Gökcan, s. 930).

300 'Salt olay yerinin terk edilmesi veya sürücünün olay yerinden firar etmesi rizikonun ve dolayısıyla hasarın teminat dışında kaldığının kabulü için yeterli olmadığı gibi sigortalıya rücu sebebi de değildir. Ayrıca sigortalının kasten ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak rizikonun gerçekleşme şeklini ihbar ettiği de ispat yükümlülüğü davacı sigorta şirketinde olup, davacı rizikonun farklı bir şekilde meydana geldiğini ve bu oluş şeklinin teminat dışında kaldığını, davalı sigortalıya rücu sebeplerinin (şartlarının) gerçekleştiğini, davalının kasten ve iyiniyet kurallarına açıkça aykırı şekilde doğru ihbar mükellefiyetine uymadığını, ispat edememiştir. Y. 17. HD., 03.07.2014 T., E: 12746, K: 10508 (Kazancı İçtihat)'; 'Kaza sonrası düzenlenen tutanaklarda, rizikonun gerçekleştiği, davacı taraf araç sürücüsünün olay yerini terk ettiği yazılı olmasına rağmen, alkollü olduğuna ilişkin bir ibareye rastlanılmamıştır. Olaya ilişkin alınan raporda ise, sadece hasar miktarı belirlenmiştir. Bu durumda, mahkemece, rizikonun gerçekleştiğinin kabulüyle, oluşan hasarın teminat kapsamı dışında olduğunun ispat yükünün davalı sigorta şirketinden olduğu, davalı sigorta şirketinin hasarın teminat kapsamı dışında olduğuna ilişkin delil sunmadığı, davacı taraf sürücüsünün olay mahallini terk etmesinin hasarın teminat kapsamı dışında olduğu sonucuna ulaştıramayacağı, dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile.. Y. 11. HD., 15.05.2008 T., E: 2007/4471, K: 6444 (Lale/Akgül, s. 461- 462)'; 'Kaza sonrası şoförün olay yerini terk etmesi tek başına rücu talebinde bulunmak için yeterli değildir. Her ne kadar sigortalı aracı kullanan şoförün alkollü olduğu iddia edilmiş ve mahkemece de bu husus sabit olarak kabul edilmişse de, sigortalı araç şoförünün alkollü olduğu konusunda teslim tutanağında geçen bir beyandan başka delil bulunmamaktadır. Buna göre kazada tam kusurlu olmak rücu sebebi olmadığı gibi sigortalı araç sürücüsünün olay yerini terk etmesi de aracı güvenli sürme yeteneğini kaybedecek şekilde alkollü içki almasında, ileri geldiği hiçbir şekilde ispat edilemediğinden, olayda sigorta şirketinin rücu hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir. Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 2002/11759, K: 4361(Kazancı İçtihat)'; 'Somut olayda rücu hakkının dayanağı olarak zararı oluşturan olay tamamen sigortalı-

salt olay yerinin terk edilmesi, diğer bir ifadeyle sürücünün olay yerinden firar etmesi tek başına birer rücu sebebi değildir. Bu tür durumlarda alkollü olduğu için olay yerini sürücünün terk ettiğini iddia eden sigortacı bu hususu da ispat yükü altındadır.[301] Yargıtay sürücünün kazadan sonra olay yerinin terk etmiş olduğu bir davada, rizikonun teminat dışında kaldığını ispat yükünün kazanın belirtilen şekilde olmadığını iddia eden sigortacıya ait olduğuna karar vermiştir.[302] Mahkemece aracın sürücüsünün olay yerini terk etmesinin zararın oluşumu veya artışına ne şekilde etkisi olduğu üzerinde durularak bu hususta delil toplanmalı ve gerekirse bilirkişi raporu alınarak sonuca gidilmelidir.[303]

3. Eleştiri ve Görüşümüz

KMAZMSS Genel Şartları B.4.f fıkrasının Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları hilafına getirildiği açıktır. Yeni getirilen bu düzenleme ile de, sigortacı olay yerinin sürücü tarafından terk edildiğini veya kazanın

---

nın kusuru nedeniyle oluşmuştur. Davacı sigorta şirketi, sigortalının olay yerini terk etmesi nedeniyle, TTK'nın 1301/2 nci maddesindeki yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüş ise de, dosya içeriğine göre davalının olay sonrasında kolluk güçlerine ifade verdiği ve kaza tutanağına uyan beyanı ile de kusurun tamamının kendisinde olduğunu belirtmiştir. Salt olay yerinde bulunmamak sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkını vermez. O halde davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Y. 11. HD., 10.02.2004 T., E: 2003/6717, K: 1071(Kazancı İçtihat)'; 'Davacı sigorta şirketi, davalı A. adına kayıtlı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olup, kaza sırasında sigortalı aracı kullanan kişinin olay yerini terk ettiğini, ehliyet ve alkol durumunun belirsiz olduğunu ileri sürerek poliçe kapsamında ödediği tazminatı sigortalıdan rücuen tazmini talebinde bulunmuştur. Mahkemece, davanın hukuki nitelendirmesi yanlış yapılarak davalının tam kusurlu olması nedeniyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası poliçe genel şartlarının B.4. maddesinde sigorta şirketinin sigortalısına rücu edebileceği haller düzenlenmiş olup, rücu hakkının doğduğunun ve maddede sayılan bu hallerin mevcut olduğunu ispat yükü sigorta şirketindedir. Buna göre kaza sonrası sürücünün olay yerini terk etmesi, tek başına rücuen tazminattan sorumluluğu gerektirmez. Davacı sigorta şirketi, zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları uyarınca, sürücünün ehliyetsiz olduğunu veya alkollü bulunduğunu somut delillerle kanıtlaması gerekir (HGK'nın 10.12.1997 gün 1997/11-772-1043, HGK'nın 16.12.1998 gün, 1998/11-872-905, HGK'nın 22.12.2010 gün 2010/17-655, 688 sayılı kararları). O halde mahkemece, davacı davasını somut delillerle kanıtlayamadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir. Y. 17. HD., 18.01.2011 T., E: 2010/4885, K: 89 (Kazancı İçtihat)'.

301 Y. 11. HD., 01.05.2003 T., E: 11759, K: 4361 (Zekeriya Yılmaz, s. 1130, dpn. 129 ve Kazancı İçtihat).

302 Y. 11. HD., 25.05.2009 T., E: 2008/2065, K: 6291 (Gökcan, s. 930).

303 Y. 11. HD., 27.04.2006 T., E: 4522, K: 4750 (Gökcan, s. 937 - 938).

oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmediğini ortaya koyması yeterli olacaktır. Bu durumda sigorta ettiren rücu sebebinin doğmasını engellemek için, ancak zorunlu hallerden birinin gerçekleştiğini kanıtlaması gerekecektir. Zorunlu hallerin gerçekleştiğini kanıtlaması halinde, sigortacının rücu davası reddedilecektir. Zorunlu hallerin tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma halleri ile sınırlı olmadığı açıktır. Örneğin dağ yolunda kaza yapıp, yırtıcı hayvanlardan korkup yakındaki bir köye sığınmak da bu zorunlu hallerden olabilir. Tacize uğrama korkusu, ıssız bir yerde kaza yapan bir bayanın olay yerini terk etmesi de bunun içinde sayılabilir. Zorunlu hallerin geniş düşünülmesi gerekir. Bu hükmün getirilmesi ile sigortacıların ispat yükü tamamen üzerlerinden alınmıştır. Sigortacılar artık sürücünün aslında alkollü veya ehliyetnamesiz olduğu için olay yerini terk ettiklerini ispatlamaktan kurtulmuştur. Sürücünün olay yerini terk etmiş olduğunu ispatlamaları yeterlidir. Bununla birlikte sigorta ettiren, sürücünün can güvenliği nedeni ile olay yerini terk ettiğini ispatlarsa, bu sefer ispat yükü sigortacıya geçer ve sigortacı artık alkollü olmak gibi başka bir sebebi iddia ediyorsa bunu ispatlamalıdır.

Olay yerini terk eden sürücünün kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği açıktır. Sürücünün yokluğunda kaza tutanağının resen kolluk kuvvetlerince tutulması mümkün olsa da alkol raporu düzenlenemez.

Belirtelim ki, Yargıtay'a[304] göre geceleyin yol kenarına park etmiş araca çarpması, kazadan sonra olay yerini terk etmesi sürücünün %100 kusurlu olduğunu gösterse bile bu onun kasıtlı veya ağır kusurlu olduğunu göstermemektedir. Sırf kırmızı ışıkta geçtiği için asli kusurlu sayılan bir kimse, buna rağmen o olayın kendi özel yapısı içinde ağır kusurlu kabul edilmeyeceği,[305] sigortacının bu tür olaylarda ağır kusur hallerinde özellikle ağır kusurun objektif unsurlarını ispat etmesi

304 Y. 17. HD., 11.06.2013 T., E: 6915, K: 8891 (Gökcan, s. 919 – 920).
305 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 – 184 ve Ulaş, s. 1018 - 1021).

gerektiği,[306] sürücünün kusurlu olduğunun ispatlandığı, ancak ağır kusurlu olduğuna dair yeterli bir olgunun varlığı sigortacı tarafından ortaya konulmaz ise sigortacının Genel Şartlar B.4.a bendine dayanarak açtığı sigortalıya rücu davasının reddedileceği[307], sigortacının ağır kusuru ispat ederken, zararın doğumuna neden olan olay ile ağır kusur arasındaki bağlantıyı da göstermesi gerektiği[308] KMAZMSS Genel Şartları B.4.a fıkrası bağlamında anlatılmıştı. Sürücünün olay yerini terk etmek davranışı – fiili, onun tek başına ne ağır kusurlu ve ne de kasıtlı olduğunu göstermediği – kanıtlamadığı halde, bu hususlar dikkate alınmadan belirli hususlar hariç salt olay yerini terk etmek fiilinin bir rücu sebebi olarak düzenlenmiş olması bu sebeplerle yerinde de değildir.

Son olarak belirtelim ki alkol raporunun düzenlenmesi veya böyle bir raporun varlığı kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğüne dâhil sayılması hatalıdır. Zira böyle bir raporu ancak kolluk görevlileri (polis – jandarma) düzenleyebilir. Bu raporu düzenleme görevi ve yükümlülüğü sigorta ettirene yüklenmemelidir. Alkol tespit tutanağı kolluk kuvvetlerince idare hukuku ve mevzuatına uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak Yargıtay 'ın[309] da belirttiği gibi alkol tespit tutanağı usule uygun düzenlenmediğinden iptaline İdare Mahkeme'since karar verilmesi sürücünün alkollü olmadığına dair kesin bir belirleme değildir. Bununla birlikte şu an yürürlükte bulunan düzenleme uyarınca usule uygun olmadan kolluk kuvvetlerince düzenlenen alkol raporu idare mahkemesince iptal edilirse, hukuken ortada bir alkol tespit tutanağı mevcut olmayacak ancak, sigorta ettiren bu usulsüzlükten sorumlu olmasa bile, kendisinin düzenlemediği usulsüz alkol raporunun hukuken olmamasından da sorumlu olacak, bu durum dahi sigortacıya rücu hakkı verecektir. Bu sayılan hususlar da getirilen düzenlemenin sakıncalarıdır.

Sürücü olay yerini terk ettiği hallerde, olay yerine ihbar üzerine gelen kolluk kuvvetlerince resen tutulan kaza tutanağı bulunması halin-

306 Karasu, s. 116.
307 Y. HGK., 10.12.2003 T., E: 11-756, K: 743 (Karasu, s. 180 - 184).
308 Karasu, s. 116.
309 Y. 17. HD., 20.09.2013 T., E: 9372, K: 12561 (Gökcan, s. 918).

de, Yargıtay[310] haklı olarak sürücünün olay sonrasında kolluk kuvvetlerine ifade verilmesi ve ifadenin kaza tutanağı ile uyuşması halinde, salt olay yerinde bulunmamanın sigortacıya rücu hakkı vermediğini kabul etmektedir. Haliyle kaza tutanağı resen kolluk kuvvetlerince tutulduğunda, alkol tespitinin yapılmasına kolluk kuvvetlerince gerek de görülmeyebilir. Böyle bir durumda sırf alkol raporu olmadığından sigortacının rücu hakkının doğduğu kabul edilemez, zira olayda olduğu gibi olay yerini terk ettikten sonra kolluk kuvvetlerine verilen ifade ile resen tutulan kaza tutanağı uyumlu ise, sırf olay yerini terk etmek sigortacı rücu hakkı vermemelidir.

Fikrimizce, bu rücu sebebinin genel şartlarda yazıldığı şekilde, sadece bedeni hasara neden olan trafik kazaları ile sınırlı tutulması yerinde olur. Nitekim fıkranın yazılış biçiminden de bu anlaşılmaktadır. Böylece bedeni hasara neden olmayan sadece (bedeni hasar dışında) maddi zararla sonuçlanan trafik kazalarında sürücünün salt olay yerini terk etmesi sigortacıya rücu hakkı vermemelidir. Bu durumda olay yerini terk etmek hakkında Yargıtay tarafından verilen kararların bedeni hasara neden olmayan sadece (bedeni hasar dışında) maddi zararla sonuçlanan trafik kazaları yönünden halen geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Sigortacı, KTK 95/2. maddesi ve KMAZMSS Genel Şartları B.4. maddesi gereğince tazminat yükümlülüğünün azaltılması veya kaldırılmasına dair halleri üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceğinden zarar görene ödeme yaptıktan sonra sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye dair kanun hükümlerine göre kendi sigorta ettirenine rücu edebilmektedir.

Sigortacının kendi sigorta ettirenine açtığı rücu davası kaynağını halefiyet ilkesinden almamakta, bu dava ile sigortacının sözleşme ve kanun gereği sigorta sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan sigorta ettirene karşı defi hakkına dayanarak kendi **âkidi**ne dönmesi sağlanmaktadır. Sigortacının rücu hakkı kaynağını sigorta sözleşmesinden almaktadır.

---

310 Y. 11. HD., 10.02.2004 T., E: /20036717, K: 1071 (Gökcan, s. 940).

Sigortacının kendi **âkidi** olan tüketici niteliğindeki sigorta ettirene aralarındaki sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücu davasında görevli mahkemenin TKHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen olaylarda artık Tüketici Mahkemeleri olduğu anlaşılmaktadır. Tüzel kişinin tacir olduğu hallerde, ruhsatta yer alan tacir tüzel kişi ile bu araç için sigortacı ile trafik sigorta sözleşmesi yapıldığında, bu sözleşmeye dayalı sigortacının sigorta ettirene açacağı rücu davasında görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olmalıdır.

Rücu hakkının doğduğunu ve ilgili maddelerde sayılan hallerin mevcut olduğunu ispat yükü sigortacıya aittir.

Sigortacının sigortalısına rücu davası zamanaşımı onun zarar gören üçüncü kişilere zorunlu trafik sigortası sözleşmesi gereği yaptığı ödeme tarihinden başlayarak iki yıl ve 1482'nci madde hükmü gereğince rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

KTK md. 95/2'ye dayanılarak çıkarılan KMAZMSS Genel Şartları'nda düzenlenen rücu hakkına dayalı bu dava ancak sigortacı tarafından açılabilir. KTK md. 95/2'ye dayanılarak çıkarılan trafik sigortası genel şartlarında düzenlenen rücu hakkına dayalı bu dava sigortacı tarafından ancak kendi **âkidi**ne karşı yöneltilebilir. Böylece sigortacı kendi tazminat yükümlülüğünü kaldıran veya azaltan halleri kendisine başvuran zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecek, ancak kendi sigorta ettirenine karşı ileri sürebilecektir. Bir kimse hem sigorta ettiren ve hem de sigortalı ise sigorta hukukuna dair metinlerde o kimseden sigortalı değil de, sigorta ettiren olarak bahsetmek sigorta hukuku anlamında daha uygundur. Sigortacının kendi **âkidi** ise sigorta ettirendir. Öyleyse bu davanın davalısı ancak sigorta ettiren olabilir. KMAZMSS Genel Şartlarında 'sigortalı' ifadesi yerine sigorta hukukuna uygun olan 'sigorta ettiren' ifadesi kullanılmalıdır.

KTK gereğince araç işleten araç üzerinde fiili hakimiyet icra eden ve aracı yararı, masrafları ve rizikosu kendisine ait olmak üzere kullanan kimsedir. Yürürlükteki KMAZMSS Genel Şartları C.4'e göre ise sigortalının (araç işletenin) değişmesi ile sigorta sözleşmesi eski işleten bakımından devir anında sona ererken, değişim tarihten itibaren 15 gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim öden-

meksizin yeni işleten için de geçerlidir. 15 gün süre geçince ve eğer yeni işleten yeni sözleşme akdetmemiş ise, araç zorunlu trafik sigortasız hale gelmekte, bu halde riziko gerçekleşir ise de zarar görenler ancak güvence hesabına başvurabilmektedir. Fikrimizce yürürlükteki Genel Şartların C.4 maddesinde (ve Tarife Yönetmeliği md.11/1) yer alan işletenin değişimi anında sigorta ilişkisini devreden ile sona erdiren hüküm, KTK md. 94'de yer alan devredenin sigortacısına bildirim şartını içeren hükmü ılga edemeyeceğinden uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Bu sebeple de fikrimizce halen, KTK md. 94 uyarınca bildirim yapılmamış ise sigorta sözleşmesi süresinde meydana gelmesi şartıyla, riziko meydana gelirse ve yeni işleten zeyilname ile mevcut sigorta sözleşmesini üzerine almamış veya yeni bir sigorta sözleşmesi akdetmemiş ise, sigortacı zarar görene ödeme yapması hukuka uygun olup, sigortacı da, kendi **âkidi** olan sigorta ettirenine artık işleten olmasa da rücu edebilmelidir.

KMAZMSS Genel Şartları md. B.4 ikinci paragrafında yer alan 'kazaya sebebiyet veren sigortalıya' ifadesinde yer alan 'kazaya sebebiyet veren' ifadesi hüküm fıkrasından çıkarılmalıdır.

KTK'da sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği sebepler ayrıca sayılmamıştır. KTK md. 95/2 maddesinde sigortacının rücu hakkı genel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Sigorta sözleşmesinin ana muhtevasını oluşturan KMAZMSS Genel Şartları'nda B.4. maddesi içinde ise rücu sebepleri belirtilmiştir. KMAZMSS Genel Şartları'nda sayılan sebepler sınırlı olarak sayılmamış olup, sayılan rücu sebepleri açıklama mahiyetindedir.

Genel Şartlar B.4.a bendinde asli kusurdan değil de, ağır kusurdan söz edilmektedir. Öyleyse sigortacının rücu hakkının varlığı için olayın gerçekleşmesinin asli kusura dayanması yetmemektedir. Önemli olan asli kusuru aşan bir ağırlıkta ağır kusurun bulunmasıdır. Sürücünün tam kusurlu sayılması dahi, tek başına ağır kusurun varlığı ve rücu talebinde bulunmak için yeterli değildir. Sürücünün tam kusurlu olması ağır kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle tam kusur, ağır kusur ile eş anlamlı değildir. Aynı yönde, sigorta ettirenin kasdi hareketi sonucu meydana gelen zarar ile onun %100

kusurlu olması aynı anlama gelmemekte, %100 kusurlu olmak kasdi olarak hareket edildiğini göstermemektedir. Sigorta ettirenin veya şoförünün salt kırmızı ışıkta geçmesi nedeniyle trafik kurallarına aykırı davranışı nedeniyle %100 kusurlu bulunması, başlı başına kasıtlı veya ağır kusurlu olduğu anlamına gelmemektedir

KMAZMSS Genel Şartları B.4.b fıkrası uyarınca rücu nedeni ehliyetsiz araç kullanmak değil, riziko gerçekleştiği sırada ehliyetsiz araç kullanmaktır. Bu rücu nedenine dayalı bir davanın davalısı sürücü değil ancak sigorta ettirendir. Bu rücu nedenine dayanarak sigortacı kendi **âkidi** olamayan ehliyetsiz sürücüye davayı yöneltemez. Sigorta konusu aracı sigorta ettiren kendisi dışında ehliyetsiz bir kimseye kullandırırken rizikonun gerçekleşmesi halinde de sigortacının rücu hakkı doğmaktadır. Hak sahiplerine ödeme yapan sigortacının ehliyetsiz araç kullanımı sebebi ile sigorta ettirene rücu hakkı, sürücünün kusur oranı ile sınırlıdır. Rizikonun gerçekleşmesinden önce sürücü belgesi elinden alınmış (diğer bir ifadeyle sürücü belgesine geçici olarak el koyulmuş) olan sürücü, ehliyetnamesiz sürücü konumunda olup, sigortacının bu sebeple sigorta ettirenine rücu hakkı bulunmaktadır. Sürücü, yasanın öngördüğü şekilde sürücü sertifikasını sürücü belgesine dönüştürmedikçe ehliyetnamesiz sayılmaktadır Sürücü belgesi söz konusu sigortalı aracı sürmeye uygun bir sınıfta sürücü belgesi değilse, yani sürücü gerekli ehliyetnameye sahip değilse, yani sigortalı aracı yetersiz sürücü belgesi ile kullanıyorsa, o kimse de ehliyetnamesiz araç süren sayılmakta ve sigortacının rücu hakkı doğmaktadır

KTK md. 48/1 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasak olduğundan ve bununla uyumlu olarak yürürlükteki KMAZMSS Genel Şartları B.4.c fıkrasında sigortalı aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması birer rücu sebebi olarak sayıldığından, artık yürürlükteki mevzuat gereği uyuşturucu madde kullanmakta olduğu gibi, başka bir şart aranmadan mevzuatta belirlenen miktarın üzerinde alkollü araç kullanırken kaza meydana

gelmiş olması sigortacının rücü sebebine başvurması için yeterlidir. Yani, artık 'alkolün güvenli araç sürme yeteneğini engellemesi hali' değil de 'mevzuatta belirlenen yasal sınırın üzerinde alkollü araç sürme hali' birer rücu sebebi olarak kabul edilmelidir. Ancak meydana gelen zarara alkolün dışında başka bir unsur daha etken olmuş ise sigortacının rücu hakkının kapsamı alkolün kazaya etkisi oranında olması gerekecek ve kazanın alkollü araç kullanma sebebi ile değil de, illiyet bağını ortadan kaldıracak şekilde, alkolün hiç etkisi olmadan meydana geldiği tespit edilebiliyorsa sigortacının rücu hakkının olamayacağı ileri sürülebilecektir.

KMAZMSS Genel Şartları B.4.ç fıkrasında rücu sebebi olarak gösterilen durumların kazanın oluşumuna münhasıran etken - sebep olması gerekmekte, aksi halde bu sebeplerle kaza arasında uygun illiyet bağının bulunmaması halinde sigortacının rücu hakkı doğmamaktadır. Yani olayın meydana gelişi ile istiap haddinin aşılması arasında uygun illiyet bağının olması ve salt (münhasıran) bu nedenle rizikonun gerçekleşmesi gerekmektedir. Hâkim önüne gelen olayda, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı konusunda ayrıntılı, gerekçeli ve denetime açık bir rapora göre karara varmalıdır.

KMAZMSS Genel Şartları B.4.d fıkrasında sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi halinde bu genel şartların B.1. maddesinde belirtilen sınırlı sayıda sayılan yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olması halinde zarar görenlere bu sebeple yapılan ödeme ihlaldeki kusur nispetinde sigorta ettirenden rücuen tahsil edilmektedir. Gerek TTK ve gerekse başka kanun veya mevzuatta sigorta ettirene Genel Şartlar B.1 maddesinde sayılmayan bir yükümlülük yüklenmiş olsa bile, sigorta ettiren tarafından bunun yerine getirilmemiş olması sigortacıya rücu hakkı vermemektedir. Sigortacıya herhangi bir bildirim yapmadan, zarar görenlerle anlaşıp kendisi zararlarını öderse ve sigortacısına da bildirim yapmadığı için sigortacı da zarar görenlere ödeme yapmış ise, artık sigorta ettirenin bu miktarı sigortacısından rücuen talep etme hakkı bulunmamaktadır

KMAZMSS Genel Şartları B.4.e fıkrasında tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigorta etirenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğunun tespit edilmesi birer rücu sebebi olarak sayılmaktadır. Sigorta ettiren veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler sigortalı aracın çalınması veya gasp edilmesinde kusurlu değillerse, oluşan zarardan aracı çalan veya gasp edenler sorumludur. Sigorta ettiren veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olup olmadıklarını ispat yükü sigortacıdadır. Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan kişi çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden değildir.

KMAZMSS Genel Şartları B.4.f fıkrasının olay yerini terke dair sigorta ettiren lehine verilen yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına tamamen aykırı olarak genel şartlara eklenmiş olduğu göze çarpmaktadır. Bu rücu sebebinin genel şartlarda yazıldığı şekilde, sadece bedeni hasara neden olan trafik kazaları ile sınırlı tutulması yerinde olur. Bu durumda olay yerini terk etmek hakkında Yargıtay tarafından verilen kararların bedeni hasara neden olmayan sadece (bedeni hasar dışında) maddi zararla sonuçlanan trafik kazaları yönünden halen geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Kaynakça

Antalya Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 2012.

Arkan Sabih, "Tüketici Kredileri", *BATIDER*, 1995, C. XVIII, S. 1 – 2, s. 35 – 42.

Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23. Bası, Ankara 2017.

Aslan İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2015.

Bozer Ali, Sigorta Hukuku Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2007.

Çabri Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.

Çeker Mustafa, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011.

Eren Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

Gökcan Hasan Tahsin, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk Tazminat Sigorta ve Rücu Davaları, Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2014.

Gürsoy Kemal Tahir, İsviçre Hukuku'nda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974.

İmre Zahit, "Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı", Trafik Sigortası – V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası – Bildiriler Tartışmalar, 25 – 28 Nisan 1973, BATHAE, Ankara, s. 259 – 289.

Kaneti Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955 – 1964), C. I (Borçların Genel Hükümleri), Ankara 1968.

Karacan Çetin Hatice, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), Ankara 2016.

Karasu Rauf, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016.

Kars Bahaettin/Dönmez, İrfan, Açıklamalı – İçtihatlı Trafik İş Kazası Tazminatı ve Sigorta Rücu Davaları (Genel ve Sosyal Sigorta), İstanbul 1976.

Kender Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku (Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi), Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2016.

Kılıçoğlu Mustafa, Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Trafik Kazaları Tazminat – Sigorta – Rücu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2014.

Kılıçoğlu Ahmet, "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", *AÜHFD,* S. 1- 2, C. XXXI, 1974, s. 395 – 446.

Kurt Leyla Müjde, "Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz – Ağustos 2011, Y. 24, S. 95, s. 135 – 162.

Memiş Tekin, "Sigorta Hukukunda Ağır Kusur ve Kırmızı Işık İhlali Konulu Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Değerlendirmesi", *Reasüror*, S. 54, s. 4 - 18.

Memiş Tekin, "Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) 29.01.2003 tarihli Kırmızı Işık İhlali İle ilgili Kararı. (BGH: IV ZR 173/01)", e-akademi, S. 28, Haziran 2004,: http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Alman%20Federal%20Mahkemesi%92nin%20(BGH)%2029.01.2003%20tarihli%20K%FDrm%FDz%FD%20I%FE%FDk%20%DDhlali%20%DDle%20ilgili%20Karar%FD&kimlik=-381674607&url=makaleler/tmemis-7.htm (erişim tarihi: 29.05.2017) (Karar).

Memiş Tekin, "Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) Kırmızı Işık İhlali İle ilgili 8.7.1992 Tarihli Kararı (BGHZ 119, 147)", e-akademi, S. 28, Haziran 2004, para. 7: http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Alman%20Federal%20Mahkemesi%92nin%20(BGH)%20K%FDrm%FDz%FD%20I%FE%FDk%20

%DDhlali%20%DDle%20ilgili%208.7.1992Tarihli%20Karar%FD&kimlik=-13-46400217&url=makaleler/tmemis-8.htm (erişim tarihi 29.05.2017) (Karar2).

Orhunöz Ergun, Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk – Tazminat – Sigorta, Ankara 1998.

Özsunay Ergun, "Trafik Hukuku'nda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak 'İşleten' (Araç Sahibi) Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar", *BATIDER*, C. 6, S. 1, Temmuz 1971, s. 83 - 110.

Şahin Emin, Açıklamalı – İçtihatlı Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk Sigorta Tazminat Rücu Davaları, Ankara 2005.

Şener Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016.

Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Mesuliyet Hukuku).

Tandoğan Haluk, "İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği Şartları Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler", Trafik Sigortası – V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası – Bildiriler Tartışmalar, 25 – 28 Nisan 1973, BATHAE, Ankara, s. 193 - 235.

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tepedelen Zekeriya, Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, Ankara 2017.

Türk Hikmet Sami, "Mecburi Mali Sorum Sigortası ve İzinsiz Kullanımlar", *BATIDER*, C. VI, S. 2, Aralık 1971, s. 343 – 348.

Ulaş Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Genel Hükümler, Mal ve Sorumluluk Sigortaları), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Yeniden Derlenmiş ve Yazılmış 8. Bası, Ankara 2012.

Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/(Kaya) Arslan/Ertan Füsun Nomer, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2015.

Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. 1 (Genel Hükümler md. 1401 – 1452), İstanbul 2016.

Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. II (Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Birinci Bölüm Zarar Sigortaları md. 1453 – 1486), İstanbul 2016, (C. II).

Vural Güven, Trafik Sigortası Motorlu Taşıt Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası, Ankara 1981.

Yılmaz Hamdi, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul 2014.

Yılmaz Zekeriya, Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 3. Baskı, Ankara 2014.

Zevkliler Aydın/Özel Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku (Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun), Ankara 2016.

Yargıtay Kararları

*BATIDE*R, C.V, S. 2, Eylül 1969, s. 309.

Kazancı İçtihat Programı.

Lale Muktedir/Akgül İhsan, Özetli İçtihatlı Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku 6155 Emsal Karar, Ankara 2011.

Legalbank İçtihat Programı.

Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 153, Eylül 2015, s. 307 – 309.

Yargıtay Kararları Dergisi, 1995 Temmuz, C. 21, S. 7, s. 1070 - 1071.

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ İLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIK DURUMUNDA İŞİN DURDURULMASI

THE SUSPENSION OF BUSINESS IN CASE OF BREACH OF OBLIGATION OF THE OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY ACT

Selmin Burcu ÖZTEKİN*

Özet: 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmekle birlikte çeşitli idari yaptırımları da beraberinde getirmiştir. İşin durdurulması da 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile gelen ağır idari yaptırım türlerinden biridir.

Bu durumda işyerindeki bina ve eklentilerde çalışma sisteminde veya iş araç gereçlerinde çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir durumun tespit edilmesi halinde bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulabilecektir. Buna ek olarak çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmaması da risk değerlendirmesi yapılana kadar işin durdurulması sebebini oluşturacaktır.

Çalışmamızda ilk olarak iş sağlığı ve güvenliği kavramı tartışılacak, 6331 sayılı Kanun kapsamı, işin durdurulması yaptırımın uygulanabilmesi koşulları, yaptırımı uygulayabilecek makamlar, kararın uygulanması, karara itiraz ve işin durdurulması hallerinde iş sözleşmelerinin durumu hakkında değerlendirmelere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliğine Aykırılık, İdari Yaptırım, İşin Durdurulması

Abstract: The Occupational Health and Safety Act No. 6331, which has started to come into force, bring several administrative sanctions with it. Suspension of the business is a special severe administrative sanction which is arranged by the Act No. 6331.

In this case, supposing that a life-threatening matter for the employees is specified in the premises or in the workplace, or in the working methods or in the business equipment; then, by conside-

* Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, avsb.oztekin@gmail.com

ring to the nature of the life-threatening matter and regarding the area and the employees which may be affected from the generating danger, a part or all of the work in a part or all of the establishment can be stopped, until the danger is eliminated. Furthermore, in the workplaces which are classified in the very dangerous hazard class and which are mining workplace or a workplace where metal works or construction works are being done or a workplace where employees are working with hazardous chemicals or workplace where major industrial accidents might happen, within the condition that a risk assessment has not been done in the workplace, is being considered as a reason to the suspension of the business until the risk assessment is being completed.

With this article, firstly term of the occupational health and safety is being discussed, after that respectively scope of the Occupational Health and Safety Act No. 6331, conditions, enforcer-authorities, implementation, procedure of objection and situation of the labor contract in case of the suspension of the business is being evaluated.

Keywords: Breach of the Occupational Health and Safety inthe workplace, Administrative Sanction, Suspencion of the business

GİRİŞ

Teknolojideki hızlı gelişim, sanayileşme ve hızlı üretimin önemi sanayi devrimi sonrasında oldukça önem kazanmış olup bu gelişmeler bir takım olumsuzlukları da beraberinde getirmiştir. Seri üretim, makineleşme, kimyasal maddelerin yol açtığı sağlığı olumsuz etkileyen bir takım rahatsızlıklar iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı önlem almanın önemini gözler önüne sermiştir.

Günümüz koşullarında iş kazası ve meslek hastalığı meydana geldikten sonra bu olumsuz durumlara karşı işverenleri salt cezalandırmak yerine bu tür olumsuz durumların önüne geçebilmek için İş Sağlığı ve Güvenliği konusu üzerinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerle işverenlere yüklenen tüm yükümlülükler, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkının sağlanması amacıyla getirilmiştir. İşçilerin yaşam hakkı, sosyal devlet olma ilkesi doğrultusunda işverenlerin işyerlerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı davranması halinde çeşitli idari yaptırımlar öngörülmüş olup bu aykırılık hallerinden bazıları için hukuki, bazıları için idari bazıları için ise cezai yaptırımlar öngörülmüştür. İşin durdurulması da bu hallerde uygulanacak idari yaptırımlardan biri olarak 6331 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

I. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. İş Sağlığı Ve Güvenliği Kavramı ve 6331 Sayılı Kanunun Kapsamı

İşçilerin sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmalarına ilişkin ihtiyaçları çok öncelere dayanmasına rağmen iş güvenliğinin sosyal bir ihtiyaç olarak kabulü çok eskilere dayanmamaktadır.[1] Bu kabulün çok eskilere dayanmaması sebebiyle de işçilerin işyerinde yaptıkları işler sebebiyle olan sağlık ve güvenliklerini korunmasına ilişkin düzenlemelerin oluşması da zaman almıştır.

Bu doğrultuda işyerinde iş sağlığı ve güvenliğindeki gelişmelerin teşvik edilmesi için önlem alınmasına dair 12 Haziran 1989 ve 89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi,[2] iş çevresindeki gelişmeleri teşvik ederek işçilere bu bakımdan daha etkin bir koruma sağlamak üzere asgari koşullar kabul edilmesini öngörmektedir.[3] Belirtilen yönergenin koruma ve önleme hizmetlerini düzenleyen 7. maddesi ile birlikte büyük oranda 155[4] ve 161[5] sayılı İLO sözleşmelerinden etkilendiği görülmektedir. Bu yönerge mesleki risklerin önlenmesi, işçilerin ve temsilcilerinin bilgilendirilmesi, risk ve kaza faktörlerinin ortadan kaldırılması gibi konularda çerçeve kuralların belirlenmesindeki genel ilkeleri içermektedir. [6]

AB iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uyum amacı dikkate alınarak, çerçeve Yönerge' ye paralel düzenlemeler getirilmek için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857

---

1 Zehra Gönül Balkır, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması", İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu *Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2012/I, s.58

2 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=EN

3 İştar Urhanoğlu Cengiz, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya Kapatılması", Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.1958

4 İş sağlığı ve güvenliği ve çalışma ortamına ilişkin 155 sayılı sözleşme, İLO Kabul tarihi: 3 Haziran 1981, Kanun Sayısı ve tarihi: 5038/07.01.2004, RG yayım tarihi ve sayısı: 13.01.2004/25345 (http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm)

5 İş sağlığı hizmetlerine ilişkin 161 sayılı ILO sözleşmesi, ILO Kabul tarihi: 7 Haziran 1985, Kanun tarih ve sayısı: 07.01.2004/5039, Resmi Gazete yayım tarihi ve sayısı: 13.01.2004/25345 (http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377304/lang--tr/index.htm)

6 Urhanoğlu Cengiz, s. 1958

sayılı İş Kanunu[7] Avrupa Birliği ile İLO normlarını dikkate alarak hazırlanmış ve işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin getirilmiş yükümlülükleri düzenlemiştir.

Bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliği kavramı, çalışanların işyerlerinde işin yapılması sırasında, çeşitli nedenlerden ötürü maruz kaldıkları sağlığa zarar verebilecek ve tehlike oluşturabilecek koşulların ortadan kaldırılmasına veya azaltılmasına yönelik sistemli ve bilimsel çalışmalardır.[8]

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 vd. maddelerinde ve dolayısıyla İş Kanununa tabi işçiler ile çırak ve stajyerler için düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği kurallarını özellikle 89/391 sayılı Avrupa Birliği Direktifini dikkate alarak daha kapsayıcı ve modern bir anlayışla revize etmiştir.[9].

Kanunun getirdiği başlıca değişiklik kapsam bakımından olmuştur. Zira daha önce çırak ve stajyerler ile 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçiler için söz konusu olan iş sağlığı ve güvenliği kuralları, 6331 sayılı Kanun ile tüm bağımlı çalışanları kapsayıcı hale getirilmiştir.

Her ne kadar yaşam hakkının herkes için kutsal olduğu ve herkesin aynı kurallara tabi tutulmasının İSGK'nın tüm çalışanları kapsam altına almasının yerinde olduğu ileri sürülse de öğretideki bir görüşe göre[10] bu kadar geniş kapsamlı bir düzenlemede öncelikle diğer çalışma koşulları bakımından farklılıkla*rın* ortadan kaldırılması gerekir. Zira İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar bakımından farklı çalışma koşulları ve düzenlemeler olmasına rağmen bu farklılıkların değerlendirilmeden sadece iş sağlığı ve güvenliği bakımından norm birliğine gidilmesi uygulamada sorunları da beraberinde getirecektir. [11]

---

7 Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 10.6.2003 / 25134

8 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s.639

9 Gaye Baycık, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", *Ankara Barosu Dergisi,* 2013/3, s. 105

10 Ömer Ekmekçi, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi,* S.5, Mart 2007, 20-21

11 Aynı yönde görüş için bkz Nurşen Caniklioğlu, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", İşveren Dergisi, Mayıs- Haziran 2012, s.104

Aynı şekilde kanun kapsamı ile ilgili İSGK hükümlerinin küçük veya büyük ölçekli işyeri ayrımı yapmadan tüm işyerlerini kapsaması yerinde bulunmamıştır. İş güvencesinde olduğu gibi bir sınırın esas alınmasının ve bu düzenlemenin *işverene kademeli yükümlülükler getirmesinin uygun olduğu ifade edilmiştir.* [12] [13]

B. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Düzenlemelerin Hukuki Niteliği

İş sağlığı ve güvenliği işçilerin sağlıklarının ve güvenliklerinin korunmasını hedefler. Bunu sağlamak, onları çalıştıran kimseler olarak işverenlerin görevidir. Kanun, yönetmelik, tüzük ve diğer düzenleyici işlemlerle getirilen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin hukuki niteliği farklı kavramlara dayandırılmıştır.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler ve buna ilişkin yaptırımlar ile işçilerin işyerlerinin sağlık ve güvenlik koşullarına uygun hale getirilmesini isteme hakları sosyal devlet kavramının varlığına dayanmaktadır.[14] Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir sosyal devlet olarak belirtilmiştir. Sosyal devlet, herkese insan onuruna yaraşır bir asgari hayat seviyesi sağlamayı amaçlayan devlettir ve devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayış olarak tanımlanmaktadır.[15] [16] Sosyal devlet ilkesi gereği devlet ve giderek tüm toplum, iş sağlığı ve güvenliğiyle doğrudan ilgilidir.[17]

Yine aynı paralelde Anayasanın "devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesinde devletin amaç ve görevleri arasında kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak gibi hususlar da belirtilmiştir.

---

12 Gülsevil Alpagut, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri Ve Risk Değerlendirmesi", *İşveren Dergisi,* Mayıs- Haziran 2012, s.100

13 Kadir Arıcı, "İş Sağlığı ve Güvenliği", İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu- İş, Ankara, 20-21 Şubat 2013, 122-123

14 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008 s.46

15 Özbudun, s.46 ve s.123

16 Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2011, s. 73

17 Michael Kittner/ Ralf Pieper, Arbeitsschutzrecht-- Kommentar für die Praxis zum Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz und zu den anderen Arbeitsschutzvorschriften, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2006, s. 48.

Bununla birlikte hiç şüphesiz anayasal bir hak olarak düzenlenmiş olan "yaşam hakkı" da iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin oluşturulması ile yakından ilgili olacaktır. İş güvenliği önlemlerinden yoksun olarak mesleki risklerle iç içe yaşayan bir kişinin maddi ve manevi varlığından söz edilemeyecektir.[18]

İş sağlığı ve güvenliği kavramı anayasal çerçeve ile oluşturulmuş olup diğer başka mevzuatlarla da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve öğretide eski düzenlemelerin varlığı esnasında öncelikle işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu bağlamında değerlendirilmiştir.[19] [20]

Kanunda belirtilen düzenlemelerin emredici olup olmadığı ve kamu hukuku kaynaklı olup olmadığı öğretide ciddi tartışmaları beraberinde getirmiştir.

İş Kanununda yer alan düzenlemelerin çoğu emredici niteliktedir.[21] Emredici hukuk kuralları, mutlak emredici ve nispi emredici olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hukuk kuralları, hiçbir şekilde aksi kararlaştırılamayan hukuk kurallarıdır. Yani taraflar bu tür kurallara kesinlikle uymak zorundadır ve işçi lehine dahi olsa da bu kuralların aksini kararlaştıramazlar. Nispi emredici hukuk kuralları ise işçi lehine olmak koşuluyla aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır. Yani nispi emredici niteliği olan kurallar konusunda taraflar sözleşmelerle kararlaştırma yapabilirler.[22]

İş hukuku mevzuatında işçi ile işveren arasındaki ilişki, nispi emredici kurallarla şekillenen bir borç ilişkisi olarak düzenlenmektedir. Buna karşın iş sağlığı ve güvenliği hakkındaki düzenlemelerin nispi emredici kuralların dışında ayrı bir yeri vardır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin

---

18 Fuat Bayram, Türk Hukukuna Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, Beta Yayınevi, Şubat 2008, İstanbul, s.1

19 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.639; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınevi A.Ş, Ağustos 2008,İstanbul, 162 vd.; Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım A.Ş, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul,2015 s.426; Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel İş Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Beta Yayınevi İstanbul 2008 s.128, s.130

20 Her ne kadar eski kanun zamanında bu şekilde değerlendirilmekteyse de 89/391/ AET sayılı Çerçeve Yönerge'ye uygun olarak düzenlenen 6331 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile bu yükümlülüğün bir borç olduğu değil, mutlak olarak uyulması gereken yükümlülükler olarak kaleme alındığı iddia edilmektedir.

21 Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Düzenlemelerin Yeri", *AÜHFD*, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 95 vd

22 Süzek, İş Hukuku, s. 30-33, 319; Özdemir, s. 96 vd

düzenlemeler nispi emredici olarak nitelendirilebilecekse de, hem 1475 sayılı Kanun'da hem de 4857 sayılı Kanun'da iş sağlığı ve güvenliği konusu işçi ve işverenin uyması gereken borçlar olarak değil, aksine kamu hukukundan doğan yükümlülükler olarak düzenlenmiştir. Bunun altında yatan neden; iş sağlığı ve güvenliği kurallarının çalışma, dinlenme gibi haklar yönüyle genel olarak işçinin korunmasını değil, doğrudan onun varlığını, yaşamını güvence altına almayı amaçlamasıdır. [23]

Bu sebeple öğretide iş hukuku her ne kadar özel hukuk kapsamında işveren ile işçi arasındaki ilişkiyi düzenlemiş olsa da içinde hem özel hukuk hem kamu hukuku yönlerini barındırmasına rağmen yükümlülüklere aykırılık halinde idarece çeşitli yaptırımlar öngörülmesi sebebiyle kamu hukuku yönünün ağır bastığı iddia edilmiştir. [24] Bu yaptırımlar sebebiyle işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcu ve özellikle iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili önlemleri alma borcunu düzenleyen hükümler emredici olarak değerlendirilmektedir.[25] Bu halde bu hükümler kamu hukuku karakterli kurallar olarak nitelendirilebilecektir[26]

Ülkemizin AB iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uyum amacı dikkate alınarak AB'nin konuyla ilgili temel metni, 89/391/AET sayılı Çerçeve Yönergeye bakıldığında, öngördüğü sistem itibariyle iş sağlığı ve güvenliğini kamu hukuku niteliğinde düzenlediği söylenebilecektir.[27] Alman öğretisi de, Çerçeve Yönerge esas alınarak hazırlanan İş Güvenliği Kanunu'nu, kamu hukuku kapsamında görmektedir.[28] Çerçeve Yönergede de öngörülen kuralların borç niteliğinde değil, mutlak olarak uyulması gereken yükümlülükler olarak kaleme alınmış olması ve bu kurallar hakkında devletin resmi denetiminin öngörülmüş olması kamu hukuku niteliği hakkındaki tespiti doğrulamaktadır. Bu sebeple ülkemizin Çerçeve Yönergeye uyumu için hazırlanan 6331 sayılı Kanun'un da, Yönergeye paralel olarak kamu hukuku niteliğinde olduğu söylenebilecektir.[29]

---

23 Mahmut Kabakçı, "İş Sağlığı Ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, 86. Sayı, 2009, s.262vd

24 Kabakçı, s.254 vd.; aynı yönde, Tunçomağ/Centel,s.130

25 Çelik, s.162; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.639,

26 Urhanoğlu Cengiz, s.1962

27 Kabakçı, s.263-264

28 Kittner/Pieper, s.51; aynı yönde Rainer von Kiparski, Vorlesungsnotizen zu Karlsruher Institut für Technologie, Karlsruhe, 2013

29 Kabakçı, s.264

Kanımızca yukarıdaki görüş düzenlemelerin lafzına uygundur. Her ne kadar iş hukuku işçi işveren arasındaki iş sözleşmesi gereğince oluşan özel hukuk temelli bir ilişkiyi düzenliyorsa da işçilerin anayasal bir hak niteliğindeki yaşam hakkı ve devletin sosyal devlet ilkesini benimsemesi sebebiyle iş sağlığı ve güvenliğine aykırı hareket edilmesi halinde idare tarafından duruma müdahale edilmesi ve resmi denetim ve ceza yaptırımları ile iş sağlığı ve güvenliğini sağlaması gerekmektedir. Bu halde de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin özel hukuk kapsamında bir içerik ile sınırlı olması kabul edilemeyecektir.[30]

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNE AYKIRILIKTA İŞİN DURDURULMASI

A. Genel Olarak

İşverenin gerekli her türlü önlemi alma, risk değerlendirmesi yapma, sağlık gözetimi yapma, denetleme, bilgilendirme, eğitim verme, çalışan temsilcisi görevlendirme, çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması, iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma, iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonunu sağlama ve acil durumlarda gerekli şekilde davranma gibi yükümlülükleri vardır. İşveren kanunda düzenlenmiş olan bu yükümlülüklerine aykırı davranırsa işçilerin bu duruma karşı bir takım hakları olabileceği gibi bir de işverenlere idarece çeşitli yaptırımlar uygulanacağı düzenlenmiştir.

Alman İş Güvenliği Kanunu 3. Paragrafta da İş Kanunu'nun mülga 77. maddesi ve 6631 sayılı Kanun'un amaç başlıklı 1. maddesi ile paralel olarak İşverenin, işyerinde çalışanlarının sağlık ve güvenliğini korumakla yükümlü olduğu ve çalışanlarının sağlığı ve güvenliğinin iyileştirilmesi gayretinde olacağı düzenlenmiştir.[31]

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenlere yüklenen tüm yükümlülükler, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkının sağlanması amacıyla getirilmiştir.[32] Bu amaçla Kanunda çeşitli idari ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. İş kazaları ve meslek hastalıklarını ön-

---

30 Kabakçı, s.262 vd.

31 Thomas Dietrich/Peter Hanau/Günter Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007, s.522; (çevrimiçi) https://www.gesetze-im-internet.de/arbschg/__3.html

32 Baycık, İş Sağlığı ve Güvenliği, s.112

leyebilmek sadece mevzuat geliştirmek ve yürürlüğe koymakla yeterli olmayıp bu mevzuatın da etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamak gerekmektedir. Bu etkin denetimi sağlama amacıyla kanun koyucu çeşitli yaptırımlar öngörmüştür.

İşin durdurulması da işyerinde iş sağlığını ve güvenliğini sağlamak amacıyla uygulanan idari yaptırım türlerinden biridir. Bu yaptırımda esas amaç işvereni cezalandırmaktan ziyade İSG kurallarına uyulmasına zorlamak ve bu sayede iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasını önlemektir.[33]

Bu yaptırım türüne göre İSG mevzuatına göre işverene yüklenen sorumlulukların yerine getirilmemesi halinde, işyerinde iş kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. İşin kısmen veya tamamen durdurulması titizlikle uygulanmalıdır, zira bu yaptırım sebebiyle işyerindeki üretim aksamakta ve işletmeler bakımından ağır ekonomik sonuçları beraberinde getirmektedir.[34] Lakin işyerinde belirli bir makinede ya da tesisatta işin durdurulması ile tehlikenin giderilmesi mümkünken işyerinin tümünün kapatılması yerine işin durdurulması yaptırımının tercih edilmesi gerekmektedir.[35]

Mülga 1475 sayılı[36] İş Kanunu uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girene kadar İSG'ye aykırılık durumunda işin durdurulması düzenlenmiş olmakla birlikte birtakım farklılıklar öngörülmekteydi. 1475 sayılı Kanun'a göre işin durdurulması ve o dönemdeki düzenlemelerden olan "işyerinin kapatılması" na konu olabilecek işyerleri, işyeri kurma izni ve işletme belgesi alması gereken işyerlerinden ibaretti.

4857 sayılı Kanun'un m. 79'daki düzenlemesine göre durdurma veya kapatma kararı alınabilmesi için işyeri kurma izni ve işletme belgesine sahip olma şartından vazgeçilmiştir. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu konuda yeni düzenlemeler getirilmiş olup 4857 sayılı Kanun m.79 kaldırılmıştır.

6331 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 4857 sayılı Kanun'dan ayrılan en önemli düzenlemesi ise İSGK ile işyerinde çalışanlar için hayati

---

33 Asiye Şahin Emir, İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, İzmir,2015,s.183

34 Urhanoğlu Cengiz, s.1969

35 Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985, s.253

36 Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 01.09.1971/ 13943

bir husus tespit edildiğinde bu tehlike giderilinceye kadar işyerinin bir bölümünde veya tamamında işin durdurulabileceği, işyerinin kapatılmasının ise mümkün olmayacağıdır.[37]

6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce de İşyerinin bir bölümünde belirli bir tesisatta işçilerin yaşamını ve sağlığını tehdit eden hususların varlığı halinde işyerinin o bölümünde işin durdurulacağı tehlikenin tüm iş yerinde olması halinde ise işyerinin kapatılması gerektiği belirtilmekteydi. Buna dayanak olarak ise idari yaptırımların oransallık ilkesi uyarınca işveren tarafından yapılan bir ihlal daha hafif bir yaptırımla önlenebiliyorsa daha ağır bir yaptırım uygulanmamasının yerinde olacağı söyleniyordu.[38]

İşyerinin kapatılması, işyerinin kapısının mühürlenmesi ve işe giriş çıkışın tamamen engellenmesiyken işin durdurulması ise sadece durdurulan kısımda faaliyette bulunulmamasıdır.[39] İSGK uyarınca işin durdurulmasının işyerinin tamamında uygulanabilmesi de mümkündür. Bu bakımdan 6331 sayılı düzenleme gereğince her ne kadar işyerinin kapatılmasının engellenmiş olduğu şeklinde görüş beyan edilmiş olsa da, işyerinde işin tamamen durdurulması da fiili olarak işyeri kapatılmasının sonuçları ile aynı olacaktır.[40] Ancak en azından işyerinde hayati bir tehlikenin varlığı halinde işin durdurulacağı mı yoksa işyerinin kapatılmasına ilişkin müeyyidenin mi uygulanacağı tartışması sona ermiş bulunmaktadır.

B. İşin Durdurulmasının Koşulları

1. İşyerinde Tehlike Oluşturan Bir Durumun Meydana Gelmesi

Hangi durumlarda işin durdurulacağı 6331 sayılı Kanun m.25/f.1'de düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre bir işyerinde işin dur-

---

37 Gizem Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari Ve Cezai Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 264

38 Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s.253; aynı yönde Fuat Bayram, Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, İstanbul, 2008, s.248; Sarper Süzek, "İş Sağlığı Ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, (Somut Çözüm Önerileri) s.322

39 Sarıbay Öztürk, s.265

40 Nurşen Caniklioğlu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya 26-30 Eylül 2012 (işverenin yükümlülükleri)

durulması için öncelikle o işyerinde çalışan kişilerin hayatını tehlikeye sokabilecek bir olayın meydana gelmesi veya bu şekilde bir olayın ilgililerince tespit edilmesi gerekmektedir.[41]

İşin durdurulmasına yönelik idari yaptırımın somut durumda uygulanabilmesi için tehlikenin acil ve yakın olması gerekli değildir. Yine 6331 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan çalışmaktan kaçınma hakkından farklı olarak çalışanların hayatını tehlikeye sokacak olması şartını gerçekleştirmesi yeterlidir. Ek olarak tehlikenin acil ve yakın olması gerekli değildir.[42] İş, hayati tehlike giderilinceye kadar bu tehlikenin niteliği ve tehlikeden doğabilecek riskin etkileyeceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak kısmen ya da tamamen durdurulabilir. Burada Kanunun bu denli geniş bir çerçeve ile işin durdurulması konusunda yetkili komisyonlara yetki vermesinin sebebi ise Anayasada düzenlenen yaşam hakkının her şeyin üstünde yer aldığına dair kabuldür.[43]

Kanuni düzenlemede geçen "hayati tehlike" ibaresi ise öğretide yoruma açık bulunmuş ve hayati tehlike olması şartının söz konusu yaptırımın uygulama alanını daralttığı ifade edilmiştir.[44] Bu sebeple doktrindeki bazı görüşlere göre[45] uzun vadede ortaya çıkabilecek hayati tehlikelere de bu yaptırım türünün uygulanması gerekecektir. Buna örnek olarak yakın nitelikte bulunmayan ancak pnömonkonyoz[46], silikozis[47] veya kurşuna maruz kalınmasında oluşacak uzun dönemde yaşamsal tehlike oluşturabilecek mesleki risklerin varlığı halinde de işin durdurulması yoluna gidilebilmesi gerektiği savunulmuştur.[48]

---

41 Şahin Emir, s.185

42 Süzek, İş Hukuku, s.967

43 Özgür Oğuz, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve İş Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, Legal Yayınevi, İstanbul,2011, s. 133

44 Süzek, İş Güvenliği, s.268; Urhanoğlu Cengiz, s. 1971

45 Süzek, İş Güvenliği, s.267; Süzek, İş Hukuku, s.967

46 Tozlu ortamlarda bulunanların solunumu yapması sonucu akciğerlere tozun girmesi ve tozun akciğerlerde birikmesi ile akciğer dokusunda hasar meydana gelmektedir. Bu hasar nedeni ile meydana gelen her türlü hastalığa pnömokonyoz denilmektedir.(http://www.pnomokonyoz.com/pnomokonyoz-hastaligi-nedir/)

47 Silikozis, taş ocağı, tünel ve diğer maden işçilerinin silisyum tozlarını uzunca bir süre solumaları sonucu gelişen bir pnömokonyozdur.(http://www.saglik.im/silikozis/)

48 Süzek, İş Hukuku, s.967-969; aynı yönde Şahin Emir, s. 186: yazara göre uzun vadeli mesleki risklerde de bu müeyyidenin uygulanabilir olması gerekir zira kanun koyucunun tehlikenin ciddi ve acil olması şartını arama iradesi olsa idi bunu m.13'te olduğu gibi açıkça belirtirdi, açıkça belirtilmediğinden uygulanabilir olması gerektiğini savunmaktadır.

Kanımızca da her ne kadar kanunda dar bir uygulama alanına yönelik bir düzenleme yapılmış gibi de görünse bu hususdaki düzenlemelerin amacı dikkate alınarak amaçsal yorum yapılmalı ve geniş kapsamlı değerlendirme yapmak gerekecektir.

Örneğin eskimiş buhar kazanının hemen patlayabilecek durumda olması, kullanılan makinelerde koruyucu olmaması gibi durumlarda sadece ilgili makinelerin çalışması durdurulabilecekken, metan gazı yüksekliği nedeniyle grizu patlaması olasılığının bulunması, ana havalandırma tesisatının arızalı olması durumunda işin tamamının durdurulmasına karar verilebileceği ifade edilmektedir.[49] Bu şekilde bir yaptırım idari işlemin orantılılığı ilkesi ile de uyumlu olacaktır.[50]

İşin durdurulmasına dair ayrı bir düzenleme de 6645 sayılı Kanun[51] ile öngörülmüştür. İlgili düzenleme ile çok tehlikeli sınıfta yer alan ve ihale ile alınan işlerde, teknolojik gelişme, iş gücü kapasitesinin artırılması, üretim metotlarında yenilik gibi bir kısım unsurlar sağlanmadan üretim ve/veya planlarına aykırı hareket edilerek üretim zorlaması nedeniyle hayati tehlike oluşturacak şekildeki çalışma biçimleri de işin durdurulma sebebi olarak sayılmıştır. (6645 s. K m.2)

2. Belirli İş Yerlerinde Risk Değerlendirilmesinin Yapılmamış Olması

6331 sayılı Kanun ile işin durdurulmasına yönelik koşullarda önceki düzenlemelerde olmayan bir kriter getirilmiştir, bu kriter belirli iş yerlerinde risk değerlendirmesi yapılmamış olmasıdır. Kanunda açıkça risk değerlendirmesi yapmaması halinde işin durdurulacağı işyerlerini tek tek belirtilmemiştir. Ancak buna dair 30.12.2013 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan "Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi Ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik" ile belirtilen büyük endüstriyel kaza olabilecek işyerleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılabilmektedir.[52]

Bununla birlikte bir başka düzenleme 19.12.2012 tarihli 28502 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İşkolları Yönetmeliği'nde yapılmıştır.

---

49 Süzek, İş Hukuku, s.967; Oğuz, s.134

50 Süzek, İş güvenliği s. 286; Süzek, Somut Çözüm Önerileri, s.32

51 İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6645, Kabul Tarihi: 4.4.2015

52 Şahin Emir, s. 187

İlgili yönetmeliğe göre maden işyerleri, madencilik ve taş ocakları iş kolunda metal işyerleri, metal iş kolunda; yapı işleri, inşaat işkolunda; tehlikeli kimyasallarla çalışan işler, petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç işkolunda olup İSGK m. 9 uyarınca çıkarılan tebliğe göre çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden olup bu işyerlerinde risk değerlendirilmesi yapılmamış olması halinde başkaca bir şart aranmadan iş tamamen durdurulmaktadır.[53] Bu durumda bazı işyerleri açısından işyerinde hayati bir tehlike olsun ya da olmasın o işyerinde risk değerlendirilmesi yapılmadığının tespitinde, herhangi bir mahkeme kararı olmadan idarece işin durdurulmasına karar verildiği görülmektedir.

3. İş Müfettişleri Tarafından Karar Alınması ve Kararın Mülki İdare Amirince Yerine Getirilmesi

6331 sayılı Kanun uyarınca işin durdurulması için bir mahkeme kararına gerek duyulmamıştır.[54] Kanunda belirtilen teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan bir heyetin işyerinin sadece bir bölümünde veya tamamında işin durdurulmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. İşin kısmen veya tamamen durdurulması kararı işyerinde mevcut olan tehlikenin niteliğine ve büyüklüğüne göre verilmelidir.[55] Tehlikenin hayati olup olmadığının tespiti tamamen heyetin takdirine bırakılmıştır.[56]

C. Kararı Verecek Olan Mercii

1. Genel Olarak

İşin durdurulması kararını verecek merciiler konusunda birbirinden farklı düzenlemeler ve sistemler mevcuttur. Bunlar mahkemeleri yetkili kılan sistemler ve iş denetim örgütlerini yetkili kılan sistemlerdir.[57]

6331 sayılı Kanun'da mevcut olan düzenlemeye göre kural olarak işin durdurulması kararı iş sağlığı ve güvenliği konusunda teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti ile İSG bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet tarafından verilebilecektir. (m. 25/2)

---

53 Şahin Emir, s. 188

54 Detaylı inceleme için bkz. Çalışmamızın II- C ve II- D başlıklı kısımları.

55 Şahin Emir, s.188

56 Sarıbay Öztürk, s.269

57 Süzek, İş Güvenliği, s.268-273; Ali Cengiz Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004,(Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi) s.139 vd.

İşin durdurulmasına dair yetkili heyet[58] tarafından karar verildikten sonra eski düzenlemede olduğu gibi ayrıca bir mahkeme kararı verilmesine de gerek yoktur.[59]

2. İstisnai Olarak

İSG açısından bir tehlike fark edildiğinde işin durdurulması her ne kadar genel bir düzenleme olsa da sadece İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu'na özgü bir yetki değildir. Zira işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları da işyerinde çalışanların hayatı ile ilgili bir tehlike tespit ettiklerinde bu durumu derhal üst yönetime bildirerek onaylarını alır ve işin geçici olarak durdurulmasını sağlayabilirler.[60]

Bu tür durumlar için 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik uyarınca, iş güvenliği uzmanlarının işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu durumun acil müdahale gerektirmesi halinde, işin durdurulması için iş güvenliği uzmanlarının işverene başvurma yetkisi bulunmaktadır.(m. 10/1,b) İş güvenliği uzmanının bu belirtilen hallerde işverene başvurmasına rağmen işverenin bu tespiti dikkate almaması halinde ise, iş güvenliği uzmanı, Bakanlığın yetkili birimine doğrudan başvuracaktır. (İSGK m. 8/2) Yine aynı yönde 20.07.2013 tarih ve 28713 sayılı İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personellerinin Görev Yetki Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkındaki yönetmelik gereğince, işyeri hekiminin de işyerinde belirlediği hayati tehlike ciddi ve önlenemez ise ve bu acil müdahale gerektiriyorsa işin durdurulması için işverene başvurma yetkisi vardır. (m.10/1,b)

Bu durumda, üç iş müfettişinden oluşan heyet kararı ile işin durdurulması ile işyeri hekimi ya da iş güvenliği uzmanının karar vermesi farklı usullere tabi tutulmuştur. Heyetin işin durdurulmasına karar vermesi için işçilerin yaşamına dair tehlikeli bir durumun varlığını tespit etmesi yeterliyken iş güvenliği uzmanının bu kararı verebilmesi

---

58 Kararı verecek heyetin kuruluşu, çalışma usulü ve karar verme biçimi konusunda bkz. 30.03.2012 tarih ve 28603 sayılı RG'de yayınlanan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik

59 Sarıbay Öztürk, s.270

60 Sarıbay Öztürk, s. 273

için hayati bir tehlikenin varlığı ile birlikte ciddi, önlenemez ve acil olması gerekmiştir. Hayati bir tehlikenin varlığı ile birlikte ciddi önlenemez ve acil bir durumun da mevcut olması halinde bile iş güvenliği uzmanının tek başına bu kararı alması mümkün olmayıp işveren ya da işveren vekilinin onayını alması gerekmektedir.[61]

Mevcut düzenlemeye göre iş sağlığı ve güvenliği uzmanları ile işyeri hekiminin işyerinde yaşamsal bir tehlikenin varlığı halinde tehlike ciddi ve acil değilse durumu iş müfettişine şikayet ederek iş sağlığı ve güvenliği komisyonunun toplanmasını talep etmesi üzerine komisyonun karar almasını sağlaması mümkündür. Bunun sebebi ise kanun koyucunun işin durdurulması kararını üç iş müfettişinden oluşan bir heyete vermesinden ve işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanına yönetmelikle verilmiş olan yetkinin kanuna aykırı olarak düzenlenemeyeceği ilkesinden ibarettir.

Öğretideki bazı görüşlere göre[62] iş müfettişlerinin sayısı göz önüne alındığında iş müfettişine şikayet edilerek müfettişin duruma müdahalesini beklemek geç olabilecektir. Tehlike her ne kadar da ciddi ve acil olmasa bile işçinin hayati bir tehlike altında çalışmasını beklemek yasanın amacından sapmayı beraberinde getireceğinden işyeri hekimi ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanına da işyerinde yaşamsal bir tehlikenin varlığını tespit etmeleri halinde işin durdurulması kararı verebilme yetkisi kanun ile düzenlenmelidir.

Kanımızca işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının maaşlarını işverenden aldıkları gerçeği karşısında ücret aldıkları işverenin işyerinde işin durdurulması kararı vermeleri oldukça zor olacaktır. Bu sebeple mevcut düzenleme yerinde görünmektedir.

3. Askeri İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler İmal Olunan İşyerlerinde

İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik[63] m.24/3'e göre, askeri işyerleriyle yurt güvenliği için gerekli maddeler üretilen

---

61 6331 sayılı Kanun öncesi düzenleme öncesindeki görüşleri Gaye Baycık, "Yeni düzenlemeler Açısından İnşaat İşvereninin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", *AÜHFD*,60 (2),2011, s. 245; Sarıbay Öztürk, s. 274

62 Sarıbay Öztürk, s.275

63 Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 30.03.2013/28603

işyerlerinin denetim ve teftişi konusu ve sonuçlarına ait işlemler Milli Savunma Bakanlığı ve Bakanlıkça birlikte hazırlanacak yönetmeliğe göre yürütülecektir. Bu bağlamda 16.08.2013 tarihli ve 28737 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Askeri İşyerleriyle Yurt Emniyeti İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetimi, Teftişi ve bu İşyerlerinde İşin Durdurulması Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

İlgili yönetmelik m. 4/1,a'da belirtilen ve 6331 sayılı Kanun kapsamında yer alan askeri işyerlerinde İSGK m. 25 gereğince işin durdurulması işlemleri İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik hükümlerine göre yürütülecektir. Ancak işin bir kısmını veya tamamını durdurmaya yetkili olan heyet üyelerinden biri iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftişe yetkili askeri iş müfettişleri arasından seçilecektir. (AİY m.10/1) Yine AİY m.4/1,b'de belirtilen diğer askeri işyerlerinde işin bir bölümünü veya tamamını durdurma kararı vermeye yetkili heyet içerisinde yer alacak ÇvSGB iş müfettişlerinin Milli Savunma Bakanlığınca verilmiş özel kimlik kartına sahip olmaları gerekir.(AİY m.10/2)

D. İşin Durdurulması Kararı ve Uygulanması

6331 sayılı Kanun'da belirtilen iş sağlığı ve güvenliği açısından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet, m. 25/1'de belirtilen durumların varlığı halinde işyerinin sadece bir bölümünde veya tamamında işin durdurulmasına karar verebilir. İşin kısmen veya tamamen durdurulmasına dair kararda tehlikenin niteliği ve büyüklüğüne göre karar verilmeli, orantılı bir yaptırım uygulanmalıdır.

Heyet kararını vermeden öncelikle İİDY m. 7/3 uyarınca iş sağlığı ve güvenliği müfettişi hayati bir tehlikenin varlığını veya çok tehlikeli sınıfta yer alan bir iş yerinde risk değerlendirmesinin yapılmadığını tespit ederse bu durumları belirten bir rapor hazırlayacak ve raporu en geç tespitin yapıldığı tarihin ertesi günü ilgili heyete verilmek üzere İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'na gönderecektir. İlgili raporda durdurmayı gerektiren hususlar, alınması gereken tedbirlerin niteliği ve yapılması gereken diğer iş ve işlemler ayrıntılı bir şekilde belirtilecektir. Belirtilen rapor idari tedbir raporu olup işin durdurulması prosedürü bu rapor üzerinden yürütülecektir. (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği m.47)

İş sağlığı ve güvenliği açısından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet kendisine gelen raporu inceler, rapor uygun bulunursa müfettişin raporu teslim tarihinden itibaren iki gün içerisinde oy çokluğu ile işin durdurulmasına karar verebilir. (İSGK m. 25/2, İİDY m. 6/1)

Heyet gerekli görürse İİDY m. 6/3 uyarınca karara konu işyerinde inceleme yapabilecektir ancak hüküm lafzına bakıldığında genel kuralın heyetin işyerinde inceleme yapmadan karar vermesi olduğu görülmektedir.

Heyet, işyerinin bir bölümünde veya tamamında işin durdurulmasına karar verdiği takdirde bu karar ilgili valiliğe ve işyeri dosyasının bulunduğu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilecek ve karar mülki idare amiri tarafından yirmi dört saat içinde yerine getirilecektir. (İSGK m. 25/3; İİDY m. 7/4). İşin durdurulması kararında işyerinin bir bölümünde mi tamamında mı işin durdurulacağı açıklanacaktır.[64]

Ancak heyet işin durdurulmaması yönünde bir karar verirse rapor işleme koyulmaz ve Kurul başkanlığına iade edilir. (İİDY m.7/5) [65]

Bazı durumlarda iş müfettişi tarafından işyerinde belirlenen tehlike heyetin toplanmasını ve karar vermesini bekleyemeyecek şekilde acil olabilir. Bu halde tehlikeyi belirleyen müfettiş, öncelikle durumu İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'na bildirir ve heyet tarafından karar alıncaya kadar geçerli olmak üzere işin durdurulmasını ilgili mülki idare amirinden talep eder. (İSGK m. 25/2) Acil müdahaleyi gerektiren hallerde alınan durdurma kararı aynı gün mülki idare amiri tarafından yerine getirilmelidir.(İSGK m. 25/3) Kanımızca bu düzenleme ile kanun koyucu istisnai de olsa acil müdahale gereken hallerde çalışanların korunmasını amaçlamış olup zaman kaybına olanak tanınmadan önlem alınmasını sağlamak istemiştir.

İşin durdurulması kararı hayati tehlike giderilinceye kadar devam edecektir. (İİDY m.7/1) Bu durumda gerçekten de heyet kararıyla işin durdurulması önlem niteliğinde olup geçici bir önlemdir.[66]

---

64 Devamındaki prosedür ve mühürleme işlemi ile ilgili düzenleme için bkz İİDY m.8/2 vd.

65 Heyetin işin durdurulmasına gerek olmadığına karar vermesi halinde aykırılık tespit eden iş müfettişinin bu karara karşı itiraz edemiyor olması haklı olarak eleştirilmiştir. İlgili görüş için bkz. Sarıbay Öztürk, s.278

66 Aynı yönde bkz. Sarıbay Öztürk, s.278

İşyerindeki işin durdurularak mühürlenmesi sonrasında işveren bu durdurma kararının kaldırılması için durdurma sebebine göre hareket etmelidir. İşveren durdurma sebeplerinin giderilmesi için mühürlerin geçici olarak kaldırılmasını istemesi halinde talebini dilekçeyle sunacaktır. Bu halde hayati bir tehlikenin varlığı sebebiyle durdurma kararı verildiyse alınması gereken tedbirler, yapılacak çalışmalar koordinasyonu vb. bilgilerin yer aldığı işverenin taahhüdü ile hazırlanan dosya İl Müdürlüğüne iletilecek olup durdurmaya sebep olan eksiklik risk değerlendirmesinin yapılmamış olması ise işyerinde yapılacak risk değerlendirmesi hakkındaki iş ve işlemlerin belirtildiği belgeler dosyaya eklenecek ve İl Müdürlüğüne iletilecektir.[67]

İSGK m. 26/1'deki düzenlemeye göre öngörülen idari para cezası yaptırımı, 6645 sayılı Kanun ile kaldırılmış olup yeni düzenleme gereğince işyerinde durdurulan işlerde izinsiz çalışma yaptıran işverenlere veya işveren vekillerine üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verileceği belirtilmiştir. (İSGK m. 26/ğ vd.)

İşin durdurulması kararını alan heyetin sadece iş müfettişinin teklifi ile mi toplanacağı konusuna ayrıca değinmek gerekecektir. İİDY m. 7'ye göre heyete verilmek üzere rapor hazırlama yetkisi sadece iş müfettişlerine verilmiştir. İş müfettişlerinin sayısı göz önüne alındığında heyetin toplanmasını sağlayabilecek kişileri bu kadar dar kapsamlı düzenlemek tehlikelerin erken fark edilerek önlenmesinin önünde engel teşkil edebilecektir.[68] Ayrıca iş müfettişleri genelde büyük iş kazaları sonrasında işin durdurulmasına dair karar vermektedir. Fakat kanun lafzı ve amacı doğrultusunda aslında kaza meydana gelmeden kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmişse işin durdurulması kararı verilerek kazanın önlenmesi amaçlanmalıdır.[69]

---

67 Ek bilgiler için bkz. İİDY m.9/1,-5

68 Aynı yönde Sarıbay Öztürk, s. 279 yazara göre"sadece iş müfettişinin bu yetkiye sahip olması yerinde değildir. Bu doğrultuda işçi temsilcisinin de işçilerin yaşam ve sağlığı için tehlikeli bir durumun varlığı tespit edildiğinde heyeti çağırma hususunda yetkisi olması gerekir. Lakin işçi temsilcisinin şikayet hakkını kullanması üzerine iş müfettişinin denetim yapması uygulamada gecikmelere sebebiyet vermektedir. Ayrıca işçi temsilcisi de işverenin bir işçisi olduğuna göre işin durdurulmasını isteme konusunda temkinli davranacağından işçi temsilcilerine de işyeri sendika temsilcilerine tanınan güvenceler sağlanmalı ve heyeti çağırma konusunda yetki verilmelidir."

69 Şahin Emir, s. 188-189

E. İşin Durdurulması Kararına İtiraz

İşveren işyerinde işin durdurulmasına dair kararın yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içerisinde itiraz edebilecektir. (İİDY m.12/1, İSGK m.25/4) Bu durumda durdurma kararı yerine getirilmediği takdirde işverenin itiraz hakkı ve itiraz süresi başlayamayacaktır.[70] Oysa işin durdurulması işveren açısından önemli ekonomik zararları meydana getirebileceğinden işin durdurulması kararına itiraz süresi işverene bu kararın tebliği ile başlaması daha yerinde olacaktır.[71]

Altı iş günü olarak belirlenen sürenin hak düşürücü olduğu öğretide kabul görmektedir.[72] İşveren her ne kadar iş mahkemesine itiraz etmiş olsa da bu itiraz işin durdurulması kararının icrasını durdurmayacaktır. (İSGK m. 25/4, İİDY m. 12/2) [73] Ancak itiraz yürütmeyi durdurmasa bile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389'a göre hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı veya diğer ihtiyati tedbir talebi şartlarının varlığı halinde işin durdurulması kararına karşı ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilecektir.[74]

İşin durdurulması kararına itiraz halinde mahkeme itirazı görüşerek altı iş günü içerisinde karara bağlayacak olup mahkemenin kararı kesin olacaktır. (İSGK m. 25/4, İİDY m. 12/2) Bu sebeple işin durdurulmasına yönelik yerel mahkeme kararı temyiz edilemeyecektir.

İş mahkemesince işin durdurulması kararı onanırsa işveren tehlikeleri giderecek veya iradesine göre işyerini kendisi kapatacaktır. Kapatmaya kadar varan bu karara karşı temyiz imkanının bulunmaması kanımızca yerinde değildir. Zira her ne kadar işin ekonomik yanı gözetilerek heyetin verdiği karar sürüncemede bırakılmasın istenmiş olsa da mahkeme kararına karşı itiraz imkanı getirilmesi durumun ağır sonuçlar meydana getirebilecek olması sebebiyle yerinde olacaktır.

---

70 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi Ankara,2014, s.1386;

71 Aynı yönde Sarıbay Öztürk, s.281

72 Mustafa Kılıçoğlu, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005, s.588; yazar her ne kadar mülga kanun zamanında bu yorumu yapmış olsa da yeni düzenleme de buna paralel bir düzenleme getirdiğinden aynı yoruma değinilmiştir.

73 Sarıbay Öztürk, s.282; yazara göre bu düzenlemenin sebebi kanun koyucunun insan yaşamına üstünlük tanımasının bir yansıması olarak görülmektedir.

74 Süzek, İş Güvenliği, s.284

F. İşin Durdurulması Halinde İş Sözleşmelerinin Durumu

1. İşverenin devamlı işçilerinin iş sözleşmelerinin durumu

İdare tarafından işyerinde işin durdurulması yönünde yaptırım uygulandığı takdirde bu yaptırımdan çalışanların etkilenmesi hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple Kanun koyucu bu durumun önüne geçmek amacıyla bir takım önlemler almıştır.[75]

İSGK m. 25/6'da işverenin işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlarına ücretlerini ödemekle yükümlü olduğu veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere başka bir iş vermekle yükümlü olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu halde idarece işin durdurulmasına karar verilmesi durumunda bile işveren ile çalışan arasında var olan iş sözleşmesi devam edecek olup taraflar arasında var olan sözleşmeden kaynaklanan tüm borçlar da varlığını sürdürmeye devam edecektir.[76]

İşverenin iradesi dışında, kendi kusuru ile ve bir idari makamın kararı sonucu işin durdurulması halinde işçilerin iş görme edimini kabul edemeyen işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceğine ilişkin öğretide görüşler mevcuttur.[77] Bu görüşe katılmaktayız zira iş sözleşmesi işveren ile işçi arasında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olup işçi asli edimi hizmet ediminin ifası iken işverenin asli edimi hizmete karşılık ücret borcunu ifa etmektir.[78] Bu durumda işçi, hizmet görme borcunu ifaya hazır olmasına rağmen işveren ifayı kabul edemeyeceğinden bu durum bir alacaklı temerrüdü oluşturacaktır.

Bu halde, her ne kadar işverenin kusuru sebebiyle Borçlar Kanunu m. 112'de belirtilen kusurlu imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanabileceği düşünülecek olsa da bu düşünce yerinde olmayacaktır. Zira ilgili maddede belirtilen imkansızlık hali borçlunun borcundaki im-

---

75 Köseoğlu, Kapanmanın İş Sözleşmesine Etkisi, s.226

76 İSGK m.25/1-1'e göre işveren işin durdurulması sebebiyle işçiye ücret ödemez veya ücretinde düşüklük olmamak kaydıyla başka bir iş vermezse ihlale uğrayan her bir çalışan için bin Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için ise aynı miktar idari para cezası ödeyecektir.

77 Sarıbay Öztürk, s.283; Süleyman Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara,2007 s.198

78 Aksi yönde gözetme borcunun da asli edim borcu olduğuna dair görüşler için eski kanun zamanındaki görüşleri için bkz Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974 s.33

kansızlık halleri için düzenlenmiştir. Oysa bahsedilen hallerde işçinin hizmet görme borcu bakımından işveren alacaklı konumunda olacağından Borçlar Kanunu m.112 bu halde uygulanamayacaktır. Bu açıklamalar ışığında işverenin iradesi dışında, kendi kusuru ile ve bir idari makamın kararı sonucu işin durdurulması halinde işçileri çalıştıramaması halinde alacaklı temerrüde düşeceğine ilişkin değerlendirmeler yerinde olacaktır. Bunun sonucunda, işverenin ücrette eksilme olmama ve işçinin meslek durumuna uygun iş teklif etmemesi halinde alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanarak işçinin İş Kanunu m. 24/2'ye göre haklı sebeple fesih hakkı olması gerektiğini düşünmekteyiz.[79]

İşveren çalışanların ücretlerini ödemeye devam etmek yerine onlara başka bir iş verme yolunu seçerse bu yeni iş çalışanların haklarında ve çalışma koşullarında olumsuz bir değişikliğe yol açmamalıdır.[80] Aksi halde bu durum İş Kanunu m. 22'de belirtilen esaslı değişiklik olarak yorumlanabilecektir.[81]

Çalışan kişi işveren tarafından takdir edilen yeni işini objektif iyi niyet kurallarına uygun olduğu sürece kabul etmek zorundadır.[82] Bu durum işçinin sadakat borcunun bir gereği olmakla birlikte dürüstlük kuralı ile de bağdaşacaktır. Ancak işveren tarafından verilen yeni iş çalışanın hem mesleğine hem de kişisel özelliklerine uygun nitelikte olmalıdır. Bununla beraber işveren tarafından verilen yeni iş, eski işine göre daha az ücret almasına sebep olmamalı ve daha alt düzeyde olmamalıdır.[83]

Kanımızca bu yorum her ne kadar İş Kanunu ve İSGK'nın amacına uygun bir yorum olsa da uygulama göz önüne alındığında bir işverenin çalışanını yeni bir işte çalıştırırken kişisel özelliklerine dikkat etmesi oldukça güçtür. Ancak işin durdurulmasında kusuru olmayan işçinin ücretinde değişiklik yaratan veya mesleğine uygun olmayan değişiklik teklifini kabul etmemesi durumunda, işveren tarafından

---

79 Borçlunun borcuna dair edimin ifasında imkânsızlığın sonradan kusurlu imkânsızlıkta şart olduğuna dair bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011 s.644

80 Ali Cengiz Köseoğlu, "İşyerinin Kapanması", *Sicil İş Hukuk Dergisi,* s. 4, 2006 Aralık, (İşyeri Kapanması) s.621

81 Süzek, İş Hukuku, s.687-691 vd; Oğuz, s145

82 Şahin Emir, s.194

83 Köseoğlu, İşyeri Kapanması, s.62; Süzek, İş Güvenliği, s.293

işçinin sözleşmesi feshedilirse sadece bu sebepten işverenin feshinin geçerli olduğunu kabul etmemek gerekecektir. Aksi halde işin durdurulması sebebiyle işçi cezalandırılmış olacaktır.[84] Bu halde işçi İş Kanunu m. 24/2 gereğince çalışma şartları uygulanmadığı için haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecek[85] ve her ne kadar ihbar tazminatı alamayacaksa da kıdem tazminatına hak kazanacaktır.[86] Diğer yandan işverenin işçiye ücretini ödemeye devam etmesi veya ücretinde bir düşüklük olmamak üzere meslek durumuna göre başka bir iş vermesi halinde artık işçi tarafından iş sözleşmesi haklı sebeple feshedilemeyecektir. Bu durumda işçi sözleşmeyi bildirim önellerine uyarak feshederse kıdem tazminatı alamayacaktır.[87]

Ancak işveren tarafından yapılan değişiklik çalışanın zarara uğramasına sebep oluyorsa çalışanın yeni işi kabul etmemesi işverene fesih hakkı vermeyecektir. Aksi halde işin durdurulmasında hiç kusuru olmayan bir çalışan cezalandırılmış olacak ve bu durum İş Kanunu ve İSGK'nın amacı ile de bağdaşmayan bir nitelikte olacaktır.[88] Bu değerlendirme çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana geldiğinde çalışanın İş Kanunu m. 22'de yer alan haklarını kullanabilmesine de paralel ve uygun bir yaklaşım olacaktır.

2. Alt İşveren- Asıl İşveren İlişkisinde İşin Durdurulması Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Durumu

Bir işyerinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işin bir bölümünün bir alt işverene verildiği hallerde, işin durdurulması yaptırımının alt işverenin işçilerinin iş sözleşmelerini nasıl etkilediğini ikili bir ayrımla değerlendirmek yerinde olacaktır.

İlk olarak işin durdurulmasına dair karar asıl işverene ait işyerinde verildiyse, alt işveren işçilerine meslek ve durumlarına uygun bir iş veremediği takdirde bu durum, İş Kanunu m.24/3 anlamında bir zorlayıcı sebep teşkil edecektir. Bu halde, işçiler bir haftalık süre içerisinde yarım ücret almaya hak kazanacak (İş Kanunu m. 40) ve bir haf-

84 Sarıbay Öztürk, s.286
85 Köseoğlu, Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi, s.233
86 Sarıbay Öztürk, s.286
87 Sarıbay Öztürk, s.288
88 Köseoğlu, İşyeri Kapanması, s.62

talık süreden sonra işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınacaktır. Eğer alt işverenin başka işyerlerinde yürüttüğü bir iş varsa ve işçilerin çalışma şartlarında esaslı değişiklik anlamına gelmeyecek bir işte işçilerini çalıştırabiliyorsa, alt işveren bu süre zarfında işçilerini o işlerde çalıştırmalıdır.[89] Bu esnada alt işverenin, işçilerin işçilik hakları bakımından asıl işveren ile birlikte müteselsil sorumluluğu devam etmekle beraber alt işveren, işçilerinin ücretlerini karşıladığı hak edişi asıl işverenden almaya devam edecektir. Lakin asıl işveren hak edişi ödemez ise, alt işveren Borçlar Kanunu m. 112 vd. belirtilen hükümler uyarınca alt işverenlik sözleşmesi ihlaline dayanarak bu ihlalden doğan haklarını kullanabilecektir.[90]

Diğer bir halde ise işin durdurulması kararı alt işverenin asıl işverenden aldığı iş için verilmişse, burada işin durdurulmasının uygulandığı işveren asıl işveren değil, alt işverendir. Bu durumda alt işveren, işçilerinin ücretlerini ödemekle yükümlü olup asıl işverenle arasındaki alt işverenlik sözleşmesi gereğince işin durdurulması süresince belirtilen işin görülmemesi sebebiyle ortaya çıkan zararı da asıl işverene Borçlar Kanunu m. 112 uyarınca ödemekle yükümlü olacaktır. Belirtilen bu halde alt işveren işçilerinin işçilik haklarından, asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu devam edecektir. Bunun nedeni olarak iki işveren arasındaki sözleşme hukukundan doğan aykırılık sebebiyle İş Kanunundaki müteselsil sorumluluk esasının etkilenmesinin beklenemeyecek olması olarak gösterilmiştir.[91] Bu halde örneğin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işin bir bölümünü üstlenen alt işverenin üstlendiği bu bölümde gerekli tedbirleri almaması nedeniyle işin durdurulmuş olması halinde, 6331 sayılı Kanun'un 25/6. maddesi uygulanacaktır. Bu bağlamda, işverenin[92] işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlarına ücretlerini ödemesi gerektiği veya ücretinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

---

89 Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Hukuk, 1. Baskı, 2017, Ankara, s.245

90 İbrahim Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2015, s. 427

91 Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, s.427

92 İlgili durumda işveren sıfatı "alt işverene" tekabül etmektedir.

G. Durdurma Kararının Kaldırılması

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğine aykırılık sebebiyle işin durdurulması halinde işveren, durdurma kararının kaldırılması için ilgili İl Müdürlüğü'ne yazılı talepte bulunacaktır.[93] İl Müdürlüğü talebi aynı gün elektronik ve benzeri ortamda sunulan eklerle birlikte Kurul Başkanlığına iletecektir. (İİDY m. 2)

İşverenin bildirimi üzerine müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda durdurma kararına neden olan sorunların giderildiği belirtilirse, heyetçe İİDY m. 6'da[94] belirtilen usuller çerçevesinde gerekli inceleme yapılacak ve bildirimin yapıldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilecektir.(İSGK m. 25/5, İİDY m. 10/3)

Öğretide[95] haklı olarak işin durdurulması kararının kaldırılması için öngörülmüş olan 7 günlük sürenin oldukça uzun olduğu, kararın 3 gün gibi daha kısa bir sürede sonuçlandırılmasının kabul edilmesinin daha uygun olduğu belirtilmiştir. Kanımızca işin durdurulmasına dair yaptırımın işveren bakımından ciddi ekonomik kayıplara yol açacağı değerlendirildiğinde, 7 günlük sürenin olması gereken hukuk açısından daha kısa bir süre olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

Durdurmanın kaldırılmasına heyet tarafından karar verilmesi halinde karar mülki idare amirine ve ilgili İl Müdürlüğüne bildirilecek, mülki idare amirince söz konusu kararın gereği kendisine ulaşmasından itibaren 24 saat içerisinde yerine getirilecektir. (İİDY m. 10/4)

Fakat Müfettiş tarafından yapılan inceleme sonucunda durdurma kararına sebep olan hususların giderilmediğinin tespit edilmesi halinde ise durdurma kararının devamı yönünde alınan karar, ilgili raporla beraber işverene tebliğ edilmek ve işyeri dosyasında saklanmak üzere ilgili İl Müdürlüğüne iletilir.(İİDY m.10/5)

---

93 Talebin ekinde bulunması gereken evraklar bkz İİDY m.10/1)

94 (1) Heyet, kendisine intikal eden raporlar üzerinde gerekli incelemeyi yapar ve kararını, müfettişin tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde verir. Kararlar oy çokluğuyla alınır ve heyetçe imzalanır.
(2) Heyet, raporda belirtilen hususlara katılmadığı durumlarda kararını, gerekçeleri ile birlikte yazar.
(3) Heyet, gerekli görüldüğü takdirde, karara konu işyerinde inceleme yapabilir.
(4) İşyerinin açılmasına yönelik taleplere ilişkin düzenlenen raporlar ile işverenin mühürlerin geçici olarak sökülmesi taleplerinin değerlendirilmesi heyet tarafından yapılır.

95 Baycık, İş Sağlığı ve Güvenliği, s.127; aynı yönde Caniklioğlu, İşverenin Yükümlülükleri s.81

SONUÇ

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmak her bir çalışan için bir insan hakkı olarak değerlendirilmekte ve toplumun bütünü için önem arz etmektedir. Bu sebeple yakın zamanlarda İş Sağlığı ve Güvenliği temel alınarak iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı çalışanların korunması sağlanmaya çalışılmış, bu paralelde düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa Birliği Uyum süreci doğrultusunda son yıllarda iş sağlığı ve güvenliği konusunda çok sayıda düzenleme yapılarak Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu yapı oluşturulmaya çalışılmıştır. Özellikle 4857 sayılı İş Kanunu ile 6631 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve bu kanunlar çerçevesinde çıkartılan yönetmelikler bu açıdan önem arz etmiştir.

Sosyal devlet ilkesi gereği devlet iş sağlığı ve güvenliğiyle doğrudan ilgilidir. Belirtilen nedenle her ne kadar iş hukuku işçi işveren arasındaki iş sözleşmesi gereğince oluşan özel hukuk temelli bir ilişkiyi düzenliyorsa da sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak iş sağlığı ve güvenliğine aykırı hareket edilmesi halinde idare tarafından müdahale edilmesi ve resmi denetim ve ceza yaptırımları ile gereğinin yapılması sağlanmalıdır. Bu halde devletin düzenlemelere aykırılık halindeki rolü değerlendirildiğinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin özel hukuk kapsamında olmadığı kendine özgü kamu hukuku yaptırımları olması sebebiyle bir yanıyla kamu hukukuna yaklaştığının kabulü gerekecektir. Bu doğrultuda kanımızca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte düzenlemeler olarak değerlendirilecektir.

İşin durdurulması işyerinde iş sağlığını ve güvenliğini sağlamak amacıyla uygulanan idari yaptırım türlerinden biridir. Bu yaptırım türüne göre İSG mevzuatına göre işverene yüklenen sorumlulukların yerine getirilmesi halinde işyerinde iş kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. Ancak bu yaptırım türü ekonomik sonuçlarının ağırlığı göz önüne alındığında titizlikle uygulanması gereken bir yaptırım türü olarak değerlendirilmelidir. İşin durdurulması da en nihayetinde bir idari yaptırım olduğundan diğer tüm idari yaptırımlar gibi orantılılık ilkesi ile de uyumlu olmalıdır. Bu durumda eğer işin kısmen durdurulması ile tehlike önlenebiliyorsa ve aykırılık giderilebiliyorsa tamamen kapatma yoluna gidilmemelidir.

Bu amaçla kanun koyucu ancak birtakım koşulların varlığı halinde bu yaptırımın uygulanabileceğini belirtmiştir. İşin durdurulabilmesi için işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edilmiş olmalıdır. Bunun haricinde ancak çok tehlikeli sınıfta yer alan kanunda belirtilen işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan bir heyet işyerinin sadece bir bölümünde veya tamamında işin durdurulmasına karar verebilecek olup bu karar mülki amir tarafından yerine getirilecektir.

İstisnai olarak aykırılığı tespit eden iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi işverene başvurarak ciddi, acil ve önlenemez bir ihlal olduğu takdirde onay alarak işin geçici olarak durdurulmasını sağlayabilirler. Buna ek olarak yine istisnaen iş müfettişi tarafından işyerinde belirlenen tehlike heyetin toplanmasını bekleyemeyecek şekilde acil olduğu takdirde heyet tarafından karar alıncaya kadar geçerli olmak üzere işin durdurulmasını ilgili mülki idare amirinden talep edebilecektir.

İşverenin işyerinde işin durdurulmasına dair karara karşı itiraz hakkı vardır. İşin durdurulmasına ilişkin kararın yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içerisinde işveren gerekli belgelerle mahkemeye itiraz edebilecek olup mahkeme itirazı görüşerek altı iş günü içerisinde karara bağlayacaktır. Mahkemenin kararı kesin olacaktır.

Bunun yanında işveren işin durdurulmasına kendi sebep olduğundan işçilerin bu durumdan etkilenmeleri hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, işin durdurulması sebebiyle işveren işsiz kalan çalışanlarına ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere başka bir iş vermekle yükümlü olacaktır. Bu halde işverenin kendi kusuru ile ve bir idari makamın kararı sonucu işin durdurulması halinde işçilerin iş görme edimini kabul edemeyen işveren kanımızca alacaklı temerrüdüne düşmüş olacak olup bunun sonucunda işverenin ücrette eksilme olmama ve işçinin meslek durumuna uygun iş teklif etmemesi halinde alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanarak işçinin İş Kanunu m.24/2'ye göre haklı sebeple fesih hakkı olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Kaynakça

Alpagut Gülsevil, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri Ve Risk Değerlendirmesi", *İşveren Dergisi*, Mayıs- Haziran 2012,

Arıcı Kadir, "İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri", Kamu- İş, Ankara, 20-21 Şubat 2013

Aydınlı İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2015

Balkır Zehra Gönül, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması, İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu", *Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2012/I,

Baycık Gaye, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", *Ankara Barosu Dergisi*,2013/3 (İş Sağlığı ve Güvenliği)

Baycık Gaye, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşvereninin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", *AÜHFD*, 60 (2),2011 (Yeni Düzenlemeler)

Başterzi Süleyman, "Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi", Ankara, 2007 (çevrimiçi) http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/kitap-suleymanbasterzi-1.htm

Bayram Fuat, Türk Hukukuna göre İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi, Beta Yayınevi, Şubat 2008, İstanbul

Caniklioğlu Nurşen, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", *İşveren Dergisi,* Mayıs- Haziran 2012 (İSGK Tasarısı)

Caniklioğlu Nurşen, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşveren Yükümlülükleri", Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya 26-30 Eylül 2012 (İşverenin Yükümlülükleri)

Centel Tankut, "Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri", Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, 2.Baskı İstanbul, 2004

Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınevi A.Ş, Ağustos 2008,İstanbul

Dietrich Thomas/Hanau Peter/Schaub Günter, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck,2007

Ekmekçi Ömer, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.5, Mart 2007

Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1974

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2011

Kabakçı Mahmut, "İş Sağlığı Ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, 86. Sayı, 2009, s.249-267 (çevrimiçi) (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-583)

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011

Kılıçoğlu Mustafa, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005

Kittner Michael / Pieper Ralf, Arbeitsschutzrecht-- Kommentar für die Praxis zum Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz und zu den anderen Arbeitsschutzvorschriften, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2006

Köseoğlu Ali Cengiz, "İşyerinin Kapanması", *Sicil İş Hukuk Dergisi* s. 4, 2006 Aralık, (İşyeri Kapanması)

Köseoğlu Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004 (Kapanmanın İş Sözleşmelerine Etkisi)

Oğuz Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve İş Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, Legal Yayınevi, İstanbul,2011

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008

Özdemir Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Düzenlemelerin Yeri", *AÜHFD,* Y. 2005, C. 54, S. 3 (çevrimiçi) http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/272/2469.pdf

Sarıbay Öztürk Gizem, İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari Ve Cezai Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015

Sümer Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Hukuk, 1. Baskı, Ankara, 2017

Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Basım A.Ş, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul,2015

Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985 (İş Güvenliği)

Süzek Sarper, "İş Sağlığı Ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s.305-325(Somut Çözüm Önerileri)

Şahin Emir Asiye, İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, İzmir, 2015

Tunçomağ Kenan / Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2008

Urhanoğlu Cengiz İştar, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya Kapatılması", Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2011 s.1956-1982

TÜRK SPOR HUKUKU'NDA FAIR PLAY

FAIR PLAY IN TURKISH SPORTS LAW

Hakkı Mert DOĞU*

Özet: Spor ve spor hukuku açısından önemli olan bir konu da fair play'dir. Makalede Türk Spor Hukuku'nda Fair Play, Türkiye Futbol Federasyonu Fair Play Talimatı kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Spor Hukuku, Fair Play, Fair Play Talimatı, Spor, Türkiye Futbol Federasyonu

Abstract: An important issue for sport and sports law is fair play. Fair Play in Turkish Sport Law was examined within the scope of Turkish Football Federation Fair Play Directive in this article.

Keywords: Sports Law, Fair Play, Fair Play Directive, Sports, Turkish Football Federation

GİRİŞ

Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de spor oldukça popüler bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Sporun popüler hale gelmesi profesyonel anlamda onun birtakım kurallar çerçevesinde yapılması ihtiyacını doğurmuş ve bununla bağlantılı olarak spor hukuku ortaya çıkmıştır.

Spor hukuku kapsamında incelenmesi gereken konulardan birisi fair play'dir. Fair play ister müsabaka sırasında ister müsabaka anında isterse müsabakadan sonra olsun müsabakayla ilgisi olan herkesin sergileyeceği tavırlarda dürüst ve centilmen olmasını ifade eden geniş bir kavramdır. Türkiye Futbol Federasyonu[1] da fair play'in belirli standartlarda sağlanabilmesi için *"Fair Play Talimatı"* adı altında bir talimat yayımlamıştır.[2]

* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 Bundan sonra TFF şeklinde ifade edilecektir.

2 Bu Talimat 24 Ağustos 1993 tarih ve 21678 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

Söz konusu makalede fair play (finansal fair play'e girilmeden), TFF Fair Play Talimatı dikkate alınarak incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle fair play'in tanımı ile Fair Play'i Teşvik ve Ödüllendirme Kurulu'nun yapısı üzerinde durulmuştur. Daha sonra ise fair play ödülüne adaylık süreci ile fair play ödülüne sponsorluk konusuna değinilmiştir.

I. FAIR PLAY

Bu başlık altında fair play'in tanımı ile fair play teşvik ve ödüllendirme kurulunun oluşumu üzerinde durulmaktadır.

A. Tanımı

Fair play, müsabakaya doğrudan ya da dolaylı olarak katılan herkesin birbirlerine karşı dürüstçe ve rekabetlerinin de sportmence olmasını hedefleyen davranışlara verilen addır.[3] Sporun gelişmesi ve spora ilginin artması noktasında fair play önemli bir rol oynamaktadır.[4]

Fair play söz konusu müsabakanın her alanında olduğu gibi müsabakada yer alan herkes için de geçerlidir.[5] TFF Fair Play Talimatı'nın "*Kapsam*" başlığını taşıyan 2. maddesindeki "*Bu Talimat futbol konusunda faaliyet gösteren kulüpleri, oyuncuları, hakemleri, teknik yönetici,*

---

3 Bkz., Klaus Vieweg, "Spor Hukukunun Büyüsü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2010, s. 31. Fair play Türkçe'ye "dürüst oyun" olarak geçmektedir. Bkz., Ahmet Şahin, "Sporda Fair Play Kavramı: Fair Play'in Önemi", *Uluslararası Multidisipliner Akademik Araştırmalar Dergisi*, C.3, S.1, 2016, s. 26, http://www.joimar.com, Erişim Tarihi: 17.04.2017. Fair play'in "sportif erdem" şeklinde ifadesi için bkz., Sevde Mavi/Semiha Dolaşır Tuncel, "Sporcuların 'Sporda Hoşgörü' Kavramına İlişkin Algıları", *Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, C.X, S.4, 2012, s. 126; Bahri Gürpınar/Sinem Kurşun, "Basketbolcuların ve Futbolcuların Sportmenlik Yönelimleri", *Akdeniz İnsani Bilimler Dergisi*, C.III, S.1, 2013, s. 172, http://mjh.akdeniz.edu.tr, Erişim Tarihi: 26.04.2017. Fair play, "insan onurunun dokunulmazlığı" ilkesinin spordaki karşılığını oluşturur. Bkz., Talay Şenol, "Spor Hukuku ve Spor Etiği Işığında Fair Play", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Salmat Matbaası, 2013, s. 711. Ayrıca bkz., İbrahim Yıldıran, "Fair Play: Kapsamı, Türkiye'deki Görünümü ve Geliştirme Perspektifleri", *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (Gazi BESBD)*, C.IX, S.4, (2004), s. 5.

4 Mikail Tel, "Türk Toplum Yaşantısında Fair Play", *International Journal of Science Culture and Sport*, Özel Sayı 1, 2014, s. 698; Şahin, s. 27.

5 Bkz., Tel, s. 696; Zekai Pehlivan, "Fair-Play Kavramının Geliştirilmesinde Okul Sporunun Yeri ve Önemi", *Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, C.II, S.2, 2004, s. 49.

öğretici ve eğiticileri ve seyircileri kapsar." düzenlemesinden de müsabakalara katılan herkes için fair play kurallarının geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

Fair Play Talimatı'nın 5. maddesi *"Fair Play'in Tanımı"* başlığını taşımasına rağmen, söz konusu maddede doğrudan bir tanıma yer verilmemiş olup sadece ne tür davranışların fair play kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Müsabakalarda dürüstçe davranma ve sportmence hareket etmenin yanı sıra kulüpler, sporcular, hakemler, teknik ekipte yer alanlar ve seyircilerin oyun ve yarışma kurallarına uymaları fair play kapsamında yer almaktadır. (Madde 5/a).[6] Bununla birlikte karşı takımın oyuncularına, diğer ilgililere ve hatta basın-yayın kuruluşlarının temsilcilerine karşı saygı çerçevesinde davranılması ve bu konuyla ilgili olarak her türlü çabanın gösterilmesi de gerekmektedir (Madde 5/b).[7] Bu bendin kapsamına hem fiziksel hem de psikolojik müdahale veya davranışların girmesi mümkündür.

Fair play davranışı olarak gösterilen ve belki de (a) ve (b) bendindeki düzenlemelere oranla daha fazla öneme sahip olan diğer düzenleme ise 5. maddenin (c) bendinde yer almaktadır. Buna göre müsabakalara ister sporcu ya da teknik sorumlu isterse seyirci olsun katılan herkesin, müsabakaların başlamasından önce, müsabaka sırasında ve müsabakadan sonra, müsabaka sonucuna saygılı davranmasının yanında müsabakayı yönetenlere karşı da aynı saygı çerçevesinde yaklaşması ve davranması da fair play hareketi olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de müsabakaların bitmesinden sonra özellikle müsabakayı yönetenler aleyhine yapılan açıklamalar, fair play'in içinde yer almaz.

B. Fair Play'ı Teşvik ve Ödüllendirme Kurulu

Fair play kuralları çerçevesinde, fair play ödülüne layık görülenlerin belirlenmesi için bir kurulun kurulması gerekmektedir. Fair Play

---

6 Örneğin 18 Nisan 2010 tarihindeki oynanan Fenerbahçe-Beşiktaş karşılaşmasında, Fenerbahçeli bir oyuncunun penaltı atılmadan hemen önce penaltı noktasının ayağıyla eşeleyip kazması oyun ve davranış kurallarına uygun olmadığı için fair play kapsamında değerlendirilemez.

7 Örneğin 22 Nisan 2017 günü Çaykur Rize Spor ve İstanbul Başakşehir Futbol Kulübü arasında oynanan maçın ardından, İstanbul Başakşehir Futbol Kulüplü bazı oyuncuların, gazetecilere saldırıda bulunması basın-yayın kuruluşlarının temsilcilerine karşı saygılı davranılmadığı için fair play kapsamında değerlendirilemez.

Talimatı'nın 7. maddesinde, TFF Yönetim Kurulu, 3813 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 17. maddesi çerçevesinde Teşvik ve Ödüllendirme Kurulunu kurulacağı belirtilmekle birlikte 3813 sayılı Kanun, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 19. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu bu durumun Fair Play Talimatında da düzeltilmesi gerekmektedir.

5894 sayılı Kanun'un TFF'nin görevlerini düzenlediği 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde *"Fair Play kurallarına uygun olarak bağlılık, dürüstlük ve sportmenlik prensiplerini gözetmek."* ifadesine yer verilmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde de fair play'i teşvik ve ödüllendirme kurulunun fair play'e uygun davranışları tespit edebilmesi için kurulması gerektiği söylenebilir.

Fair play'i teşvik ve ödüllendirme kurulu, Fair Play Talimatı'nın 7. maddesine göre TFF yönetim kurulundan bir, Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi'nden bir, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nden bir, Türkiye Spor Yazarları Derneği'nden bir, İstanbul, Ankara, İzmir ve Trabzon'dan kurulu Gazeteciler Cemiyeti'nden bir, Emniyet Genel Müdürlüğü'nden bir, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü'nden bir, Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Danışmanı, Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu temsilcisi ve sponsordan oluşmaktadır.

Fair Play Talimatı'nın 8. maddesine göre, 7. maddede sayılan kuruluşlar kendi üyelerinden seçecekleri söz konusu sayıdaki kişileri fair play'i teşvik ve ödüllendirme kurulunda görevlendirirler. Fair play'i teşvik ve ödüllendirme kurulu kurul üye sayısının en az dörtte üçünün katılmasıyla toplanmakta ve kararlarını da oybirliği ya da oyçokluğu esasına dayanarak almaktadır (Madde 9/3). Fair play'i teşvik ve ödüllendirme kurulunun almış olduğu kararlar da TFF Yönetim Kurulu'nun onayına sunulmaktadır (Madde 9/4).

II. FAIR PLAY ÖDÜLÜ ve SPONSORLUK

Bu başlıkta fair play ödülüne adaylık süreci ile ödüllerin kapsamı ve ödül töreni yanı sıra fair play için sponsorluk konusuna da değinilmektedir.

A. Fair Play Ödülüne Adaylık Süreci

Fair Play Talimatı'nın 10. maddesine göre, aynı talimatın 2. maddesinde sayılan kişiler veya kuruluşlar fair play ödülüne aday olabilirler veya aday gösterebilirler. Söz konusu düzenleme kapsamında kişiler bakımından sporcular, hakemler, teknik yöneticiler, öğreticiler, eğiticiler ve seyirciler; kuruluş olarak da kulüpler fair play ödülüne aday olabilmektedir. Ancak bu noktada sayılan kişi veya kuruluşların kendi kendilerine aday olup olamadıkları sorusu gündeme gelmektedir. Söz konusu düzenlemeden, kişi ya da kurumun kendi kendine aday olabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır.[8] Bir kişi ya da kulübün kendisini fair play ödülüne aday göstermesi, fair play'in mantığıyla uygun düşmez. Bu sebepten dolayı Talimatın 10. maddesindeki "*… aday olabilirler veya aday gösterebilirler.*" ifadesinin "*… aday gösterilebilir veya aday gösterebilirler*" şeklinde değiştirilmesi uygun olur.

Fair play adaylığına öneriler, Fair Play Talimatı'nın 11. maddesine göre her yıl için fair play'i teşvik ve ödüllendirme kuruluna Eylül ayından başlayarak ertesi yılın Haziran ayının ilk haftasının sonuna kadar yapılabilmektedir. Örneğin 2016 yılının Eylül ayından başlayarak 2017 yılının Haziran ayının ilk haftası sonuna kadar fair play adaylığı için öneriler kabul edilmektedir. Fair play ödülü için yapılacak olan önerinin yazılı ve gerekçeli olması gerekmektedir (Madde 11/2). Önerinin yazılı ve gerekçeli olması geçerlilik şartı olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte önerinin geçerliliği noktasında her iki unsurun da (yazılı ve gerekçeli olma) birlikte bulunması zorunludur. Söz konusu şartları taşıyan öneri değerlendirilmeye alınmakta ve bu fair play'i teşvik ve ödüllendirme kurulu tarafından Haziran ayının ikinci yarısında yapılacak toplantılarda karara bağlanmaktadır (Madde 11/3).

B. Ödüllerin Kapsamı ve Ödül Töreni

Fair Play Talimatı'nın 12. maddesinin birinci fıkrasına göre TFF her yıl futbol sezonunun başında o yıla ilişkin verilecek olan fair play

8 Fair Play Talimatı madde 10: "Bu talimatın 2. maddesinde belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler veya kuruluşlar fair play ödülüne aday olabilirler veya aday gösterebilirler. Bu konudaki her öneri, süresinde ve usulüne uygun yapılmış olmak şartıyla değerlendirilir."

ödüllerini belirlemekte ve bunları ilan etmektedir.[9] Fair play ödülleri aynı maddenin ikinci fıkrası gereğinde para ödülü şeklinde olabilmektedir. Bununla dışında fair play ödüllerinin madalya, plaket veya sertifika şeklinde olması da mümkündür.[10]

Fair play ödüllerinin belirlenmesinden sonra Türkiye Futbol Federasyonu bu ödülleri her yıl yeni sezon başlamadan önce yapacağı bir törenle dağıtmaktadır (Madde 13).

C. Fair Play İçin Sponsorluk

Fair Play Talimatı'nın 14. maddesinde fair play için sponsorluk hususu düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında ülke içinde ve dışında resmi ya da özel kurum, kuruluş veya şirketlere Fair Play'i teşvik etmeleri için sponsorluk verilebileceği düzenlenmektedir. Sponsorluk, kültürel, sportif ya da sanatsal bir faaliyete parasal destek veren gerçek veya tüzel kişiler ile bu desteği kabul edip alan taraf arasındaki ilişkiye denir.[11] Fair play'ın teşvik edilmesinin yanı sıra fair play ödülleri ve töreni için de ülke içinden veya dışından özel kurum, kuruluş ya da şirketlerde sponsorluk anlaşmasının yapılması mümkündür. Burada fair play noktasında federasyona bir destek sağlandığı için spor sponsorluğundan söz etmek mümkün olabilir.[12] Ayrıca 14. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeye dikkatle bakıldığında fair play için sponsorluğun sadece tüzel kişilere verileceği sonucu çıkmaktadır.

Fair play için verilecek olan sponsorluk, yönetim kurulu kararı ile birden fazla olabilmektedir (Madde 14/3). Bununla birlikte fair play'i teşvik ve ödüllendirme noktasında sponsor olanlara ayrıcalıklar tanı-

---

9 Fair Play ödülü için kategoriler; Sportif Fair Play Davranış Dalı, Sportif Fair Play Kariyer Dalı, Sportif Fair Play Tanıtım Dalı olabilmektedir.

10 Sertifika olarak şeref diploması ya da kutlama mektubu verilebilmektedir.

11 Bkz., Gülçin Elçin Grassinger, Sponsorluk Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 20; Selma Hülya İmamoğlu, Sponsorluk Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 46; Kemal Atasoy, Spor Sponsorluğu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 7-8; Gülçin Elçin Grassinger, "Sponsorluk Sözleşmesinin Reklâm ile İlişkisi", Uluslararası Reklam Hukuk Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 220, (Reklâm); S. Hülya İmamoğlu, "Sponsorluk, Spor Sponsorluğu, Sponsorluğun Hukuki Boyutu", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. Atilâ Elmas" Armağanı, Koza Matbaacılık, Ed: Tacar Çağlar/Hediye Gökçe Baykal/Boğaçhan Çağatay/Alev Aybers, Ankara 2012, s. 508, (Sponsorluk).

12 Spor Sponsorluğu için bkz., İmamoğlu, s. 80; Grassinger, s. 54; Atasoy, s. 41 vd.

nacağı Talimatın 14. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilmektedir. Böyle bir düzenlemeye yer verilmiş olmasına rağmen, tanınacak bu ayrıcalıkların neler olabileceği belirtilmemiş; bu ayrıcalıkların neler olabileceği ve sınırlarının kurulun önerisi üzerine yönetim kurulu tarafından belirleneceği belirtilmiştir.

SONUÇ

Fair play, müsabakaların her aşamasında müsabakada yer alan herkes bakımından dürüst ve saygılı davranmayı ifade etmektedir. TFF Fair Play Talimatı ile fair play'i düzenlemeye çalışmıştır.

Fair Play Talimatı'nın 7. maddesinde 3813 sayılı Kanun'la ilgili olarak yer alan kısmın değiştirilmesi gerekmektedir. Çünkü 3813 sayılı Kanun, 5894 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Fair Play Talimatı'nın 10. maddesindeki düzenlemenin de değiştirilmesi uygun olur. Şöyle ki, ilgili maddeden kişi ya da kulüplerin kendilerini aday gösterebilecekleri bir sonuç çıkmaktadır. Ancak fair play'in mantığı çerçevesinde böylesi bir durumun gerçekleşmesi uygun olmaz.

Fair play'de sponsorluk ile ilgili de bazı eksiklikler olduğu söylenebilir. Şöyle ki, Talimatın 14. maddesinde sadece tüzel kişilerin, fair play ödülü için sponsor olabileceği belirtilmektedir. Bu noktada gerçek kişilere de sponsor olma imkânı tanınmalıdır. Ayrıca sponsor olanlara bazı ayrıcalıklar tanınacağı belirtilmekle birlikte bu ayrıcalıkların neler olabileceği açıklanmamıştır. Söz konusu tanınacak ayrıcalıklara bazı örnekler verilmesi, durumun somutlaşmasına da yardımcı olabilir.

Kaynakça[13]

Atasoy Kemal, Spor Sponsorluğu Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Grassinger Gülçin Elçin, Sponsorluk Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Grassinger Gülçin Elçin, "Sponsorluk Sözleşmesinin Reklâm ile İlişkisi", Uluslararası Reklam Hukuk Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 219-227, (Reklâm).

13 *Birden fazla yayını olan ya da aynı soyadını taşıyan ve bunlara yollama yapılan yazarların eserleri için dipnotlarda parantez içinde kısaltmalar kullanılmıştır.

Gürpınar Bahri/Kurşun Sinem, "Basketbolcuların ve Futbolcuların Sportmenlik Yönelimleri", *Akdeniz İnsani Bilimler Dergisi*, C.III, S.1, 2013, s. 171-176, http://mjh.akdeniz.edu.tr, Erişim Tarihi: 26.04.2017.

İmamoğlu Selma Hülya, Sponsorluk Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

İmamoğlu S. Hülya, "Sponsorluk, Spor Sponsorluğu, Sponsorluğun Hukuki Boyutu", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. Atilâ Elmas" Armağanı, Ed: Tacar Çağlar/Hediye Gökçe Baykal/Boğaçhan Çağatay/Alev Aybers, Koza Matbaacılık, Ankara 2012, s. 505- 570, (Sponsorluk).

Mavi Sevde/Tuncel Semiha Dolaşır, "Sporcuların 'Sporda Hoşgörü' Kavramına İlişkin Algıları", *Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, C.X, S.4, 2012, s. 125-129.

Pehlivan Zekai, "Fair-Play Kavramının Geliştirilmesinde Okul Sporunun Yeri ve Önemi", *Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, C.II, S.2, 2004, s. 49-53.

Şahin Ahmet, "Sporda Fair Play Kavramı: Fair Play'in Önemi", *Uluslararası Multidisipliner Akademik Araştırmalar Dergisi*, C.3, S.1, 2016, s. 25-30, http://www.joimar.com, Erişim Tarihi: 17.04.2017.

Şenol Talay, "Spor Hukuku ve Spor Etiği Işığında Fair Play", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Salmat Matbaası, Ankara 2013, s. 707-715.

Tel Mikail, "Türk Toplum Yaşantısında Fair Play", *International Journal of Science Culture and Sport*, Özel Sayı 1, 2014, s. 694-704.

Vieweg Klaus, "Spor Hukukunun Büyüsü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, 2010, s. 1-57.

Yıldıran İbrahim, "Fair Play: Kapsamı, Türkiye'deki Görünümü ve Geliştirme Perspektifleri", *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi (Gazi BESBD)*, C.IX, S.4, (2004), s. 3-16.